

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA  
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES  
ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO  
MAESTRÍA EN DERECHO MERCANTIL Y COMPETITIVIDAD



**EL CONTRATO DE *HOLDING*  
Y SU VINCULACIÓN CON EL MONOPOLIO**

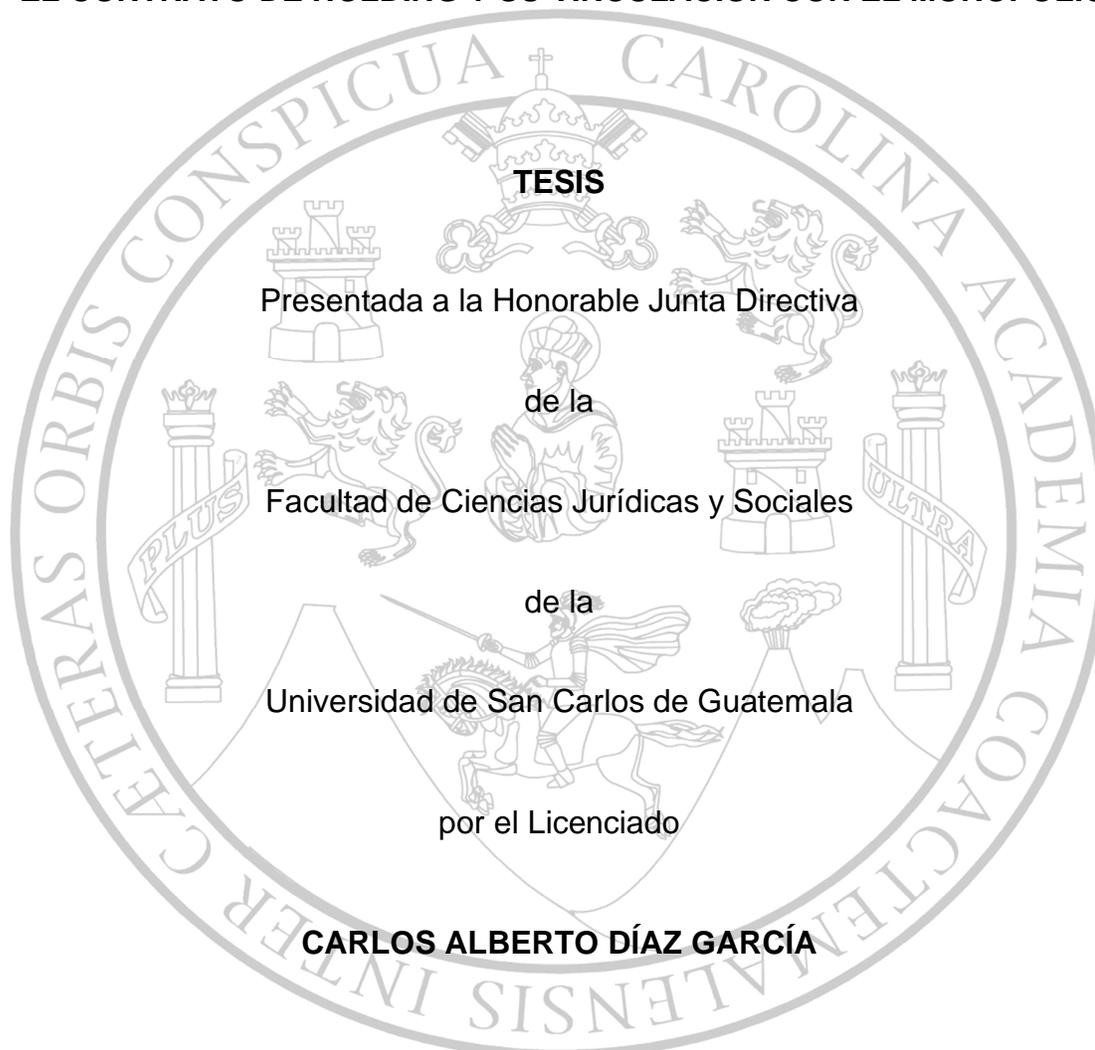
**LICENCIADO**

**CARLOS ALBERTO DÍAZ GARCÍA**

**GUATEMALA, OCTUBRE DE 2019**

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA  
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES  
ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO  
MAESTRÍA EN DERECHO MERCANTIL Y COMPETITIVIDAD

**EL CONTRATO DE *HOLDING* Y SU VINCULACIÓN CON EL MONOPOLIO**



**TESIS**

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

por el Licenciado

**CARLOS ALBERTO DÍAZ GARCÍA**

previo a conferírsele el Grado Académico de

**MAESTRO EN DERECHO MERCANTIL Y COMPETITIVIDAD  
(Magíster Scientiae)**

Guatemala, octubre de 2019

**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: Licda. Astrid Jeannette Lemus Rodríguez  
VOCAL II: Lic. Henry Manuel Arriaga Contreras  
VOCAL III: M. Sc. Juan José Bolaños Mejía  
VOCAL IV: Br. Denis Ernesto Velásquez González  
VOCAL V: Br. Abidán Carías Palencia  
SECRETARIO: Lic. Fernando Antonio Chacón Urizar

**CONSEJO ACADÉMICO DE ESTUDIOS DE POSTGRADO**

DECANO: Lic. Gustavo Bonilla  
DIRECTOR: Dr. Luis Ernesto Cáceres Rodríguez

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ  
EL EXAMEN PRIVADO DE TESIS**

PRESIDENTE: Dr. Carlos Waldemar Melini Salguero  
VOCAL: M. Sc, Alex Waldemar González Cobar  
SECRETARIA: M. Sc. Viviana Nineth Vega Morales

**NOTA:** "El autor es propietario de sus derechos de autor con respecto a la tesis sustentada". (Artículo 5 del Normativo de tesis de Maestría y Doctorado de la Universidad de San Carlos de Guatemala, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Escuela de Estudios de Postgrado).

Guatemala, 03 de septiembre del 2019

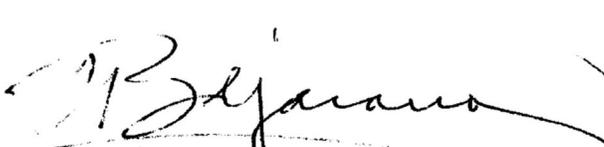
Doctor  
Luis Ernesto Cáceres Rodríguez  
Director  
Escuela de Estudios de Postgrado  
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales  
Universidad de San Carlos de Guatemala.

Señor Director:

De conformidad con Acta de fecha 26 de junio del año en curso, el estudiante LICENCIADO CARLOS ALBERTO DÍAZ GARCÍA, APROBÓ CON RECOMENDACIONES el examen de la Tesis intitulada "EL CONTRATO DE HOLDING Y SU VINCULACIÓN CON EL MONOPOLIO", correspondiente a la MAESTRÍA EN DERECHO MERCANTIL Y COMPETITIVIDAD.

Se ha revisado nuevamente la Tesis "EL CONTRATO DE HOLDING Y SU VINCULACIÓN CON EL MONOPOLIO", por lo que informamos que el LICENCIADO CARLOS ALBERTO DÍAZ GARCÍA cumplió con modificar e incluir los aspectos recomendados por el Tribunal Examinador.

Deferentemente,

  
MSc. Rosa del Carmen Bejarano Girón  
Tutor

  
Dr. Luis Ernesto Cáceres Rodríguez  
Tutor

Guatemala, 08 de octubre de 2019

Doctor Luis Ernesto Cáceres Rodríguez  
Director de la Escuela de Estudios de Postgrado  
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales  
Universidad de San Carlos de Guatemala  
Ciudad Universitaria, zona 12

Señor director:

Por la presente, hago constar que he realizado la revisión de los aspectos de redacción y ortografía de la tesis denominada:

### **EL CONTRATO DE HOLDING Y SU VINCULACIÓN EN EL MONOPOLIO**

Esta tesis fue presentada por el **Lic. Carlos Alberto Díaz García**, estudiante de la Maestría en Derecho Mercantil y Competitividad de la Escuela de Postgrado, de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, de la Universidad de San Carlos de Guatemala.

En tal sentido, considero que, después de realizada la corrección indicada, el texto puede imprimirse.

Atentamente,



Dra. Gladys Tobar  
Revisora

Colegio Profesional de Humanidades  
Colegiada 1450

*Gladys Tobar Aguilar*  
**LICENCIADA EN LETRAS**  
Colegiada 1450



**USAC**  
**TRICENTENARIA**

Universidad de San Carlos de Guatemala

**D.E.E.P. ORDEN DE IMPRESIÓN**

**LA ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES DE LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA,**  
Guatemala, 11 de octubre del dos mil diecinueve.-----

En vista de que el Lic. Carlos Alberto Díaz García aprobó examen privado de tesis en la **Maestría en Derecho Mercantil y Competitividad** lo cual consta en el acta número 99-2019 suscrita por el Tribunal Examinador y habiéndose cumplido con la revisión gramatical, se autoriza la impresión de la tesis titulada **“EL CONTRATO DE HOLDING Y SU VINCULACIÓN EN EL MONOPOLIO”**. Previo a realizar el acto de investidura de conformidad con lo establecido en el Artículo 21 del Normativo de Tesis de Maestría y Doctorado.-----

**“ID Y ENSEÑAD A TODOS”**

  
**Dr. Luis Ernesto Cáceres Rodríguez**  
**DIRECTOR DE LA ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO**



Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Escuela de Estudio de Postgrado, Edificio S-5 Segundo Nivel. Teléfono: 2418-8409

## **DEDICATORIA**

### **A DIOS:**

Gracias Padre por el don de la vida, por bendecirme con la sabiduría y fuerza necesaria para culminar uno de mis más grandes sueños. Gracias por ser fuente de amor, sabiduría, y alegría.

### **A MARIA AUXILIADORA:**

Gracias madre por ser mi guía y acompañarme en todo momento de mi vida. Te encomiendo mi vida y mi profesión.

### **A MIS PADRES:**

Julio César, gracias por todo el cariño, por todo el apoyo brindado por ser ejemplo de lucha y dedicación, gracias por ser un gran profesional y por enseñarme a no ser conformista y a luchar en cada momento por cumplir mis sueños.

Sonia Zucelly, gracias por ser una madre amorosa, noble, una maestra a tiempo completo y por enseñarme a luchar por mis sueños; gracias a ambos por ser los pilares fundamentales en la culminación de esta meta.

### **A MIS HERMANOS:**

César, Javier, Luis, Julio y Silvia, gracias por haberme brindado todo su apoyo cuando más lo necesité y por ser mis mejores amigos.

### **A MIS ABUELITOS:**

Mariana Morales Mayén, (+) Carlos Raúl García Guillermo, (+) Manuela Clemencia Argueta, (+) Leopoldo Díaz, gracias por todo su amor.

### **A MI FAMILIA:**

En general. Gracias por todo el apoyo y cariño.

**A MIS AMIGOS Y  
COMPAÑEROS DE  
ESTUDIO:**

Gracias por su amistad incondicional y por brindarme su apoyo en todo momento, con los que tuve el privilegio de compartir tantas alegrías, tristezas y desvelos para poder alcanzar mi sueño.

**A MIS AMIGOS:**

En general por haberme brindado su amistad y su apoyo para cumplir esta meta.

**A MIS TIOS:**

Mario Raúl García Morales, Ana Eugenia García Morales, Ardany Vinicio Bautista Fuentes. Por haberme brindado todo su apoyo para poder lograr este triunfo.

**A:**

La tricentenaria y gloriosa Universidad de San Carlos de Guatemala, por abrirme las puertas para alcanzar mi meta.

**A:**

La Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, por haberme permitido utilizar sus aulas como medio para mi formación profesional.

**A:**

Usted que me honra con su presencia.

# ÍNDICE



INTRODUCCIÓN.....	1
-------------------	---

## CAPÍTULO I

1. El comercio y las operaciones comerciales.....	1
1.1 Antecedentes del comercio y las operaciones comerciales .....	1
1.2 Definición de comercio .....	3
1.3 Calidad de los comerciantes.....	4
1.4 Capacidad para ser comerciantes .....	6
1.5 Tipos de comercio .....	7
1.5.1 Comercio interno .....	7
1.5.1.1 Comercio minorista .....	7
1.5.1.2 Comercio mayorista .....	8
1.5.2 Comercio exterior.....	8
1.5.2.1 Comercio de importación .....	8
1.5.2.2 Comercio de exportación .....	9
1.5.3 Tipos de comercio dependiendo el modo de transporte de la mercancía ....	10
1.5.3.1 Comercio terrestre .....	10
1.5.3.2 Comercio marítimo.....	10
1.5.3.3 Comercio aéreo .....	10
1.5.3.4 Comercio fluvial .....	10
1.6 El comercio electrónico .....	11
1.7 Operaciones comerciales.....	12
1.7.1 Operaciones comerciales al contado.....	15
1.7.1.1 Compras al contado.....	15
1.7.1.2 Ventas al contado .....	15
1.7.2 Operaciones comerciales al crédito.....	15
1.8 Innovación comercial.....	16
1.9 Importancia de la demanda .....	19
1.10 La empresa en el comercio y realización de las operaciones comerciales .....	19
1.11 El mercado .....	20
1.12 Libre mercado .....	22
1.13 La libre competencia .....	24
1.13.1 Condiciones para que exista la libre competencia.....	25

1.13.2 Mecanismos contenidos en el derecho guatemalteco para garantizar la libre competencia.....	26
1.14 Proyecto de Ley de Libre Competencia 5074.....	31



## CAPÍTULO II

2. Monopolio y contratos mercantiles.....	37
2.1 Monopolio.....	37
2.1.1 Antecedentes históricos.....	37
2.1.2 Definición del monopolio.....	40
2.1.3 Clases de monopolio.....	42
2.1.3.1 Monopolio puro.....	42
2.1.3.2 Monopolio artificial.....	44
2.1.3.3 Monopolio natural.....	44
2.1.3.4 Monopolio discriminador de precios.....	45
2.1.3.5 Monopolio legal.....	46
2.1.3.6 Competencia monopolística.....	47
2.1.3.7 Monopsonio.....	48
2.1.3.8 Monopolio bilateral.....	49
2.1.3.9 Oligopolio.....	49
2.1.3.9.1. Oligopolio diferenciado.....	50
2.1.3.9.2. Oligopolio concentrado.....	51
2.1.3.10. Duopoli.....	51
2.1.4 Regulación legal del monopolio en Guatemala.....	52
2.1.5 Análisis de los efectos que produce el monopolio.....	56
2.2. Contratos mercantiles.....	57
2.2.1 Definición de contratos mercantiles.....	57
2.2.2 Principios de los contratos mercantiles.....	59
2.2.3 Características de los contratos mercantiles.....	61
2.2.3.1 La representación para contratar.....	61
2.2.3.2 Forma del contrato mercantil.....	61
2.2.3.3 Cláusula compromisoria.....	62
2.2.3.4 Los contratos por adhesión.....	62
2.2.3.5 Omisión fiscal.....	63
2.2.3.6 Libertad de contratación.....	63
2.2.3.7 Efectos de la cláusula Rebus Sic Stantibus.....	63
2.2.4 Clases de contratos mercantiles.....	64



2.2.4.1 Contratos típicos.....	64
2.2.4.2 Contratos atípicos.....	66
2.2.4.2.1 Teorías doctrinales de los contratos atípicos.....	67
2.2.4.2.1.1 Teoría de la absorción o de la observación.....	67
2.2.4.2.1.2 Teoría de la combinación .....	67
2.2.4.2.1.3 Teoría de la analogía.....	67
2.2.4.2.1.4 Teoría de interés o fin dominante .....	68
2.2.5 Libertad contractual como presupuesto de la tipicidad y la atipicidad.....	69
2.2.6 Clasificación de los contratos atípicos.....	70
2.2.6.1 Contrato de franquicia .....	71
2.2.6.2 Contrato de arrendamiento con opción de compra.....	71
2.2.6.3 Contrato de alquiler .....	72
2.2.6.4 Contrato de factoraje.....	72
2.2.6.5 Contrato de experiencia .....	73
2.2.6.6 Contrato de <i>holding</i> .....	73
<b>CAPÍTULO III</b>	
3. Contrato de <i>holding</i> .....	75
3.1 Antecedentes históricos del <i>holding</i> .....	75
3.1.1 Concepto de empresas combinadas .....	76
3.1.1.1 Clasificación de las empresas combinadas .....	77
3.1.1.1.1 Compañía Dominatriz .....	77
3.1.1.1.2 Cartel.....	77
3.1.1.1.3 Trust .....	77
3.1.1.1.4 Konzern .....	78
3.1.1.1.5 Ounium.....	78
3.2 Definición del <i>holding</i> .....	78
3.3 Características del <i>holding</i> .....	80
3.3.1 Es un contrato atípico .....	81
3.3.2 Nominado.....	82
3.3.3 Bilateral.....	82
3.3.4 Constituye una supersociedad .....	82
3.3.5 Oneroso .....	82
3.3.6 Consensual.....	83
3.3.7 Principal.....	83
3.3.8 Conmutativo.....	83



3.3.9 Es un contrato de tracto sucesivo .....	83
3.3.10 Características de fondo .....	84
3.3.11 Características de forma .....	84
3.4 Elementos del contrato de <i>holding</i> .....	84
3.4.1 Elementos personales.....	85
3.4.2 Elementos reales .....	85
3.4.3 Elementos formales .....	85
3.5 Aplicación del <i>holding</i> .....	88
3.6 Estructura jurídica del contrato del <i>holding</i> .....	90
3.7 Ventajas del <i>holding</i> .....	94
3.7.1 Desde el punto de vista mercantil .....	94
3.7.2 Desde el punto de vista jurídico .....	94
3.7.3 Desde el punto de vista económico.....	95
3.7.4 Control de decisión .....	95
3.7.5 Control de diferentes sectores de un mismo mercado.....	95
3.7.6 Incremento de producción.....	95
3.8 Forma de operar de un <i>holding</i> .....	96
3.9.El <i>holding</i> y sus diferencias con instituciones afines .....	96
3.9.1 Alianzas estratégicas .....	96
3.9.1.1 Finalidad de las alianzas estratégicas .....	96
3.9.1.2 Ventajas de las alianzas estratégicas .....	96
3.9.2 Cártel.....	100
3.9.3 Grupo.....	102
3.9.4 <i>Joint venture</i> grupo.....	103
3.9.4.1 Concepto de <i>joint venture</i> .....	104
3.9.4.2 Definición de <i>joint venture</i> .....	104
3.9.4.3 Naturaleza jurídica de la <i>joint venture</i> .....	105
3.9.4.4 Sujetos que intervienen en la <i>joint venture</i> .....	106
3.9.4.5 Tipos de <i>joint venture</i> .....	106
3.9.4.6 Beneficios de la <i>joint venture</i> .....	107
3.9.4.7 Diferencias de la <i>joint venture</i> .....	107
3.9.5 Responsabilidad del <i>holding</i> frente a terceros .....	108
3.9.5.1 Responsabilidad por instrucciones perjudiciales .....	110
3.9.5.2 Responsabilidad por apariencias.....	111



3.9.5.3 Aplicación de la doctrina del levantamiento del velo .....	112
3.9.5.4 Responsabilidad de la matriz como administrador de hecho de la filial .....	112
3.9.6 Analisis sobre la Ley de Bancos y Grupos Financieros, Decreto Numero 19-2002, del Congreso de la República de Guatemala.....	113
3.9.6.1 Estructura Financiera en Otros Paises .....	116

**CAPÍTULO IV**

4. Análisis del contrato de <i>holding</i> y el efecto monopólico que genera en las operaciones comerciales .....	119
4.1 El <i>holding</i> y sus efectos en la economía de la población .....	122
4.2 Precios de transferencia .....	130
<b>CONCLUSIONES</b> .....	135
<b>REFERENCIAS</b> .....	137
<b>ANEXOS</b> .....	141

## INTRODUCCIÓN

La presente investigación se realizó por el sustentante para tratar el tema del contrato de *holding* y el efecto monopólico que genera en las operaciones comerciales.

El *holding* es un contrato atípico por medio del cual una sociedad financiera, comercial o industrial, administra o incide en la administración y negocios de otras sociedades por el hecho de ser propietaria de la mayoría de sus acciones. En la práctica comercial, las empresas transnacionales adquieren las acciones de otras empresas, paulatinamente hasta tenerlas en su mayoría o apertura otras en las que tienen el control incluso en ocasiones se puede dar que, a través de este, lo cual le permite minimizar riesgos, maximizar utilidades y hacer negocios a mayor escala.

Constituye una figura comercial, que en algunas legislaciones se encuentra regulada, en forma de contrato mercantil; sin embargo, en la dinámica de los sectores de negocios es más frecuente encontrar conglomerados de hecho, que aglutinan empresas, vinculadas mediante participación accionaria, cuyo giro comercial les permite contar con ventajas adicionales a las del libre mercado, para controlar sectores de la economía o del mercado a veces controlando toda la cadena o proceso de producción de un bien o prestación de un servicio. Está práctica comercial, conlleva beneficios para los propietarios o accionistas de las empresas involucradas, especialmente en la generación de ganancias y acumulación de capital, debido a que mediante la propiedad accionaria pueden tener control de la producción de bienes y servicios, en sectores de la producción en una región determinada.

El efecto del *holding*, en el mercado, tiene características del monopolio, aunque aparentemente se respeten las reglas de libre competencia, es usual encontrar alianzas entre sectores multinacionales con los propietarios de empresas locales, de tal cuenta que la participación de unos y otros resulta ventajosa para los participantes, aun cuando no existan barreras arancelarias, los mercados se conservan cautivos debido principalmente a factores económicos del mercado local, tales como dominio geográfico de las mejores locaciones comerciales, control de los medios de comunicación y medios



de publicidad masiva, prácticas de *dumping* o de control de precios, participación directa o indirecta en política partidista etc.

La hipótesis que se planteó en la presente investigación es: la aplicación de prácticas comerciales que definen el *holding*, en el comercio de bienes y servicios, que no se encuentran debidamente reguladas en la legislación nacional, pone en desventaja económica al consumidor y al usuario, quien no cuenta con la información necesaria para la elección de compra o consumo, en detrimento de su ingreso económico familiar. Del contenido de la presente investigación realizada se determina la comprobación de la hipótesis, derivado de los hallazgos encontrados en la investigación efectuada.

El trabajo de investigación realizado, está compuesto por cuatro capítulos estructurados de tal manera que, en primer término se exponen los conceptos generales del tema, el primer capítulo trata sobre el comercio y las operaciones comerciales, el segundo hace referencia acerca del monopolio y los contratos mercantiles, en el tercer capítulo se aborda el tema del contrato de *holding* y por último en cuarto capítulo se hace un análisis del contrato de *holding* y el efecto monopólico que genera en las operaciones comerciales.

El objetivo general de la presente investigación es determinar que la aplicación de prácticas comerciales que definen el *holding*, en el comercio de bienes y servicios, las que no se encuentran debidamente reguladas en la legislación nacional, pone en desventaja económica al consumidor y al usuario, constituyendo los objetivos específicos: identificar de qué manera las practicas mercantiles que definen al *holding* provocan distorsiones en el libre mercado, afectando principalmente a los consumidores y usuarios; determinar los mecanismos, contenidos en el derecho guatemalteco y derecho comparado, que existen para garantizar el derecho a la libre competencia; y por último analizar de qué manera inciden los precios de transferencia en el contrato de *holding* para propiciar el monopolio en las operaciones comerciales. Los objetivos generales y específicos se alcanzaron por medio de la presente investigación.

Dentro de los métodos aplicados en la investigación están: el método deductivo; método inductivo; y el método analítico para advertir el efecto monopólico que se da en virtud de la aplicación de las prácticas comerciales que definen al *holding* las cuales ponen en desventaja económica al consumidor y usuario.



## CAPÍTULO I



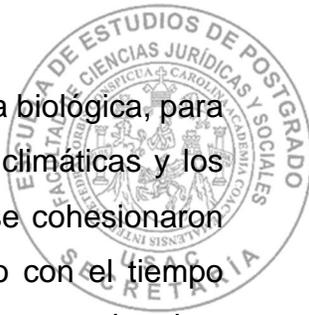
### 1. El comercio y las operaciones comerciales

El comercio es una actividad económica que desde el surgimiento de las primeras civilizaciones ha sido una figura fundamental en la vida del ser humano, dicha figura se basa en el intercambio y transporte de bienes y servicios entre diversas personas o naciones. Comúnmente en el comercio van a intervenir varias partes principalmente un sujeto denominado comprador y otro vendedor, quienes van a llevar a cabo el intercambio de bienes y servicios ya sea de diferente o de igual valor como ocurría con el trueque y posteriormente a cambio de dinero. Este último acontecimiento es importante resaltarlo, porque una vez que se deja de usar el trueque como forma principal de intercambio, la moneda adquiere mayor importancia debido a que se crea un instrumento de valor con el cual se pueda cuantificar los bienes y servicios.

En los últimos años se ha dado un periodo de profunda transformación en el comercio, promovido por el auge de las nuevas tecnologías lo que ha producido cambios en la forma en la que los comerciantes venden sus productos o prestan sus servicios y la manera en la que los usuarios los compran. Por tal motivo el comercio *online* está influyendo y cambiando la vida del ser humano. Dentro de ese mismo contexto, las operaciones comerciales juegan un papel importante, porque son las operaciones básicas que realiza una empresa, dentro de estas operaciones se pueden mencionar la compra, venta, cobros y pagos que se realizan por la adquisición de bienes y servicios. En el presente capítulo se desarrollará más ampliamente cada uno de estos dos aspectos tanto el comercio como las operaciones comerciales.

#### 1.1 Antecedentes del comercio y las operaciones comerciales

El comercio existe desde que surge la sociedad, asumiendo formas diferentes. Al principio el ser humano para satisfacer sus necesidades vitales agotó sus esfuerzos por alcanzar unos cuantos alimentos, se protegió de la intemperie y mantuvo a distancia a los animales salvajes y se refugió en las cavernas.



El hombre primitivo luchó por su supervivencia, ante su desventaja biológica, para lidiar con los efectos de un medio hostil, en cuanto a las condiciones climáticas y los predadores carnívoros, al consolidarse el núcleo familiar, las familias se cohesionaron socialmente, lo que trajo consigo la organización social, desarrollando con el tiempo sistemas más amplios y complejos de acuerdo con incipientes normas culturales, basadas en la ineludible e imperativa necesidad de sobrevivir. El incremento de los miembros del grupo obligó a buscar el bienestar, mediante nuevas formas de vida social, que fueron paulatinamente estratificándose, reglamentándose su coexistencia, toda la dinámica del grupo tendía a la satisfacción de necesidades básicas como la alimentación, el vestido, la vivienda entre otros, originalmente los productos de la caza y pesca sirvieron en forma exclusiva para alimentación de un núcleo familiar y más adelante, el excedente dio lugar al intercambio o trueque.

Los bienes intercambiados llegaron a satisfacer mejor las necesidades humanas tanto individuales como colectivas, debido a la especialización artesanal, razón por la que buscaban la forma de mejorar el sistema de trueque para obtener mejores productos y entregar sus excedentes, dando lugar con ello a los orígenes del comercio.

La humanidad al tener una mejor organización social requiere satisfacer adecuadamente sus necesidades para lo cual realizan la comercialización de los bienes y alimentos por medio de la práctica del trueque, en ese contexto nace el comercio como tal. Con el paso del tiempo el ser humano encontró nuevos instrumentos optimizados para el intercambio.

De esa forma los pueblos ampliaron sus mercados para los productos intermedios y finales; así destacaron por mencionar algunos los hebreos, indios, chinos, fenicios, mayas, incas, porque el comercio es un derivado de la capacidad excedentaria en la producción de bienes de intercambio, perfeccionaron sus sistemas de transportes terrestres y marítimos para llegar cada vez más lejos con sus mercancías y traer consigo nuevos productos desconocidos en la región de origen.

En América, el comercio fue una práctica importante en las civilizaciones y pueblos mesoamericanos, usando como moneda el cacao en semilla, colas de aves, piedras

semipreciosas, u otros bienes escasos. El comercio surge en el mundo desde el origen de la humanidad y evoluciona, según sus necesidades, debido a que ningún ser humano es capaz de satisfacerlas totalmente por sí mismo. No todas las personas poseen iguales capacidades y recursos, así como la especialización en la manufactura de artículos de necesidad diaria, en cuya elaboración debía existir la habilidad y destreza que se dan cuando el artesano se ha dedicado exclusivamente a la fabricación de artículos similares, al ampliarse el tejido social cada familia, tiene necesidad que otros provean de los recursos, bienes y servicios que no pueden producir por sí mismos.

El dinero, en forma de monedas surgió como unidad de medida del cambio y medición de valor equivalente, posteriormente al convertirse en acumulador de riqueza, da origen a la clase pobre y la clase rica. El mercader era un potentado, pues tenía la capacidad de acumular riqueza mientras que para los hombres del pueblo siempre fueron limitados sus recursos.

## 1.2 Definición de comercio

El término comercio proviene etimológicamente del latín *commercium*, palabra integrada por *cum* que significa con y *mercari* que significa comprar. Diversos autores han establecido algunas definiciones de comercio, que se continuación se mencionan:

"Actividad lucrativa que consiste en intermediar directa o indirectamente entre productores y consumidores, con el objeto de facilitar y promover la circulación de la riqueza" (Ossorio, 1974, p. 136).

Por otro lado, Cabanellas define al comercio como la "negociación o actividad que busca la obtención de ganancia o lucro en la venta, permuta o compra de mercaderías" (Cabanellas, 1979, p. 61).

De conformidad con las definiciones anteriores, se puede decir que el comercio persigue un fin eminentemente lucrativo, producto de su desenvolvimiento como intermediario entre la oferta y demanda de mercancías.



Asimismo, diferentes libros de economía coinciden con definir el comercio como: la actividad socioeconómica conformada por actividades de producción para la venta o compra de bienes o servicios, en forma directa o con valor agregado, a partir de su transformación. Comúnmente el comercio es el proceso de intercambio de bienes o servicios entre dos actores un comprador y un vendedor. A la persona que tiene el rol de intermediario se le denomina comerciante, que constituye la persona física, pero también, de acuerdo con Scian (2002), la persona jurídica que se dedica al comercio en forma permanente, con figuras como las sociedades mercantiles también se le considera comerciante.

En la actualidad, el comercio es una actividad de la economía de los pueblos, destinada a relacionar a los sectores producción y consumo, que se realiza tanto en el área nacional como internacional, la moneda de cada uno de los países se utiliza para medir las transacciones y en el campo internacional hay que correlacionar el valor de las diferentes monedas para facilitar la medida de compra y venta de bienes y servicios.

### **1.3 Calidad de los comerciantes**

Se puede definir a los comerciantes como aquellas personas que, con intenciones de lucro, compran para revender, colocándose o desarrollando una actividad intermediadora entre productor y consumidor de bienes y servicios.

El artículo 2 del Código de Comercio, Decreto 2-70, del Congreso de la República de Guatemala, establece:

Son comerciantes, quienes ejercen en nombre propio y con fines de lucro, cualesquiera actividades que se refieren a lo siguiente:

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



De conformidad con el artículo anterior, existen ciertos elementos que deben existir para tener la certeza de que estamos ante un comerciante, por lo que a continuación se desarrolla cada uno de ellos:

**a) Ejercer en nombre propio:** se refiere a que la actuación que se realice en el tráfico comercial debe realizarse en nombre propio, es decir que el comerciante debe ser el sujeto de la imputación de las relaciones jurídicas que se generen del comercio, la persona debe actuar para sí, y no para otro.

**b) Con fines de lucro:** el fin del comerciante al momento de ejercer actividades comerciales es obtener ganancias o lucro, porque en ningún momento lo realiza con fines benéficos.

**c) Debe dedicarse a actividades calificadas como mercantiles:** las actividades calificadas como mercantiles se encuentran establecidas en el artículo 2 del Código de Comercio, Decreto 2-70, del Congreso de la República de Guatemala, en el inciso 1 se menciona la industria, la cual puede ser en el campo de la producción o transformación de bienes y a la prestación de servicios. En el inciso 2 La intermediación en la circulación de bienes y a la prestación de servicios, en este inciso se establece la tradicional función del comerciante original o sea la persona que ejerce sus funciones entre el productor y el consumidor. En el inciso 3, se menciona la banca, seguros y fianzas, estas actividades son típicamente mercantiles. En el inciso 4 se establece las auxiliares de las anteriores, este inciso menciona cualquier acto auxiliar que se realice para ejecutar cada una de las actividades mencionadas en los primeros tres incisos, y no se refiere a los auxiliares del comerciante.

De conformidad con lo anterior, se puede decir que son comerciantes todas aquellas personas que se dedican al comercio, cuya actividad utilizan como su fuente de ingresos, mediante la venta y prestación de servicios a la población cuyo fin es eminentemente lucrativo.



Cabe mencionar que de conformidad con lo estipulado en el artículo 3, del Código de Comercio, Decreto 2-70, del Congreso de la República de Guatemala, las sociedades organizadas bajo la forma mercantil también tienen la calidad de comerciantes, independientemente de cuál sea el objeto lícito al cual se dediquen. Y son sociedades de carácter mercantil, porque están dentro de las sociedades estipuladas en el artículo 10 del Código de Comercio, Decreto 2-70, del Congreso de la República de Guatemala. De conformidad con este artículo las sociedades que tienen el carácter de mercantil son las siguientes:

- La sociedad colectiva
- La sociedad en comandita simple
- La sociedad de responsabilidad limitada
- La sociedad anónima
- La sociedad en comandita por acciones

Cada una de las sociedades mercantiles mencionadas anteriormente si se constituyen de acuerdo con las disposiciones del Código de Comercio, Decreto 2-70, del Congreso de la República de Guatemala y se inscriben en el Registro Mercantil, van a tener personalidad jurídica, porque la ley le atribuye y le reconoce una personalidad jurídica propia mediante la cual tendrán capacidad para adquirir tanto derechos como obligaciones. Es decir al momento de su constitución se convierten en sujetos activos o pasivos para establecer relaciones jurídicas.

#### **1.4 Capacidad para ser comerciantes**

El artículo 6 del Código de Comercio, Decreto 2-70, del Congreso de la República de Guatemala, establece “Tienen capacidad para ser comerciantes las personas individuales y jurídicas que, conforme al Código Civil, son hábiles para contratar y obligarse”.

De conformidad con el artículo citado anteriormente, tendrán capacidad para ser comerciantes todas las personas individuales o jurídicas que de conformidad con el Código Civil estén en el pleno goce de sus derechos y deberes ciudadanos, es decir que

para ser comerciante por regla general se necesita tener la capacidad de ejercicio. La excepción a la regla general se encuentra en el artículo 7 del Código de Comercio, Decreto 2-70, del Congreso de la República de Guatemala, el cual señala que cuando un incapaz adquiera por herencia o por donación una empresa mercantil o cuando se declare en interdicción a un comerciante individual, el juez decidirá con informe de experto, si la negociación ha de continuar o liquidarse.



## **1.5 Tipos de comercio**

De acuerdo con lo manifestado anteriormente y teniendo claridad de lo que significa el comercio, la calidad y capacidad para ser comerciante, es necesario establecer los tipos de comercio que surgen de esta actividad es decir de la venta y compra de alguna mercancía o producto, por lo que a continuación se definen los tipos de comercio. Si las negociaciones se realizan dentro o fuera del país, existen dos tipos de comercio:

### **1.5.1 Comercio interno**

Es el comercio mediante el cual se realiza un intercambio de mercancías dentro de la frontera nacional. Es decir, se hace entre personas que se encuentran presentes en el mismo país. La actividad en este tipo de comercio está regulada por las leyes del país en el cual se lleva a cabo, lo cual permite que se conforme a la economía como un sector formal. A su vez este comercio interno se divide en dos, dependiendo la forma en que se realice la negociación, en comercio minorista y mayorista.

#### **1.5.1.1 Comercio minorista**

También se le conoce como comercio al por menor, es el comercio mediante el cual se va a realizar la compraventa de mercancías, pero el comprador es el consumidor final de la mercancía; es decir, es la persona que va a usar o consumir la mercancía adquirida. De conformidad con lo anterior se puede decir que es el comercio que se efectúa en menor escala, en unidades. Los comerciantes al por menor venden los productos a través de tiendas, depósitos, supermercados y otros minoristas, recibiendo los productos a través de intermediarios.



### **1.5.1.2 Comercio mayorista**

También se le denomina comercio al por mayor, es la actividad de compraventa de mercancías, pero en este tipo de comercio el comprador no es el consumidor final de la mercancía, regularmente esta la adquiere el comprador para vendérsela a otro comerciante o a una empresa manufacturera que la utilice como materia prima, con el fin de transformarla en otra mercancía. En este tipo de comercio se intercambian enormes cantidades de productos, pero la compraventa no se realiza con el consumidor final.

### **1.5.2 Comercio exterior**

También se le denomina comercio internacional, es la compraventa de mercancías o productos que se realiza entre personas de un país y las que viven en otro. Osorio, define al comercio internacional como “es el conjunto de movimientos comerciales y financieros y, en general, todas aquellas operaciones cualquiera que sea su naturaleza, que se realicen entre naciones; es pues un fenómeno universal en el que participan las diversas comunidades humanas” (Osorio, 1995, p. 48).

La actividad que se realiza en este tipo de comercio está regulada por normativas de carácter internacional a través de las cuales se tienen que regir los comerciantes. En este tipo de comercio muchas veces los mercados de los países disminuyen las barreras arancelarias que existen entre los diversos países con el fin de fomentar el comercio con los países extranjeros. El comercio exterior se divide en dos:

#### **1.5.2.1 Comercio de importación**

En este tipo de comercio la compra de las mercancías o productos se realiza a un vendedor que se encuentra fuera del territorio nacional, es decir, se realiza la compra a un extranjero.



### 1.5.2.2 Comercio de exportación

Por otro lado, en el comercio de exportación los comerciantes nacionales introducen bienes en los mercados extranjeros.

De acuerdo con el diccionario especializado de la economía

El Intercambio de bienes o servicios entre personas de distintos países. La diferencia esencial entre el comercio dentro de las fronteras nacionales y el comercio internacional es que este último se efectúa utilizando monedas diferentes y está sujeto a regulaciones adicionales que imponen los gobiernos: aranceles, cuotas y otras barreras aduaneras.

En el comercio internacional se benefician tanto la nación que vende, o exporta, como la que compra, o importa: ello sucede, al igual que en el comercio interno, porque cada una posee ventajas comparativas particulares que se traducen en costos comparativos diferentes. Al incremento del comercio exterior, por lo tanto, hay que atribuir una buena parte del crecimiento económico contemporáneo. (Salinas, 2015, p. 34).

El comercio internacional tiene un papel significativo en cualquier nación. Desde una perspectiva ideal, sirve para varios fines. Por un lado, permite especializarse en campos donde se desarrolla mayor eficiencia y se comercia con otras naciones para obtener los productos que no tiene disponibles por sí misma. El comercio internacional es importante, porque determina el poder financiero de las naciones. De acuerdo con lo anterior, el valor de la moneda interna, se relaciona con la dinámica que se produce y el fortalecimiento de su sistema productivo o comercial.

Cabe mencionar que el comercio atiende a todos los sectores, según su ubicación ya sea en el ámbito productivo o de consumo, impulsa estrategias de venta a mayor o menor escala, según la naturaleza de este y el público que demanda sus servicios. Así también el comercio se especializa o segmenta por áreas o especialidades como alimentos, muebles, calzado, hogar, higiene, vehículos y así gran cantidad de sectores que pueden conformarse.



### 1.5.3 Tipos de comercio dependiendo el modo de transporte de la mercancía

Dependiendo del modo en que se transporte la mercancía, el comercio, se puede dividir en:

#### 1.5.3.1 Comercio terrestre

Es el comercio mediante el cual se transportan las mercaderías por vía terrestre ya sea por ferrocarril, por vehículos automotores o por animales.

#### 1.5.3.2 Comercio marítimo

Es el comercio que se realiza por medio de la vía marítima, nació por la necesidad de trasladar mercancías de un país a otro, a través del mar, de una forma eficiente, segura y económica en relación con otros medios de transporte, generándose de esta forma el comercio marítimo.

#### 1.5.3.3 Comercio aéreo

Es el comercio mediante el cual se da el transporte de mercancías por medio de un avión. Este tipo de comercio ha pasado de usarse de forma circunstancial a desempeñar un papel importante dentro del contexto general del transporte internacional de mercancías. Muchas veces este tipo de transporte es el más idóneo y económico para una serie de productos de alto valor y reducido tamaño.

#### 1.5.3.4 Comercio fluvial

El transporte fluvial es una importante vía de comercio interior, es el comercio mediante el cual se realiza el transporte de mercaderías a través de ríos y canales fluviales.

Dependiendo de quién sea la persona interesada, también se puede clasificar el comercio en:

- **Comercio por cuenta propia:** es el comercio que se realiza por sí y para sí mismo.



- **Por comisión:** es el comercio que se realiza a cuenta de otros.

Por último, se puede mencionar que con la nueva era digital actual, las formas de hacer las negociaciones y transacciones en el mundo han cambiado, porque la compraventa de mercancías o productos que se hacían de forma físicamente se ha trasladado al internet, este tipo de comercio se le conoce como comercio electrónico. Por la importancia y los cambios que ha provocado actualmente en el comercio, merece especial atención por lo que se desarrollará más ampliamente.

### **1.6 El comercio electrónico**

Una de las características que han aflorado en las operaciones comerciales en la última década, ha sido el comercio electrónico, gracias al avance de la tecnología y a la necesidad global de facilitar la relación entre las partes y alcanzar la certeza jurídica en el negocio o transacción comercial, con apoyo de medios electrónicos.

En la actualidad, cobra vigencia como soporte de las operaciones comerciales, la economía digital y el impulso de operaciones comerciales digitales que han avanzado para dar certeza en las relaciones, negociaciones, transacciones, pagos, facturas y hasta firmas electrónicas, lo cual transforma el escenario del comercio y las operaciones comerciales.

Si bien, no todos los vendedores y compradores entran al mismo tiempo a la sociedad del conocimiento y se desarrolla el comercio en forma igualitaria, se mantiene la brecha digital y generacional que inciden ostensiblemente en la confianza en el proceso y el dominio de sus procedimientos y herramientas tecnológicas, por lo que aún prevalecen prácticas de las operaciones comerciales tradicionales, con medios tradicionales y alternativos.

Conforme se involucren las empresas y comerciantes, así como los clientes, proveedores o consumidores poco a poco se van a adherir en el proceso de cambio de las operaciones comerciales. Teniendo siempre en la mira el alcance de la competitividad, la cobertura del mercado y la satisfacción del cliente, demandando el aprovechamiento

de oportunidades para revalorizar estas, de acuerdo con la capacidad de incorporar las nuevas tecnologías en su capacidad operacional, dentro de la obtención del liderazgo económico a través de acciones obtenidas y la expansión de la finalidad económica empresarial y comercial.



Las operaciones comerciales se han transformado y tanto empresarios como consumidores y proveedores deben considerar el Internet como herramienta básica de su funcionamiento. En sí, el comercio electrónico involucra a todas las operaciones comerciales que incorporan valor, transferencia de información y productos, medios o servicios, además de pagos electrónicos. Se da a través de compartir, datos, videos, sonidos, imágenes y pagos en línea.

Lo novedoso es que por medios electrónicos se realiza todo el proceso de la operación comercial, lo cual permite acortar distancias y acerca las decisiones, ahorrando recursos, tiempo y logística que regularmente se usa en la negociación tradicional. Con esos elementos se puede definir el comercio electrónico, como el conjunto de operaciones comerciales que se realiza por medios electrónicos y gestión de riesgos, a través del Internet.

Las operaciones comerciales se desarrollan entonces con medios alternativos o tradicionales, pero en ambos casos se deben adoptar estrategias de marketing específicas para el tipo de clientes al cual va dirigido y la generación de las transiciones respectivas.

Las operaciones comerciales se basan siempre en el intercambio de información y datos, que orientan a la generación de oferta y demanda, a una compra y una venta por medios físicos o electrónicos, transferencias, y no necesariamente solo por los instrumentos tradicionales.

## **1.7 Operaciones comerciales**

Las operaciones comerciales son las transacciones que consisten únicamente en la compra y la venta de mercancías, es decir, el intercambio de bienes económicos por

dinero. También se puede decir que son todas las operaciones básicas que realizan las empresas, dentro de ellas se pueden mencionar las compras, ventas, cobros y pagos de bienes y servicios.

En el devenir de la humanidad, se fue modificando el comercio y realizando operaciones cada vez más sofisticadas de intercambio. Eso se manifestó en las dificultades surgidas con el intercambio de bienes o trueque, conforme el valor agregado no permitía su realización, por lo que en diferentes escenarios económicos y comerciales, buscaron una medida común para realizar el comercio; así fue cuando en la India afloró una especie de letra de cambio como papeles portadores de valor, en la ciudad fenicia de Cartago aparecieron unos pedazos de cuero que constituían signos monetarios de la época con representación de valores, en el pueblo incásico eran bloques de sal los que facilitaban el comercio. Cada pueblo se buscó un sistema monetario propio para medir con facilidad las transacciones comerciales.

Finalmente, se perfeccionó el sistema monetario como medida de cambio y portador de valor y posteriormente el dinero se convirtió en acumulador de riqueza. Siendo el comercio uno de los medios que favoreció la realización o venta de los bienes o servicios y la mejora de sus unidades de intercambio. Por supuesto a través de diferentes operaciones comerciales que fueron focalizándose y generando sus mecanismos específicos para hacerlos viables.

En las últimas décadas, se producen cambios significativos en el contexto económico, que tienden a afianzar en esencia la liberalización del comercio, la mejora de los transportes, la mundialización de las finanzas, con un creciente nivel de exigencia por parte de los consumidores y el desarrollo de las tecnologías de la información. Causando cambios también en las operaciones comerciales iniciales o a ese momento tradicionales.

Con lo anterior, se afianza la globalización de los mercados, regida fundamentalmente por las operaciones comerciales, como manifestación de la convergencia de algunas dimensiones y variables económicas de un elevado número de países; a lo cual contribuye la aparición de nuevas tecnologías de la información, entre ellas Internet.





Las operaciones comerciales en la actualidad hacen que se superen las barreras geográficas y temporales, donde cualquier empresa, independientemente de su tamaño, sector de actividad o territorio, compiten en el mercado global. Integrando funciones que siguen siendo operativas, para conseguir la integración de su actividad cotidiana, estableciendo nuevos canales de comunicación y que facilitan la asociación corporativa y comercial, lo cual agiliza el conocimiento, la producción, distribución y consumo, así como la asociación de capitales y la obtención de acciones, a través de la circulación, obtención y generación de la información y su circulación en el ámbito comercial, nacional e internacional, facilitando relaciones comerciales entre agentes separados geográficamente.

Las ventajas del comercio en la actualidad reflejan la capacidad de segmentación, participación del usuario, el acceso a gran cantidad de información a bajo coste. Integrando aspectos que caracterizan a otros medios de comunicación de forma aislada: naturaleza audiovisual, posibilidad de argumentación e interactividad. La flexibilidad para actualizar la información, mejora la calidad del servicio y la oferta comercial y su realización se basa cada vez más en la presencia en la red. Las operaciones comerciales prácticamente son los vehículos de la compra-venta, sin operaciones comerciales no se mueven los productos de una fábrica de cualquier naturaleza, ni se facilita la circulación monetaria que se transforma en el medio para alcanzar la adquisición de otros productos no producidos, necesarios para alcanzar la calidad de vida.

Las operaciones comerciales facilitan la adquisición de bienes a título oneroso con el fin de venderlos o arrendarlos, el recibo de dinero en pago, préstamo o interés, la constitución de sociedades comerciales, su administración, negociaciones derivadas, negocios de títulos, corretajes y tantas otras operaciones. Atendiendo a lo anterior las operaciones comerciales se clasifican en: operaciones comerciales al contado y operaciones comerciales al crédito. A continuación, se desarrolla cada una de ellas.



## **1.7.1 Operaciones comerciales al contado**

Son las transacciones en las que tanto la entrega de las mercancías como la entrega de dinero se realizan al momento de adquirirlas, es decir, se realiza el intercambio en el mismo momento. Es decir que, al momento de contraerse la deuda, se efectúa el pago. La compraventa al menudeo y mercancías de bajo precio, generalmente se realizan de esta manera. Dentro de las operaciones comerciales que se pueden realizar bajo este tipo de operaciones al contado están:

### **1.7.1.1 Compras al contado**

A través de este tipo de compras al contado se van a adquirir mercancías a cambio de la entrega del dinero convenido por dichas mercancías, pero este pago debe realizarse en el mismo momento en el cual se adquieren los bienes convenidos.

### **1.7.1.2 Ventas al contado**

Las ventas al contado se refieren a la entrega de mercancías a cambio de recibir el dinero en el mismo momento en el cual se entregan los bienes vendidos. Es decir, se realiza el intercambio de los bienes objeto de negociación y el dinero pactado por dichos bienes, pero debe realizarse en el mismo momento en el cual se efectúa la transacción.

## **1.7.2 Operaciones comerciales al crédito**

Son las transacciones mediante la cual se entregan las mercancías en una determinada fecha, pero la entrega del dinero por la mercancía adquirida se realiza con fecha posterior. Regularmente la compraventa al mayoreo y de mercancías de precio elevado, se realizan de esta manera al crédito.

### **1.7.2.1 Compras a crédito**

Mediante este tipo de compras se adquiere la mercadería en una fecha, pero se pacta entregar el dinero convenido en una fecha posterior a la entrega.



### 1.7.2.2 Ventas a crédito

En las ventas al crédito se entregan las mercancías, pactando recibir el dinero convenido en una fecha posterior.

En ese orden de ideas se puede decir que en el caso específico del *holding* se realizan un sin número de operaciones comerciales las cuales se realizan desde el momento de su constitución, que va desde la adquisición paulatina de las acciones de otra compañía o la compra de la mayoría de acciones en un mismo acto, con lo cual dicha compañía pasa a ser una entidad filial de la sociedad matriz, quien pasa a tener el control de las entidades que forman parte del grupo empresarial por tener el mayor número de acciones.

También constituye una operación comercial la venta de determinado número de acciones por parte de la sociedad matriz a cambio de una compensación económica y en si cada una de las operaciones básicas que realizan las empresas integrantes del *holding*, como la compraventa de bienes o servicios que realicen las entidades que conforman el grupo empresarial para llevar a cabo sus fines. Dentro de las ventajas de formar parte de este grupo *holding* es que tienen acceso a materia prima, logística, transporte, financiación entre otras, con lo cual minimizan los riesgos e incrementan sus utilidades al poder hacer negocios a mayor escala.

### 1.8 Innovación comercial

El comercio, en la historia de la humanidad, ha constituido un factor importante en la economía, relacionando a productores y vendedores por diferentes medios, innovando en forma constante sus operaciones. Para el comercio se han utilizado afluentes lacustres, marítimos, aéreos y ahora los medios electrónicos han facilitado las operaciones comerciales, como la formación de negocios electrónicos, aunque al momento no cesa con las modalidades tradicionales, evoluciona a su desplazamiento y fortalece la relación entre las partes o accionistas, corporaciones y sus integrantes, haciendo realidad la interconexión mundial en tiempo real.

El comercio hace referencia a una serie de redes abiertas que establecen relaciones entre dos partes que intercambian valor. El comprador obtiene una serie de facilidades al

pagar por medios electrónicos, tarjetas de crédito, transferencias, sin necesidad de acudir a un banco o emitir un cheque.



Participa en un mercado abierto, con certeza y obtiene una serie de privilegios como recibir los bienes comprados incluso en la comodidad de la casa. Ahora es fácil pagar en un país y tener resguardadas los bienes o acciones en otro país o en este. Por lo tanto, el comercio se inscribe ahora en un mercado abierto donde se realizan las operaciones comerciales, con cambios en la escala global, incentiva a las empresas a ser competitivas y a digitalizar sus servicios y controles, transformando el mundo comercial para dar respuesta a sus clientes, buscando los mejores proveedores a escala global, sin importar su localización territorial, vinculando como innovadoras a las empresas prestadoras de servicios o vendedoras de bienes y a las empresas estatales afines como empresas de control gubernamental y a la población en general como consumidora de los bienes y servicios generados con flexibilidad.

Las defensas de los consumidores refuerzan la protección en la realización de las transacciones comerciales electrónicas, lo cual refuerza a la vez la protección que se otorga a estos sujetos en las operaciones tradicionales; ello quiere decir que, además de los derechos específicos garantizados por las leyes ordinarias, para las transacciones comerciales electrónicas, el consumidor también gozará de los demás derechos que le otorga la ley, que sean aplicables al caso concreto, en salvaguarda de sus intereses y derechos, así como de la inversión, a través de suministrar mecanismos de pago seguros, con respaldo técnico y jurídico al otorgar al comprador los documentos necesarios para acreditar ante las agencias estatales de fiscalización, la procedencia del dinero, el gasto y el destino del bien o servicio o el registro de las acciones correspondientes.

Las operaciones comerciales necesitan contar con protocolos de seguridad fortalecidos y soluciones que permiten efectuar pagos de forma segura. La seguridad jurídica precisa la actuación de cada uno de los sujetos que intervienen en la transacción, con el fin de determinar quién es el responsable de cualquier fallo técnico, violaciones a la privacidad, operaciones no autorizadas o fraudulentas u otras transgresiones en el

cumplimiento de los deberes impuestos por normas legales o contractuales que al igual que en las operaciones comerciales tradicionales, no pueden vulnerarse.



En todo caso de acuerdo con lo que establecen las normas internacionales ISO, las cuales son establecidas por el Organismo Internacional de Estandarización (ISO), se componen de estándares y guías relacionados con sistemas y herramientas específicas de gestión aplicables en cualquier tipo de organización, son de carácter voluntario, encargada de favorecer normas de fabricación, comercio y comunicación en todo el mundo, se debe asegurar entre otras condiciones: la protección de los consumidores, mecanismos de pago seguros, así como determinar los requisitos mínimos de seguridad que deben rodear las operaciones de pago para entender que estas son seguras, las normas ISO han ido ganando reconocimiento y aceptación internacional.

Desde el punto de vista técnico es importante el análisis de los métodos de cifrado de la información, los protocolos de seguridad y otras soluciones que permiten efectuar pagos de forma segura. La seguridad jurídica precisa el estudio de la actuación de cada uno de los sujetos que intervienen en la transacción a efectos de determinar a quién corresponde la responsabilidad en caso de fallos técnicos, violaciones a la privacidad, operaciones no autorizadas o fraudulentas u otras transgresiones en el cumplimiento de los deberes impuestos por normas legales o contractuales.

En todo caso las cuatro garantías fundamentales que las normas ISO señalan como necesarias son: la autenticación, la integridad, la confidencialidad y el no repudio (tanto en origen como en destino) de los mensajes de datos. Eso obliga a los actores intervinientes a realizar las verificaciones del caso.

La integridad garantiza que los mensajes son recibidos sin alteraciones no autorizadas, es decir que no han sido modificados, alterados o manipulados durante la transmisión. La confidencialidad, entendida como el mayor o menor grado de secreto que se adopta sobre una comunicación, garantiza que solo tengan acceso al mensaje de datos, quienes estén legítimamente autorizados. El no repudio asegura, por una parte, que el emisor, una vez enviado el mensaje, no pueda negar el envío (no repudio en

origen) y por la otra, que el destinatario no niegue la recepción ni su contenido (no repudio en destino).



### **1.9 Importancia de la demanda**

Todo tipo de comercio tanto nacional como internacional, en cualquiera de sus segmentos depende de la demanda entendida como:

Cantidad de una mercancía que los consumidores desean y pueden comprar a un precio dado en un determinado momento. La demanda, como concepto económico, no se equipará simplemente con el deseo o necesidad que exista por un bien, sino que requiere, además, que los consumidores, o demandantes, tengan el deseo y la capacidad efectiva de pagar por dicho bien. La demanda total que existe en una economía se denomina demanda agregada y resulta un concepto importante en los análisis macroeconómicos. (*Diccionario de economía y finanzas*, 2018, p. 56).

La demanda depende de la capacidad de pago de la población de acuerdo con los precios fijados por los productores y el valor agregado en la cadena de comercialización.

La capacidad de la demanda tiene que ver por el precio de los productos y en ello cuenta la competencia que se establezca entre productores para aportar los productos que la población requiere a precios accesibles.

### **1.10 La empresa en el comercio y realización de las operaciones comerciales**

También es importante en el proceso la empresa privada, para lo cual se procederá a definirla.

El Código de Comercio, Decreto 2-70, del Congreso de la República de Guatemala, en el artículo 655, se define como:

Se entiende por empresa mercantil el conjunto de trabajo, de elementos materiales y de valores incorpóreos coordinados, para ofrecer al público, con propósito de lucro y de manera sistemática, bienes o servicios. La empresa mercantil será reputada como un bien mueble.



De conformidad con lo señalado, se puede decir que las empresas en el ejercicio de sus actividades económicas tienen como fin primordial ofrecer al público bienes y servicios a cambio de una compensación económica, para satisfacer sus necesidades.

También es concebida como:

La unidad esencial de una economía de mercado. Es un ente que trata de maximizar sus beneficios planificando sus acciones y estudiando la forma de seleccionar sus insumos y sus productos de modo de obtener la mayor eficiencia en sus actividades. Dicha eficiencia productiva se mide en términos concretos por la ganancia, aunque esta última puede provenir, en condiciones de competencia imperfecta, de muchos otros factores.

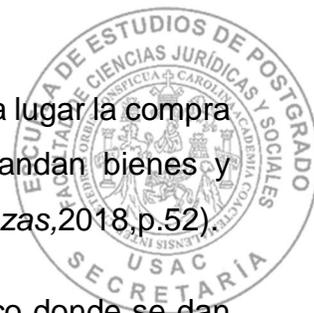
Las empresas son, por lo tanto, unidades de decisión que efectúan elecciones económicas. De la existencia de múltiples empresas, de muy variadas características, depende la abundante oferta de bienes y servicios que caracteriza a las economías modernas. Cada una de ellas aprovecha una circunstancia particular, un deseo específico de los consumidores o una aptitud especial para producir mercancías que estos demandan. (*Diccionario de economía y finanzas*, 2018, p. 32).

En el párrafo citado, sale a relucir que muchas veces las empresas con el fin de incrementar sus ganancias hacen un estudio del mercado para poder determinar las preferencias de los posibles clientes, con el objetivo de producir mayor rentabilidad. La eficacia y eficiencia de las empresas muchas veces depende de su misión, planificación, sus estrategias, objetivos y políticas de actuación. El ámbito en el cual las empresas desarrollan sus actividades comerciales es en el mercado, por lo cual a continuación se trata el asunto.

### **1.11 El mercado**

Todo lo que realiza el comercio, tanto nacional como internacional, a través de cualquier medio o tecnología, la existencia de demanda y oferta, así como la realización plena de las empresas, tiene necesidad de la existencia de un mercado.

En términos generales, mercado es el contexto dentro del cual toma lugar la compra y venta de mercancías, o donde se encuentran, quienes demandan bienes y servicios con quienes los ofrecen. (*Diccionario de economía y finanzas*, 2018, p.52).



Si bien es común la concepción de mercado como el lugar físico donde se dan todas las transacciones, a nivel económico el concepto es abstracto y se refiere al conjunto de interacciones humanas que, si bien se tienen lugar en un punto espacial de referencia, no se circunscriben a un lugar determinado físicamente y da lugar a la dinámica de la oferta y la demanda.

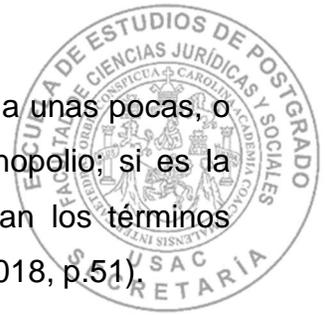
Así el mercado, entonces, recibe a los oferentes y demandantes que concurren al mismo, incluyendo diversos productos y personas, que lo abastecen de bienes y servicios procedentes de diferentes escenarios nacionales e internacionales.

En muchos casos, el intercambio mercantil se produce sin que sea necesario trasladar físicamente los bienes transados. Lo importante es que los actores que intervienen en este estén lo suficientemente relacionados para que cada transacción afecte y esté afectada- por todas las demás. Eso requiere que se definan mecanismos, estrategias, controles cuando procede, pero sobre todo la información suficiente, para conocer los precios y volúmenes transados y los mecanismos prácticos para incorporarse al mercado, ya sea vendiendo o comprando mercancías, en respuesta a tal información, en forma efectiva o en documento debidamente autorizado.

En el mercado, cada vez existen grandes grupos de compradores y vendedores de amplias variedades de bienes y servicios, ya sea de consumo, el mercado de capitales, mercado de trabajo, conforme lo existente, dan vida al funcionamiento de una economía en su conjunto.

El mercado se concibe como un contexto donde se encuentran, quienes ofrecen y quienes demandan mercancías: de allí que la oferta y la demanda sean las dos fuerzas que intervienen en este para determinar el precio al que las mercancías se intercambian. Si la oferta y la demanda están constituidas por un número suficientemente grande de individuos, de modo tal que sus decisiones particulares no sean capaces de alterar el precio al cual se transan los bienes, se habla entonces

de un mercado de competencia perfecta; si la oferta está limitada a unas pocas, o a una sola firma, se habla respectivamente de oligopolio o monopolio; si es la demanda la restringida a pocos o un solo comprador, se utilizan los términos oligopsonio y monopsonio. (*Diccionario de economía y finanzas*, 2018, p.51).



Constantemente evoluciona el mercado, el comercio, las operaciones comerciales y todo lo vinculante. La existencia de un mercado implica que se efectúa un gran número de transacciones entre individuos libres, que realizan elecciones de modo que su utilidad sea la máxima posible.

El aporte de la existencia de normas capaces de eliminar el fraude y la coerción, pero, además, la ausencia de cualquier otra restricción que impida a los consumidores o usuarios el bien o producto que más le convenga.

El mercado ha incidido en la organización de la economía de los países y ha aportado a que se fortalezca la economía de libre mercado, y ya no se centraliza en casi todos los países, en entes de planificación central, buscando el equilibrio con el conjunto de las sumas de decisiones de personas o empresarios grandes, pequeños o medianos que desde lo individual o corporativo, incide en la producción, consumo y distribución de los bienes y servicios que marcan el estilo de vida de las poblaciones, al procurar satisfacer necesidades diferentes.

### **1.12 Libre mercado**

El libre mercado es fundamental para que se realicen todas las operaciones comerciales dentro de una economía que aspira a brindar respuestas a las necesidades individuales de los consumidores con libertad y de acuerdo con sus gustos y preferencias. El libre mercado también es denominado como mercado libre o mercado liberal. Para poder entender lo que implica el libre mercado es necesario establecer una definición de esta figura:

Es el sistema en el que el precio de los bienes es acordado por el consentimiento entre los vendedores y los compradores, mediante las leyes de la oferta y la demanda. Requiere para su implementación de la existencia de la libre

competencia, lo que a su vez requiere que entre los participantes de una transacción comercial no haya coerción, ni fraude, etc., o más en general, que todas las transacciones sean voluntarias. (Asturias, 2008, p. 34).



Con base en la definición anterior, se puede decir que el libre mercado es un sistema mediante el cual el precio de los bienes o servicios es fijado en común acuerdo entre los vendedores y compradores. Sin embargo, cabe mencionar que para que se desarrolle este sistema debe prevalecer la libre competencia entre los comerciantes oferentes de los bienes o servicios demandados y el Estado debe controlar que efectivamente las empresas se rijan de acuerdo con la normativa de la libre competencia.

Para ello, el Estado necesita contar con las condiciones regulatorias apropiadas que lo permitan, en ese contexto se desarrolla el libre mercado, interviniendo regularmente la iniciativa privada, la libertad de empresa, la primacía del libre juego de la oferta y la demanda. Se puede decir que el libre mercado presume la absoluta libertad de oferta y la demanda en el mercado, ocasionando que el Estado intervenga solo para garantizar la libertad de competencia en este.

El libre mercado incide en un ordenamiento social y económico, que respetan la dignidad humana y la libertad económica, permitiendo que los individuos como sujetos económicos, puedan elegir sin presiones, lo que en realidad les favorezca a sus necesidades, en calidad de bienes y servicios, que les permitan satisfacerlas.

La ventaja de contar con un libre mercado es que el usuario o consumidor puede comprar lo que necesita, según sus necesidades e intereses, optando a diferentes opciones de compra sobre el mismo bien o servicio. El libre mercado por sí mismo se autoregula; sin embargo, cuando se afectan sus condiciones ponen en peligro el derecho a los consumidores y usuarios que ven limitados o restringidas las respuestas a sus necesidades o se alteran los precios por cuestiones de especulación o monopolio, o bien por acaparamiento, falta de producción, extremas regulaciones o establecimiento de aranceles o impuestos, que, finalmente, son cargados no a los empresarios o productores, sino a intermediarios o comerciantes y a los mismos consumidores.

Dicha situación puede darse en grandes compañías que funcionan como matrices, pero que incorporan a otras compañías filiales dentro del grupo empresarial mediante la

adquisición de la mayoría de sus acciones perfeccionándose así la figura del *holding*, a través de la cual se controla toda la cadena o proceso de un bien o servicio, lo cual le permite a la compañía matriz minimizar riesgos y maximizar utilidades y hacer negocios a mayor escala. Generando la dominación de determinado sector del mercado afectando de esta manera a los consumidores o usuarios de determinado bien o servicio al ver limitado su opción de compra, por no existir mayor competencia en el mercado, específicamente estas prácticas mercantiles que definen al *holding* se van a analizar en el capítulo 3 y 4 de la presente investigación.

### **1.13 La libre competencia**

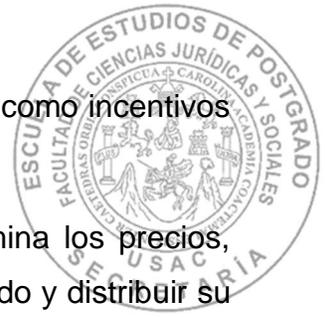
La libre competencia es una situación en donde cualquier persona o empresa es libre de participar en una determinada actividad económica ya sea como vendedor o como comprador.

Además de la libertad económica para producir y adquirir bienes y servicios por los productores, vendedores o intermediarios y consumidores, es importante que el mercado tenga como condición básica, la libre competencia, que junto a la incorporación de los gustos e intereses individuales para confirmar la libertad individual, se hace realidad el libre mercado, lo cual significa que los oferentes puedan ofrecer varias opciones para que el consumidor elija entre ellos, sin que se monopolice, sino se adquirieran tomando en cuenta calidad, precio, condiciones, entre otros aspectos.

La libre competencia incide en la fortaleza del mercado y en su dinamismo. El libre mercado debe ofrecer efectividad y eficiencia, en beneficio de poner en el mercado a través de la competencia lo que el consumidor necesita para satisfacer sus necesidades básicas, gustos y preferencias individuales.

Es importante que la libre competencia origine que los productores y consumidores realicen sus intereses a través del acceso a precios libres que se autorregulan, de acuerdo con la competencia o diversidad de opciones y productos para satisfacer sus necesidades.

Por supuesto, tanto el libre mercado como la libre competencia, cuando exceden su finalidad y rompen el orden y armonía económica, en respuesta a distorsiones, son



sujetas a un orden jurídico y moral que sanciona sus excesos y actúan como incentivos para volver a la vigencia de su dinámica y finalidad.

La libre competencia, cuando se dinamiza por sí misma, determina los precios, factor que es considerado por los consumidores para acceder al mercado y distribuir su capacidad adquisitiva en la obtención de los bienes y servicios necesarios. De ahí que cuando un agente económico altere esa dinámica y quiera imponer solo su interés, será regulado por la competencia volviendo a establecer la armonía en el libre mercado y garantiza el acceso de consumidores a precios accesibles de los bienes y servicios a obtener por la diversidad de su existencia, al alcance de su capacidad económica y sus gustos y preferencias.

De esa forma el mercado asigna recursos a productores, intermediarios y consumidores, armonizando los precios en función de la oferta y la demanda. A través de la misma elasticidad de precios, dentro del mínimo y máximo posible para situar las mercancías en manos del consumidor. En todo caso el precio es la expresión del valor del bien o servicio, que incluye el costo de las materias necesarias para crear el bien o servicio, el trabajo socialmente necesario y la recuperación del beneficio del productor o ganancia. Lo cual se traslada como precio total al consumidor.

Cuando esos costos se sobrevaloran o distorsionan en beneficio exagerado del productor o intermediario, se distorsiona el mercado y afecta a la libre competencia, en perjuicio del consumidor o usuario.

### **1.13.1 Condiciones para que exista la libre competencia**

Bajo el principio de libre competencia el consumidor va a tener la libertad de elegir libremente el bien o servicio que necesite el cual se adecue a sus necesidades, así también el productor va a tener la libertad de tomar las decisiones empresariales de forma libre. Con lo cual se busca proteger que se limite el derecho de elección del consumidor o usuario al momento de adquirir determinado bien o servicio.

El Estado juega un papel transcendental en la protección de que el mercado se desenvuelva bajo el principio de libre competencia, porque es su función proteger este derecho, porque existe la posibilidad de que las empresas adopten conductas que tengan por efecto limitar, dañar o falsear la competencia.



Con base en lo anterior, es necesario tener un marco legal adecuado que permita que los agentes económicos ejerzan sus libertades respetando los derechos de los demás en el mercado.

En ese marco legal, el Estado tiene que estar facultado para:

- Investigar y sancionar a cualquier agente económico que busque restringir de manera injustificada la competencia. Generalmente, esto se hace a través de la creación de una Ley de Competencia y de un organismo fiscalizador que es la agencia de competencia.
- Revisar y modificar las regulaciones o normativas que podrían estar restringiendo la competencia.
- Establecer mecanismos para la protección de los derechos de los consumidores. Generalmente, esto se hace a través de una ley de derechos del consumidor y un organismo fiscalizador especializado.

La libre competencia tiene un efecto beneficioso en la economía, porque incentiva a las empresas a ser más eficientes, innovar y mejorar constantemente la calidad de sus productos con el fin de atraer la preferencia de los consumidores. Las empresas más competitivas serán las únicas capaces de sobrevivir en el mercado y obtener utilidades.

La competencia beneficia directamente a los consumidores que terminan pagando menores precios y pueden optar a más y mejores productos que en el escenario de un monopolio o un escaso nivel de competencia.

En ese orden de ideas es necesario establecer los mecanismos contenidos en el derecho guatemalteco y en algunos países para garantizar la libre competencia, para lo cual es de trascendental importancia desarrollar este tema.

### **1.13.2 Mecanismos contenidos en el derecho guatemalteco para garantizar la libre competencia**

De conformidad con lo expuesto anteriormente, se puede decir que los comerciantes tanto las personas individuales como las jurídicas tienen que desarrollar su

actividad comercial compitiendo entre sí, pero dentro de un marco de lealtad y de buena fe. Es decir el desenvolvimiento de la libre competencia debe irse desarrollando conforme a las disposiciones que establece la ley evitando así caer en su actuación mercantil en competencia desleal entre ellos.



Durante el transcurso de los años se han ido incorporando leyes y políticas que tutelan la competencia y su libre ejercicio, es por ello por lo que en el caso en específico de Guatemala el ejercicio de la libre competencia entre los comerciantes se encuentra protegido por la ley, con el fin de evitar la competencia desleal. En Guatemala existen disposiciones que tutelan el ejercicio de la libre competencia tanto a nivel constitucional como en normas de carácter ordinarias como el Código de Comercio, Decreto 2-70, del Congreso de la República de Guatemala y el Código Penal Decreto 17-73, del Congreso de la República de Guatemala y sus reformas y otras leyes en específico.

En el ordenamiento jurídico guatemalteco, concretamente en la Constitución Política de la República de Guatemala en su artículo 1, establece que el fin supremo del Estado es la realización del bien común, por lo que da lugar a que se establezcan las condiciones para que rija el libre mercado y la libre competencia y todo lo que favorezca a los consumidores o usuarios. Dentro del cuerpo normativo de la Constitución Política de la República de Guatemala existen varias normas en materia del derecho de competencia, siendo estas:

El artículo 39 de la Constitución Política de la República de Guatemala establece:  
Artículo 39.- Propiedad privada. Se garantiza la propiedad privada como un derecho inherente a la persona humana. Toda persona puede disponer libremente de sus bienes de acuerdo con la ley. El Estado garantiza el ejercicio de este derecho y deberá crear las condiciones que faciliten al propietario el uso y disfrute de sus bienes, de manera que se alcance el progreso individual y el desarrollo nacional en beneficio de todos los guatemaltecos.

El artículo anteriormente mencionado hace referencia al derecho inherente de propiedad privada que tiene toda persona, es decir, al poder jurídico que va a tener una persona sobre determinado bien.

El artículo 130 de la Constitución Política de la República de Guatemala establece:  
Artículo 130.- Prohibición de monopolios. Se prohíben los monopolios y privilegios. El Estado limitará el funcionamiento de las empresas que absorban o tiendan a absorber, en perjuicio de la economía nacional, la producción en uno o más ramos industriales o de una misma actividad comercial o agropecuaria. Las leyes determinarán lo relativo a esta materia. El Estado protegerá la economía de mercado e impedirá las asociaciones que tiendan a restringir la libertad del mercado o a perjudicar a los consumidores.

De conformidad con el artículo anterior, se determina que en Guatemala los monopolios están prohibidos, no importando si se trata de monopolios estatales o de derecho y los de hecho. Y en caso de que se llegue a dar un monopolio el Estado estará obligado a limitar su funcionamiento estableciendo alguna sanción, generalmente regulada, en el ámbito penal, con el fin de proteger la economía de mercado y la libertad de este. Así también regula que la prohibición del monopolio va a estar tutelada en otras leyes.

Cabe mencionar que, con lo estipulado en este artículo, el Estado es el ente encargado de proteger la economía de mercado, evitando así la constitución y existencia de asociaciones que impidan o limiten el ejercicio de la libre competencia o de alguna u otra manera perjudiquen a los consumidores o usuarios. Un ejemplo de este tipo de asociaciones es el caso del Cartel del Azúcar en Guatemala, el cual será desarrollado más adelante.

La autoridad encargada de decidir si se cometieron conductas contrarias al desarrollo de la libre competencia en Guatemala, es decir, si los comerciantes cometieron algún acto de competencia desleal dentro de sus actividades mercantiles son los tribunales de justicia del orden común, específicamente los Tribunales de materia civil como los de materia penal.

En ese orden de ideas, cabe mencionar que los Tribunales de materia civil tiene competencia para conocer los casos en los cuales se realicen alguna conducta prohibida en el Código de Comercio, Decreto 2-70, del Congreso de la República de Guatemala, a petición de parte, quienes tendrán el poder de decisión si procede o no una sanción.

Los tribunales del ramo penal tienen competencia para conocer los casos en los cuales se den algún acto que constituya un monopolio, para lo cual la fiscalía general de Guatemala es la entidad encargada de iniciar las acciones correspondientes, con el fin de que se investigue el hecho y el tribunal decida si dichos actos son constitutivos de delitos o no para interponer la sanción establecida para este tipo de delitos que atentan contra la economía nacional del país.

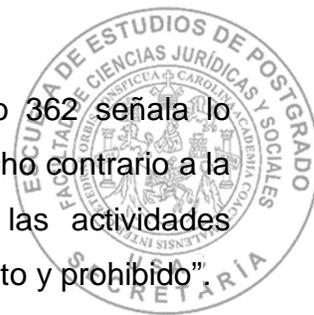
El Código Penal de Guatemala, Decreto 17-73, del Congreso de la República de Guatemala también protege la libre competencia en el título X, Capítulo I de los delitos Contra la Economía Nacional y el Ambiente estableciendo un tipo penal en el cual se describe la conducta atípica del monopolio, el cual literalmente establece:

Artículo. 340. Monopolio. Quien, con propósitos ilícitos, realizare actos con evidente perjuicio para la economía nacional, absorbiendo la producción de uno o más ramos industriales, o de una misma actividad comercial o agropecuaria, o se aprovechare exclusivamente de ellos a través de algún privilegio, o utilizando cualquier otro medio, o efectuare maniobras o convenios, aunque se disimularen con la constitución de varias empresas, para vender géneros a determinados precios en evidente perjuicio de la economía nacional o de particulares, será sancionado con prisión de seis meses a cinco años y multa de quinientos a diez mil quetzales.

Con el tipo penal anterior, se busca proteger el bien jurídico tutelado de la economía nacional, con el fin de evitar que las personas realicen conductas que tiendan a perjudicar a la economía del país, en especial actos constitutivos de monopolio. Estableciendo una sanción de prisión de seis meses a cinco años y multa de quinientos a diez mil quetzales dependiendo de las circunstancias agravantes del caso en concreto.

También, el Código de Comercio de Guatemala, Decreto 2-70, del Congreso de la República de Guatemala, en su Título II, denominado “De la protección a la libre competencia”, que en el artículo 361 establece: “Prohibición de Monopolios. Todas las empresas, tienen la obligación de contratar con cualquiera que solicite los productos o servicios que prestan, observando igualdad de trato entre las diversas categorías de consumidores”.

Dentro del mismo cuerpo normativo mencionado, en el artículo 362 señala lo referente a la competencia desleal, el cual regula que: “Todo acto o hecho contrario a la buena fe comercial o al normal y honrado desenvolvimiento de las actividades mercantiles, se considerará de competencia desleal y, por lo tanto, injusto y prohibido”.



Así también la Ley de Propiedad Industrial, Decreto 57-2000 de Congreso de la República de Guatemala, en el artículo 173 enumera dentro de su cuerpo normativo los actos que constituyen competencia desleal.

De conformidad con la información anterior, se puede decir que Guatemala ha adoptado normas de carácter constitucional que protegen la competencia y la libre competencia que tienden a proteger la economía nacional; sin embargo, esa normativa de carácter constitucional debe ser complementada con leyes de carácter ordinarias como el Código de Comercio, el Código Penal, Ley de Propiedad Industrial, así como por una ley específica en la materia que establezca regulaciones para evitar prácticas que tiendan a limitar la libertad de mercado en los diferentes sectores económicos y sociales, la concentración y acaparamiento del mercado en actos conocidos como el monopolio y actividades de competencia desleal, con el fin de asegurar la economía nacional y el derecho de los consumidores o usuarios a mejorar sus opciones de compra, porque a través de la competencia entre las empresas existirían más y mejores opciones de bienes y servicios en el mercado.

A pesar de que Guatemala se comprometió internacionalmente a crear una ley de materia de competencia, Guatemala es el único país en la región latinoamericana que aún no la tiene. Dentro de las principales ventajas de esta ley sería la incorporación de normativa que evite la formación de monopolios y desincentive las prácticas anticompetitivas ente las empresas que se desarrollan en el mercado. Con ello se mejoraría el desarrollo y crecimiento del mercado, así como los precios y calidad de los productos ofrecidos por las empresas, porque se desenvolverían en las mismas condiciones sin gozar de ningún privilegio entre unas y otras.

Esta ley crearía efectos positivos en el país, porque ordenaría el mercado y poco a poco sería parte de la cultura empresarial del país. Actualmente a pesar de que existe un

proyecto de ley de competencia no se han dado todas las condiciones ni la voluntad política para aprobar esta ley que generaría cambios positivos para el país.



#### **1.14 Proyecto de Ley de Libre Competencia, 5074**

En Guatemala existen leyes de carácter constitucional y leyes ordinarias dentro del ordenamiento jurídico guatemalteco que protegen la economía del mercado y la libre competencia. La Constitución Política de la República de Guatemala en el artículo 1 establece que el fin supremo del Estado es la realización del bien común, teniendo como punto de partida esa norma la ley guatemalteca incorpora y sanciona ciertas conductas comerciales que restringen la competencia en los mercados de bienes y servicios.

El artículo 130 de la Constitución Política de la República de Guatemala regula lo relativo a los monopolios, con lo cual se trata de evitar que las empresas absorban en perjuicio de la economía nacional la producción en uno o más ramos industriales o de una actividad comercial o agropecuaria. Sin embargo, a pesar de que existen normas que están orientadas a crear ciertas condiciones para beneficiar a los consumidores y desarrollar un escenario en el cual prevalezca el libre mercado entre las empresas, aun no existe un cuerpo normativo que lo regule como tal en una ley ordinaria, es por ello que existe una iniciativa de ley en el Congreso de la República de Guatemala que desarrolla la promoción o defensa de la competencia.

Sumado a lo anterior, en otro nivel de jerarquía legal, están las normas ordinarias, específicamente:

En materia de competencia, el marco jurídico guatemalteco está constituido por:

- Constitución Política de la República de Guatemala.
- Código de Comercio
- Código Penal
- Ley de Comercialización de Hidrocarburos
- Ley General de Telecomunicaciones



- Ley de Bancos

Las normas ordinarias mencionadas anteriormente regulan ciertos principios y normas legales que regulan la competencia; sin embargo, a pesar de que existen varias leyes de carácter ordinario que la regula, deja ciertos vacíos para la aplicación de una ley que promueva la competencia en el país, que prohíba y reduzca la formación de prácticas anticompetitivas entre las empresas.

Teniendo en cuenta la información anterior, la Dirección de Promoción de la Competencia del Ministerio de Economía concluye que la promoción y defensa efectiva de la competencia es una condición básica para la adopción de una ley marco en esta materia, tal y como ya lo han hecho la mayoría de los países de Latinoamérica.

En tal sentido, el Ministerio de Economía elaboro un proyecto de Promoción de la Libre Competencia incorporando el marco regulatorio que rige a nivel internacional, con el fin de desarrollar los elementos necesarios para la eliminación de todos aquellos actos, conductas o acuerdos entre agentes económicos competidores, y no competidores, que atenten contra el libertad de mercado y los legítimos intereses económicos del consumidor, tomando como base el artículo 130 de la Constitución Política de la República de Guatemala. El proyecto de Ley de Competencia fue presentado por el Ministerio el 11 de mayo en el Congreso de la República y fue presentado por un grupo de diputados bajo la Iniciativa número 5074; sin embargo, a pesar de que el proyecto fue presentado en el Congreso de la República de Guatemala no ha sido aprobado, esto debido a varias razones, pero principalmente la falta de voluntad política para realizarlo. Tras la firma del Acuerdo de Asociación entre la Unión Europea y los países de Centroamérica (ADA-UECA), en el que Guatemala se comprometió a oficializar una ley de competencia se volvió a retomar el tema que se había engavetado.

El proyecto de Ley 5074 desarrolla el derecho de competencia con el único fin de evitar las prácticas anticompetitivas y concentraciones económicas entre las empresas evitando de esta manera actos que pretendan perjudicar al consumidor y al mercado, eliminando así las barreras de acceso al mercado local. Los principales lineamientos que se establecen en la iniciativa ley están los siguientes:



- **Ámbito de Aplicación**, de conformidad con el artículo 3 del proyecto de Ley 5074, se trata de una normativa que se va a aplicar en general en toda la República de Guatemala, es decir, va a regir a todos los agentes económicos *erga omnes*, sean estos de naturaleza pública o privada.
- El artículo 04 del proyecto de Ley 5074 define a las prácticas anticompetitivas como toda practica absoluta o relativa, según sea el caso que se encuentre prohibida y sancionada por la ley.
- El artículo 06 del proyecto de Ley establece la prohibición de algunas prácticas restrictivas absolutas y las define como cualquier acuerdo, conducta, contrato, convenio, decisión o practica concertada entre dos o más agentes económicos competidores.
- En el artículo 7 del proyecto de Ley, se prohíben las prácticas anticompetitivas relativas, referentes a las acciones de uno o más agentes económicos, con posición de dominio en el mercado relevante, que tengan efectos excluyentes en el mismo mercado.
- Establece que los tribunales de justicia deberán velar por los principios y objetos establecidos en la ley, de modo que no dicten resoluciones que impidan el acceso al mercado.
- Prohíbe los acuerdos entre dos o más agentes económicos competidores en el mercado relevante.
- Se excluyen de las anteriores prohibiciones las acciones que tengan por objeto la cooperación en investigaciones y el desarrollo de nueva tecnología, o el intercambio de información técnica y de tecnología.
- También se excluyen los actos de autoridad que, por tratados, acuerdos o convenios internacionales, o por cumplimiento de políticas de orden público o de objetivos nacionales, establezcan medidas que temporalmente impidan el libre

acceso o salida al mercado, controles sobre precios, o tarifas mínimas o máximas de cualesquiera productos o servicios.



- Se mantienen las actuales regulaciones sobre concentraciones o fusiones, pero se imponen las limitaciones de la ley en caso de que exista abuso de la posición de dominio.
- En el artículo 27 del proyecto de ley, se crea la Superintendencia de Competencia, entidad encargada de la defensa y promoción de la libre competencia, también se le atribuye como función principal conocer en forma privativa, la prevención, la investigación y la sanción de las prácticas anticompetitivas, por cual estará facultada para imponer las multas respectivas y adoptará las demás posiciones administrativas por infracción a las disposiciones de competencia. Esa entidad estará a cargo de dos autoridades superiores: 1. El directorio y el superintendente.
- En el artículo 30 del proyecto de Ley 5074, se regula que el directorio va a ser el órgano de superior decisión, resolución y sanción de la Superintendencia de Competencia y va a estar integrado de la siguiente manera: 1. Un Director titular y un suplente elegido por el presidente de la República en Consejo de Ministros; 2. Un director titular y un suplente electo por el Pleno de la Corte Suprema de Justicia; 3. Un director titular y un suplente electo por el Pleno del Congreso de la República de Guatemala, los cuales serán elegidos de un listado que elaborara el Comité de Evaluación con los candidatos seleccionados, siguiendo el proceso descrito en el artículo 58 al 64 de la misma ley.
- La autoridad administrativa superior y el funcionario ejecutivo de mayor nivel jerárquico de la Superintendencia de Competencia va a ser el superintendente, quien va a ser nombrado por el directorio.
- Por último, también incorpora una serie de reformas y derogatorias a algunos artículos de las leyes ordinarias como el Código de Comercio, código Penal, Ley de Protección al Consumidor y al Usuario, Ley de Comercialización de Hidrocarburos, Ley General de telecomunicaciones, Ley del Organismo Ejecutivo

y la Ley Reguladora del Uso y Captación de Señales de vía satélite y su distribución por cable.



En ese sentido, se puede decir que el proyecto de Ley 5074, Ley de Competencia tiene como objetivo defender y promover la competencia, es decir, pretende regular aquellas situaciones de rivalidad en la cual se encuentran los agentes económicos o empresas con el fin de acaparar o abarcar el sector de un determinado mercado, prohibiendo y sancionando las prácticas anticompetitivas que se pueden dar entre las empresas. En la medida que se apruebe y aplique esta iniciativa se tendrá una mayor promoción de la eficiencia económica y el bienestar de los consumidores.

A través de este proyecto de Ley, se crea la una institucionalidad autónoma que va a aplicar la normativa que integra, la cual deberá de ser ejecutada de manera independiente y transparente, desarrollando los procedimientos establecidos en esta para garantizar la defensa de los agentes económicos que en determinado momento se vean involucrados.



## CAPÍTULO II



### 2. Monopolio y contratos mercantiles

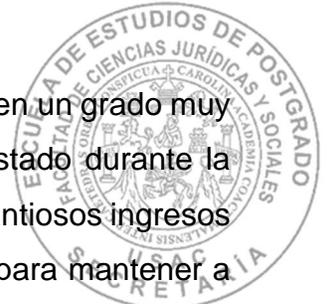
#### 2.1 Monopolio

El derecho de competencia es importante para cada uno de los Estados, porque a través de este se van a establecer leyes y normas que aseguren que los mercados tengan una competencia efectiva, para lo cual se regulan cierto tipo de conductas que tengan como objetivo restringir la competencia o dañar a los competidores. Regularmente en los Estados existen varias prácticas anticompetitivas que perjudican al consumidor, por lo cual es importante analizar la figura del monopolio para poder identificar cuando se da esa figura y ante qué tipo de monopolio se enfrentan los consumidores en el mercado, dependiendo del tipo que sea, se va a poder identificar si el comprador o el vendedor de determinado producto es el que tiene la capacidad para influir en el precio del bien o servicio que ofrezca el oferente.

##### 2.1.1 Antecedentes históricos

La figura del monopolio en el mercado es una práctica que desde un inicio era tan común en el comercio, ha existido desde el momento en que surgió la competencia. A través de esta figura una empresa productora de un determinado bien o servicio ofrecía sus productos a un gran número de demandantes o compradores a precios establecidos de acuerdo con su voluntad al no tener competencia en el mercado. A esta empresa se le puede denominar empresa monopolista, porque al no tener otras empresas que le hicieran competencia en el mercado ofreciendo los mismos bienes y servicios quedaban como los únicos oferentes de este por lo cual podían fijar el precio de venta del producto de acuerdo con su voluntad lo que le permitía maximizar sus beneficios.

Es decir, se operaba en un mercado en donde los demandantes o compradores se encontraban en un mercado limitado de un determinado bien o servicio por lo cual tenían que acudir a las únicas empresas que les ofrecía un producto definido, homogéneo y con escasos sustitutos. En este mercado no regía el principio de independencia del precio.



El monopolio es producto de la concentración de la producción en un grado muy elevado de su desarrollo. Conforme fueron surgiendo las Naciones Estado durante la época del renacimiento, los monopolios se enfocaron a proporcionar cuantiosos ingresos a los monarcas, quienes como jefes de Estado necesitaban de fondos para mantener a sus ejércitos, cortes y las extravagantes costumbres que practicaban. En esa misma línea Muñoz establece que:

Los derechos derivados del monopolio eran concedidos a los favoritos de la Corte para que fabricaran y comercializaran con bienes esenciales para la vida, como la sal o el tabaco. Todos estos monopolios nacionales debían ceder al monarca una gran parte de los beneficios. Los principales países europeos también cedían poderes monopolistas a empresas comerciales privadas, como la Compañía de las Indias, para estimular la exploración y descubrimiento de nuevas tierras. (Muñoz, 2015, p. 2).

Anteriormente, los monarcas concedían autorizaciones o concesiones a través del otorgamiento de una Carta de Patente, emitida por el monarca para ceder monopolios sobre determinadas industrias a personas calificadas con nuevas técnicas. Originalmente iba destinado a fortalecer la economía de las metrópolis, citando como casos paradigmáticos el de Inglaterra y España, impulsando la autosuficiencia y promoviendo nuevas industrias, el sistema gradualmente llegó a ser visto como una manera de recaudar dinero (a través de los titulares de patentes de carga) sin tener que incurrir en la impopularidad pública de un impuesto. Los monarcas abusaron del sistema de emisión de patentes, porque las emitían para productos básicos comunes como el almidón y la sal, también los concesionarios provocaron una serie de abusos lo cual originó problemas.

Como resultado de estos disturbios, en Inglaterra el parlamento hizo varios esfuerzos para restringir el poder del monarca, dando como resultado que se aprobara el:

“Estatuto de Monopolios”, el 25 de mayo de 1624. El estatuto había derogado las patentes y los monopolios, excepto aquellos creados en el futuro sobre las invenciones completamente novedosas. Constituye un momento clave en la



evolución del derecho de patentes, el estatuto también se ha descrito como "uno de los hitos en la transición de Inglaterra, de la economía feudal a la capitalista". (Bloxam, 1957, p. 157).

A través de este estatuto se restringió la capacidad del monarca para crear monopolios privados sobre el comercio nacional. Esta ley no era aplicable a los monopolios concedidos a empresas para la exploración y colonización de tierras.

A raíz de lo anterior, los comerciantes británicos continuaron con la lucha por establecer un orden económico basado en la competencia, por lo cual trataron de cambiar las condiciones impuestas por el monopolio por lo que a principios del siglo XIX logran establecer un orden económico basado en la competencia, de conformidad en dos sucesos fundamentales. En primer lugar, gracias al derecho consuetudinario inglés fue naciendo una actitud hostil hacia las combinaciones privadas que restringían el comercio, en el cual los acuerdos privados de naturaleza monopolista que restringían el libre comercio no eran legalmente aplicables. La hostilidad de los comerciantes hacia las condiciones impuestas por el monopolio tuvo especial relevancia en el Reino Unido y en Estados Unidos de América.

El segundo acontecimiento fue la expansión de la producción que siguió a la Revolución Industrial, junto con las ideas del filósofo y economista escocés Adam Smith sobre la propiedad privada, los mercados y el papel de la libre competencia, ideas que predominaron y determinaron la vida económica de la primera mitad del siglo XIX. (Rojas, 2008, p. 88).

Este período fue el más acorde con el modelo teórico de Smith, sobre el orden económico competitivo, modelo que establecía que en todas las industrias el número de empresas debía ser elevado y debían tener un tamaño reducido.

"A finales del siglo XIX las tendencias inherentes a la economía de libre mercado provocaron nuevos cambios. En el Reino Unido, Estados Unidos y otros países industrializados empezaron a aparecer enormes empresas que dominaron la economía" (Rojas, 2008, p. 88).

Esto se debió a la táctica de creación de imperios llevada a cabo por los gigantes de la industria como John D. Rockefeller, que logró expulsar a todos sus competidores

del mercado. También se produjo debido a los avances tecnológicos que hicieron posible que un reducido número de compañías satisficiera la demanda de muchos mercados. El resultado de estos cambios no fue la aparición de auténticos monopolios, sino de un orden económico conocido como oligopolio, en el que la producción está controlada por un reducido número de empresas.

Durante la segunda mitad del siglo XX casi todos los gobiernos han intentado, mediante leyes sobre la competencia, limitar la aparición de monopolios en las principales industrias, sancionando con normas las condiciones competitivas que deben respetar las empresas de estas industrias. Si no es posible imponer estas condiciones, cuando se está ante un monopolio natural, los gobiernos han nacionalizado la industria o han establecido reglamentos para restringir los beneficios y proteger a los consumidores.

Los monopolios económicos han existido a lo largo de la historia de la humanidad. En la antigüedad y durante la edad media era frecuente padecer una escasez extrema de algunos recursos, que afectaban a la vida de la mayoría de la población. Cuando los recursos son escasos, es difícil que haya diversos fabricantes de bienes y servicios. Los emperadores chinos de la dinastía Han y sus sucesores utilizaban los monopolios para crear industrias clave. Los gremios medievales, por ejemplo, eran asociaciones de comerciantes que controlaban la oferta, establecían las condiciones para poder entrar en su oficio y reglamentaban los precios y los salarios.

### **2.1.2 Definición de monopolio**

A continuación, se aportan diversas definiciones de la figura del monopolio con el fin de lograr con precisión la comprensión del concepto para determinar las principales cualidades del tema.

A nivel general se emplean las siguientes: Ossorio, define al monopolio como:

Régimen económico derivado de preceptos legales o de circunstancias de hecho, mediante el cual una o varias ramas de la producción se sustraen de la libre competencia, para quedar en manos de una empresa o de un grupo de empresas que se hacen dueñas del mercado. (Ossorio, 1993, p. 470).

Como es evidente, el autor citado establece una definición amplia, para que la aplicación de esta pueda replicarse en otras disciplinas científicas a las que también sirve su obra.



Específicamente en materia de derecho, Cabanellas señala, por monopolio a la:

Venta que hace uno solo, con exclusión de los demás. Constituye, pues, el tráfico abusivo y odioso por el cual un particular o una compañía vende con carácter exclusivo mercaderías que, entregadas al libre comercio, reducirían su precio, aumentarían su calidad por efecto de una sana competencia y beneficiarían a mayor número de personas. (Cabanellas, 1979, p. 258).

El *Diccionario de la lengua española* lo define el monopolio como “la situación de un sector del mercado económico en la que un único vendedor o productor oferta el bien o servicio que la demanda requiere para cubrir sus necesidades en dicho sector” (Real Academia Española, 2014. p. 1278).

Para que un monopolio sea eficaz, es decir, que produzca el efecto esperado no tiene que existir ningún tipo de producto sustituto o alternativo para el bien o servicio que oferta el monopolista, y no debe existir la más mínima amenaza de entrada de otro competidor en ese mercado. Esto permite al monopolista el control de los precios.

El monopolio es un mercado donde existe una única empresa productora de un determinado bien o servicio, existe un gran número de demandantes o compradores, cuya suma de sus demandas individuales constituye la demanda total del mercado. Se opera en un mercado con un producto definido, homogéneo y con escasos sustitutos, donde no rige el principio de independencia del precio. En ese contexto:

La empresa monopolista fijará el precio de venta del producto que le permita maximizar sus beneficios. La empresa se enfrenta a la curva de demanda del mercado, que es decreciente, por lo que deberá tener en cuenta la influencia de la cantidad producida sobre el precio. (Freire y Blanco, 2010, p.115)

Por lo tanto, el monopolista puede actuar sobre el precio o sobre la cantidad de producto, pero no sobre ambas variables a la vez. Conforme a la definición anterior se puede decir que el monopolio es una situación que se da en el mercado mediante la cual la fabricación y/o comercialización de un producto, un bien o un servicio está en manos



de una única empresa con lo cual dicha empresa tiene el control de oferta de un bien ocasionando que dicha empresa ten

ga la libertad de fijar sus precios, generalmente en alza, lo cual perjudica a los consumidores que se ven en la necesidad de adquirirlo. Puede ser fruto de una concesión legal, un convenio entre comerciantes o producto de una situación irregular.

Un ejemplo de los monopolios que han existido en Guatemala es el de la producción de cemento, material que en sus inicios se importaba como lastre en los barcos procedentes de Europa, siendo su demanda escasa, pues preferentemente la vivienda popular se construía con adobe de barro; sin embargo, a partir del terremoto del 4 de febrero de 1976 su demanda creció de manera exponencial. Desde 1899 Cementos Novela, funcionó en la finca la Pedrera, zona 6 al norte de la ciudad de Guatemala, empresa fundada por Carlos Federico Novela Kleé.

### **2.1.3 Clases de monopolio**

Para ampliar este aspecto se considera importante dar a conocer los diferentes tipos de monopolio, entre ellos los siguientes:

- “Monopolio puro
- Monopolio artificial
- Monopolio natural
- Monopolio discriminador de precios
- Estanco
- Competencia monopolística
- Monopsonio
- Monopolio bilateral
- Duopolio
- Oligopolio” (Muñoz, 2015, p. 7).

Cada uno de estos tipos de monopolio va a ser desarrollado para tener mayor claridad al respecto.

#### **2.1.3.1 Monopolio puro**

Es un caso especial de monopolio que consiste en la existencia de una única empresa para brindar un determinado producto.

El monopolio puro es un caso especial de monopolio en el cual solo existe una única empresa en una industria en la que solo hay un vendedor de un producto para el cual no existen productos que le remplacen, el monopolista no tiene competidores. (Rubinfeld, 2009, p. 49).



Existen muchos conceptos de monopolio dentro de la microeconomía y teoría económica, el usado, generalmente, es el que se menciona a continuación.

Es la industria constituida por una sola Empresa que elabora un producto para el cual no existen sustitutos satisfactorios; existen, además, grandes barreras de acceso que impiden que otras empresas se incorporen a la Industria para competir por las Utilidades. Estas barreras pueden ser restricciones legales o naturales. (Karl, 1997. p. 628).

A este tipo de monopolio también se le denomina de precio lineal o monopolio Legal.

#### Características del monopolio Puro

- Un solo vendedor o productor.
- Un solo producto, sin ningún sustituto cercano.
- La capacidad del vendedor para determinar cualquier precio que desee.
- La entrada a la industria completamente bloqueada por barreras legales, tecnológicas o económicas.
- Ninguna necesidad de tomar acciones no relacionadas con el precio, salvo para relaciones públicas o publicidad del valor llave.

Este tipo de monopolio se va a dar cuando se trata de una actividad desempeñada mediante una concesión pública, es decir, que se goza de la anuencia del Estado para que una determinada empresa ejerza con exclusividad la producción de determinado bien o servicio en un área determinada.

Regularmente, es difícil que se dé en las economías reales de los países, porque no son muy comunes, porque están regulados o prohibidos por las leyes de un país y en el caso de que se dé es inimputable, es decir, que no es sancionado, porque este se origina por una concesión pública otorgada por el Estado, es decir, su ejercicio está

amparado por ley; sin embargo, en el caso de Guatemala este tipo de monopolio se dio cuando, históricamente el Estado otorgó en concesión la prestación del servicio de comunicación telefónica.



En el plano internacional, un ejemplo claro de este tipo de monopolio se encuentra con la Empresa Eléctrica en nueva Zelanda, la cual es de carácter privada.

### **2.1.3.2 Monopolio artificial**

Con este tipo de monopolio el monopolista se vale de algún medio para impedir que vayan al mercado más productos que los suyos. Estos medios regularmente son medios legales con los cuales garantiza privilegios de alguna o algunas empresas en la producción de determinados bienes o la prestación de determinados servicios. Se caracteriza, porque el Estado establece barreras arancelarias de entrada que resultan artificiales, también se otorgan licencias o patentes para proteger los derechos de autor.

Un ejemplo de un monopolio artificial puede ser cuando las empresas nacionales gozan de ciertos privilegios para ser los únicos distribuidores de determinado producto en el país, prohibiendo de manera oficial el ingreso al país de productos similares o sustitutos provenientes del extranjero, con el fin de resguardar y preservar los derechos de las empresas nacionales, como la empresa de Cementos Progreso la que por muchos años era la única empresa en Guatemala que producía, comercializada cemento, cal y otros productos y servicios para la construcción.

### **2.1.3.3 Monopolio natural**

El Monopolio natural se va a dar cuando los costos de producción son tales que para los demandantes del mercado que es más barato obtener la producción de una empresa que de varias empresas. Esta situación es óptima desde el punto de vista de costos, de que exista una empresa en vez de varias, porque una sola empresa es capaz de producir la cantidad que se demanda del bien en cuestión, a un costo menor o igual al que tendrían a dos o más empresas.



También se le define como:

Un monopolio natural, es un caso particular en el cual una empresa que puede producir la cantidad de mercancías que necesita el mercado con un costo menor que si hubiera varias empresas compitiendo, en este caso los poderes de fijación y selección de atributos pueden ser los rasgos inevitables de la eficiencia económica. (Dirección de Promoción de la Competencia, Ministerio de Economía, 2004, p. 13).

Generalmente, este tipo de monopolio más que legal deviene de hecho, puesto que la falta de competidores para un único productor, se deriva del alto costo de la primera inversión en la generación del producto.

De conformidad con lo anterior, para Guatemala, un ejemplo de este tipo de monopolio se puede encontrar en la producción de agua pura, la cual históricamente no registró competidor para una única empresa, hasta cuando las condiciones de infraestructura del país, el crecimiento económico y el proceso de licencias, lo permitieron.

#### **2.1.3.4 Monopolio discriminador de precios**

Se le puede definir como el poder que ejercen una o varias empresas sobre el precio de mercado de un bien o servicio, imponiendo diferentes precios a distintos tipos de consumidores o asignando a cada consumidor diferentes precios por unidades diferentes del mismo bien o servicio. Con el monopolio discriminador de precios se establecen diferentes precios, según las características del mercado, del producto o de los consumidores para obtener mayor beneficio económico.

Se da cuando el productor, vendedor u ofertante que surte al consumidor con determinado producto, capta hasta la totalidad los recursos con que contaba el consumidor para pagar el producto.

Esta capacidad que desarrollan algunos agentes económicos para captar la capacidad de pago del consumidor y por decide elevar los precios hasta tal límite, es lo que la ciencia económica considera monopolio discriminador de precios.

En la doctrina, se hace una distinción entre los diferentes grados de la discriminación de los precios es por ello que Pigou establece en su libro Economía del bienestar, de 1920 que:



El primer grado, o discriminación perfecta, se da en aquellos casos en los que el monopolista pone a cada unidad el precio máximo que el consumidor está dispuesto a pagar por esa unidad. El segundo grado o fijación de precios no lineal, se da cuando el precio depende de la cantidad comprada por el consumidor como ocurre en los descuentos por cantidad. Por último, el tercer grado o segmentación de mercado por discriminación de precios se da cuando existen distintos segmentos de mercado diferenciado en los que la empresa aplica precios diferentes, como ocurre con los descuentos a estudiantes o a la tercera edad. (Pigou, 2004, p 76).

De conformidad con lo expuesto anteriormente, se puede decir que es el tipo de monopolio mediante el cual una o varias empresas cobran de cada comprador lo máximo que el comprador está dispuesto a pagar. El vendedor va a vender la cantidad económicamente eficiente, capturando la totalidad del excedente del consumidor y aumentando sustancialmente los beneficios.

Un ejemplo de este tipo de monopolio en Guatemala son las empresas que cuentan con varias cadenas de supermercados en las cuales ofrecen el mismo producto de la misma calidad, pero con diferente precio en cada supermercado por lo cual se puede distinguir una diferencia en los precios.

#### **2.1.3.5 Monopolio legal**

Monopolio legal es aquel establecido por el Estado, para asegurar la obtención de recursos económicos que le permitan financiar el gasto público, generalmente, en aquellos sectores extractivos de recursos o bienes naturales presentes, en el territorio, prestación de servicios como la telefonía o en su caso otorgando patente o licencia a un tercero, asegurando en todo caso el ingreso de recursos por medio de impuestos.

Se llama legal al monopolio en la producción o venta de un determinado bien asumido por el Estado u otorgado a particulares a cambio de un ingreso al fisco.

Los estancos más comunes son los de la explotación de recursos naturales.  
(Screpanti y Zamagni, 1997. p.76).



También se le puede definir como:

"Monopolio que ejerce el Estado o que este concede a particulares, para la venta de ciertas mercaderías o la prestación de servicios públicos; como el petróleo, aeropuertos, puertos marítimos, transporte público, entre otros" (Cabanellas, 1993, p.125).

Con este tipo de monopolio se restringe la competencia y la entrada de nuevas empresas que prestan el mismo bien y servicio que la empresa que goza del respaldo del Estado por habérsela otorgado mediante una concesión pública. Es decir el Estado se reserva la explotación o distribución exclusiva de un bien o servicio por ley a efecto de crear un monopolio estatal.

### **2.1.3.6 Competencia monopolística**

Es un tipo de competencia imperfecta en la que existe un alto número de vendedores en el mercado que tienen un cierto poder para influir en el precio de su producto.

A la competencia monopolista se le puede definir como aquella estructura de mercado que se caracteriza por muchas empresas que venden productos diferenciados en una industria en donde hay libertad de entrada y salida. Es precisamente esta diferenciación la que hace que estas empresas puedan gozar de cierto poder de mercado, tengan cierta voz a la hora de fijar sus precios, y no sean meramente precio-aceptantes, como en el caso de la competencia perfecta.

Es decir, que dentro de una competencia económica desarrollada de esta forma, ninguna empresa maneja los precios de un producto en específico, por tener el control de este, en vista que un mismo propietario o comerciante es dueño de una o varias empresas que se dediquen al expendio de dicho producto, sino que, por el contrario, quiere decir que hay varios propietarios o comerciantes que son los productores o

expendedores de la mayoría de productos con el fin de manejar la oferta y demanda a su antojo.



A pesar de que algunos autores lo consideran como un tipo de monopolio cabe hacer la aclaración en dos sentidos

En primer lugar, a corto plazo, la competencia monopolística se asemeja al monopolio, porque las empresas tienen cierto poder de mercado.

En segundo lugar a largo plazo, por el hecho de haber libertad de entrada y salida en el mercado, si las empresas que están dentro de este mercado tienen beneficios, nuevas empresas entrarán en el mercado haciéndoles competencia, por lo que los beneficios de la supuesta diferenciación disminuirán, haciéndoles perder a las empresas originarias, el poder de mercado que poseían.

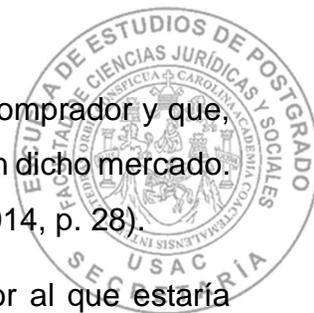
Algunos autores lo diferencian del monopolio debido a que en la competencia monopolística el beneficio a largo plazo muchas veces es cero, es por ello que lo diferencian del monopolio, porque en esa forma de mercado ya no hay libertad de entrada y salida del mercado por lo cual si permite obtener mayores beneficios a largo plazo.

Un ejemplo de la competencia imperfecta que se puede mencionar es el mercado de ropa para niños, en la cual las empresas no venden ropa idéntica, sino que se diferencian en calidad, diseño, servicio en la venta. Lo cual permite que cada empresa tenga cierto poder de mercado para modificar los precios de acuerdo con su voluntad, sin tener un poder dominante en el mercado de ropa de niños.

### **2.1.3.7 Monopsonio**

En este tipo de monopolio el consumidor de determinado bien o servicio tiene un papel importante, porque cuenta con la capacidad para fijar el precio del bien o servicio que necesita por ser el único comprador del producto ofrecido por determinado productor oferente.

Se puede definir como “la situación en la que existe un único comprador y que, por lo tanto, tiene capacidad de influir en el precio del producto ofrecido en dicho mercado. Es un sinónimo de monopolio de demanda” (Ministerio de Economía, 2014, p. 28).



Regularmente, influye en el precio del bien a un precio inferior al que estaría vigente en un mercado donde existan condiciones competitivas, por lo cual este tipo de monopolio se desenvuelve en un mercado de competencia imperfecta, porque solamente existe un único demandante o comprador y existen uno o varios oferentes de determinado bien o servicio.

Un ejemplo de monopsonio es la obra pública o la industria de armamento pesado, en la cual existen varios oferentes por lo cual se desarrolla una situación normal de competencia, pero solo existe un consumidor que, generalmente es el Estado. Otro ejemplo en el cual se manifiesta este tipo de monopolio puede ser con las empresas que se dedican a elaborar los trajes de bomberos, regularmente solo hay un demandante de trajes de bomberos lo cual permite que ese demandante muchas veces fije el precio.

#### **2.1.3.8 Monopolio bilateral**

El monopolio bilateral es una estructura de mercado en la cual se reúne a un solo comprador (monopsonio) y un solo vendedor (monopolio). Se trata de un tipo de monopolio poco común en los mercados.

En este tipo de monopolio, el resultado del precio en el mercado va a ser impredecible, va a depender del poder relativo del comprador y del vendedor.

#### **2.1.3.9 Oligopolio**

La otra figura es la del oligopolio, es la capacidad de producción y/o comercialización de un producto o servicio está en manos de unas pocas empresas que controlan el mercado, la cual se pudo evidenciar en la historia de Guatemala en donde grandes empresas acaparaban la mayoría de la industria guatemalteca.

También se puede definir al oligopolio, como una forma de mercado en el cual pocas empresas dominan el mercado total de determinado territorio. Es decir un pequeño

número de vendedores imponen las condiciones que regirán los planes de venta, producción, inversión y publicidad. La diferencia entre el monopolio y el oligopolio, es que en la primera solo existe una empresa.



"Una de las barreras de entrada más comunes que impone el oligopolio, es la cantidad de dinero necesario para ingresar a ese selecto grupo de productores que existen en el mercado" (Fellner, 1953, p. 250).

Esta estructura de mercado está considerada como una de las formas de competencia imperfecta constituida por un pequeño grupo de oferentes (productores/vendedores) interdependientes estratégicamente y un gran número de demandantes (consumidores/compradores), en la que los oferentes tienen un poder de mercado suficiente como para fijar precios y cantidades, llegando a asimilarse al monopolio.

Las características fundamentales de un oligopolio, según Tucker son:

1. Pocos vendedores. Esta condición se alcanza cuando pocas empresas son tan grandes en relación con el mercado total que pueden afectar el precio de mercado.
2. Producto homogéneo o diferenciado. Los compradores en un oligopolio pueden ser o no ser indiferentes al vendedor del producto que compran.
3. Dificultad para entrar al mercado. La barrera más importante la constituyen las economías de escala alcanzadas por las grandes empresas . (Turker, 2001,p. 195)

Existen diferentes tipos de oligopolio, dentro de los cuales se encuentran:

#### **2.1.3.9.1 Oligopolio diferenciado**

El análisis del oligopolio diferenciado ha sido desarrollado por los teóricos de la competencia monopolística o imperfecta. Incluyen muchos productos manufacturados y otros; por ejemplo, vehículos, detergentes, discos y los servicios de las compañías aéreas.



### **2.1.3.9.2 Oligopolio concentrado**

Es la forma de mercado del proceso de concentración industrial. Aparece cuando existen únicamente pocos productores de una materia prima o de mercancías idénticas.

Tomando en cuenta lo anterior se puede decir que existen ciertas condiciones que se van a dar en el mercado, las cuales van a determinar la presencia de un Oligopolio, dentro de ellas están las siguientes:

- Los competidores mantienen una estrecha comunicación, ya sea directa o indirecta.
- No se imponen restricciones a los competidores que deseen participar del segmento de mercado, solo se puede restringir indirectamente la entrada de estos nuevos competidores.
- Los competidores oligopolistas pueden llegar a acuerdos sustanciales, ya sean directos o indirectos.
- La competencia no es tan cerrada como en otros modelos como la competencia monopolista.

En resumen, se puede decir que el oligopolio es un mercado dominado por un reducido número de productores o distribuidores en el cual se les dan ciertos incentivos para colaborar a fijar los precios o repartirse los segmentos del mercado. Se puede decir que el Oligopolio se encuentra en una posición intermedia entre lo que se conoce como competencia perfecta y el monopolio. Un ejemplo del oligopolio en Guatemala se encuentra con el azúcar en donde son varios productores reunidos en un mismo cartel azucarero, quienes tienen capacidad de incidir en los precios.

### **2.1.3.10 Duopoli**

Algunos autores establecen que este tipo de monopolio es una clase de oligopolio. Se puede definir como un modelo de competencia que se da en un mercado en el cual existen dos empresas productoras que controlan la totalidad de un mercado en concreto, estableciendo conjuntamente los precios del producto que ofrecen a los consumidores. De esta manera con la fijación de unos determinados precios de manera

conjunta, las dos empresas existentes son capaces de impedir la entrada de competidores fuertes que amenacen su predominancia en el mercado.

La diferencia principal con el oligopolio es que existen dos productores de un bien o firmas en un mercado.



#### **2.1.4 Regulación legal del monopolio en Guatemala**

La figura del monopolio en Guatemala aparece regulada por primera vez en la Constitución de Bayona, de 1808, específicamente en el artículo 90 de dicho cuerpo normativo se establece que “No podrá concederse privilegio alguno particular de exportación o importación en dichos reinos y provincias”. Fue el primer antecedente de la regulación del Monopolio en las Constituciones que ha regido al país.

En la Constitución Política de la República de Centro América de 1925, en el artículo 41 establece que:

No habrá monopolios de ninguna clase. Exceptuándose los privilegios y concesiones que se otorguen por tiempo limitado para fomentar la introducción o perfeccionamiento de industrias, la colonización o inmigración, el establecimiento de instituciones de crédito y la apertura de vías de comunicación.

Como se puede observar en esta constitución ya aparece el término monopolio como tal, permitiendo ciertos privilegios limitados a los oferentes por el bien de la economía nacional.

La Constitución Política de la República de Guatemala actual fue creada por una Asamblea Nacional Constituyente, el 31 de mayo de 1985, constituida con el objeto de organizar jurídica y políticamente al Estado, e incorpora los derechos fundamentales de los miembros de su población. En la Constitución Política de la República de Guatemala, se prohíben de manera categórica las prácticas monopólicas y los privilegios. Es por ello que específicamente en el artículo 130 se establece:

Se prohíben los Monopolios y privilegios. El Estado limitará el funcionamiento de las empresas que absorban o tiendan a absorber, en perjuicio de la economía nacional, la producción en uno o más ramos industriales o de una misma actividad

comercial o agropecuaria. Las leyes determinarán lo relativo a esta materia. El Estado protegerá la economía de mercado e impedirá las asociaciones que tiendan a restringir la libertad del mercado o perjudicar a los consumidores.



De conformidad con el artículo anterior, se limita las operaciones comerciales con carácter de monopolio, porque están expresamente prohibidas, en la Constitución Política de la República de Guatemala, con ello se trata de eliminar las medidas proteccionistas que favorecen a las empresas dominantes en los mercados nacionales, con el fin que el consumidor o el usuario no salga perjudicado.

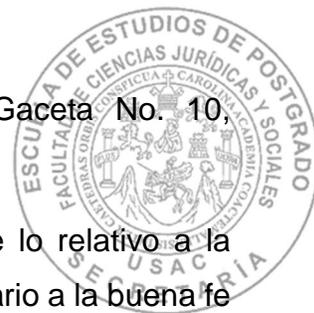
Esto significa que el principio constitucional invocado de que el Estado protegerá la economía de mercado e impedirá las asociaciones que tiendan a restringir la libertad del mercado o a perjudicar a los consumidores, se encuentra desarrollado en la disposición citada del Código de Comercio y en otras disposiciones legales, comentario que fue desarrollado por la Corte de Constitucionalidad a través de la Gaceta No. 10, expediente 307-88, pina 116, sentencia: 22-11-88.

Según la Gaceta No. 39, expediente No. 439-95, pina 16, sentencia: 03-01-96, la Corte de Constitucionalidad sostiene el criterio que, la norma constitucional arriba citada, forma parte, asimismo, del “Régimen Económico Social”; porque se trata también de dos normas que imponen directrices al Estado en orden a limitar determinadas actividades económicas de los particulares, para lo cual deberá limitar el funcionamiento de las empresas monopolísticas y proteger la economía de mercado.

Aparte de la norma de carácter constitucional mencionada anteriormente, existen otras normas contempladas en leyes de carácter ordinario que contemplan la prohibición monopólica y que desarrollan el principio constitucional invocado de que el Estado protegerá la economía de mercado e impedirá las asociaciones que tiendan a restringir la libertad del mercado o a perjudicar a los consumidores, siendo estas: el Código de Comercio y el Código Penal de Guatemala.

El Código de Comercio guatemalteco, en el artículo 361, regula la prohibición de monopolios, el cual literalmente establece “todas las empresas, tienen la obligación de contratar con cualquiera que solicite los productos o servicios que prestan, observando igualdad de trato entre las diversas categorías de consumidores”. Este artículo fue

desarrollado por la Corte de Constitucionalidad publicado en la Gaceta No. 10, expediente 307-88, p. 116, sentencia: 22-11-88.



Asimismo, el artículo 362, del Código de Comercio establece lo relativo a la competencia desleal, en el cual se regula que “Todo acto o hecho contrario a la buena fe comercial o al normal y honrado desenvolvimiento de las actividades mercantiles, se considerará de competencia desleal y, por lo tanto, injusto y prohibido”.

El Código Penal guatemalteco, contenido en el Decreto 17-73, del Congreso de la República de Guatemala, regula en el Capítulo I, del Título X, del Libro Segundo: de los delitos contra la economía nacional y el ambiente, también resguarda este principio constitucional, el cual establece lo siguiente:

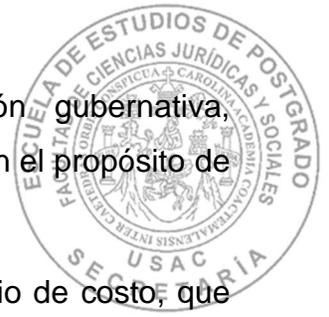
Artículo 340. Quien, con propósitos ilícitos, realizare actos con evidente perjuicio para la economía nacional, absorbiendo la producción de uno o más ramos industriales, o de una misma actividad comercial o agropecuaria, o se aprovechare exclusivamente de ellos a través de algún privilegio, o utilizando cualquier otro medio, o efectuare maniobras o convenios, aunque se disimularen con la constitución de varias empresas, para vender géneros a determinados precios en evidente perjuicio de la economía nacional o de particulares, será sancionado con prisión de seis meses a cinco años y multa de quinientos a diez mil quetzales.

El artículo citado determina como delito el monopolio, cabe resaltar que del análisis superficial se califica lo intrascendente de la pena impuesta, ante la importancia económica de este fenómeno.

Artículo 341.- Se consideran también, actos de monopolio contrarios a la economía pública y el interés social:

- El acaparamiento o sustracción al consumo de artículos de primera necesidad, con el propósito de provocar el alza de los precios en el mercado interno.

- Todo acto o procedimiento que impida o se proponga impedir la libre concurrencia en la producción o en el comercio.



-Los convenios o pactos celebrados sin previa autorización gubernativa, encaminados a limitar la producción o elaboración de algún artículo, con el propósito de establecer o sostener privilegios y lucrar con ellos.

-La venta de bienes de cualquier naturaleza, por debajo del precio de costo, que tenga por objeto impedir la libre competencia en el mercado interno.

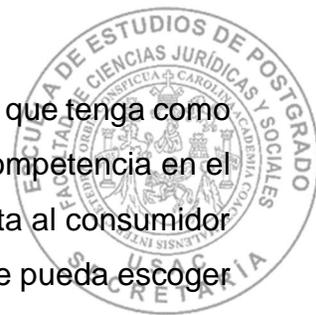
-La exportación de artículos de primera necesidad, sin permiso de la autoridad competente, cuando se requiera, si con ello puede producirse escasez o carestía. El responsable de alguno de los hechos enumerados anteriormente, será sancionado con prisión de seis meses a tres años y multa de doscientos a cinco mil quetzales.

De acuerdo con la información anterior, se puede establecer que Guatemala cuenta con normas tanto de carácter constitucional como de carácter ordinarias que protegen la economía de mercado, las cuales establecen lineamientos a las empresas para que respeten la libertad de los consumidores o usuarios, con lo cual se puede decir que el Monopolio si es objeto de regulación en el país.

Dicho cuerpo normativo establece las bases para evitar que una empresa acumule un gran poder de mercado y sea el único en una industria dada que posee un producto, bien, recurso o servicio determinado y diferenciado que le permita controlar la cantidad de producción y fije su precio valiéndose del poder de mercado que ostenta y por el lado contrario se busca establecer un escenario de libre competencia en donde las empresas productoras de determinado bien o servicio fijen el precio guiados por la oferta y la demanda de los consumidores, evitando así caer en actos de monopolio.

En el momento que los consumidores se encuentren en un mercado donde prevalezca el principio de libre competencia, podrán comprobar la relación que debe existir entre el precio y la calidad de un bien o servicio, evitando así prácticas monopólicas, en donde se fije el precio por el poder que ostenta determinada empresa. Sin embargo, cabe mencionar que también se pueden dar situaciones en las cuales el monopolio sea natural y sea inevitable por el producto o servicio diferenciado que se trata en el cual no sería factible que existieran muchas empresas para un mercado pequeño que necesite ese bien o servicio.

Atendiendo a lo anterior, es necesario emitir en los países, leyes que tenga como fin establecer los parámetros o los lineamientos que fomenten la libre competencia en el mercado, con el objeto de lograr una competencia efectiva que le permita al consumidor o al usuario ampliar su opción de compra en el mercado con el fin de que pueda escoger el producto ofrecido por los oferentes que más se acople a sus necesidades.



### **2.1.5 Análisis de los efectos que produce el monopolio**

El monopolio es el tipo de estructura de mercado que se desarrolla en un ámbito de competencia imperfecta, a través de la cual existe un único oferente para un determinado bien o servicio, quien dominara todo el mercado de oferta. Al ser la única empresa oferente va a tener la capacidad de tener el control total del mercado ofreciendo sus productos al precio que establezca de acuerdo con su voluntad perjudicando a los consumidores.

Con base en lo anterior, se puede decir que los efectos que produce un monopolio son:

- Al no existir competencia de otras empresas oferentes, las empresas monopólicas pueden actuar en su interés, con el fin de lograr el máximo beneficio económico.
- Está condicionado a la demanda, porque es el único sector que le puede colocar límites a sus precios.
- La empresa monopólica dadas las condiciones en las cuales se desenvuelve tiene la capacidad de fijar el precio, teniendo como objetivo la maximización de su utilidad.
- Generalmente la única empresa oferente, al no tener competencia producirá menos producto para vender las unidades a un precio más alto.
- Como consecuencia de lo anterior los consumidores se van a ver afectados, porque tendrán que acudir a la única empresa oferente del bien o servicio, pagando por ello un precio elevado.
- Se restringe la producción y la variedad de los productos, con lo cual se limita la opción de compra del consumidor.
- No hay competencia en el mercado.



El *holding*, como práctica comercial, deriva en el dominio de las fases del circuito comercial, porque las mismas personas son propietarios o accionistas, de las empresas que intervienen en la producción e intercambio de bienes y servicios necesarios para la operación comercial, es decir, el beneficio económico de los negocios se asegura y amplía, debido a que las empresas proveedoras son parte del mismo conglomerado empresarial, en detrimento de las demás empresas cuyo giro comercial es el mismo o similar, pero que no cuentan con la ventaja de dominar cada una de las etapas de elaboración y comercialización, como la tienen los propietarios o miembros del *holding*.

Como anteriormente se menciona, la desventaja para el consumidor y usuario, es precisamente la falta de opciones en el mercado, para satisfacer determinada necesidad, porque es solamente una empresa o unas pocas son las que dominan la oferta del servicio o del bien de consumo, tal el caso de las empresas de telefonía móvil o las de distribución final de electricidad, provocando lo que se denomina mercados cautivos.

## **2.2 Contratos mercantiles**

Los contratos mercantiles se pueden definir como el acuerdo de voluntades de dos o más personas con el fin de crear o transferir derechos y obligaciones de naturaleza mercantil, en la cual una de las partes es comerciante, cuyo fin es la industria o el comercio o el objeto en el cual recae el contrato es un acto de comercio. A continuación se desarrollará el término contrato previo a exponer qué un contrato mercantil, el cual se desarrollará más adelante, es necesario definir y comprender qué un contrato.

### **2.2.1 Definición de contratos mercantiles**

El contrato mercantil es el acuerdo de voluntades de dos o más personas con el fin de crear o transferir derechos y obligaciones de naturaleza mercantil en la cual una de las partes es comerciante, su fin es la industria o el comercio o el objeto en el cual recae el contrato es un acto de comercio.

Para comprender la definición anterior, es necesario definir lo que se entiende por acto, dicho término hace referencia a una determinada acción o a una celebración. Por otra parte, el término 'comercio' se refiere a la actividad que las personas realizan con el objetivo de conseguir ciertos bienes que no pueden producir por sí mismos, para

lo cual interactúan con los productores de los bienes y servicios para llegar a un acuerdo a cambio de la obtención del pago por dichos bienes en dinero, es decir, se da una actividad de intercambio de determinados bienes por dinero.



En Guatemala un “acto de comercio” es todo acto que se encuentre regulado en el Código de Comercio, Decreto 2-70, del Congreso de la República de Guatemala, o cualquier otro similar. Existen dos maneras para poder establecer que se está ante un negocio jurídico que pueda ser considerado como un acto de comercio, la primera es poder determinar que una de las partes que intervienen en el negocio jurídico es comerciante; la segunda forma de poderlo determinar es en función del objeto del negocio jurídico, si tiene un objeto que el Código de Comercio establece como mercantil; sin embargo, pueda ser que a la hora de poderlo analizar coincidan los dos maneras.

Los mismos criterios se utilizan para poder establecer cuando se encuentran ante un contrato mercantil y cuándo es uno civil. Desde el punto de vista objetivo se encuentran ante un contrato mercantil cuando su objeto sea un acto de comercio; desde el punto de vista subjetivo es un contrato mercantil cuando una de las partes es comerciante.

Después de establecer los criterios de diferenciación entre un contrato civil y mercantil, es necesario establecer algunas definiciones de qué es el contrato mercantil:

Cabanellas, define al contrato mercantil como

El peculiar del derecho de la contratación comercial o el que, común en ciertos aspectos básicos con el homónimo del derecho civil, se rigen, según la legislación mercantil por ser comerciante al menos uno de los que intervienen o por tratarse de actos de comercio, caracterizados por el lucro y la profesionalidad sobre todo. (Cabanellas, p.516).

De conformidad con la definición establecida por Cabanellas se pueden sustraer algunas características de los contratos mercantiles:

- a) Se rige el contrato mercantil por la legislación mercantil existente.
- b) Una de las personas que interviene debe ser comerciante.
- c) Debe relacionarse con actos de comercio.



d) Se caracteriza por el lucro.

Arrubla define al contrato mercantil como “Es un negocio jurídico bilateral que tiene por objeto un acto de comercio; el negocio jurídico es el acto de autonomía privada, de contenido preceptivo, con reconocimiento y tutela por parte del orden jurídico” (Arrubla, 1994, p. 30).

Por contrato mercantil se debe entender “aquel en que la finalidad única perseguida por las partes es crear, modificar, o extinguir una obligación. Por el contrato puede una deuda nacer, transformarse, transmitirse o desaparecer”. (Agustin, 1934, p. 29).

Además, se establece:

Que los contratos mercantiles en todo lo relativo a sus requisitos, modificaciones, excepciones, interpretación y extinción se regirán en todo lo que no se halle expresamente establecido en dicho código o en leyes especiales por las reglas del derecho común. (Agustin, 1934, p. 29).

Conforme a la definición anterior se puede decir que un contrato mercantil, es el acuerdo de voluntades entre dos o más personas individuales o jurídicas, quienes actúan en calidad de comerciantes, a través del cual se obligan a través de un vínculo jurídico al cumplimiento de lo pactado u obligado, el objeto eminentemente mercantil o comercial.

Cabe mencionar que el contrato es la fuente por excelencia de las obligaciones mercantiles, debido a que cuando se celebra nacen ciertas obligaciones. Además la función del contrato es la misma en el tráfico mercantil que en el civil, esto es, la circulación de bienes y derechos.

### **2.2.2 Principios de los contratos mercantiles**

Los principios son los lineamientos que se deben cumplir o regir determinada actividad para conseguir un propósito o un fin. Los principios que rigen la actuación de las personas en el derecho mercantil se encuentran regulados en el artículo 669 del Código de Comercio, Decreto 2-70, del Congreso de la República de Guatemala, en el cual se establece:

Principios Filosóficos. Las obligaciones y los contratos mercantiles se interpretarán, ejecutarán y cumplirán de conformidad con los principios de verdad sabida y buena fe guardada, a manera de conservar y proteger las rectas y honorables intenciones y deseos de los contratantes, sin limitar con interpretación arbitraria sus efectos naturales.



Para entender mejor el artículo citado, se pueden definir los dos principios filosóficos mencionados para entenderlo de una mejor manera, por lo cual se procederá a definir cada uno de ellos.

- a) La buena fe guardada: es el modo sincero y honesto con el cual las partes proceden en los contratos mercantiles, para evitar así engañar a la otra parte.
- b) La verdad sabida: este principio hace relación a que las partes contratantes en los contratos mercantiles conocen la verdad y el alcance de sus derechos y obligaciones.

El derecho mercantil tiene características muy peculiares debido a la naturaleza dinámica de los actos mercantiles, una de las principales características es que el derecho mercantil es poco formalista, debido a que la mayoría de los actos mercantiles se realizan en masa o con mayor fluidez con el fin de acelerar el tráfico comercial. A pesar de esta característica siempre deben existir ciertos requisitos legales de forma que van a servir para garantizar las transacciones y asegurar las operaciones comerciales.

Conforme a lo anterior, se puede decir que, a pesar del poco formalismo que rige el derecho mercantil, los dos principios filosóficos mencionados anteriormente funcionan como parte de su propia substancia, es decir, que las partes obligadas conocen sus derechos y obligaciones que se van a derivar de determinado contrato mercantil y se van a vincular de buena fe en las intenciones que tengan cada uno de ellos, con el fin de garantizar la seguridad del tráfico comercial.

Como consecuencia de lo anterior se manifiesta una de las principales características de las obligaciones mercantiles, el respeto en hacer prevalecer la verdad y la buena fe derivado del contrato como un elemento esencial derivado de su propia naturaleza.



### **2.2.3 Características de los contratos mercantiles**

El contrato como acto jurídico constituye el medio para que se dé el movimiento en el tráfico comercial. Las características especiales de los contratos mercantiles que se establecen para adaptar la forma al conjunto de relaciones objetivas que se derivan de los contratos mercantiles, que se producen en masa, con celeridad, con reducidos formalismos, características que regularmente no se pueden observar en la contratación civil. Atendiendo a lo anterior es necesario establecer las características especiales que el derecho guatemalteco le asigna a los contratos mercantiles o a las formas de contratar, derivadas con base en la ley.

#### **2.2.3.1 La representación para contratar**

Esta característica hace referencia a que en el derecho mercantil se da lo que se conoce como representación aparente, es decir, representar a una persona sin mayores formalidades, es decir que una persona se manifiesta como representante de otra, sin necesidad de acreditar su personería a través de un mandato, como contradicción a cómo funciona en el ámbito del derecho civil en donde si es necesaria presentarlo. Esta característica se manifiesta en el artículo 670 del Código de Comercio.

#### **2.2.3.2 Forma del contrato mercantil**

El artículo 671 del Código de Comercio indica que:

Los contratos de comercio no están sujetos, para su validez, a formalidades especiales. Cualquiera que sea la forma y el idioma en que se celebren, las partes quedarán obligadas de la manera y en los términos que aparezcan que quisieron obligarse.

De conformidad con el artículo 671 del Código de Comercio, los contratos mercantiles no están sujetos para su validez a formalidades especiales. Es decir la forma en la que se puede contratar y obligarse se encuentra más simplificada. Sin embargo esta norma general en la cual se manifiesta la libertad que tienen los contratantes para

materializar la creación, modificación o extinción de una obligación de carácter mercantil tiene sus excepciones, porque existen contratos en que si se necesita de cierta solemnidad para que sean válidos.



Dentro de los contratos que exigen cierta formalidad para ser válidos, se puede mencionar al contrato de fideicomiso y el de sociedad, los cuales deben celebrarse en escritura pública, como requisito esencial de validez.

### **2.2.3.3 Cláusula compromisoria**

Esta característica se refiere a que en el ámbito mercantil un contrato puede discutirse mediante el arbitraje sin necesidad de que la cláusula compromisoria este contenida en escritura pública, todo lo contrario sucede en el ámbito civil en donde se establece de conformidad con los artículos 270 y 272 del Código Procesal Civil y Mercantil que toda controversia relativa a los contratos puede dirimirse mediante juicio arbitral, siempre y cuando se establezca ese mecanismo de solución de conflictos en la escritura pública.

### **2.2.3.4 Los contratos por adhesión**

Este tipo de contrato ha sido discutido por diversos actores, principalmente en lo referente a si este tipo de contrato contiene una verdadera manifestación de voluntad por ambos contratantes. Guillermo Cabanellas, manifiesta lo siguiente, sobre los contratos de adhesión:

“Contrato de adhesión. Aquel en que una de las partes fija las condiciones uniformes para cuantos quieran luego participar en él, si existe mutuo acuerdo sobre la creación del vínculo dentro de las inflexibles causas” (Cabanellas, 2001, p.343).

Tomando en cuenta lo señalado en la cita anterior, se determina que recibe el nombre de contrato de adhesión, aquel contrato en el cual una de las partes, establece las condiciones que regirán para todos los que quieran participar en el contrato, quienes

solamente se limitaran a aceptar las condiciones impuestas en las cláusulas establecidas, las que son inflexibles.

Es decir se trata de un contrato, en el que una de las partes señala las cláusulas, las cuales únicamente deberán ser aceptadas por la otra parte.



### **2.2.3.5 Omisión fiscal**

La mayoría de los actos jurídicos que versan sobre el tráfico patrimonial regularmente están sujetos a cargas impositivas en favor del Estado. Muchas veces si los sujetos contratantes fueren omisos en la tributación fiscal puede que estos adolezcan de ineficacia. En el ámbito del derecho mercantil esta situación es diferente, porque si esta situación sucede en el tráfico comercial influye directamente en la buena fe comercial que tienen los contratantes respecto a sus contratos y obligaciones; sin embargo, de conformidad con la ley no dará como consecuencia la ineficacia de los actos o contratos mercantiles, pero tampoco se liberara a las partes de pagar los impuestos que no pagaron más las multas correspondientes.

### **2.2.3.6 Libertad de contratación**

Esta es otra de las características del derecho mercantil y hace referencia a que ninguna persona se le puede obligar a contratar o no con una persona determinada, por lo cual cada una de las personas tiene la libertad de escoger con que persona contrata o no. Esto con base en que el contrato es calificado como la máxima contención de libertad jurídica, es decir, las personas pueden decidir para hacer o no hacer lo que la ley permite. Esta característica del derecho mercantil, se materializa en el artículo 681 del Código de Comercio en el cual se establece que nadie se le puede obligar a contratar, sino cuando rehusarse a ello significa un acto ilícito o abuso de derecho.

### **2.2.3.7 Efectos de la cláusula *Rebus Sic Stantibus***

En el ámbito del derecho civil, a esta cláusula se le conoce como la teoría de la imprevisión, la cual se refiere a que el contrato se cumple siempre y cuando las

circunstancias o hechos se mantengan en las mismas condiciones o situaciones iniciales, de conformidad con lo que establece la doctrina y el Código Civil. El Código de Comercio lo establece en el artículo 688 en el cual se determina que el deudor puede demandar la terminación del contrato únicamente en los de tracto sucesivo y en los de ejecución diferida, si sobrevienen hechos extraordinarios e imprevisibles que hagan oneroso el cumplimiento de la prestación. Sin embargo cabe mencionar que al momento que se diera la terminación del contrato de conformidad con las condiciones mencionadas en el artículo citado, no afectaría a las obligaciones ya cumplidas ni aquellas en las cuales ya se haya incurrido en mora.

Algunos autores como Mazeaud se han manifestado en relación con el tema y ha establecido que

La Teoría de la Imprevisión [...] no se puede aplicar, por la fuerza de las cosas, más que a los contratos sucesivos. En efecto, supone que se hayan tornado en exceso gravosas las obligaciones de una de las partes, en el curso de su cumplimiento (Mazeaud, 2005 p.119).

De conformidad con lo que indica el autor se puede establecer que la teoría de la imprevisión no funciona en los contratos aleatorios ni en los conmutativos, si la onerosidad que surge es riesgo normal del contrato. Por ejemplo, lo que sucede en un contrato de seguro, porque el riesgo está inmerso en su propia naturaleza.

## **2.2.4 Clases de contratos mercantiles**

Los contratos mercantiles son de diferentes clases, cada uno de ellos tiene ciertos requisitos y características concretas que los hacen peculiares, por tal motivo es indispensable conocer su clasificación para poder establecer ante qué clase de contrato mercantil nos encontramos.

### **2.2.4.1 Contratos típicos**

Son los contratos que están regulados por la ley, esta les da los elementos esenciales. Estos contratos tienen características especiales, estructura diferenciada por la ley, poseen un objeto particular, efectos muy concretos requeridos por las partes y una

especial disciplina, están descritos y regulados por la norma civil o mercantil, o bien, por una ley especial. En el Estado de Guatemala en el Código de Comercio número de Decreto 2-70 se encuentran regulados la mayoría de los contratos típicos de índole mercantil, así como a su vez en leyes especiales de carácter mercantil siendo esta como ejemplos: el contrato de agencia en el Código de Comercio y el contrato de cesión de cartera. (Artículo 45, Ley de seguros).

A este tipo de contratos también se les denomina contratos nominados y son los que han sido expresamente reglamentados por el legislador. Esta es una de las principales diferencias con los contratos innominados o atípicos, porque no han sido reglamentados por el legislador. A pesar de que a los contratos típicos y atípicos se les denomina como nominados e innominados, es preferible nombrarlos de la primera manera, porque hay muchos contratos no reglamentados por el legislador, si tienen nombre.

Con base en lo anterior, se puede decir que el contrato típico, es la figura contractual que ha sido prevista por la ley. Algunos autores indican que: “La ley 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” (Gete, 1979, p. 15).

Villegas define al contrato típico como:

Un contrato es típico cuando la ley lo estructura en su elemento esencial: aparece en el listado que da la ley. Es atípico sin tipicidad cuando, no obstante, ser contrato, porque crea, modifica y extingue obligaciones, no contempla la ley específicamente. (Villegas, 2006, p. 20).

De conformidad con la definición anterior, se puede deducir que un contrato va a ser típico cuando se encuentra regulado en la ley y va a ser un contrato atípico cuando la ley no lo contempla dentro de su cuerpo normativo.

Dentro de los principales contratos típicos mercantiles se encuentran:

- Compraventa mercantil.



- Contrato de suministro.
- Contrato estimatorio.
- Contrato de depósito mercantil.
- Contrato de apertura de crédito.
- Contrato de descuento.
- Contrato de reporto.
- Contrato de tarjeta de crédito.
- Fideicomiso.
- Contrato de transporte
- Contrato de hospedaje.
- Contrato de participación.
- Contratos sobre los derechos de autor y derechos conexos.
- Contrato de seguro.

Los contratos mencionados anteriormente son los que más se llevan a cabo; sin embargo, existen otros contratos típicos mercantiles contemplados en el Código de Comercio y en otras leyes mercantiles.

#### **2.2.4.2 Contratos atípicos**

Atípicos significa sin tipicidad cuando, no obstante, ser contrato, porque crea, modifica o extingue obligaciones, no lo contempla la ley específicamente. En este caso, son los interesados, quienes le dan la forma que juzguen conveniente, según lo que regula el Código Civil en su artículo 1256.

El contrato atípico es el que no se ajusta a ninguno de los tipos establecidos, en cuyo caso se está ante un contrato innominado; o aquel que combina las formas diversas de los existentes regulados, situación que se conoce como contrato múltiple. La especie antitética es, por supuesto, el contrato típico. (Cabanellas, 1998, p. 340).

Los contratos atípicos tienen su fundamento desde el punto de vista económico en la necesidad de adaptar los instrumentos jurídicos a las necesidades que imponen la

vida moderna, los cambios y el desarrollo de la economía. El derecho siempre debe irse adaptando a los cambios que se producen en la vida humana en ese orden de ideas el derecho mercantil no puede ser ajeno a ese cambio, porque las prácticas y las costumbres de las personas van dándole origen a las normas y los lineamientos que integran el derecho mercantil.



#### **2.2.4.2.1 Teorías doctrinales de los contratos atípicos**

En la doctrina existen cuatro teorías sobre como regular un convenio atípico, siendo las siguientes:

##### **2.2.4.2.1.1 Teoría de la absorción o de la observación**

Esta teoría es defendida por Lotman (2013) de conformidad con ella en los contratos atípicos debe observarse y determinarse cuál es la prestación determinante y una vez que se identifique, se va a regir por el cuerpo normativo del contrato típico al que pertenezca la prestación. Por lo cual el negocio atípico es absorbido por el convenio típico al cual pertenece la prestación fundamental.

##### **2.2.4.2.1.2 Teoría de la combinación**

La teoría de la combinación es defendida por los autores Hoeniger, Cariota-Ferrara (2017) esta teoría establece que cuando un contrato atípico se compone de diferentes prestaciones que miradas aisladamente, pertenecen a varios contratos o figuras típicas, se debe regular aplicando las normas correspondientes a las figuras típicas con que se identificada cada prestación. Es decir se da una desmembración del contrato atípico para efecto de poder establecer la diversidad de normas que lo regularán.

##### **2.2.4.2.1.3 Teoría de la analogía**

El autor que defiende esta teoría es Messineo (1986). Esta teoría establece que las reglas que deben regular el contrato atípico son aquellas que regulan la figura contractual típica más parecida o semejante.



#### **2.2.4.2.1.4 Teoría de interés o fin dominante**

Enneccerus (1950), es partidario de esta teoría, en la cual establece que no se debe aplicar las normas de un contrato típico, porque dicho contrato no llenaba el interés perseguido por las partes con su convención, se propone, por lo tanto, acudir a las normas de la teoría general de las obligaciones y de los contratos para regular la convención atípica.

De conformidad con el contenido anterior, se puede decir que actualmente el entorno en donde independientemente de las fronteras nacionales de cada país, diferencias religiosas, étnicas, políticas, condiciones socioeconómicas y culturales, los países están conformando una sola sociedad, caracterizado por el aumento de la dependencia económica, cultural y política de los países del mundo generado fundamentalmente por el desarrollo y auge de la actividad comercial internacional. Tomando en cuenta este contexto el comercio y el mercado han sido afectados y han tenido que ir buscando alternativas para enfrentar una economía globalizada, diseñando estrategias que le permitan desarrollarse de manera competitiva, eficiente y eficaz.

Es por ello que las personas tanto individuales como jurídicas, se han visto en la necesidad de irse adaptando a este cambio principalmente comercial, dejando por un lado los contratos establecidos que no están acordes a las nuevas necesidades económicas, financieras y jurídicas actuales, para dar un nuevo paso y crear nuevas modalidades de contratación denominados como contratos innominados, esto con el fin de irse adaptando a los distintos cambios y en la búsqueda de ser más competitivos de acuerdo con una economía de mercado globalizada.

A los contratos innominados, también se les conoce como contratos atípicos, estos contratos no están expresamente regulados por la ley. Sin embargo si se rigen por los principios generales que rigen en materia contractual. A continuación se desarrolla el principio de autonomía de voluntad por ser el principio que sirve de fundamento para la existencia de los contratos innominados.

## 2.2.5 Libertad contractual como presupuesto de la tipicidad y la atipicidad

Regularmente en las distintas operaciones comerciales que se realizan diariamente, las personas jurídicas y naturales al momento de revestir de legalidad sus negocios jurídicos no necesariamente acuden a figuras preestablecidas por la ley para satisfacer sus intereses. Las partes contratantes pueden elaborar y celebrar sus contratos, alejándose de aquellas figuras contractuales reconocidas por las distintas normas legales, esto debido a la libertad contractual que tienen las partes contratantes, en donde cada uno de ellos se encuentra facultado para establecer libremente el contenido del contrato.

Algunos autores manifiestan que "las partes, ya decididas a contratar, acuerdan libremente como va a ser el contrato, adecuándolo a los intereses que buscan satisfacer mediante la conclusión de este" (De la Puente y Lavalle, 1993 p. 274).

A través del ejercicio de la libertad contractual, las partes van a tener dos opciones, van a poder satisfacer sus intereses particulares por medio de los contratos que han sido establecidos previamente en el ordenamiento jurídico o en caso no encuentren el contrato idóneo en los regulados en el país, van a poder elaborar sus relaciones obligaciones a través de las figuras contractuales no previstas específicamente por la ley, es decir, van a poder acudir a la celebración de los contratos atípicos.

Con base en lo anterior, se puede decir que en algunas ocasiones resultan insuficientes las figuras contractuales reguladas expresamente por la ley (contratos típicos) para satisfacer los intereses y necesidades que tienen las partes contratantes. Por tal motivo es importante que las partes contratantes puedan satisfacer sus intereses mediante la creación de otras figuras contractuales de acuerdo con sus necesidades, es ahí donde las partes se fundamentan en su libertad contractual para crear relaciones obligatorias a través de contratos distintos o ajenos a los preestablecidos por las normas legales.

Cabe mencionar que no tiene sentido poder determinar de manera libre el contenido de los contratos, si el contenido no tenga fuerza obligatoria o sea de carácter

vinculante. Es por ello que un contrato será obligatorio en cuanto se manifieste en él, las partes tienen la obligación de cumplir con todo el contenido del acuerdo contractual, independientemente si el contrato es realizado en concordancia con la figura contractual típica o se haya realizado a través de una figura atípica, es decir, no regulada expresamente en la ley.



Actualmente, los particulares en ejercicio de su libertad contractual pueden diseñar válidamente sus operaciones comerciales recurriendo a figuras preestablecidas por nuestro ordenamiento jurídico o pueden hacerlo materializando sus acuerdos en contratos ajenos a los tipificados por el ordenamiento jurídicos. Por lo cual en la realidad es común que los particulares concreten sus relaciones comerciales utilizando figuras contractuales atípicas que no cuentan con una regulación expresa en la ley.

Atendiendo a lo anterior, se puede decir que los particulares van a poder celebrar contratos típicos como contratos atípicos, por lo cual es necesario conocer los principales contratos atípicos que se realizan en la vida cotidiana, por lo que a continuación se trata el tema para poder comprender con mayor exactitud los principales contratos atípicos que pueden realizar los particulares al momento de realizar transacciones comerciales.

### **2.2.6 Clasificación de los contratos atípicos**

Haciendo referencia a que los contratos son acuerdos de voluntades en las que se establece el cumplimiento de una obligación, se da el caso de que no todos estos se encuentran regulados en ley. Es decir, son contratos atípicos por el mismo motivo; sin embargo, son contratos que son practicados por las personas en su vida cotidiana para regular algún acontecimiento y que tenga protección este.

En este caso, perteneciendo dichos contratos al ámbito mercantil, hay que recalcar que dentro de los principios más importantes de esta materia se encuentra la buena fe guardada y la verdad sabida, elementos que permiten desarrollar y celebrar este tipo de contratos.

Dentro de los contratos atípicos mercantiles más importantes se encuentran los siguientes:



### **2.2.6.1 Contrato de franquicia**

Este es un contrato atípico mercantil por medio del cual una persona denominada franquiciante permite la explotación comercial de los servicios que ofrece así como de sus productos a otra persona denominada franquiciado, en el cual se transmiten el conocimiento de la empresa como todos los elementos como la marca, la imagen y otros para su utilización y mejor explotación a cambio de una regalía.

En cuanto a este contrato cabe destacar que:

El negocio de la franquicia se ha practicado desde hace años en los Estados Unidos y en Europa, la franquicia se presentaba como un contrato en el que un comerciante, ya fuera fabricante, distribuidor o titular de una marca, colocaba sus productos o sus servicios por medio de otro, quien los revendía a un precio más alto a efectos de obtener ganancia. (Villegas, 2000, p. 376).

Es decir, es un contrato que a lo largo del tiempo se ha venido desarrollando como una oportunidad de inversión para obtener una ganancia en ambas partes.

### **2.2.6.2 Contrato de arrendamiento con opción de compra**

Este contrato es muy importante, porque en la actualidad es uno de los que más se utiliza por los comerciantes, porque es mediante el que una persona puede optar por arrendar un producto o mercancía a cambio de un precio, el cual se deberá pagar de acuerdo con el tiempo en que se pacte, pero con opción de compra de este al vencimiento de dicho contrato.

Asimismo, se establece que:

Su función es muy sencilla se desarrolla, cuando una entidad usa los productos o mercadería de otra entidad, que la obtuvo a través de un proveedor por un precio y por cierto tiempo. Al finalizar puede, prorrogar el contrato, o comprar el producto. El acuerdo de *leasing*, también es conocido con el nombre de arrendamiento financiero locación financiera, o arrendamiento con opción a compra. (Villegas, 2000, p. 354).



En cuanto a este contrato, cabe establecer que tiene dos divisiones por la finalidad por la que es utilizado, este puede ser operativo y financiero.

El contrato de arrendamiento operativo consiste en otorgar la facultad de poder participar en el precio de venta, en cambio el arrendamiento financiero permite comprar los bienes o mercaderías por un precio pactado.

### **2.2.6.3 Contrato de alquiler**

Este contrato atípico mercantil consiste en adquirir un producto o mercadería a nombre propio, concediéndosele a otra persona denominada beneficiario y obligándose a usarlo y pagar una determinada cantidad de dinero que se pacte en el contrato.

Este contrato es muy común en la vida cotidiana pues es una de las opciones por las que optan las personas, pues, les facilita, porque no adquieren el producto al contado, sino que a través de una serie de pagos pueden utilizar este como que si fuera propio.

### **2.2.6.4 Contrato de factoraje**

Es el contrato atípico mercantil por medio del cual, una sociedad financiera denominada sociedad factoraje, adquiere créditos presentes o futuros de otra sociedad denominada cliente, así como toda la actividad normal de la empresa y una determinada cantidad de dinero, asumiendo todos aquellos riesgos que conlleven los cobros a realizar, así como la representación de los créditos por medio de facturas.

Ante ello cabe destacar que:

El contrato de *factoring*, se origina en la función del factor que principió siendo un auxiliar del comerciante para la dirección de una empresa. La doctrina consultada explica al *factoring* en su concordancia con otros negocios que persiguen fines parecidos, como el caso del descuento, la apertura de crédito como anticipo o el seguro de crédito; sin embargo, dado que estas figuras son contratos tipificados en la legislación guatemalteca. (Villegas, 2000, p. 366).



Por lo tanto, cabe establecer que la función principal de este contrato es comprar créditos presentes y futuros asumiendo el riesgo que conlleva todo el proceso destinado para su cobro, de tal manera que la entidad cliente se libere de dicha responsabilidad y la sociedad factoraje sea la que se encargue de realizar estos.

#### **2.2.6.5 Contrato de experiencia**

Este es el contrato atípico mercantil, mediante el cual el titular de un derecho faculta a otra para la explotación de este y obtener así un beneficio. Hace referencia a todas las habilidades, todos los elementos que se requieren para la elaboración de un producto como tal, así como todos aquellos conocimientos técnicos, siempre haciendo referencia a que su divulgación está prohibida.

#### **2.2.6.6 Contrato de *holding***

El *holding* es un contrato atípico por medio del cual una sociedad financiera, comercial o industrial, administra o fiscaliza los negocios de otras sociedades a través de la adquisición de la mayoría de sus acciones. En la práctica comercial, las empresas transnacionales adquieren las acciones de otras empresas, paulatinamente hasta tenerlas en su mayoría. Dentro de sus beneficios están que las empresas que forman parte del *holding* tengan acceso a materia prima, logística, transporte, financiación, entre otros; incluso se puede dar que a través de este se controle toda la cadena o proceso de un bien o servicio, lo cual le permite minimizar riesgos y maximizar utilidades y hacer negocios a mayor escala.

El contrato atípico del *holding* va a ser desarrollado más detenidamente en el siguiente capítulo, en el cual se abordará sus antecedentes históricos, su definición, características, elementos y su aplicación para crear derechos y obligaciones entre las partes.



## CAPÍTULO III



### 3. Contrato de *holding*

#### 3.1 Antecedentes históricos del *holding*

Con el devenir de los años el comercio ha evolucionado de tal manera que se han implementado nuevas formas, métodos y sistemas para su desarrollo. El *holding* se incorpora como una sociedad de tipo comercial a la cual se le atribuye la función específica de administrar la propiedad de otras sociedades, en una etapa de desarrollo avanzado de la actividad mercantil, como una sociedad comercial de segundo y tercer nivel.

Sin embargo, para poder entender el surgimiento de un *holding* es necesario retroceder en el tiempo y enfatizar en los elementos que permiten el surgimiento de dicha sociedad, tanto para su creación como para su desarrollo e importancia dentro de una sociedad y cómo esta se incorpora en el comercio brindando ciertas facilidades en la actividad comercial, teniendo relevancia en este aspecto los grupos comerciales.

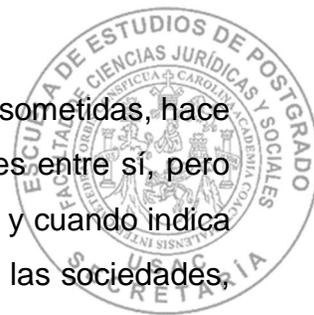
Al hacer énfasis en los grupos comerciales, cabe mencionar que ha sido un concepto muy complejo, esto debido a que da lugar a un sinnúmero de interpretaciones; sin embargo, en materia comercial se refiere a un grupo, que en este caso será un grupo de sociedades.

En referencia al primer término, el concepto grupo conlleva la reunión o conjunto de dos o más entidades, en este caso, sociedades. Sin embargo, para que el concepto de grupo empresarial pueda tener existencia debe reunir determinados requisitos como los son los siguientes: unidad de propósito, dirección y control.

Ante ello, se puede definir grupo comercial de la siguiente manera: “Es una sola empresa conformada por varias sociedades que son independientes entre sí, pero sometidas todas, a un control unitario que determina las directrices de todas y cada una de las sociedades que forman dicha empresa” (Luna, 2009, p. 3).

A partir de dicha definición, es importante resaltar que en esta se hace referencia a los tres elementos que se necesitan para que el grupo empresarial pueda existir, en la

que al establecer que es un conjunto de sociedades que se encuentran sometidas, hace énfasis en la unidad de propósito. Al establecer que son independientes entre sí, pero sometidas a un control que los orientara, se les establece una dirección y cuando indica que conllevan un control unitario que determina las directrices de todas las sociedades, hace referencia al control.



Asimismo, es importante establecer que cada una de las sociedades que pertenezcan al grupo se va a conservar de manera singular, es decir, van a seguir gozando de su autonomía e independencia con la que fueron creados, por lo que al pertenecer al grupo como tal, no se da origen a un nuevo ente con personalidad jurídica.

### **3.1.1 Concepto de empresas combinadas**

Claro está que los grupos empresariales previo a su surgimiento, se organizaban de hecho en pactos mercantiles, que incluso podían tomar forma de alianzas familiares, en la práctica se necesitaba de otras sociedades para que conjuntamente pudieran dar existencia al grupo mismo. Ante ello, las empresas comienzan a combinarse a finales del siglo XIV, en la que Acosta define como:

La concentración de dos o más entidades económicas llevada a cabo por la transferencia de los activos netos de una de las entidades económicas a una de las otras (fusión), o a una nueva creada para ese propósito (consolidación), cualquiera de dos puede ser, en efecto, una compra, con el retiro de uno o más grupos accionistas o puede ocurrir una comunidad de intereses en la cual toman parte todos los accionistas de acuerdo con su participación. (Acosta, 2000, p. 38).

Este concepto es importante puesto que establece como se da la existencia de las empresas combinadas, así como las diferentes actividades que estas desarrollan, tanto económicas como participativas, así también hace referencia a la fusión, indicando esta como una manera de concentración económica y la consolidación, de tal manera que la existencia de las empresas combinadas esté asegurada.

Sin embargo, el surgimiento de las empresas combinadas aparece por las siguientes causas:

- “Crecimiento de demanda



- Cambios tecnológicos
- Innovación
- Búsqueda de una mejor posición en el mercado” (Luna, 2009, p. 39).

Las causas establecidas anteriormente son aquellas de las cuales deriva el surgimiento de las empresas combinadas, aquellas que dan lugar a los elementos necesarios para que las empresas puedan actuar conjuntamente y poder desarrollar actividades en seguimiento al cumplimiento de sus fines.

Se debe tener presente que los aspectos fácticos del comercio, tales como tamaño del mercado, características de los consumidores, líneas de distribución, mercadeo, costos, beneficios y evolución de la oferta y demanda, determinan la estructura de las entidades mercantiles, las que se adaptan prevalecen y se expanden, por estas razones las operaciones comerciales y sus gestores, las empresa, aumentan en complejidad en la misma medida que responden a las condiciones del mercado.

### **3.1.1.1 Clasificación de las empresas combinadas**

Respecto a las empresas combinadas existe una clasificación que determina la orientación de esta con base en la actividad que realiza. Dentro de esta clasificación, tal como lo indica Luevano (2013) se encuentran las siguientes:

#### **3.1.1.1.1 Compañía Dominatriz**

Se centraliza la toma de decisiones del grupo combinado de empresas.

#### **3.1.1.1.2 Cartel**

Es un contrato que se celebra entre aquellos empresarios agrupados, los cuales fijan precios para alcanzar una mejor posición en el mercado.

#### **3.1.1.1.3 Trust**

Es una asociación de compañías o empresas que produciendo los mismos productos o servicios, u operando en la misma industria, ocasionan un monopolio mediante la fijación de precios.



#### **3.1.1.1.4 Konzern**

Este grupo empresarial no tiene como finalidad ejercer el control, sino más bien, adquirir acciones de otra empresa y obtener el mejor de los beneficios.

#### **3.1.1.1.5 Ounium**

Tiene como finalidad principal la compraventa de acciones en la bolsa de valores.

1. Consorcio: acuerdo entre los titulares de las empresas con negocios similares, para lograr fortalecer la economía y su producción.
2. Grupo: conjunto de empresas vinculadas económicamente con poder de decisión cuya finalidad es la centralización y concentración de capitales.

### **3.2 Definición del *holding***

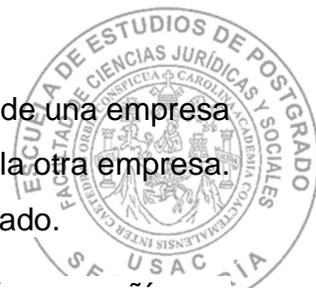
Regularmente, cuando las empresas o sociedades indican las ventajas que les reporta tener acciones comunes en otra sociedad, provoca que busquen fusionarse con otra entidad o efectuar alguna unión de carácter comercial. El fenómeno de la combinación de empresas o de la formación de grupos de empresas empieza a surgir a finales del siglo XIX y a partir de ese entonces ha venido en auge, creciendo y tomando importancia en todos los países.

Esta combinación de empresas es definida por Kohler como: la concentración de dos o más entidades económicas llevada a cabo por la transferencia de los activos netos de una de las entidades económicas a una de las otras (fusión), o a una nueva creada para ese propósito (consolidación), cualquiera de dos puede ser, en efecto, una compra, con el retiro de uno o más grupos de accionistas o puede ocurrir una comunidad de intereses en la cual toman parte todos los accionistas de acuerdo con su participación.

Dentro de los diferentes tipos de combinación de empresas se encuentran a el *holding*, es por ello que a continuación se aporta varias definiciones del *holding* con el fin de poderlo entender a plenitud.

El término *holding* es una palabra inglesa ampliamente utilizada para hacer referencia a una manera de agrupación u organización de empresas en la cual una

compañía adquiere la mayor parte de las acciones o todas las acciones de una empresa con el único objetivo de poseer un control total sobre las actividades de la otra empresa. Este término se utilizaba para designar a todo el conglomerado así formado.



El control empresarial provocado por el *holding* sobre una o más compañías va a darse por la adquisición de la mayor parte de las acciones de otra compañía, lo cual va a generar que la compañía adquiriente de las acciones tenga un derecho mayoritario de votos, dando lugar así que tenga el control sobre el poder de decisión de las actividades de la otra compañía, que muchas veces son de diferente giro comercial para alcanzar niveles de producción que en lo individual no alcanzarían. Normalmente, una compañía es la sociedad dominante de un grupo (*holding company*), porque directa o indirectamente dispone de la mayoría de los derechos de las sociedades filiales o, porque, de algún otro modo, puede ejercer una influencia dominante en su actuación.

Cuando las sociedades filiales crean a su vez nuevas empresas y se reservan la mayoría del capital, el control final del grupo sigue perteneciendo a la (*holding company*).

Dentro de la doctrina también encontramos algunas definiciones en relación con el *holding* es por ello que a continuación se mencionan algunas de las manifestadas por diversos autores.

Cabanellas establece:

Que el vocablo inglés del *holding*, posee significados jurídicos generales de posesión, pertenencia y tenencia; también los de arrendamiento o inquilinato. Sin embargo, en las actividades capitalistas entraña un supe sociedad, establecida por encima de entidades diversas, cuyos negocios pasan a ser administrados, o por lo menos fiscalizados, por la plana mayor de empresarios u hombres de negocios del *holding*. (Cabanellas, 1982, p. 321).

La definición anterior indica que en el sistema capitalista el *holding* es, en esencia, una supersociedad formada por diversas compañías, en la cual una de ellas tiene la mayoría de las acciones de las demás compañías filiales con el fin de ostentar la dirección, administración y el control de las actividades de las compañías que integran el grupo del *holding*.

Asimismo, con este nombre inglés se define “a las sociedades que en su cartera poseen acciones de otras sociedades, sobre las que tienen facultades de administración o dominio” (Ossorio, 1987, p. 353).



Al igual que en la definición anterior, Ossorio resalta las facultades de administración o de dominio que se van a obtener con la conformación de un grupo de *holding*, lo cual garantizará muchas veces el control sobre los diferentes factores de un mercado.

Debido al constante uso de *holding*, la Real Academia Española, aunque lo considera un neologismo, lo ha incluido en el diccionario académico. Por ello, está en el *Diccionario de la lengua española*, como un extranjerismo no adaptado que se define como “sociedad financiera que posee o controla la mayoría de las acciones de un grupo de empresas” (Real Academia Española, 2014).

### **3.3 Características del *holding***

Dentro de las cualidades que permiten identificar que se encuentran ante una compañía *holding* respecto de otras formas de organización empresarial están las siguientes:

La actividad desarrollada por las sociedades *holding* regularmente consiste en la tenencia de las participaciones de las sociedades filiales en las que participa, ya sea adquiriendo la mayor parte de las acciones o todas las acciones de una empresa, con el fin de tener el poder de dirección y control de las actividades de las sociedades filiales participadas, así también dentro de esta forma de organización empresarial las compañías tienen servicios de apoyo a la gestión de las sociedades participadas.

En esta forma de integración y cooperación empresarial la sociedad *holding* se caracteriza por cumplir con determinados servicios comunes dirigidos a todas las entidades que conforman el grupo, regularmente estos servicios son de carácter administrativo, financiero y de asesoramiento jurídico o fiscal.



### 3.3.1 Es un contrato atípico

Previo a describir la característica atípica del contrato de *holding*, es necesario recordar lo que establece la legislación de Guatemala, respecto de qué es un contrato y la definición del contrato típico. El artículo 1517 del Código Civil establece que hay contrato cuando dos o más personas convienen en crear, modificar o extinguir una obligación. El contrato típico es aquel contrato que se encuentra previsto y regulado en la ley. Después de haber recordado las definiciones anteriores es necesario establecer, porque el contrato de *holding* es un contrato atípico, por tal motivo se puede decir que es un contrato mercantil atípico, porque no se encuentra regulado en la ley, es decir, sus características fundamentales, origen y ejecución no están previstas en la legislación guatemalteca.

Desde el punto de vista legal, el contrato de *holding* tiene su fundamento en el artículo 671 del Código de Comercio, el cual establece que los contratos de comercio, para su validez, no están sujetos a formas especiales. Pueden adoptar la forma que sea y en el idioma que elijan los contratantes. Desde el punto de vista económico en la necesidad de adaptar los instrumentos jurídicos a las necesidades que imponen la vida moderna, los cambios y el desarrollo de la economía. Por tal motivo es que los contratos atípicos en general van tomando relevancia en la contratación comercial, financiera y jurídica como consecuencia de las relaciones económicas comerciales en el mundo globalizado.

Por tal motivo, las partes contratantes, en algunas ocasiones, cuando resulten insuficientes las figuras contractuales reguladas expresamente por la ley, es decir, cuando los contratos típicos no sean suficientes para satisfacer los intereses y necesidades de las partes contratantes, pueden elaborar y celebrar sus contratos, alejándose de aquellas figuras contractuales reconocidas por las distintas normas legales; esto debido a la libertad contractual que tienen las partes contratantes, en donde cada uno de ellos se encuentra facultado para establecer libremente el contenido del contrato, creando así consecuencias jurídicas para cada una de las partes.



### **3.3.2 Nominado**

El contrato de *holding* sustantivamente tiene un nombre, es decir, tiene una nominación. El nombre no se lo da la ley si no la práctica social de los comerciantes, es decir, tiene una nominación social.

### **3.3.3 Bilateral**

En el contrato de *holding* al momento de su constitución las partes se obligan en forma recíproca. Es decir que al momento de constituir el contrato se generan obligaciones recíprocas para todas aquellas sociedades participantes que firmen el acuerdo.

### **3.3.4 Constituye una supersociedad**

Esta característica hace referencia a que a través del contrato atípico del *holding*, una sociedad financiera, comercial o industrial, administra o fiscaliza los negocios de otras sociedades a través de la adquisición de la mayoría de sus acciones. En la práctica comercial, las empresas transnacionales adquieren las acciones de otras empresas, paulatinamente hasta tenerlas en su mayoría. Dentro de sus beneficios están que las empresas que forman parte del *holding* tengan acceso a materia prima, logística, transporte, financiación, entre otros; incluso se puede dar que a través de este se controle toda la cadena o proceso de un bien o servicio, lo cual le permite minimizar riesgos y maximizar utilidades y hacer negocios a mayor escala.

### **3.3.5 Oneroso**

Todo contrato mercantil, por su naturaleza, es oneroso, es decir, las partes contratantes persiguen el lucro, la prestación de una de las partes tiene como contrapartida otra prestación. En el contrato de *holding* las sociedades o compañías integrantes de la agrupación empresarial van a tener obligaciones y ventajas económicas. En la cual la compañía que adquiera la mayoría de las acciones de las demás entidades participantes va a tener un mayor lucro en relación con las demás.



### 3.3.6 Consensual

De acuerdo con lo que establece el Código Civil de Guatemala, un contrato es consensual cuando se perfecciona en el momento en que las partes prestan su consentimiento, con base en ello, el contrato de *holding* se perfecciona en el momento en que acuerdan las partes contratantes adquirir la mayoría de las acciones de la compañía participante y por ende integrar un *holding* entre estas entidades. Por lo cual el simple acuerdo entre la sociedad controladora y las demás es suficiente.

### 3.3.7 Principal

El contrato de *holding* surte efectos jurídicos por sí mismo, no necesita recurrir a otro contrato para su validez.

### 3.3.8 Conmutativo

En el contrato de *holding*, las sociedades participantes están sabidas desde que se celebra el contrato, cuál va a ser la naturaleza y alcance de sus prestaciones (obligaciones). En este contrato atípico se consideran desde el momento contractual el beneficio o la pérdida que le causa o les puede causar su unión empresarial. Regularmente los beneficios que las partes van a percibir van a depender de la cantidad de acciones que tengan cada una en relación con las demás empresas que integran la unión empresarial.

### 3.3.9 Es un contrato de tracto sucesivo

El contrato de *holding* en relación con su ejecución, las obligaciones se van cumpliendo dentro de un término o plazo que se prolonga después de celebrado el contrato.

Las anteriores características establecen dentro del ámbito formal, cual es la naturaleza meramente jurídica contractual; sin embargo, la finalidad u objetivo de fondo, que constituye la justificación o sentido final del contrato, es la conveniencia de su adopción para aumentar los beneficios o ganancias en la actividad económica que se desarrolla, aprovechando la ventaja de la diversificación de actividades productivas, servicios o giro de cada una de las empresas involucradas, otorgando una ventaja competitiva ante las empresas individuales especializadas solamente en una fracción o aspecto del ciclo comercial.



### **3.3.10 Características de fondo**

- Participación minoritaria en los que deseen poseer acciones.
- Inversión en negocios de varios giros, manejo flexible de distintas compañías.
- Tener diferente personalidad jurídica en las distintas sociedades.
- Facilita la salida de negocios en los que ya no tenga interés.

### **3.3.11 Características de forma**

- Concentración de grandes capitales.
- Apoyo económico entre el grupo.
- Inversiones de utilidades de creación y desarrollo.
- Proceso de información permitiendo un mejor control de cada negocio.
- Posición más fuerte en negociación de financiamiento, compra y buena imagen del grupo.
- Adquisición de empresas en marcha, facilita la entrada de nuevos mercados.
- Reconocimiento económico como una de sus marcas.
- Identidad de administración de negocios.

## **3.4 Elementos del contrato de *holding***

Dentro de los elementos que forman parte integrante de la estructura del contrato de *holding* s e encuentran los siguientes



### 3.4.1 Elementos personales

Este elemento se refiere a los sujetos del contrato, quienes pueden ser personas naturales (físicas) o jurídicas, con la capacidad de obrar en derecho, la cual es necesaria para obligarse. Los elementos personales del contrato de *holding* son los siguientes:

- Sociedad controladora: es aquella sociedad que adquiere todas o la mayoría de las acciones de las entidades filiales. Su objetivo principal es tener y controlar la mayoría de las acciones de las empresas dependientes asociadas. Por lo que al final, la sociedad matriz pasa a gestionar el capital del resto de sociedades filiales.
- Sociedad controlada: es la sociedad que se encuentra bajo el manejo de la sociedad controladora. A la sociedad controlada por la sociedad *holding* se le conoce como sociedad filial o subsidiaria.

### 3.4.2 Elementos reales

El contrato de *holding* está integrado por la prestación y contraprestación, es decir, el asunto o el servicio objeto del contrato y por otro lado la entrega a cambio de ello de una suma de dinero u otro acuerdo. En el contrato de *holding* el capital de las sociedades que, generalmente, en este tipo de contratos, está representado en acciones es el elemento real de este, las cuales se utilizan para ejercer el control y por ende su gestión y como contraprestación se puede mencionar la suma de dinero que van a adquirir las sociedades filiales por la compra de sus acciones, sumado a los beneficios que obtienen por la unión empresarial que están realizando.

### 3.4.3 Elementos formales

Este elemento hace referencia al conjunto de signos mediante los cuales se manifiesta el consentimiento de las partes en la celebración de un contrato. Cabe mencionar que los contratos de comercio no están sujetos, para su validez a formalidades especiales por regla general cualquiera que sea la forma y el idioma en que se celebren, las partes quedan vinculadas en los términos en los cuales quisieron obligarse; sin embargo, esta regla tiene algunas excepciones en los cuales se exige una forma específica de celebración como el contrato de sociedad que se debe celebrar en escritura

pública para su validez. Con base en lo anterior se puede decir que en el contrato de *holding* existe libertad de forma, porque la ley no estipula determinada forma que tenga que cumplir para llevarse a cabo.



De conformidad con lo anterior y teniendo en cuenta que actualmente en el mundo está todo conectado, en donde cada día la relación de los países se va pareciendo a una sola sociedad, dejando por un lado las fronteras nacionales, diferencias religiosas, étnicas, políticas, condiciones socioeconómicas y culturales, entre otros factores, es por ello que debido al aumento de esta conexión en donde la dependencia económica, cultural y política de los países del mundo cada vez es más frecuente principalmente ocasionado por el desarrollo y auge de la actividad internacional, comercio mundial de bienes y servicios, flujo de capitales, el desarrollo de los medios de transporte, uso de nuevas tecnologías de comunicación, ha dado lugar a que las empresas busquen unirse como alternativas de desarrollo y supervivencia para ampliar su mercado de desenvolvimiento y obtener mayores ganancias.

Por tal motivo, el contrato de *holding* es de trascendental importancia, porque permite materializar esa unión de sociedades en un contrato. Por ello se puede decir que los elementos que forman parte de la estructura del contrato lo van a constituir, en primer lugar, las sociedades filiales que se unen en el grupo empresarial, cuya visión generalmente es realizar negocios a gran escala, en segundo lugar los capitales de estas sociedades en su mayoría está representado por acciones y en tercer lugar las consecuencias que se dan por esa adquisición como el control de las sociedades involucradas, en especial lo relativo a su administración y su fiscalización.

Con este tipo de contratos, las sociedades buscan acuerdos con otras empresas para lograr complementar sus recursos y capacidades de forma eficiente con el fin de cumplir con sus objetivos de crecimiento y mejorar su posición competitiva, garantizando así la supervivencia de sus empresas en el entorno global y competitivo actual. Es por ello que a través de la alianza que surge por el contrato de *holding* se puede controlar sectores importantes de un mismo mercado, asegurando que las empresas integrantes del *holding* cuenten con acceso a materia prima, Logística, transporte, financiación, dentro de otros.



En relación con el capital, se puede decir que regularmente las sociedades que integran el *holding* están representado por acciones, que es uno de los ejes fundamentales de este. Por lo tanto, las sociedades que más se utilizan para realizar el *holding* son las sociedades anónimas cuyo capital está representado por medio de acciones. Estas sociedades para poder funcionar deben tener como mínimo una empresa para poder realizar sus actividades. En ese contexto es que surge el interés de una sociedad en adquirir las acciones de las demás, dependiendo cuantas acciones adquiere así va a ser el poder de manejo, administración y de decisión que va a tener la sociedad controladora.

La administración también juega un papel importante en el *holding*, porque en ese elemento se centraliza las funciones de dirección que es la base fundamental de determinación de las políticas comerciales de funcionamiento, estructura y rendimiento del grupo empresarial, así como para poder determinar cómo se manejaran las cuestiones tributarias y de fiscalización en la alianza comercial. En el entorno cambiante y competitivo del mundo empresarial actual, la capacidad de adaptación a cada uno de los cambios que se van dando es fundamental en la búsqueda hacia el éxito, por ello es indispensable conocer el funcionamiento interno de la empresas integrantes del *holding*, para poder determinar su capacidad de respuesta para reaccionar a estos factores externos que se van dando día con día.

Por todo lo expuesto anteriormente, se puede decir que el elemento de administración del *holding* se convierte en una herramienta poderosa para elevar el nivel competitivo de toda organización, porque a través de las diversas acciones de planificación, organización y ejecución de las actividades productivas que realicen se podrá buscar la eficiencia y eficacia en la producción de los bienes o servicios a los cuales se dediquen, buscando siempre la obtención del mayor número de ganancias posible.

Regularmente, el tipo de sociedades que se involucran en el *holding*, deben necesariamente tomar sus decisiones en asambleas de accionistas ya sean de carácter ordinarias o extraordinarias dependiendo de la decisión que deseen ejecutar.



Otro de los elementos es la fiscalización que se debe realizar en el *holding* con el fin de examinar las actividades que realicen las empresas integrantes, para comprobar si cumple con las normativas vigentes en el ámbito jurídico, fiscal, de seguridad social, laboral, entre otros.

Todos los elementos mencionados anteriormente deben existir para conformar el *holding*, de lo contrario estaríamos ante otra figura distinta de unión empresarial, en donde el objetivo principal no sería tener y controlar la mayoría de las acciones de las empresas dependientes asociadas.

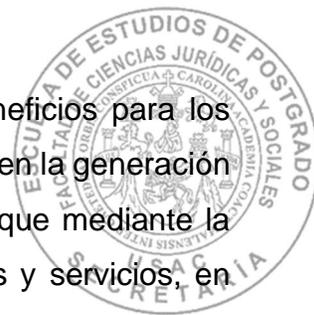
### **3.5 Aplicación del *holding***

El contrato de *holding* es en esencia un contrato mercantil, que no se encuentra regulado en la ley de Guatemala, por lo que sus características fundamentales, origen y ejecución no se encuentran establecidas en nuestra normativa. Como bien se mencionó anteriormente el contrato de *holding* es una forma de colaboración e integración empresarial mediante la cual una sociedad matriz realiza la adquisición de todas o la mayoría de las acciones de las sociedades filiales con el fin de controlar las actividades de las otras empresas, es decir, la empresa principal se asegura la administración de las filiales, aunque públicamente cada una realice sus acciones bajo las directrices de la principal. Por eso se puede decir que el *holding* es creado para dirigir las empresas subsidiarias que lo conforman.

Por otro lado, aparte del control y administración que ejerce la sociedad principal en relación con las filiales, la sociedad de *holding* se va a caracterizar por proporcionar algunos servicios comunes a todas las sociedades filiales del grupo, las cuales se van a beneficiar de los servicios proporcionados, a cambio de una contra prestación a su favor.

El *holding* constituye una figura comercial que, en algunas legislaciones, se encuentra regulada, en forma de contrato mercantil; sin embargo, en dinámica de los sectores de negocios es más frecuente encontrar conglomerados de hecho, que unen varias empresas, vinculadas mediante participación accionaria, cuyo giro comercial les permite contar con ventajas adicionales a las del libre mercado, para controlar sectores

de la economía o del mercado. Esta práctica comercial, conlleva beneficios para los propietarios o accionistas de las empresas involucradas, especialmente en la generación de ganancias y acumulación de riqueza, debido entre otras causas a que mediante la propiedad accionaria pueden tener control de la producción de bienes y servicios, en sectores de la producción de una nación o región determinada.



Específicamente, en el caso de Guatemala, las empresas han hecho contrataciones mercantiles de *holding*, para lo cual han celebrado contratos entre empresas nacionales y transnacionales, en su mayoría con el fin de monopolizar la producción y comercialización de bienes y servicios de varias clases; estableciendo alianzas entre las empresas, con el objetivo de decidir y controlar los precios de esos bienes y productos, según su criterio y voluntad, adquiriendo la mayoría de acciones para obtener el control de las empresas filiales.

Regularmente, cuando una empresa transnacional pretende entrar a un mercado de cualquier país, en el caso en concreto en Guatemala, compra la mayoría de las acciones para tener el poder de decisión y poder implementar políticas de precios y de venta de bienes y servicios de acuerdo con sus intereses, para obtener ganancias amplias.

Existe una diversidad de empresas que han vendido la mayoría de sus acciones regularmente a algún gigante comercial, quien cuenta con varias empresas de su propiedad. La adquisición de estas acciones regularmente se puede ver en el propio *Wall Street* que es donde se manejan todas las bolsas de valores. A continuación se mencionan algunos ejemplos de *holding* a nivel internacional. (Argudo, 2017, p. 5).

- **Inditex:** es el grupo de empresas de Amancio Ortega, quien es catalogado a nivel mundial como uno de los hombres más ricos del planeta y que agrupa a conocidas empresas de la industria textil como *Zara, Bershka, Pull and Bear, Massimo Dutti* o *Bershka*. En poco más de 40 años desde que iniciara su actividad (primero con *Zara* y luego sumando más empresas), este *holding* se ha convertido en uno de los más rentables, llegándose a cotizar en bolsa, siendo uno de los grupos empresariales más destacados del sector.

- 
- **Nestlé:** se puede decir que es uno de los *holding* más conocidos y de los que más dinero genera en el sector de la alimentación. Este grupo está formado por empresas como los propios chocolates y cereales Nestlé, bebidas como Eko o Nescafé, aguas embotelladas como Aquarel, las marcas de comida Buitoni, Maggi o Solis e incluso empresas dedicadas a la alimentación de animales como *Friskies* o *Proplan*. Este *holding* tiene a su haber unas ocho mil marcas.
  - **PepsiCo:** es un *holding* conocido a nivel mundial, integrado por una compañía de bebidas, *snacks* y cereales como Pepsi, Quacker, Alvalle, Tropicana, 7Up, *Bitter Kas*, *Ruffles*, Doritos, Matutano, con las cuales genera millones de dólares anuales de ganancias.
  - **The Coca Cola Company:** la figura Coca Cola Company que agrupa conocidas marcas en el sector de la alimentación como Coca-Cola, Fanta, Aquarius, Nestea, Powerade, Nordic Mist, Minute Maid, Aquabona o Sprite. Coca Cola Company es quizás más popular que la anterior.
  - **Fininvest:** el *holding* más conocido en Italia, es un grupo empresarial fundado en los 90 por Silvio Berlusconi y que ha llegado a agrupar a varias empresas tan variadas como el que es a su vez grupo de empresas televisiva Mediaset (presente en España con cadenas como Telecinco o Cuatro), así como el equipo de fútbol, Associazione Calcio Milan, la editorial Mondadori y Medusa\_Film, empresa dedicada a la producción de películas.

### 3.6 Estructura jurídica del contrato del *holding*

Conforme a los objetivos de la figura del *holding*, se puede decir que la estructura jurídica que más se adapta es la de la Sociedad Anónima, porque la calidad de socios individuales o personas jurídicas naturales, pueden en el caso del *holding* estar constituidas por empresas o entidades mercantiles. Por tal motivo se mencionarán las características principales de esta sociedad de carácter mercantil para lograr una mejor comprensión del tema. La figura de la sociedad anónima se encuentra regulada en el

Código de Comercio de Guatemala, Decreto 2-70, del Congreso de la República, en el artículo 86, en el cual se establece: “Sociedad anónima es la que tiene el capital dividido y representado por acciones y que la responsabilidad de cada accionista está limitada al pago de las acciones que hubiere suscrito”.



La definición anterior es la manera en la cual los legisladores definieron a la sociedad anónima en la legislación guatemalteca. Sin embargo, esta figura también ha sido objeto de estudio por parte de diversos autores, uno de ellos la define a la sociedad como: “aquellas agrupaciones que requieren para su funcionamiento de la actuación de algunas personas físicas en determinadas funciones” (Vásquez, 1978, p. 88).

Se puede decir que dentro de las principales características de la sociedad anónima se encuentran:

La sociedad anónima es una sociedad mercantil, capitalista que se identifica con una denominación social; en la cual los accionistas tienen una participación en el capital social; el cual está dividido y representado en títulos llamados acciones; los accionistas limitan su responsabilidad hasta el monto total de las acciones que son de su propiedad; por lo cual no tienen que responder con su patrimonio personal por las deudas de la sociedad, tienen personalidad jurídica.

De conformidad con las características anteriores, se procederá a analizar cada una de ellas:

La sociedad anónima es una sociedad en virtud de que es un contrato bilateral o plurilateral, porque en esta deben intervenir como mínimo dos accionistas para su constitución.

Es mercantil, porque está contemplada dentro de las sociedades de carácter mercantil estipuladas en el artículo 10 del Código de Comercio de Guatemala, Decreto 2-70, del Congreso de la República.

Es capitalista, por ser uno de los principales elementos del contrato social el capital, que es el elemento patrimonial de una entidad económica.



La sociedad Anónima tiene personalidad jurídica, porque la ley la reconoce como una entidad con capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones. Además de conformidad con el artículo 87 del Código de Comercio de Guatemala, Decreto 2-70, del Congreso de la República, la sociedad anónima se identifica con una denominación, la cual podrá formarse libremente con el agregado obligatorio de la leyenda Sociedad Anónima, la cual podrá abreviarse S.A. La denominación se conformará con el nombre de un socio fundador o los apellidos de dos o más de ellos, debiendo contener obligatoriamente la designación del objeto principal de la sociedad.

Uno de los aspectos más importantes de las sociedades anónimas es que su capital social está dividido y representado por títulos denominados acciones. Las acciones o títulos acciones, son aquellos documentos que representan las partes en que está dividido el capital social. Deben ser emitidas por la sociedad. En Guatemala, se hará de acuerdo con lo que establezca la escritura social y serán únicamente nominativas de conformidad con lo que establece el artículo 71 del Decreto 55-2010, del Congreso de la República de Guatemala, Ley de Extinción de Dominio, el cual literalmente establece:

Artículo 71. Se reforma el artículo 108, Acciones nominativas y al portador, del Código de Comercio de Guatemala, Decreto Número 2-70, del Congreso de la Republica, el cual queda así. Artículo 108. Acciones. Las acciones deberán ser nominativas. Las sociedades anónimas constituidas antes de la vigencia de la Ley de Extinción de Dominio, cuyo pacto social les faculte a emitir acciones al portador y tengan pendiente la emisión de acciones, deberán realizarla únicamente con acciones nominativas.

Un autor establece que la acción es “un título valor que representa una parte del capital social y que incorpora los derechos y obligaciones de los socios, relacionados con su participación en la vida social” (Rodríguez, 1981, p. 82).

Existen diversos tipos de acciones en la sociedad anónima, las cuales regularmente se van a diferenciar por los distintos valores nominales que representan o por los privilegios que cada una otorga, dentro de estas se pueden mencionar como ejemplo las acciones comunes y las privilegiadas en la cual la diferencia entre una y otra va a ser la percepción de ciertos dividendos mínimos.

En el caso del *holding*, este puede estar constituido por varios tipos de sociedades, pero la que más predomina es la sociedad anónima, sobresale como la estructura más adecuada para cumplir los objetivos con mayor eficacia y eficiencia. Uno de los objetivos principales del *holding* consiste en poseer y controlar el resto de las acciones de las empresas dependientes asociadas o filiales, es por ello que al tener la sociedad anónima su capital social dividido y representado en títulos denominados acciones, los cuales representa una parte alícuota de su capital social, es la figura jurídica que más se adapta al objetivo principal del *holding*, en la cual la sociedad matriz pasa a gestionar el capital del resto de sociedades filiales, también en función que las acciones que representan el capital social están destinadas a circular, a ser fácilmente transmisibles, aunado a que la responsabilidad de los socios está limitada al patrimonio de la sociedad.

La sociedad anónima controladora se constituye con el objetivo de manejar, administrar y en si gobernar a otras sociedades. Este control lo obtuvo a través de la suscripción de la mayoría del capital social, es decir, la adquisición de la mayoría de las acciones de una sociedad con derecho a voto por parte de la sociedad controladora, en ese orden de ideas el poder de decisión de los órganos sociales va a recaer en la sociedad controladora o sociedad matriz como también se le conoce. En la cual el patrimonio social de la sociedad controladora va a estar formado por sus acciones y por las acciones de las sociedades filiales de la cual es titular.

Cuando una sociedad matriz adquiere las acciones de otra sociedad, esta última sigue teniendo personalidad jurídica independiente a cada una de las sociedades que forman parte del *holding*; sin embargo, esto no trae como consecuencia que cada una de ellas sean independientes en su estructura financiera y económica, sino por el contrario forman una entidad económica compuesta por varias sociedades.



### **3.7 Ventajas del *holding***

Constituir una estructura del *holding* representa varios beneficios desde varios puntos de vista principalmente desde el mercantil, fiscal, de organización, entre otros. Es una de las alianzas más utilizadas en los grupos empresariales para alcanzar niveles de producción que en lo individual no alcanzarían, complementación de funciones para proveer un servicio o producto al consumidor final, por mencionar alguna de las ventajas de su constitución.

Antes de entrar de lleno a describir cada una de las ventajas y desventajas que representa el *holding*, se tiene que aclarar que no solo las grandes compañías multinacionales pueden formar estas estructuras, sino que también lo pueden llevar a cabo las pequeñas y grandes empresas con giro comerciales de diversas clases. A continuación, se procederá a mencionar las principales ventajas y desventajas del *holding*:

#### **3.7.1 Desde el punto de vista mercantil**

La estructura del *holding* permite ordenar las diferentes áreas de negocio a las cuales se dedica las sociedades integrantes de este, se crea una sociedad para cada una de las actividades económicas prestadas, tomando las decisiones la sociedad matriz agilizando las gestiones de las sociedades que conforman el grupo de *holding*.

#### **3.7.2 Desde el punto de vista jurídico**

Desde el ámbito jurídico, mediante la constitución de la estructura del *holding* se supone una pluralidad. Es plural, porque desde el punto de vista técnico-económico, administrativo y jurídico, ella se resuelve en una pluralidad de organizaciones autónomas, cada una de las cuales tiene desde la perspectiva jurídica, su propia individualidad y una personalidad propia. Esto es entonces, que cada sociedad tiene sus propios derechos y obligaciones y lo que realice cada sociedad singularmente, la perjudica o beneficia solo a ella, y no a las restantes del grupo, es decir, si existen acreedores, estos no podrían

perseguir a las sociedades restantes del grupo; tienen autonomía jurídica. Pero tal pluralidad se conjuga con lo económico para generar rentabilidad, o sea que aunque exista una pluralidad en la organización, son los elementos de unidad y de conjunto los que permiten ver la existencia de un grupo de sociedades o grupo empresarial.



### **3.7.3 Desde el punto de vista económico**

Desde el ámbito económico, el grupo sirve para proteger la rentabilidad que se busca dentro de él y que a pesar de que a cada sociedad le pertenece una independencia, cada una de ellas se debe manejar de acuerdo con las directrices que se establezcan al interior del grupo, en pro de la prosperidad económica de este, que es uno de los fines últimos del grupo empresarial. Y es así como la cabeza de grupo puede orientar cualquier clase de operaciones al interior de este, bien sea trasladando pérdidas o utilidades de una sociedad a otra.

### **3.7.4 Control de decisión**

Control efectivo de una o más empresas a través del poder de decisión que obtienen por la adquisición de las acciones, porque cada acción representa un voto con lo cual logran la obtención mayoritaria de votos, integradas generalmente, por empresas de diferente giro. Se da un flujo operacional interno, siempre bajo una misma dirección donde la abanderada es la sociedad dominante.

### **3.7.5 Control de diferentes sectores de un mismo mercado**

El control de importantes sectores de un mismo mercado, lo cual asegura que el grupo empresarial que forma parte del *holding* tenga acceso a materia prima, logística, transporte, financiación, entre otros factores.

### **3.7.6 Incremento de producción**

Tanto la sociedad matriz como las sociedades filiales alcanzan niveles de producción que de forma individual no lograrían.



### 3.8 Forma de operar de un *holding*

El contrato de *holding* o la sociedad *holding* es una forma de asociación empresarial que utiliza la fórmula de establecer participaciones recíprocas en el capital de las compañías interesadas. Normalmente, una compañía es la sociedad dominante de un grupo (*holding company*), mediante la adquisición de todas o la mayoría de las acciones de las sociedades filiales o, porque, de algún otro modo, puede ejercer una influencia dominante en su actuación, este control efectivo de una o más sociedades asimiladas se va a llevar a cabo mediante el ejercicio del derecho mayoritario de votos que le proporciona el poseer la mayoría de las acciones de una entidad. El término *holding* se utiliza para denominar así a todo el grupo empresarial formado.

La sociedad *holding* ejerce un control de decisión y de gestión de las actividades desarrolladas por las sociedades filiales que integran este grupo empresarial con el fin de alcanzar niveles de producción que en lo individual no alcanzarían. Regularmente estos grupos están integradas por sociedades filiales de diferente giro comercial que en determinado momento se complementan. Con el fin de ilustrar la información anterior para su mayor comprensión se establecerá un diagrama de la estructura de una sociedad *holding*. (Ver anexo 1).

Con el anexo número uno, se puede ilustrar como las compañías se estructuran en un grupo *holding* en la cual la sociedad matriz se encuentra en un nivel de jerarquía superior, desde esta controla a sus filiales por tener el mayor número de acciones, pasa gestionar su capital, muchas veces financia sus operaciones y percibe sus frutos económicos en forma de dividendos, retiros de utilidades y pago de intereses eventualmente. Este grupo *holding* regularmente se puede llegar a formar por muchas causas, desde una mejora en la eficiencia en su administración, una separación de actividades por diversas compañías, por funciones, por zonas geográficas, alcanzar niveles de producción que en lo individual no lo alcanzarían, complementación de funciones para proveer un servicio o producto al consumidor final.



La constitución de estas estructuras mercantiles, responde eminentemente a finalidades prácticas, lo cual significa en términos comerciales maximizar ganancias y disminuir tanto costos como riesgos, a manera de ilustración se mencionan las ventajas laborales y comerciales que para los propietarios o accionistas, representa dividir la operación mercantil en varias fases o etapas, encargándose empresas diferentes de cada una, por ejemplo, en una actividad agro mercantil, en la que la primera etapa incluye la operación agrícola de siembra, mantenimiento y cosecha de plantas productoras de semillas oleaginosas, es decir, palma africana, así como el manejo de las complejidades que ello conlleva, tales como el rechazo de las poblaciones a estos cultivos extensivos, el manejo de los trabajadores agrícolas, las operaciones que implican pesticidas y abonos químicos, el uso del agua, el trato con las autoridades locales y el beneficio de las semillas para su refinación, se le asigna a una empresa, incluso en ocasiones se terceriza la administración y contratación del personal, de la segunda etapa que concierne al proceso de extracción del aceite, aditivos y envase se encarga otra empresa, de la distribución a granel una tercera y, finalmente, del mercadeo, publicidad y fabricación de envases de plástico otras empresas del mismo grupo, es decir, del mismo *holding*.

Es fácilmente perceptible, que al dividir la operación en varias empresas, también se divide la fuerza laboral con varios patronos, lo cual constituye una ventaja para la parte patronal al momento de lidiar con los intentos de formación sindical, pago de planillas a la seguridad social y pago de impuestos, porque en todo caso se pone en riesgo solo una parte de la operación, y no la operación mercantil completa.

Además de las ventajas ya mencionadas, se cuenta con una posición ventajosa, que casi garantiza el dominio en determinado sector del mercado, pues se está en la posibilidad de ofrecer un portafolio con muchas marcas y precios, provocando en el comprador la percepción de que es él, quien, finalmente, controla su opción de compra.



### **3.9 EL *holding* y sus diferencias con instituciones afines**

#### **3.9.1 Alianzas estratégicas**

Con el fin de comprender los alcances del significado del término alianzas estratégicas, es necesario considerar diversas definiciones que establecen algunos autores en la materia, para poder establecer los distintos enfoques que le dan a dicho término:

El autor Hill & Jones define a las alianzas estratégicas como:

Acuerdos de cooperación entre empresas procedentes de distintos países que son competidores reales o potenciales. Las alianzas estratégicas van desde empresas conjuntas formales, en las que dos o más empresas tienen la misma participación accionaria, hasta acuerdos contractuales de corto plazo, en virtud de los cuales dos compañías pueden acordar cooperar respecto a un problema particular. (Hill & Jones, 2005, p. 634).

Aguilar y Portilla definen a las alianzas estratégicas como:

Acuerdos de cooperación entre las compañías que van más allá de los tratos normales entre una compañía y otra, pero que no llegan a ser una fusión o una sociedad en participación, en sentido estricto con los lazos de propiedad formales. (Aguilar y Portilla, 2003, p. 335).

De conformidad con las definiciones anteriores se puede decir que las alianzas estratégicas son fórmulas de cooperación empresarial o acuerdos que se dan entre las empresas, a través del cual se unen, cooperan e intercambian algún recurso referente a tecnologías, habilidades o productos basados en ellos, con el fin de lograr determinado objetivo estratégico común en el mercado, que regularmente no alcanzarían por sí solas sin la ayuda de los demás integrantes de la alianza estratégica.

##### **3.9.1.1 Finalidad de las alianzas estratégicas**

La alianza estratégica va a tener como finalidad la vinculación de las fases de los negocios de dos o más empresas, con el fin de mejorar y fortalecer la eficiencia y eficacia

de sus estrategias comerciales que utilizan, dando como resultado el intercambio de tecnologías, habilidades, o productos basados en ellas. Con lo cual las alianzas estratégicas se convierten en un mecanismo para buscar el crecimiento o incursionar en un nuevo negocio ya sea a nivel nacional o internacional, complementando las debilidades de una empresa participante y las fortalezas de la otra.



Actualmente, la visión de muchas empresas es la de implementar acciones en conjunto con otras empresas para poder incursionar y desarrollarse en mercados internacionales, lo cual logran con el establecimiento de alianzas con empresas para ejecutar sus negocios en diferentes países. La alianza estratégica se materializa en un acuerdo celebrado entre las empresas, con el fin de hacerle frente a la competencia de escala global que se da en la actualidad. Principalmente busca alcanzar tres objetivos estratégicos corporativos: consolidación, rentabilidad y crecimiento, con el fin de mejorar la posición competitiva de las organizaciones y garantizar la supervivencia de las empresas participantes.

### **3.9.1.2 Ventajas de las alianzas estratégicas**

A continuación, se mencionan las principales ventajas que se van a dar al momento de crear una alianza estratégica:

- La alianza estratégica es una sociedad que permite el intercambio de tecnologías, habilidades o productos entre las empresas participantes.
- Las empresas que se unen en una alianza estratégica tienen una posición competitiva más grande, porque a través de su unión abarcan un mercado más amplio y logran incorporarse a nuevos segmentos, áreas geográficas o sectores determinados.
- La alianza estratégica permite que las empresas que la forman sean más competitivas en relación con el tiempo de respuesta, porque su capacidad de reacción a las necesidades que se dan en el mercado es más rápida que las empresas que no integran una alianza.

- Las empresas que se unen a través de las alianzas estratégicas alcanzan ciertas ventajas competitivas sustanciales de manera eficaz y eficiente, mantienen un costo-beneficio positivo y comparten los riesgos existentes en el mercado.

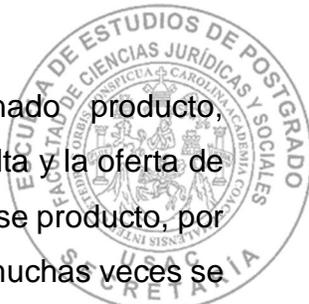


La diferencia entre la alianza estratégica con la figura jurídica del *holding* radica en que los gerentes o directos de las empresas que realizan una alianza estratégica, deberán ejercer una administración conjunta, por lo que deben anteponer los intereses comunes de la alianza estratégica a los individuales de cada empresa, porque la alianza no va a ninguna parte hasta que los gerentes de las diversas empresas que la integran logren ponerse de acuerdo. Por el contrario en el *holding* la sociedad matriz adquiere o tiene la mayor parte o todas las acciones de una empresa, por lo cual existe una vinculación accionaria, con el fin de tener el poder de dirección y control de las actividades de las sociedades filiales participadas que forman el *holding*.

### 3.9.2 Cártel

En el cartel las sociedades que lo integran conservan su autonomía técnica y administrativa, pero están sometidas a una estructura formal y quedan bajo el control del aparato directivo propio del organismo de comercialización conjunta, que fija el precio de la venta y las cuotas de producción de los bienes o servicios. Se persigue que las sociedades afiliadas no compitan en forma abierta y se orienta siempre hacia una determinada industria y a las conexas y complementarias. (Narváez, 1998. p. 465).

Con lo expuesto anteriormente, se puede decir que el cartel es un acuerdo que realizan las diferentes empresas que compiten en una misma rama o sector de la economía, con el fin de cesar la competencia entre ellos y por el contrario elaboran productos similares cooperando entre ellos. Regularmente las empresas se basan en principios capitalistas, a través de los cuales intentan prevalecer frente a otras empresas en el mercado. Sin embargo en las empresas que forman carteles forman alianzas donde grandes y pequeñas empresas se unen con el único fin de crear acuerdos de cooperación entre ellos. Se puede decir que el cartel es una herramienta de inclusión en el mercado, para ganarlo y prevalecer sobre determinado sector.



El cartel integrado por empresas que elaboran determinado producto, regularmente se va a realizar cuando la demanda de este producto es alta y la oferta de ese producto es limitada, pero el consumidor reclama más variedad de ese producto, por lo que las empresas se ven obligadas entre sí a cooperar. Los Carteles muchas veces se crean no solo para cubrir determinada demanda, sino que muchas veces las empresas se agrupan en determinado cartel para obtener ciertos beneficios como la evasión de impuestos o sustitución de aranceles, al darle paso a nuevas marcas y empresas estas regulan el paso de impuestos a las principales marcas, distribuyendo así la tasa del impuesto.

Las empresas que forman un cartel se auto limitan su campo de acción dentro de determinada área geográfica con el fin que tengan la exclusiva distribución de sus productos sin que intervenga o concurran las demás, distribuyéndose así el mercado.

Otra modalidad de cartel es la autolimitación de las empresas que la integran a variantes del producto asignando cuotas de producción de las empresas que participan, y no a zonas geográficas.

Uno de los carteles más comunes son los que se dan en el sector petrolero, los cuales se reúnen en convenciones como la Organización de Países Exportadores de Petróleo, con el fin de intercambiar los principales resultados de los acuerdos que se tienen con los países que no exportan, realizando cálculos del margen de ganancia, distribuyendo los compradores por región con el fin que los vendedores tengan un cliente equitativo respecto a los demás, también discuten sobre su capacidad de producción, entre otros aspectos.

Otro ejemplo, es el cartel formado entre las empresas que distribuyen bebidas gaseosas y cervezas, con el fin de que el que distribuye directamente al cliente, tenga variedad para el consumidor.

Con base en lo anterior, se puede decir que mediante la figura del cartel lo que se busca es crear una asociación de empresas donde sin llegar a desaparecer cada una que la integran, se autoliman, su campo de acción dentro de determinada área geográfica, la cual ofrece sus productos una empresa sin concurrencia de las demás.



### 3.9.3 Grupo

Un grupo es la “reunión en una unidad económica de dos o más sociedades [...] una pluralidad de entidades jurídicamente independientes sometidas a un poder único” (Manóvil, 1998, p. 155).

De conformidad con la definición anterior, se puede definir al grupo empresarial como el conjunto de una o más sociedades independientes jurídicamente entre sí, las cuales están bajo un control o subordinación, control que es ejercido por una sociedad matriz o controlante y sometidas a una dirección unitaria la cual va a determinar los lineamientos de cada una de ellas.

Para determinar que se está ante un grupo empresarial deben existir dos elementos esenciales:

a) El control o subordinación y b) La unidad de propósito y dirección; sin embargo, es importante resaltar que al momento de conformarse un grupo empresarial no está constituyéndose un nuevo ente autónomo e independiente, debido a que se conserva intacta su singularidad, individualidad, autonomía e interdependencia societaria, es decir que cada sociedad vinculada al grupo va a conservar su personalidad jurídica y, en ningún momento, se está formando una nueva sociedad con personalidad jurídica nueva.

Por lo anterior, se puede decir que el grupo está conformado por varias sociedades que son independientes entre sí, pero están sometidas todas las sociedades, a un control unitario que va a establecer y determinar las directrices de las demás sociedades que forman el grupo empresarial.

Las sociedades afiliadas o subordinadas al grupo empresarial no deben tener el mismo objeto social o estar orientadas a una industria determinada y ni siquiera su objeto debe ser conexos o complementarios, por el contrario las sociedades que integren el Grupo empresarial pueden tener objetos totalmente diferentes, y no necesariamente pertenecer a un mismo sector industrial o comercial.

La finalidad del grupo empresarial es proteger la rentabilidad de las sociedades que lo integran, porque a pesar de que a cada sociedad le pertenece una independencia,

cada una de ellas se debe manejar de acuerdo a las directrices que se establezcan en el interior del grupo, buscando en todo momento la prosperidad económica del grupo empresarial.



Con base en esa finalidad, la sociedad que ejerza la función controladora dentro del grupo empresarial puede orientar cualquier clase de operaciones en el interior de este, ya sea para trasladar las pérdidas o utilidades de una sociedad a otra, estableciéndose la esencia del grupo, la cual consiste en mantener ese flujo operacional interno, siempre bajo una misma dirección donde la abanderada es la sociedad dominante.

#### **3.9.4 *Joint venture***

Al hablar un poco sobre la administración de empresas, se puede determinar que los gerentes necesitan estar atentos a los cambios en las condiciones internas y externas de las empresas y del mercado, deben estar preparados y ser capaces de utilizar diferentes técnicas para obtener una ventaja competitiva que les permita penetrar y mantenerse dentro de un mercado. En ocasiones, las empresas no cuentan con el capital, tecnología, sistemas o recurso humano necesarios para llevar a cabo proyectos de gran magnitud, pero esto no se convierte en un obstáculo para ellos, porque existen diferentes técnicas que pueden utilizarse para conseguir lo necesario, sin tener que sacrificar la independencia de la empresa.

Una de estas técnicas muy utilizada por empresas con grandes capitales es la *joint venture*, que consiste en una asociación de personas individuales o jurídicas que manteniendo su individualidad, se unen para perseguir la consecución de objetivos comunes, mejorando con ello la efectividad de las estrategias competitivas de las empresas que la forman, enfrentando mejor la competencia, posicionándose en los mercados globalizados.



### 3.9.4.1 Concepto de *joint venture*

Empresa conjunta o *joint venture* es un tipo de acuerdo comercial de inversión conjunta a largo plazo entre dos o más personas (normalmente personas jurídicas o comerciantes). Una *joint venture* no tiene por qué constituir una compañía o entidad legal separada. En castellano, *joint venture* significa, literalmente, 'aventura conjunta' o 'aventura en conjunto'. Sin embargo, en el ámbito de lo jurídico no se utiliza ese significado: se utilizan, por ejemplo, términos como «alianza estratégica» y «alianza comercial», o incluso el propio término en inglés. La *joint venture* también es conocido como «riesgo compartido», donde dos o más empresas se unen para formar una nueva en la cual se usa un producto tomando en cuenta las mejores tácticas de mercadeo.

### 3.9.4.2 Definición de *joint venture*

Según Williston, citado por el licenciado Sergio Le Pera, dice que una definición basada en decisiones judiciales podría ser formulada así:

Una *joint venture* es asociación de personas físicas o jurídicas que acuerdan participar en un proyecto común, generalmente específico (*ad-hoc*), para una utilidad común, combinando sus respectivos recursos, sin formar o crear una corporación o el estatus de una *partnership* (sociedad) en sentido legal, el acuerdo también establece una comunidad de intereses y un mutuo derecho de representación dentro del ámbito del proyecto, sobre el cual cada aventurero (*venturer*) ejercerá algún grado de control. (Le Pera, 1997, p. 70).

El jurista guatemalteco Francisco Villagrán Kramer, citado por el doctor Villegas, establece:

Lo más relevante es que esta figura contractual permite dos o más personas o empresarios tener, tomar o adquirir un interés directo en un contrato. Este puede ser un proyecto de urbanización o de un parque industrial, la producción y comercialización de un determinado producto o la prestación de servicios específicos por tiempo determinado. (Villegas, 2002, p. 313).

Gherzi, citado por el doctor Villegas, conceptúa este contrato mercantil como:

Aquel por el cual el conjunto de sujetos de derecho (naturales o internacionales), realizan aportes de las más diversas especies, que no implicarán la pérdida de la identidad e individualidad como persona jurídica o empresa, para la realización de un negocio común, pudiendo ser este desde la creación de bienes hasta la prestación de servicios, que se desarrollará dentro de un lapso limitado, con la finalidad de obtención de beneficios económicos (financieros, monetarios o simplemente de apreciación patrimonial. (Villegas, 2002, p. 313).



Por las definiciones anteriores, se puede decir que una *joint venture* es una asociación de personas físicas o jurídicas que acuerdan participar en un proyecto común, durante cierto periodo de tiempo, manteniendo su individualidad e independencia jurídica, pero actuando bajo una misma dirección que regirá la operación comercial planteada, distribuyéndose el control, las responsabilidades, riesgos, gastos y los beneficios de la colaboración empresarial.

#### **3.9.4.3 Naturaleza jurídica de la *joint venture***

La *joint venture* a pesar de su reciente y aún breve incorporación en la práctica comercial y el laborioso proceso de conceptualización por parte de la jurisprudencia, presenta una flexibilidad y facilidad de constitución que permite operar en los mercados externos, donde es considerada particularmente útil para los negocios internacionales.

Tradicionalmente, se distinguen los acuerdos de *joint venture* que dan vida a una empresa separada, a una autónoma entidad jurídica y los acuerdos, sobre base puramente contractuales, con lo cual los participantes ratifican el desarrollo de una actividad común (*contractual joint venture*) diferenciándola del *equity joint venture* y *non equity*.

La base del *equity joint venture corporation* o *equity joint venture* es un contrato en el cual se acuerda la conformación de una sociedad (persona jurídica autónoma) con un propósito funcional, administrativo, como solución de operaciones que requieren grandes capitales o bienes de alto costo, por ejemplo, maquinarias pesadas especiales.



#### 3.9.4.4 Sujetos que intervienen en la *joint venture*

Para que exista un emprendimiento conjunto, por lo menos deben participar previamente dos sujetos, estos pueden denominarse:

Promotor y coaventurero (*coventurer*), ya sea personas individuales o jurídicas.

- El promotor: persona que fomenta el contrato, el autor de la primera gestión, el verdadero patrocinador de la cooperación.
- El coaventurero: persona que posee capacidad de proporcionar una contribución complementaria pudiendo consistir en capital, tecnología, equipos, canales de comercialización.

#### 3.9.4.5 Tipos de *joint venture*

De acuerdo con las aportaciones realizadas y la forma de realizar la colaboración conjunta los contratos de *joint venture* pueden clasificarse en:

**3.9.4.5.1 *Joint venture* de alianzas estratégicas:** no es obligatorio realizar un aporte económico. Es la suma de características de cada miembro puestas al servicio de un fin colectivo.

**3.9.4.5.2 *Joint venture* de coinversión:** es un negocio conjunto con aporte monetario o de bienes y una misma dirección, que es el propósito de obtener mayores utilidades de las que pudieran alcanzarse individualmente.

**3.9.4.5.3 *Joint venture* contractual:** las personas implicadas realizan una actividad en común, pero no establecen una nueva empresa, sino acuerdos de colaboración en los que se estipulan cláusulas que rigen las actividades que cada parte realizará, la forma de repartir ganancias y riesgos.

Para celebrar un contrato de *joint venture*, se requieren mínimo dos partes involucradas, que generalmente son personas morales nacionales o internacionales que desean mejorar su propia condición a través del posicionamiento en el mercado de la otra parte ofreciendo como contraprestación ventajas competitivas, posibilidad de expandir el mercado, entre otras.



#### 3.9.4.6 Beneficios de la *joint ventures*

- Permiten compartir recursos financieros, humanos, tecnológicos, esfuerzos y responsabilidades.
- Supera barreras comerciales, construyendo nuevos nichos de mercado en culturas distintas.
- Permite incrementar utilidades y productividad, alcanzar mayor efectividad por sinergia, trabajando conjuntamente.
- Facilita el mejorar sistemas de calidad, ampliar relaciones o conexiones y, en general, elevar la competitividad.
- Tienden a promover la investigación y con ello el avance tecnológico y gerencial.

#### 3.9.4.7 Diferencias de la *joint venture*

- La idea base de formar una *joint venture* es el unir conocimiento, aptitudes y recursos, compartiendo a su vez las ganancias y los riesgos.
- Este tipo de asociación son generalmente establecidas a mediano o largo plazo, toda vez que los objetivos que buscan no son sencillos de alcanzar y requieren mucha planeación y ejecución, por lo que hacerlo a corto plazo representaría demasiados costos y difícilmente realizable.
- Es característica distintiva de una *joint venture* el que sus integrantes (denominados *venture*) mantienen su identidad de independencia para con el *joint venture*, así como para con los demás *venture*, no existe ni fusión ni absorción para implementar el *joint venture*, salvo que ese haya sido uno de los compromisos conjuntos pactados entre las partes. La *joint venture* también puede darse en el caso de que los *venture* se unan solo para la creación de un nuevo producto o la agilización de una línea de ensamblaje.
- En una empresa conjunta, los socios suelen seguir operando sus negocios o empresas de manera independiente. La empresa conjunta supone un negocio más, esta vez con un socio, cuyos beneficios o pérdidas reportarán en la cuenta

de resultados de cada uno en función de la forma jurídica con la que se haya estructurado la propia empresa conjunta.



### **3.9.5 Responsabilidad del *holding* frente a terceros**

En el *holding* es importante aclarar la siguiente interrogante: ¿a qué sociedad o sociedades corresponde, o es extensible, la atribución de responsabilidad en el caso de que alguna empresa del grupo haya incurrido en ella?

En ese sentido, se puede decir que las sociedades filiales que van a integrar el *holding*, son entidades individuales diferentes que gozan de personalidad jurídica propia, porque por el simple hecho de pertenecer al grupo empresarial no anula la personalidad jurídica diferenciada de cada sociedad miembro del *holding*.

El ese sentido, el Código de Comercio de Guatemala en el artículo 14 indica que la sociedad mercantil constituida de acuerdo con las disposiciones del Código e inscrita en el Registro Mercantil, va a tener personalidad jurídica propia y distinta de la de los socios individualmente considerados.

Por tal motivo, es importante aclarar que al momento que una sociedad incurra en responsabilidad civil debe responder únicamente la sociedad que contrajo la obligación asumida frente a un tercero, porque basándonos en que cada sociedad integrante del *holding* tiene su propia personalidad jurídica van a ser responsables por las responsabilidades que asuman, por lo que no afectara a los socios, administradores, o el resto de las sociedades que formen parte del *holding*.

Es por ello que, cuando una de las sociedades que integran el grupo empresarial realiza un contrato no son los accionistas, ni sus administradores los que contratan, sino que es la persona jurídica de la sociedad comercial la que se relaciona como agente en el tráfico mercantil, con los atributos propios de su naturaleza: nombre, patrimonio, domicilio, objeto social, entre otros, lo cual habilita a la sociedad para tener sus propios derechos y obligaciones diferentes a los otros sujetos de derechos que las constituyen como sus accionistas.

Ese es uno de los principales efectos de la personalidad jurídica societaria, establecer la diferenciación entre las obligaciones y derechos que existen en cabeza de la sociedad de los que se radican en sus socios o accionistas y en sus administradores.

Las sociedades mercantiles con su personalidad jurídica pueden celebrar contratos con otras entidades o empresas, determinando de ese modo que entidad celebra el contrato y los consumidores de los productos y servicios que la entidad mercantil produce o presta. En ese sentido, cualquier inconformidad que tengan los consumidores deben dirigirla y reclamarle a la persona jurídica societaria que contrajo las obligaciones contractuales del contrato que se firmó. Regularmente la sociedad responsable de las reclamaciones por parte de los consumidores va a responder con el patrimonio social formado por los aportes de cada uno de los accionistas, con el cual responderían los reclamos de los acreedores.

En otros términos: el patrimonio de la sociedad, que es un atributo de la personalidad, se encuentra expuesto frente a sus acreedores, principalmente los de origen contractual, lo cual aumenta la credibilidad de la empresa societaria. Con base en lo anterior, podemos plantear lo siguiente, en el supuesto de que una empresa integrada dentro de un grupo empresarial, que opera bajo un mismo nombre comercial, incurra en responsabilidad civil, por tener deudas con sus acreedores, ¿qué empresa o empresas del grupo deberán responder?, o, dicho de otra forma, ¿debe el acreedor perjudicado dirigir su reclamación únicamente contra la empresa deudora o puede, en cambio, aprovechándose de que la empresa responsable pertenece a un grupo, dirigirse contra cualquiera de las sociedades que lo forman?

La respuesta a esas interrogantes sería que las sociedades que forman parte de un grupo empresarial, incluso en el caso de que compartan domicilio social y operen bajo una misma marca, son entidades claramente diferenciadas que gozan de su propia personalidad jurídica, de manera que el hecho de pertenecer a un grupo no anula la personalidad jurídica diferenciada de cada una de las sociedades que lo conforman. En consecuencia, la norma general es respetar la personalidad de las sociedades de capital y las reglas sobre el alcance de la responsabilidad de las obligaciones asumidas

por dichas entidades, que no afecta a sus socios y administradores, ni tampoco a las sociedades que pudieran formar parte del mismo *holding*.

Lo anterior conlleva que, como regla general, el perjudicado deba dirigir su reclamación contra la empresa individualizada que haya incurrido en la responsabilidad por deudas.

Ahora bien, como excepción a dicha regla general, existen una serie de supuestos en la doctrina en la cual la responsabilidad en que haya incurrido una empresa (filial) del grupo sí resulta extensible o atribuible a la empresa o sociedad matriz. Sin embargo algunos autores afirman que eliminando la personalidad jurídica o descorriendo el velo se logre responsabilizar a los socios y en particular a una sociedad cabeza de grupo por las obligaciones de sus subordinadas, por lo anterior es una afirmación que en doctrinariamente genera duda, porque no es razonable manifestar que para imputar responsabilidad a una sociedad matriz es necesario hacer caso omiso de una garantía que el ordenamiento societario proporciona, como es el caso de la personalidad jurídica propia de cada sociedad integrante del grupo *holding*.

En ese sentido, la doctrina y jurisprudencia enumera ciertos supuestos, porque nuestro ordenamiento jurídico actual no los regula, y no establece los lineamientos por los cuales se tiene que regir el *holding*, porque la regulación del *holding* es prácticamente inexistente en el ordenamiento jurídico guatemalteco.

Por ejemplo, el Anteproyecto de Ley del Código Mercantil, de España, se regula por primera vez los grupos de sociedades, concretamente, en el Título IX se refiere a las “uniones de empresas”, capítulo I, “De los grupos de sociedades”, en este apartado se establecen ciertos supuestos en los cuales se atribuye la responsabilidad a la sociedad matriz. Los supuestos que establece el anteproyecto son los siguientes:

#### **3.9.5.1 Responsabilidad por instrucciones perjudiciales**

Artículo 291-11. Compensación adecuada a la sociedad dependiente. 1. En el caso de que se cause algún perjuicio a la sociedad dependiente por actuar sus administradores siguiendo las instrucciones recibidas de la sociedad dominante, esta deberá compensar



adecuadamente a aquella en el plazo máximo de un año. Si el perjuicio fuera objetivamente previsible, el plazo de un año se contará desde la fecha de la instrucción.

Artículo 291-12. La sociedad dominante y sus administradores responderán solidariamente del perjuicio causado a la sociedad dependiente por las instrucciones impartidas a los administradores de esta sin compensación adecuada.

En ese sentido, el artículo citado establece que la sociedad dominante o sociedad matriz y sus administradores responderán solidariamente del perjuicio ocasionado a la sociedad dependiente o filial, del daño generado por esta a terceros (acreedores), como consecuencia de haber cumplido la filial con las instrucciones que le haya impartido la matriz.

### **3.9.5.2 Responsabilidad por apariencia**

Artículo 291-13. Responsabilidad por apariencia. 1. La sociedad dominante responderá subsidiariamente de las deudas de la sociedad dependiente, cuando se hubiera generado en el acreedor, por las circunstancias concurrentes, la apariencia de que la dominante asumía tal responsabilidad.

De conformidad con el artículo anterior, la matriz responderá subsidiariamente de las deudas de la filial cuando se haya generado en el acreedor de esta última, por las circunstancias concurrentes, la apariencia de que la matriz asumía tal responsabilidad. Dentro de esta posible responsabilidad por apariencia, adquieren gran relevancia las denominadas “cartas de patrocinio” o “cartas de confort”, que se destinan a que una sociedad (normalmente, matriz) manifieste confianza en la capacidad de gestión de los administradores de otra sociedad (generalmente, filial) que aspira a obtener un crédito de una entidad financiera, o en la viabilidad del proyecto que esta sociedad acomete.

Se pretende con ello dar seguridad a la entidad acreditante sobre la solvencia de la sociedad patrocinada por su pertenencia a un grupo o, simplemente, asegurar al destinatario de la carta que la sociedad obligada seguirá perteneciendo a este.



### **3.9.5.3 Aplicación de la doctrina del levantamiento del velo**

Esta doctrina permite investigar el fondo real de la persona jurídica (sociedad) sin detenerse en la forma. Su aplicación por los Tribunales conlleva prescindir del artificio de la persona jurídica cuando ello sea necesario para evitar un fraude de ley o cualquier resultado injusto y tiene como consecuencia, en el caso de los grupos de empresas, la comunicación o extensión de la responsabilidad por deudas entre las sociedades que lo forman.

Así, para que con su aplicación se pueda imputar responsabilidad a la matriz por deudas de la filial, tal como señala la doctrina (Sánchez Calero, Francisco Javier), es necesario que el dominio de la sociedad matriz sobre la filial se haya ejercitado de forma tanto efectiva como abusiva, en fraude de ley o en fraude de acreedores, no siendo suficiente la existencia de una simple situación de dominio ni el hecho de que la sociedad filial se halle en situación de insolvencia.

### **3.9.5.4 Responsabilidad de la matriz como administrador de hecho de la filial**

El administrador de hecho es un sujeto que ejerce las funciones de gestión de una sociedad sin que haya sido previamente investido del debido poder. En España, el Artículo 236.3 de la Ley de Sociedades de Capital le atribuye la misma responsabilidad frente a la propia sociedad y frente a terceros que a los administradores de derecho. De esta forma, la sociedad matriz podrá incurrir en responsabilidad si es considerada administradora de hecho de su filial.

Ahora bien, como sostiene la doctrina que dicha calificación de la matriz no resulta posible cuando esta únicamente influya en la gestión de la filial desde su posición de sociedad dominante como líder del grupo con el objetivo de garantizar la planificación estratégica y las directrices de gestión a nivel grupal.

En ese sentido, se puede decir que debemos de regirnos por la reglas generales de nuestro ordenamiento jurídico; sin embargo, tenemos que tomar en cuenta que en la doctrina y jurisprudencia hay ciertas excepciones cuando se dé un escenario en el cual exista una reclamación por responsabilidad contra una de las sociedades integrantes del

*holding*. Así también es importante resalta que el ordenamiento jurídico guatemalteco no tiene normativa en específico que regule la figura jurídica del *holding* como tal.



### **3.9.6 Análisis sobre la Ley de Bancos y Grupos Financieros, Decreto 19-2002, del Congreso de la República de Guatemala**

De conformidad con el artículo 1, de la Ley de bancos y grupos financieros, su objeto es regular lo relativo a la creación, organización, fusión, actividades, operaciones, funcionamiento, suspensión de operaciones y liquidación de bancos y grupos financieros, así como al establecimiento y clausura de sucursales y de oficinas de representación de bancos extranjeros.

En el artículo 5, de la ley citada anteriormente, se establece que en Guatemala los grupos financieros van a estar regulados por la Ley de Bancos y Grupos Financieros, por las disposiciones emitidas por la Junta Monetaria y, en lo que fuere aplicable por la Ley Orgánica del Banco de Guatemala, la Ley Monetaria y la Ley de Supervisión Financiera. Es importante resaltar que en Guatemala la entidad encargada de otorgar o denegar la autorización para la constitución de bancos es la Junta Monetaria.

La Ley de Bancos y Grupos Financieros, Decreto 19-2002, del Congreso de la República de Guatemala, regula en el Título III lo relativo a los Grupos Financieros. Dicha ley establece la definición de grupo financiero en el artículo 27 de esta, definiendo al Grupo financiero como aquella agrupación de dos o más personas jurídicas que realizan actividades de naturaleza financiera, de las cuales una de ellas deberá ser banco, administración o uso de imagen corporativa, o bien sin existir estas relaciones, según acuerdo, deciden el control común.

En el artículo citado anteriormente, también se regula la manera en la cual va a estar integrado el grupo financiero, se establece que, en primer lugar, va a estar integrado por la Sociedad Controladora y por dos más de las empresas siguientes: bancos, sociedades financieras, casas de cambio, almacenes generales de depósito, compañías aseguradoras, compañías afianzadoras, empresas especializadas en emisión y/o administración de tarjetas de crédito, empresas de arrendamiento financiero, empresas

de factoraje, casas de bolsa, entidades fuera de plaza o entidades off shore y otras que califique la Junta Monetaria. Cuando el control común lo tenga la empresa responsable, los grupos financieros estarán integrados por esta y por una o más de las empresas mencionadas anteriormente.



Así también, se establece que la Junta Monetaria va a ser la entidad encargada de autorizar la conformación de los grupos financieros, previo dictamen de la Superintendencia de Bancos, quien tendrá a su cargo la supervisión de cada una de las empresas que lo integran.

Es importante resaltar que de conformidad con lo que establece el artículo 29 de la ley de Bancos y Grupos Financieros, solamente las empresas que formen parte de un grupo financiero podrán:

- a) Actuar de manera conjunta frente al público;
- b) Usar denominaciones iguales o semejantes, imagen corporativa común, símbolos, identificación o identidad visuales, que las identifiquen frente al público como integrantes de un mismo grupo, o bien usar su propia razón social o denominación. En todo caso, deberán agregar la expresión "grupo financiero" y la denominación de dicho grupo; y,
- c) Usar en su razón social o denominación, en su nombre comercial o en la descripción de sus negocios, la expresión "grupo financiero" u otras derivadas de dichos términos.

Es decir, que solamente las empresas que integren el grupo financiero podrán usar nombres iguales o similares, frente al público.

Los grupos financieros deberán de organizarse bajo el control común de una sociedad controladora constituida en Guatemala específicamente para ese propósito, o

de una empresa responsable del grupo financiero, que será el banco, autorizada, según la estructura organizativa autorizada por la Junta Monetaria, previo dictamen de la Superintendencia de Bancos. Por sociedad controladora debemos entender aquella sociedad cuyo objeto social exclusivo es la dirección, administración, control y representación de un grupo financiero. En el ámbito internacional son conocidas como *holding*.

La empresa controladora deberá constituirse en forma de sociedad anónima con acciones nominativas y observar lo establecido en la Ley de Bancos y Grupos Financieros. La empresa controladora deberá mantener una participación accionaria de más del cincuenta por ciento (50%) del capital pagado en cada una de las empresas del grupo financiero con el fin que le permita tener el control efectivo de esta, de conformidad con lo establecido en el artículo 35 de la ley citada anteriormente.

La Junta Monetaria otorgará o denegará la autorización para la constitución de la empresa controladora. No podrá otorgarse la autorización para la constitución de la empresa controladora sin dictamen previo de la Superintendencia de Bancos.

En ese orden de ideas, es importante resaltar que el sistema financiero moderno ha dado lugar a cambios dramáticos y de transformación a nivel mundial esto debido al surgimiento de nuevos intermediarios, productos y servicios financieros, sumado a la poca regulación que se ha mantenido en muchos países, en ese sentido las estructuras financieras han tenido que irse adaptando a la nueva realidad financiera. Debido a estos cambios los diferentes tipos de instituciones financieras como los bancos, compañías aseguradoras, casas de bolsa y administradoras de fondos, van a competir entre sí ofreciéndole al público productos y servicios similares. Lo cual ocasiono que en un mercado competitivo fueran surgiendo conglomerados que prestan una variedad de servicios financieros adaptándose así a la nueva realidad ofreciendo productos conforme a las necesidades de los clientes.

Las actividades que desarrollan los bancos regularmente se llevan a cabo directamente (en un departamento del banco) o, las realiza a través de

empresas filiales o empresas coligadas dependientes de un *holding* en común, esta forma de organización del banco determina los diversos grados de separación legal, económica y de mercado que puede haber en la ejecución de las actividades financieras.



En ese orden de ideas, hay que tomar en cuenta que cuando las actividades financieras son realizadas por diversos departamentos del banco clasificados por el tipo de productos financieros que prestan, la responsabilidad ante el público es totalmente del banco, porque los servicios prestados como los productos bancarios, del mercado de valores, de banca de inversión y de seguros son ofrecidos por el mismo banco utilizando el mismo techo, riesgo y razón jurídica. Por otro lado cuando del banco salen filiales o subsidiarias para actividades específicas para lo cual tienen un capital asignado, la entidad matriz que en este caso es el banco es responsable jurídicamente ante el público.

Cuando los bancos prestan los productos financieros a través de filiales o subsidiarias se le conoce como *holding* de estructura vertical, en la cual las empresas filiales son consideradas como empresas hijas del banco, es decir, se forma una estructura que forma un conglomerado de empresas las cuales van a prestar diversos productos financieros, las cuales se encuentran dirigidas por una Sociedad Matriz (*holding*) que establece las directrices y el control de las numerosas empresas filiales.

También se puede dar el escenario en el cual en el mercado no solo se desarrolle y preste los servicios de la actividad bancaria, sino que se realice la actuación conjunta en un segmento más amplio del mercado de capitales a través de un conjunto de instituciones definidas legalmente independientes y debidamente vigiladas, que obedezcan a una propiedad común y a una dirección unitaria, si se realiza este tipo de escenario se encontraría en la conformación de un *holding* de estructura horizontal.

### **3.9.6.1 Estructura financiera en otros países**

La estructura financiera de los países puede variar de un país a otro, esto debido a que los intermediarios que conforman la estructura son diversos. La estructura financiera de Estados Unidos de América, los *holdings* son horizontales. En Inglaterra,

por el contrario los bancos operan a través de *holdings* verticales, y no a través de de empresas de intermediarios financieros constituidas en un *holding* horizontal, en este caso el banco realiza los típicos contratos bancarios y las demás actividades financieras se realizan mediante filiales o subsidiarias. En Alemania, los bancos como entidad únicas tiene permitido desempeñar todas las clases de actividades bancarias y de valores, pero no pueden realizar actividades de seguros y fianzas.

En América Latina, regularmente presentan similitudes trascendentales como es el caso de Colombia, Costa Rica, México, Perú, República Dominicana y Venezuela. En Costa Rica, México, Perú y República Dominicana el ordenamiento jurídico permite una entidad como cabeza de grupo, denominándosele Sociedad Controladora o Madre.

Cabe aclarar que en Costa Rica, México, República Dominicana y Venezuela el ordenamiento jurídico de cada país establece que se debe dar la supervisión individual de las entidades que conforman el grupo financiero; sin embargo, también determina que esta supervisión de carácter individual debe complementarse con una supervisión consolidada, como requisito para la conformación de los grupos financieros

Es importante resaltar que regularmente los conglomerados financieros se forman en virtud que los dueños o administradores de empresas financieras trabajan en función de lograr sinergias o economías de escala y/o alcance que harán más rentable la provisión de un conjunto de servicios dentro de una estructura integrada versus la provisión separada de cada servicio.

En ese sentido, se pueden mencionar algunas de las ventajas que van a presentar la organización de conglomerados financieros:

➤ Banca universal

Va a permitir el máximo aprovechamiento de las sinergias (economías de escala y de alcance) a través de una plena compartición de activos entre los servicios bancarios y los servicios financieros. También va a permitir la posibilidad de tomar participación en acciones de empresas debido a que puede realizar operaciones de banca de inversión,

analizando la información de la administración de manera directa debido al acceso cercano de la información y su relación de largo plazo con la firma.



➤  *Holding vertical*

También permite el aprovechamiento de las sinergias, porque las funciones no bancarias son conducidas por filiales o subsidiarias (incorporadas en forma separada) que el banco constituye. Es por ello que existe cierto grado de separación del riesgo. Sumado a ello la separación del banco de las actividades no bancarias, van a permitir que se realice de una forma más rápida una supervisión de tipo funcional que reduciría el costo de la supervisión.

➤  *Holding horizontal*

Va a tener un menor riesgo en el sistema con respecto al  *holding* vertical y mucho menor con respecto a la banca universal, consecuencia de una adecuada diversificación de activos, porque se limita el potencial de pérdidas del banco solo a la cantidad de su inversión y a la asistencia financiera del banco para las otras empresas del grupo. Por ser empresas individuales las que prestan los servicios no bancarios, se facilita la tarea del regulador, con el objeto de proteger al banco de los resultados negativos en otras actividades emprendidas por el conglomerado.

## CAPÍTULO IV

### 4. Análisis del contrato de *holding* y el efecto monopólico que genera en las operaciones comerciales



El *holding* es un contrato atípico por medio del cual una sociedad financiera, comercial o industrial, administra o controla los negocios de otras sociedades a través de la adquisición de la mayoría de sus acciones; sin embargo, también puede darse por la constitución de empresas aparentemente independientes, que responden a un control central, determinado por la posesión accionaria de una empresa controladora.

En la práctica comercial, se dan casos en que empresas transnacionales adquieren las acciones de otras, de forma paulatina hasta tenerlas en su mayoría. Dentro de sus beneficios están que las empresas que forman parte del *holding* tienen acceso privilegiado a materiales o insumos de producción, logística, transporte, financiación, entre otros, incluso se puede dar que a través de este se controle toda la cadena o proceso de un bien o servicio, lo cual le permite minimizar riesgos y maximizar utilidades y hacer negocios a mayor escala.

El *holding* constituye una figura comercial, que en algunas legislaciones se encuentra regulada, en forma de contrato mercantil; sin embargo, en la dinámica de los sectores de negocios es más frecuente encontrar conglomerados de hecho, que aglutinan empresas, vinculadas mediante participación accionaria, cuyo giro comercial les permite contar con ventajas adicionales a las del libre mercado, para controlar sectores de la economía o del mercado. Esta práctica comercial, conlleva beneficios para los propietarios o accionistas de las empresas involucradas, especialmente en la generación de ganancias y acumulación de capital, debido entre otras causas a que mediante la propiedad accionaria pueden tener control de la producción de bienes y servicios, en sectores de la producción de una nación o región determinada.

El efecto, en el mercado muchas veces tiene características de monopolio, aunque aparentemente se respeten las reglas de libre competencia, las empresas involucradas y sus accionistas cuentan con suficientes ventajas para dominar sectores del mercado y fortalecer la acumulación de capital.



Es usual encontrar alianzas entre sectores multinacionales con los propietarios de empresas locales, de tal cuenta que la participación de unos y otros resulta ventajosa para los involucrados, aun cuando no existan barreras arancelarias, los mercados se conservan cautivos o cuasi cautivos debido principalmente a factores económicos del mercado local, tales como dominio geográfico de las mejores locaciones comerciales, control de los medios de comunicación y medios de publicidad masiva, prácticas de *dumping* o de control de precios, participación directa o indirecta en políticas públicas desde el gobierno estatal, poca o nula competencia de otras empresas, entre otros.

Estos esquemas de control de mercado, muchas veces toman la forma de oligopolios, es decir, aquel fenómeno o complejidad mercantil, mediante la cual un pequeño número de vendedores o prestadores de servicio domina las condiciones del mercado, debido a que hay pocos participantes, cada ente oligopólico conoce las acciones de sus competidores, sus rutas de abastecimiento, sus proveedores, sus falencias, su estilo de negocios, información que le permite contar con ventajas definitivas en el dominio del mercado.

Comúnmente, la paulatina consolidación de una empresa o entidad comercial, conlleva la anulación o menoscabo ostensible de la competencia, así como el dominio territorial de áreas geográficas con suficiente población con capacidad de compra, así encontramos, por ejemplo, que para que una empresa extranjera distribuya sus productos en determinado país, debe realizar previamente alianzas comerciales con empresas locales, facilitando de esta forma el ingreso a nuevos mercados, sin que constituya su actividad comercial amenaza alguna para las empresas locales dominantes.

Es de esperar, que empresas procedentes de economías con alto grado de desarrollo y alta calidad en el conocimiento, al incursionar en nuevos mercados cuenten con ventajas frente a las empresas locales; sin embargo, necesariamente deben contar con aliados in situ, ante esta complejidad, se han desarrollado formas comerciales como el contrato de franquicia, mediante el cual el control lo conserva la empresa franquiciante que tiene la propiedad de la marca y domina los procesos, procedimientos, métodos y técnicas del giro de negocios de la empresa. Lo anterior no limita que la empresa franquiciada, aporte la totalidad de insumos necesarios para la operación comercial,



dominando así el ciclo de la producción hasta la venta o expendio, tal el caso de las empresas de comida rápida.

El *holding* es un excelente instrumento, para tener ventajas en la dominación de sectores del mercado, sin que aparentemente se trate de un monopolio, porque pueden existir múltiples sociedades anónimas, constituyendo esta capacidad de mimetismo, su principal ventaja, desde su aparición en la época mercantilista, hasta nuestros días; sin embargo, con la puesta en marcha de los denominados “Tratados de Libre Comercio”, tendientes a globalización de la economía, se hizo necesario el reacomodo de las regulaciones legales del comercio a niveles regionales, mediante la adopción de tratados y convenciones que permitan el libre tránsito de mercaderías y capitales.

En Guatemala, se encuentra vigente el Tratado de Libre Comercio, que incluye a Centro América, República Dominicana y Estados Unidos de América, el cual entró en vigor el primero de marzo de 2006. Aunque la participación de Guatemala en el mercado regional amplio no puede considerarse importante, sí lo es en términos de economía centroamericana y constituye un mercado apetecido por empresas multinacionales, las que buscan alianzas en forma de *joint venture* o *holding* o cualquier otra forma de participación accionaria, casos especiales lo constituye, por ejemplo, la industria de la cerveza, bebidas alcohólicas, cemento, hierro y distribución a granel de abarros y alimentos, canales de televisión abierta, entre otros.

Se trata de una etapa superior del desarrollo capitalista, ahora se encuentran prácticas monopólicas de carácter global, se puede citar como ejemplos los casos judiciales abiertos en la Unión Europea contra algunos de los gigantes de la información en internet, que no solamente sirven de intermediarios entre las personas y el conocimiento, sino que orientan la opinión y, además, tiene la capacidad de caracterizar a los usuarios por sus preferencias temáticas o comerciales, de tal manera que cuentan con capacidad casi ilimitada para incidir de manera directa o indirecta en las tendencias del mercado y de la opinión.

Ante las corrientes de la economía actual y la acumulación de capital a escala global, las naciones oponen poca resistencia, en nuestro país el Código Penal de Guatemala, Decreto 17-73, del Congreso de la República de Guatemala protege la libre competencia en el título X, Capítulo I, de los delitos Contra la Economía Nacional y el



Ambiente estableciendo un tipo penal en el cual se describe la conducta atípica del Monopolio, el cual literalmente establece:

Artículo. 340. Monopolio. Quien, con propósitos ilícitos, realizare actos con evidente perjuicio para la economía nacional, absorbiendo la producción de uno o más ramos industriales, o de una misma actividad comercial o agropecuaria, o se aprovechare exclusivamente de ellos a través de algún privilegio, o utilizando cualquier otro medio, o efectuare maniobras o convenios, aunque se disimularen con la constitución de varias empresas, para vender géneros a determinados precios en evidente perjuicio de la economía nacional o de particulares, será sancionado con prisión de seis meses a cinco años y multa de quinientos a diez mil quetzales.

Del análisis se califica lo intrascendente de la pena, ante la importancia económica de este fenómeno.

La consolidación de las prácticas monopólicas tiene efectos perceptibles en la población, especialmente en el ámbito de la capacidad de opción del consumidor, pues constituye un derecho fundamental de la persona elegir la opción de compra o servicio que mejor le convenga, derecho que deviene en inaplicable cuando las opciones son limitadas y sin control de su costo real y el beneficio económico generado por práctica oligopólicas del comerciante.

#### **4.1 El *holding* y sus efectos en la economía de la población**

La prevalencia de los grupos empresariales con mayor poder económico generalmente provoca la ausencia del sistema de libre y sana competencia y, entre otros efectos, la paulatina exclusión de las empresas medianas o pequeñas de los mercados masivos a mediana o gran escala. Debido a la distorsión del sistema de oferta y demanda, los compradores y usuarios, tendrán una escasa o nula capacidad de elección, porque los proveedores reales serán escasos y los precios tenderán a nivelarse para todos los ofertantes.

Un conglomerado de empresas que maneje el ciclo de producción desde su inicio hasta el expendio, cuya estructura sea la del *holding* de hecho, es decir, sin ser reconocido legalmente como tal, contara con muchas ventajas sobre los posibles



competidores, situación que se proyectara en su dominio del mercado, lo que conlleva a el aumento de su discrecionalidad en cuanto a calidad y precios de los productos.

A manera de ejemplo, la producción de huevos de gallina, si el grupo empresarial produce el concentrado o alimento de las aves, es propietario de las granjas avícolas, el transporte, las plantas de producción y, además, el proceso cárnico, empaque y distribución, aunado un eficiente marketing y mercadeo, es posible que logre el predominio en la oferta. Si, además de lo anterior, la operación se divide en tantas empresas como fases conlleva la operación y se mantiene un portafolio de productos, lo suficientemente amplio para ofrecer dentro de la misma línea, una gama amplia de calidades y precios, inclusive diferentes marcas y presentaciones, se cuenta entonces con la capacidad de soslayar el derecho del consumidor a elegir de manera consciente y libre, distorsionando la sana competencia. A continuación se mencionarán ejemplos de *holding* en Guatemala: (Labrador, 2017, p. 2).

#### **4.1.1. El cartel del azúcar de Guatemala**

Es un grupo empresarial integrado por doce ingenios guatemaltecos, el cual desde 1983 está formado por diversas familias que han estado detrás de la producción del 88% de la caña molida en Guatemala, dentro de ellos: los Herrera (ingenios Pantaleón y Concepción), los Leal (Magdalena), los Botrán (Santa Ana), los García (La Unión), los Weissenberg Campollo (El Pilar), los Campollo (Madre Tierra), los González Bauer - Hertzsch (Palo Gordo).

Este sector de la industria es denominado así por la Comisión Económica para América Latina (CEPAL), Instituto de Estudios Agrarios y Rurales y la Coordinación de ONG y Cooperativas (Congcoop) entre otros, ellos lo denominan como cartel, porque la industria del azúcar está conformada por varias empresas, quienes actúan como una sola, y mediante acuerdos fijan precios y otros aspectos relacionados a su negocio valiéndose de la posición que tienen y del poder en el mercado y de los nexos que tienen con el poder político del país. Además, establecen que la industria azucarera es un cartel a toda regla que se aprovecha de la debilidad estatal, un oligopolio colusorio, porque varias empresas se comportan como una para tener una posición ventajosa en el mercado.

La CEPAL (2006) lo tiene claro, pues la institución concluyó que la industria del azúcar es engranaje casi perfecto en el que las partes de la cadena productiva se ponen de acuerdo desde el cultivo hasta la distribución. Y en el que los ingenios funcionan como un cartel de distribución dentro del cual no hay competencia de precios dice el informe



En Guatemala, pese a que existen 12 ingenios, no hay 12 marcas distintas de azúcar compitiendo en el mercado. Todos los ingenios mandan su grano molido a una única empresa, Máquinas Exactas, S.A., para su empaque y fortificación con vitamina y aquí es donde se distribuye para el mercado, en envoltorios de media docena de marcas.

De acuerdo con la investigación de carácter internacional llevada a cabo, en el caso de Papeles de Panamá, en el cual presuntamente se involucraba a la firma de abogados panameña Mossack Fonseca de constituir empresas, en paraísos fiscales, con el fin de lograr el ocultamiento de propiedades de empresas, activos, ganancias y evasión tributaria de jefes de estado y de gobierno, líderes de la política mundial, personas políticamente expuestas y personalidades de las finanzas, negocios, deportes y arte manteniendo el nombre del propietario de las compañías en forma secreta.

Con base en lo anterior, salió a relucir las sociedades en el extranjero de los Campollo, esta investigación encontró vínculos de otros 9 ingenios guatemaltecos con sociedades en paraísos fiscales. Los administradores, propietarios o empresas que participan como accionistas de los ingenios aparecen como directivos en empresas con ventajas fiscales.

### **A.1) El ingenio Madre Tierra**

Este ingenio está detrás del 7.2% del total de caña molida producida en Guatemala desde 1983, es el séptimo productor, de los 12 que hay en Guatemala. El dueño de este ingenio es el grupo Campollo, por ser los principales accionistas de este *holding*, quienes entre el año 2007 y 2015, crearon 121 empresas con ventajas fiscales con un capital autorizado total de 282 millones de dólares, 47 sociedades están vinculadas al comercio del azúcar, con un capital que suma 113 millones.



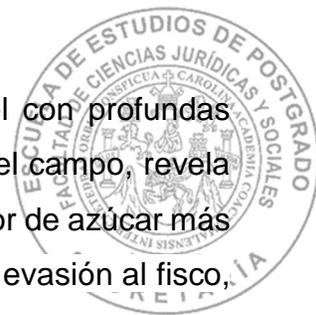
MT *holdings* Capital INC, una sociedad en Islas Vírgenes Británicas, ejerce la propiedad sobre el ingenio en una red de empresas en la cual existe una principal que es accionista de las demás empresas. Madre Tierra es propiedad de Central Agroindustrial Guatemalteca S.A. (Caigsa). Esta, a su vez, es propiedad de dos empresas panameñas: Gran Flora Internacional S.A. y Perlino Internacional S.A. Y ambas son hijas de MT *holdings* Capital INC. Cabe mencionar que en la investigación realizada a nivel internacional en el caso Papeles de Panamá se determinó que los hermanos Campollo tienen 121 sociedades en paraísos fiscales; sin embargo, también hay otros representantes o administradores de otros 9 ingenios guatemaltecos que presuntamente están vinculadas a 31 empresas domiciliadas en Panamá, según se documentó en el *diario.es* y *El Faro*. (Ver anexo 2).

## **A.2) El Grupo Pantaleón-Concepción e Ingenio Magdalena**

Han controlado alrededor del 47% de la producción de caña en Guatemala en los últimos cinco años son las que tienen más vínculos con paraísos fiscales, según se descubrió. El grupo Pantaleón es un gigante construido hace 147 años y que en 1980 compró al ingenio Concepción; y Magdalena, antes de dedicarse al azúcar en 1983, producía mieles para ron. Los nombres de las en el extranjero relacionadas son similares al de las sociedades en Guatemala: Ingenio Magdalena S.A., The Pantaleon Group INC, Pantaleon Land *holding*.

Los dueños de Pantaleón están vinculados a ocho empresas en Panamá y la matriz del grupo está domiciliada en Islas Vírgenes Británicas, según acredita un documento de la Comisión para la Defensa de la Competencia en Honduras. Pantaleón ha sido el máximo moedor de caña de Guatemala en las últimas tres décadas: 91.3 millones de toneladas, el 26% de la molienda total. Entre 2008 y 2010, el ingenio recibió dos préstamos del International *Finance Corporation* (IFC), entidad del Banco Mundial, a través de su matriz en Islas Vírgenes, Pantaleón *Sugar holdings Company Limited*, por 130 millones de dólares. Es decir, el Banco Mundial otorgó un crédito a una sociedad en un paraíso fiscal. (Ver anexo 3).

En Guatemala, 12 ingenios actúan como un oligopolio, un cartel con profundas conexiones políticas y cuyo poder suelen resentir las comunidades en el campo, revela una investigación de El Faro y eldiario.es. El cartel es el cuarto exportador de azúcar más grande del mundo y las autoridades sospechan que tienen prácticas de evasión al fisco, en gran medida, por el uso de paraísos fiscales.



Por último, cabe mencionar que para exportar, el cartel azucarero también controla quién puede hacerlo y quién no. El requisito indispensable es ser accionista de Expogranel, la empresa de los azucareros que maneja las exportaciones de azúcar. El que no invierte en Expogranel, no exporta en el cuarto país que más exporta azúcar en todo el mundo. (Ver Anexo 4).

### **A. La Corporación Multi-Inversiones**

Denominada como (CMI), es una corporación familiar multinacional, fundada por Juan Bautista Gutiérrez en la década de 1920 en Guatemala. En el siglo XXI, CMI abarca aproximadamente trescientas compañías y emplea a treinta y seis mil colaboradores, operando en doce países, principalmente en Centroamérica y el Caribe, es un *holding* multinacional que agrupa negocios en los sectores agroindustriales, de comida rápida, financiera, energética e inmobiliaria. Dentro de sus múltiples empresas están Pollo Rey, Pollo Campero, Molinos Modernos, Telefónica-Centroamérica, Banco Reformador, la inmobiliaria Multiproyectos y las hidroeléctricas del proyecto Renace, ubicadas en Alta Verapaz. Su empresa emblema ha sido Pollo Campero.

### **B. Corporación Castillo Hermanos**

Jorge Castillo es el presidente de la Corporación Castillo hermanos, es un *holding* conformado por más de 90 empresas, dentro de ellos están Cervecería Centroamericana S.A., Inversiones Centroamericana S.A., Grupo Financiero Industrial S.A y G&T Continental S.A. La empresa emblema de la Corporación Castillo es la Cervecería Centroamericana S.A., pero también tiene inversiones en la banca, la industria alimentaria, como los *snacks*, empaques y bebidas, restaurantes, el sector agropecuario, el turismo, el transporte y el comercio. Cabe mencionar que sus negocios se extienden a Nicaragua en el cual son socios del 49 por ciento de las acciones del Consorcio



Cervecerero Centroamericano, (Coceca), también tiene plantas de alimentos y *snacks* en Honduras y Nicaragua.

De conformidad con los ejemplos mencionados anteriormente, se puede decir que en un mercado monopolista el precio tiende a aumentar, por lo que cabe esperar que el bienestar de los propietarios o accionistas aumente y el de los consumidores disminuya.

Para evitar esta práctica, en detrimento de la economía de los consumidores, el Estado interviene en la economía, mediante la creación de regulaciones antimonopolio y estableciendo un derecho a la libre y sana competencia, mediante la promulgación de leyes y reglamentos con la finalidad de fomentar la competencia en la economía, prohibiendo y sancionando todo lo que la restringe o es probable que la restrinja limitando los tipos de estructura de mercado permitidos y limitando los beneficios de las empresas a costa de menguar la capacidad económica de los consumidores.

En algunos casos, en aplicación de doctrinas económicas adecuadas, se promueve la nacionalización de algunos monopolios para que sea el Estado, quien los gestione en condiciones más favorables para los consumidores en forma de empresas públicas, tal el caso que involucra recursos estratégicos como la energía y la minería; sin embargo, con el auge de la ideología neoliberal en la economía y sus preceptos de lograr el Estado mínimo, argumentando puntualmente que la libre y sana competencia favorece la capacidad de compra de los consumidores y la calidad de los productos y servicios, se han privatizado las empresas estatales, las cuales han pasado a ser propiedad de *holding* transnacionales, con la suficiente capacidad de inversión para hacerse con la propiedad de dichos activos del Estado.

No obstante, existen ciertos casos en los que la legislación permite el monopolio, limitándose a regularlo, como ya se mencionó se trata de un monopolio natural.

En Guatemala, la Ley de Protección al Consumidor y Usuario, en el artículo 4, establece los derechos de los consumidores y usuarios, de la siguiente forma:

Sin perjuicio de lo establecido en otras leyes, son derechos básicos de los consumidores y usuarios: a) La protección a su vida, salud y seguridad en la adquisición, consumo y uso de bienes y servicios. b) La libertad de elección del bien o servicio. c) La libertad de contratación. d) La información veraz, suficiente, clara y



oportuna sobre los bienes y servicios, indicando, además, si son nuevos, usados o reconstruidos, así como también sobre sus precios, características, calidades, contenido y riesgos que eventualmente pudieran presentar. e) La reparación, indemnización, devolución de dinero o cambio del bien por incumplimiento de lo convenido en la transacción y las disposiciones de esta y otras leyes o por vicios ocultos que sean responsabilidad del proveedor. f) La reposición del producto o, en su defecto, a optar por la bonificación de su valor en la compra de otro o por la devolución del precio que se haya pagado en exceso, cuando la calidad o cantidad sea inferior a la indicada. g) La sostenibilidad de precios con el que se oferte, promocióne o publicite o marque el producto en el establecimiento comercial respectivo. h) La devolución al proveedor de aquellos bienes que este le haya enviado sin su requerimiento previo. En este caso, el consumidor o usuario no está obligado a asumir responsabilidad ni a efectuar pago alguno, salvo si se comprueba que el consumidor o usuario ha aceptado expresamente el envío o entrega del bien o lo ha utilizado o consumido. i) Recibir educación sobre el consumo y uso adecuado de bienes o servicios que le permita conocer y ejercitar sus derechos y obligaciones. j) Utilizar el libro de quejas o el medio legalmente autorizado por la Dirección de Atención y Asistencia al Consumidor, para dejar registro de su disconformidad con respecto a un bien adquirido o un servicio contratado.

El derecho del consumidor a la libertad de elección del bien o servicio, conlleva la capacidad de elegir entre varias opciones presentes en el mercado, se hace realidad siempre y cuando exista una competencia real entre los ofertantes, porque su decisión y en conjunto la de los compradores o usuarios determinarán la nivelación del precio de acuerdo con su preferencia de compra o consumo, de tal forma que son los demandantes, compradores, consumidores o usuarios los que determinan el precio objetivo de los productos o servicios.

En Guatemala, existen servicios ahora esenciales, tales como el de telefonía inalámbrica, del cual el número de empresas proveedoras es limitado, de acuerdo con las leyes de la oferta y la demanda, debería existir mayor varianza en los precios del servicio; sin embargo, la diferencia en la media del costo por el precio del minuto es muy

pequeña, de tal manera que el usuario tiene poco margen de elección entre una y otra empresa.

El ejercicio de la autonomía de la voluntad, en cuanto a la celebración de contratos, señalado en la literal “c” del artículo citado de la Ley de Protección al Consumidor y Usuario, se limita y coarta, debido a que ante la falta de competencia real, el usuario se ve compelido aceptar los términos del proveedor del servicio mediante la firma de un contrato de adhesión, en el cual prevalecen las condiciones del vendedor u ofertante.

Como ya se ha apuntado, en un mercado en el que se aplique una competencia real y objetiva, es decir, sana, la fijación de precios basados en la competencia consiste en el establecimiento de un precio al mismo nivel de la competencia. Este método se apoya en la idea de que los competidores ya han elaborado acabadamente su estrategia de fijación de precios. En cualquier mercado, muchas empresas venden productos iguales o similares, y, de acuerdo con la economía clásica, el precio de estos productos debería, en teoría, ya estar en equilibrio o nivelado.

La consolidación de las prácticas monopólicas, tiene efectos perceptibles en la población, especialmente en el ámbito de la capacidad de opción del consumidor, pues constituye un derecho fundamental de la persona elegir la opción de compra o servicio que mejor le convenga, derecho que deviene en inaplicable cuando las opciones son limitadas y sin control de su costo real.

A través de la aplicación de este contrato, muchas veces, se encubren operaciones comerciales con carácter de monopolio, las cuales están expresamente prohibidas, en la Constitución Política de la República de Guatemala, a pesar de ello en la práctica el *holding* favorece únicamente a la empresa controladora, porque administran a su conveniencia a las demás empresas que lo integran y todas las que no acceden a formar parte de este contrato muchas veces suelen quebrar, porque al tener desventajas comerciales no pueden competir, ante empresas con mayores reservas y que venden en el mercado productos a menor precio por determinado tiempo con el fin de que desaparezcan las empresas competidoras de determinado bien o servicio.



Se puede afirmar que los derechos del consumidor y usuario están siendo vulnerados con la aplicación de hecho del *holding*, pues constituye también derecho del consumidor y usuario elegir la opción de compra que mejor le convenga.

Ante la persistencia de este fenómeno comercial y sus efectos negativos en la libre competencia, que provoca distorsión en los precios afectando la capacidad de compra de la población, se hace necesario que se regule en la legislación nacional el contrato de *holding*, ello constituye un imperativo, principalmente para tener claridad y objetividad de la actividad lucrativa de las empresas, lo cual provocaría que en términos fiscales se mejore la capacidad de recaudación de impuestos, porque se promueve la transparencia de las operaciones, permitiendo regular los costos de transferencia de empresa a empresa y la cuantificación de los beneficios económicos, incidiendo en la economía nacional al presentar escenario real del costo - beneficio de las mercaderías y servicios, permitiendo el control de estas prácticas por parte de la entidad fiscalizadora del Estado.

Como componente adicional, se hace necesario relacionar de qué manera inciden los precios de transferencia y el contrato de *holding*, para propiciar características del monopolio en las operaciones comerciales.

#### **4.2 Precios de transferencia**

La maximización de la ganancia, beneficio o renta de las operaciones comerciales, resulta ser un incentivo innegable de las actividades lucrativas empresariales, ello ha motivado que cuando se ha acumulado suficiente capital, se tienda a abarcar todas las fases de la producción final de una mercadería o bien de consumo; abundan los ejemplos, de operaciones comerciales que controlan de principio a fin el ciclo productivo. Dicho afán se ha materializado en la división física de las operaciones extractivas, manufactureras o de distribución, en distintas empresas con personería jurídica distinta, que; sin embargo, están ligadas por la común propiedad de acciones (*holding*), lo que otorga una ventaja decisiva al momento de competir con compañías cuyo giro de negocios es igual o similar.





El precio de transferencia se caracteriza por darse en las transacciones comerciales dentro de una empresa transnacional, generalmente, una cuantificación irreal, si se toma como referencia la valoración de mercado de la misma operación comercial, porque se realiza entre dos o más empresas, que de manera abierta o encubierta permanecen asociadas, en otras palabras se trata de fijar precio preferente a un cliente que resulta ser propietario de una parte o de la totalidad de las acciones de la misma empresa que fija dicho precio, evadiendo de esta forma las leyes básicas de la oferta y la demanda, al anular la competencia de otros ofertantes, en el mercado abierto, competitivo y libre de restricciones.

Entre los efectos negativos para la economía nacional, se encuentra básicamente la cuantificación aparente del monto de capital a afectar con determinados impuestos, especialmente el Impuesto Sobre la Renta, lo que tiene efectos en su recaudación, evadiéndose con ello, lo que puede definirse como el valor imponible que resulta de la diferencia entre el valor aparente de la operación comercial y el valor real de mercado, permitiendo un margen de ganancia superior, para la empresa dominante y la consecuente la evasión de impuestos y debilitando el sistema de plena competencia.

Por lo anterior, se puede definir al precio de transferencia como el precio que pactan dos empresas asociadas para transferir, entre ellas, bienes, servicios o derechos. Este precio es relevante, en el ámbito tributario, cuando las entidades que pactan el precio tienen vínculos de propiedad o de administración entre sí, (entidades relacionadas) lo que podría facilitar que la fijación del precio no se realice en las mismas condiciones que hubiesen sido utilizadas por entidades que no mantengan estos vínculos (terceros o independientes).

En dicho caso, si la fijación del precio difiere del que se hubiese formado en un mercado abierto, competitivo y sin restricciones, implica que el precio permitiría distribuir beneficios entre empresas relacionadas de una manera que podría ser artificialmente favorable a alguna de las entidades. Esto es, una empresa podría vender a otra más caro o barato, que el precio que debería formarse en un mercado de plena competencia,

dependiendo de la locación en la cual un grupo empresarial tuviese intención estratégica de acumular utilidades.



Esto implica que, en caso de transacciones entre entidades relacionadas, el precio de transferencia de bienes, servicios o derechos no siempre sigue las reglas de una economía de mercado; es decir, no siempre se regula mediante la oferta y la demanda. De acuerdo con ello, las normativas de precios de transferencia relativas a impuestos que se han ido estableciendo en todo el mundo en las dos últimas décadas buscan asegurar, para los países que las han incorporado a sus regímenes legales, que su recaudación de impuestos sobre la renta sea la máxima posible dentro de un ámbito de reglas eminentemente técnicas y de aceptación global. Por este motivo, la aplicación poco técnica, agresiva o abusiva de estas técnicas puede dar como resultado un sobreimposición a una compañía, cuando las fallas de aplicación se dan en la administración tributaria, o subimposición cuando ellas existen en las políticas de precios de transferencia de un grupo empresarial.

La legislación nacional establece regulaciones especiales, referentes a los precios de transferencia, en el año 2012 nuestro país se adhiere a las normas especiales de valoración entre la partes relacionadas, en el capítulo IV, del título II, de la Ley de Actualización Tributaria, contenidas en el Decreto 10-2012, en el que se especifica la información de cumplimiento en materia de precios de transferencia, por parte del contribuyente; sin embargo, el 20 de diciembre del 2013, fue publicado el Decreto 19-2013 mediante el cual se suspendió la aplicación de las normas especiales de valoración entre las partes relacionadas, que fueron reactivadas el primero de enero del año 2015.

En Guatemala, como ya se apuntó, se incorporó en la legislación fiscal la regulación de los Precios de Transferencia, con la Ley de Actualización Tributaria Decreto 10-2012, específicamente en el Capítulo IV, del Libro I "Impuesto Sobre la Renta", como efecto del convenio de intercambio de información fiscal ante la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), el cual responde a la necesidad de verificar que las transacciones realizadas por empresas relacionadas respondan al principio de libre

competencia y se busca reducir el traslado de utilidades a jurisdicciones donde se pague una tarifa menor de impuestos.



La Superintendencia de Administración Tributaria (SAT) es la institución cuya función es verificar si las operaciones entre un contribuyente local y un extranjero cumplen con los principios de libre competencia, evaluando si las transacciones entre partes relacionadas responden al precio real de plaza entre entidades independientes.

En el artículo 59, de la Ley de Actualización Tributaria se establecen los métodos para validar el principio de libre competencia. Los métodos se basan esencialmente en llevar a cabo la comparación del valor de las operaciones en condiciones de libre competencia:

1. Método del precio comparable no controlado.
2. Método del costo adicionado.
3. Método del precio de reventa.
4. Método de la participación de utilidades.
5. Método del margen neto de la transacción.

Estas modalidades de cálculo fueron delineamientos dados por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), la legislación guatemalteca ha establecido en el artículo 60 de la Ley de Actualización Tributaria, una modalidad que consiste en la valoración comprobando el precio de las importaciones o exportaciones.

Los esfuerzos de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) van encaminados a lograr la prevalencia de las reglas de libre mercado, evitando las prácticas monopólicas en el comercio y con ello favorecer la distribución de la riqueza.

Del análisis de la información recabada, se deduce que en Guatemala es necesario establecer reglas claras, mediante la normativa jurídica necesaria, que regule en contrato de *holding*, de tal manera que no se convierta en un valladar para el desarrollo

económico, permita el libre emprendimiento y la aplicación de la una libre competencia que facilite el crecimiento económico y la distribución de la riqueza.



Se desprende de lo anterior, que no se trata de coartar el libre ejercicio comercial, más bien se deben establecer reglas claras en cuanto a las buenas prácticas comerciales en armonía con las obligaciones del Estado, plasmadas en la Constitución Política de la República de Guatemala, cuyas normas ameritan su desarrollo por medio de normas ordinarias, de aplicación general y con fuerza vinculante para decantar los principios constitucionales en las practicas mercantiles.

## CONCLUSIONES

- Las prácticas mercantiles que definen el *holding* provocan distorsiones en el sistema de la oferta y la demanda del libre mercado, pues no permiten la sana competencia entre ofertantes de bienes o servicios, encubriendo operaciones comerciales con carácter de monopolio, controlando así determinados sectores de la economía o del mercado, limitando la capacidad de compra del consumidor y el derecho a elegir el bien o servicio que mejor le convenga, derecho que deviene en inaplicable cuando las opciones son limitadas, sin control de su costo real y sin regulación legal eficiente.
- En Guatemala, existen leyes que tutelan el ejercicio de la libre competencia para evitar la competencia desleal y el monopolio, tanto a nivel constitucional como en normas de carácter ordinarias, como: el Código de Comercio, Código Penal, Ley de Propiedad Industrial y la Ley de Protección al Consumidor y Usuario; sin embargo, cabe aclarar que el contrato de *holding* no está regulado, lo que implica que exista de hecho en la práctica comercial. Así también el precio de transferencia, se caracteriza por ser una cuantificación irreal, si se toma como referencia la valoración de mercado de la misma operación comercial, evadiendo la aplicación de las leyes básicas de la oferta y la demanda, al anular la competencia de otros ofertantes, en el mercado abierto y competitivo, propiciando, de esa manera, prácticas que definen al monopolio en las operaciones comerciales.





## REFERENCIAS



- Acosta, M. (2000). *Nuevo derecho mercantil*. Guatemala: Porrúa.
- Aguilar, V. (2006). *El negocio jurídico*. (5ª ed.). Guatemala: editorial. Serviprensa
- Argudo, C. (2017). *El Holding empresarial*. Editorial. Emprende Pyme. España.
- Arrubla, J. (1994). *Contratos mercantiles*. (Tomo II). (3ª ed.). Medellín, Colombia: DIEO.
- Asturias, E. (2008). *Fundamentalismo de mercado*. Guatemala: Serviprensa
- Cabanellas, G. (1993). *Diccionario jurídico elemental*. (11ª ed.). España: Heliasta.
- De la Puente, G. (2007). *El contrato en general*. (Tomo I). Lima: Palestra Editores.
- Diccionario de economía y finanzas. *Edumet.com: Enciclopedia virtual*. (2018).  
Recuperado de <http://www.eumed.net/coursecon/dic/C.htm>
- Enneccerus, L. (1950.) . *Derecho de Obligaciones*. Barcelona, Editorial Bosch.
- Fellner, W. (1953). *Oligopolio*. México: Fondo de la Cultura Económica.
- Freire. T., y Banco, F. (2014). *2010 práctica y conceptos básicos de microeconomía*. (4ª ed.). Madrid: Esic.
- Gete, M. (1979). *Estructura y función del tipo contractual*. Barcelona: Tirant.
- Gherzi, C. (2011). *Contratos civiles y comerciales*. Argentina: Astrea.
- Herrero, C. (1998). *Los contratos vinculados en el derecho de la competencia*. Karl, karl E. (1997). *Principios de microeconomía*. (4ª ed.). México: editorial. PRENTICE Hall Hispanoamericana S.A
- Labrador, G. (2017). *El cartel del azúcar de Guatemala*. Plaza Pública.. Universidad Rafael Landivar. Guatemala.
- Le Pera, S. (1997). *Aplicación del contrato Joint Venture en Guatemala*. Buenos Aires, Argentina: Astrea De Alfredo y Ricardo de Palma SRL.
- León, M. (1998). *Globalización y cambio estructural*. México: editorial. Publisher
- Luna, (2009). *Ley General de Sociedades Mercantiles*. México.
- Manóvil, R. (1998). *Acercamiento al concepto de grupos empresariales: concurrencia de elementos para su existencia*. Grupo de Sociedades en el derecho comparado. Buenos Aires, Argentina:
- Ministerio de Economía. (2004). *Dirección de Promoción de la Competencia*. Guatemala.
- Ministerio de Economía. (2004). *Dirección de Promoción de la Competencia. Apuntes sobre política de competencia*. Guatemala.

- 
- Messineo, F.(1986) *Doctrina General del Contrato*, Tomo I, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América.
- Muñoz, E. (2015). *Tipos de monopolios*. Universidad Rafael Landívar. Guatemala.
- Ossorio, M. (1974). *Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales*. Argentina: Heliasta SRL.
- Ossorio, M. (1993). *Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales*. (vol., único). Argentina: Heliasta SRL.
- Pigou, A. (2004). *La economía del bienestar como rase del principio marginalista de la formación de los precios*. Recuperado de <ftp://ftp.puce.edu.ec/.../Economía/.../Economía%20Ambiental/Teorema%20de%200Co>
- Real Academia Española. (2014). *Diccionario de la lengua española*. (23ª ed.). Madrid: Espasa.
- Rojas, J. (2008). *El abuso de la posesión de dominio en el mercado en la legislación nacional*. Perú: INDECOPI.
- Rubinfeld, D., y Pindyck, R. (2001). *Microeconomía*. México, D. F.: Pearson Educación.
- Screpanti, E., y Zamagni, E. (1997). *Panorama de historia del pensamiento económico*. Barcelona: Ariel.
- Tucker, Irvin B. Fundamentos de economía, Cengage Learning Editores, 2002.
- Vásquez, E. (1978). *Instituciones del derecho mercantil*. Guatemala: Serviprensa Centroamericana.
- Villegas, R. (2000). *Derecho mercantil guatemalteco*. (Tomos I y III). (4ª ed.). Universidad de San Carlos de Guatemala. Guatemala: Universitaria.
- Villegas, R. 2002.). *Derecho mercantil guatemalteco*. Tomo II, 5ª. ed., Guatemala, Editorial Universitaria.
- Villegas, R. (2004). *Derecho mercantil guatemalteco: Introducción al estudio del derecho mercantil, sujetos del derecho mercantil, la empresa Mercantil y sus elementos*. (Tomo I). (6ª ed.). Guatemala: Universitaria.
- Villegas, R. (2006). *Derecho mercantil guatemalteco: Obligaciones y contratos*. (6ª ed.). Universidad de San Carlos de Guatemala. Guatemala: Universitaria.

## Legislación

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

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

Ley de Extinción de Dominio. Decreto 55-2010, del Congreso de la República de Guatemala, 2010.

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

Código Penal de Guatemala. Decreto 17-73, del Congreso de la República de Guatemala, 1974.

Código Procesal Civil, Decreto Ley 107, Enrique Peralta Azurdia, Jefe de Gobierno de la República de Guatemala, 1963.

Gaceta No. 39, expediente No. 439-95, pına 16, sentencia: 03-01-96, la Corte de Constitucionalidad.

Gaceta No. 10, expediente 307-88, pına 116, sentencia: 22-11-88.

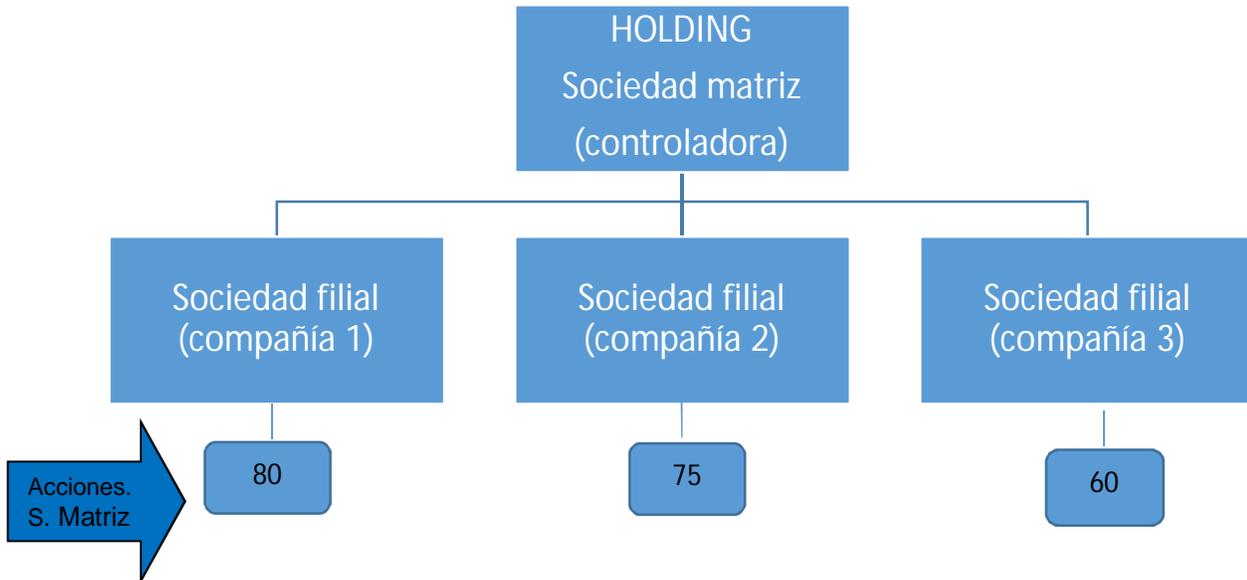




## ANEXOS



### Anexo 1. Estructura del *holding*

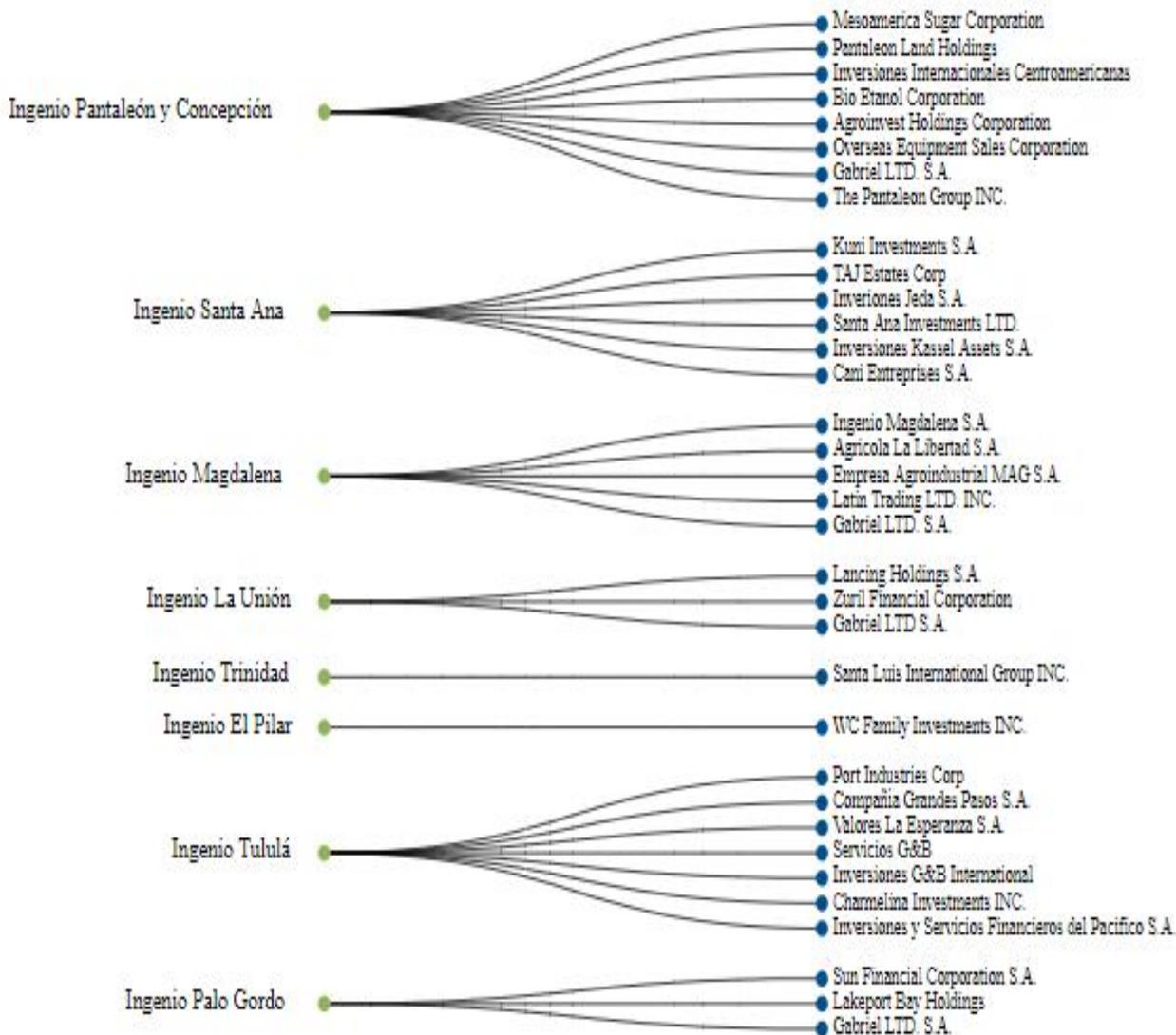


Fuente: Elaboración Propia con datos del documento "Necesidades de Gastos en empresas *holding*".

## Anexo 2. Las relaciones con paraísos fiscales



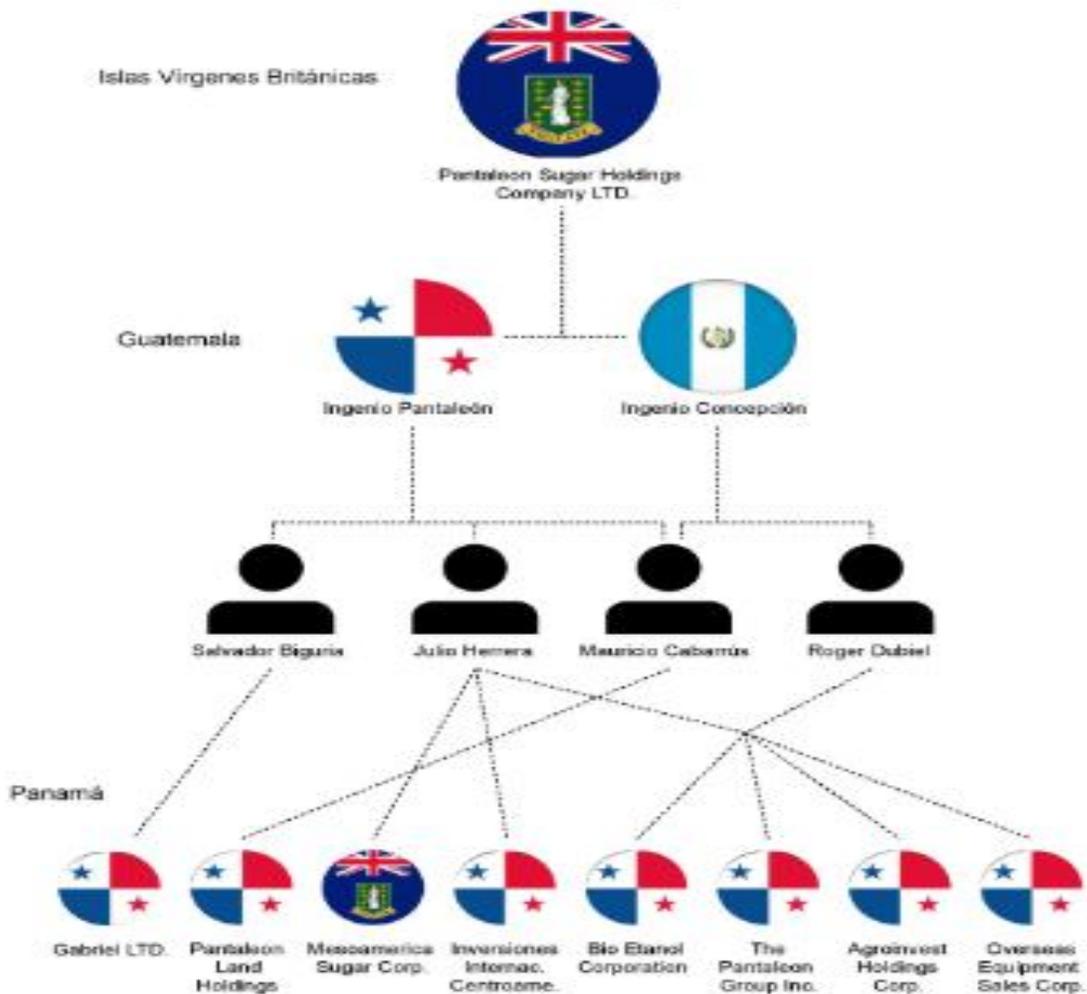
### Las relaciones con paraísos fiscales



Fuente Plaza Pública: Registro Mercantil de Panamá y Guatemala.

### Anexo 3. Las relaciones extraterritoriales del ingenio Pantaleón

#### Las relaciones offshore del ingenio Pantaleón

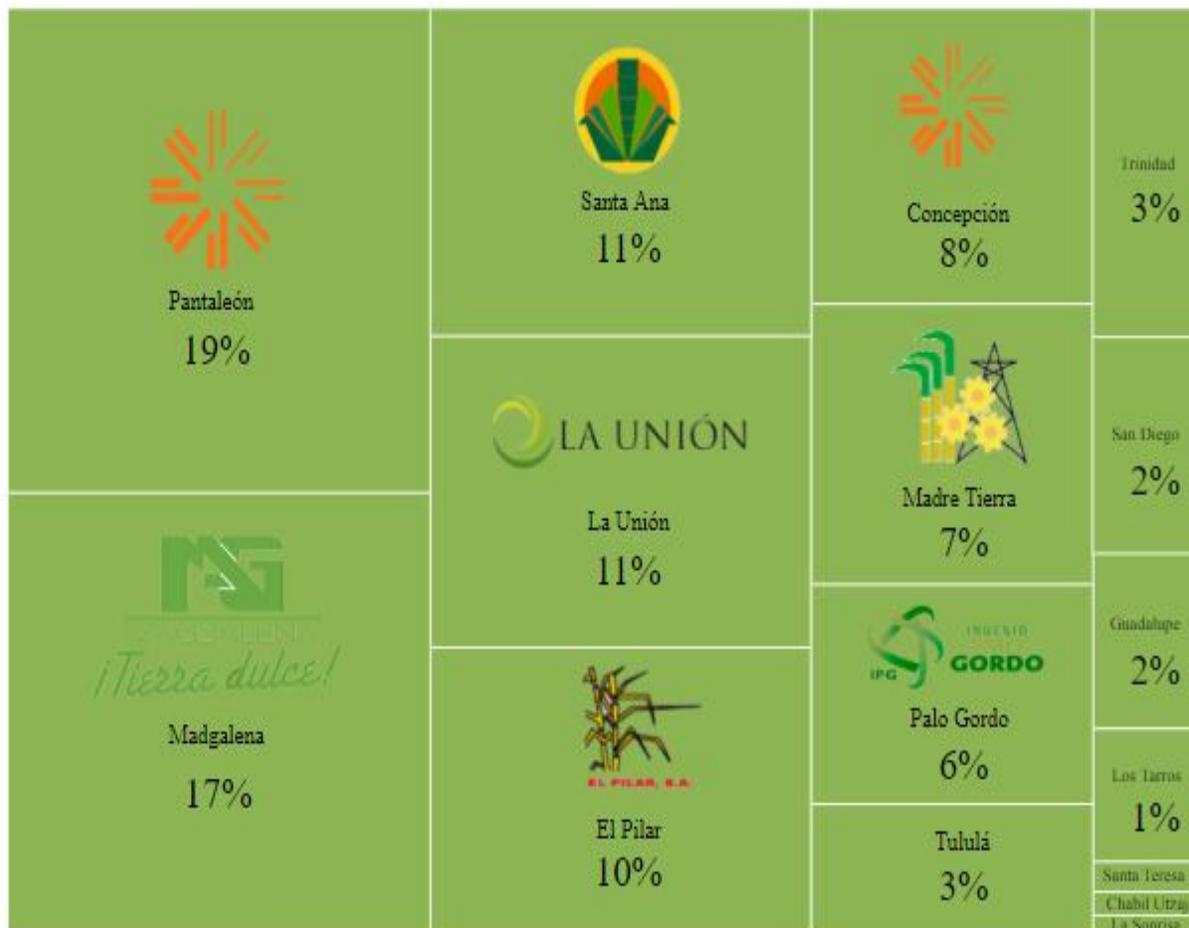


Fuente Plaza Pública: Registro Mercantil de Panamá y Guatemala.

## Anexo 4. El control del mercado azucarero

### El control del mercado azucarero

Producción de caña molida por empresas azucareras en Guatemala desde 1982



Fuente: Centro Guatemalteco de Investigación y Capacitación de la Caña de Azúcar. (CENGICAÑA).