


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

The seal of the University of San Carlos of Guatemala is a circular emblem. It features a central shield with a figure, likely a saint or historical figure, and a crown above. The shield is surrounded by a circular border containing the Latin motto: "SACERDIBUS CONSPICUA CAROLINA ACADEMIA CONSTITUENS INTER CETERAS DIBIS CONSPICUA CAROLINA ACADEMIA CONSTITUENS INTER CETERAS DIBIS CONSPICUA CAROLINA ACADEMIA CONSTITUENS".

**“LA IMPORTANCIA DE REFORMAR EL CÓDIGO DE COMERCIO PARA QUE
AL CORREDOR LE SEAN PAGADOS SUS HONORARIOS EN LOS NEGOCIOS
QUE INTERVINO PERO QUE NO SE CONCLUYERON”**

THELMA IDANIA LEYTÁN ESCOBAR

GUATEMALA, AGOSTO 2006

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

**“LA IMPORTANCIA DE REFORMAR EL CÓDIGO DE COMERCIO PARA QUE AL
CORREDOR LE SEAN PAGADOS SUS HONORARIOS EN LOS NEGOCIOS QUE
INTERVINO PERO QUE NO SE CONCLUYERON”**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

THELMA IDANIA LEYTÁN ESCOBAR

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Y los títulos profesionales de

ABOGADA y NOTARIA

Guatemala, Octubre 2006.

HONORABLE JUNTA DIRECTIVA

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

DECANO: Lic. Bonerge Amílcar Mejía Orellana
VOCAL I: Lic. César Landelino Franco López
VOCAL II: Lic. Gustavo Bonilla
VOCAL III: Lic. José Francisco Peláez Cordón
VOCAL IV: Br. José Domingo Rodríguez Marroquín
VOCAL V: Br. Edgar Alfredo Valdéz López
SECRETARIO: Lic. Avidán Ortiz Orellana

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL
EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente: Lic. Edgar Enrique Lemus Orellana
Vocal: Lic. Héctor David España Pinetta
Secretario: Lic. Rafael Morales Solares

Segunda Fase:

Presidente: Licda. Patricia E. Cervantes Chacón
Vocal: Licda. Emma Graciela Salazar Castillo
Secretario: Lic. Carlos H. Mancio Betancourt

RAZÓN: “Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas y contenido de la tesis.” (Artículo 43 del Normativo para elaboración de tesis de la licenciatura en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala.

DEDICATORIA

- A Dios:** Por haberme dado el privilegio de vivir y de recibir sus bendiciones cada día
- A Mis Padres:** Pura Argentina Escobar de Leytán por su amor y apoyo incondicional, José Lisandro Leytán González (Q.E.P.D.) por su ejemplo, amor y apoyo que Dios lo tenga en su gloria.
- A Mis Hijas:** Lorna Mariela, Lindsey Idania, Estefany Melisa Reyes Leytán e Ivania Yamilet España Leytán, por ser parte de mi vida y apoyarme siempre.
- A Mis Nietas:** Adriana Sofía, María Ximena y Luisa Fernanda Hernández Reyes, por su amor incondicional.
- A Mis Hermanas:** Xiomara Magali, Irma Yolanda, Alba Dinora Alma Rosa y en especial a mi hermana Sandra Gisela Leytán Escobar por su amor y apoyo en los momentos difíciles de nuestra carrera.
- A Mi Pareja:** Mario Enrique Cruz Lam, por su amor.
- Al:** Claustro de la Escuela República de Colombia
- A:** La Universidad de San Carlos de Guatemala, y a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.



**BUFETE JURÍDICO PROFESIONAL
LIC. HECTOR APOLONIO COXAJ CUYUCH**

Colegiado activo No. 4492
16 calle 0-10 zona 3 ciudad de Guatemala Teléfono: 2220-6875 Celulares: 5705-8536 5972-9258
Correo electrónico: lichectorcoxaj@hotmail.com



Guatemala, 01 de agosto de 2006

licenciado
Marco Tulio Castillo Lutín
Coordinador de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Ciudad Universitaria



Señor Coordinador:

De conformidad con lo ordenado por la coordinación, procedí a asesorar el trabajo de tesis de la bachiller **THELMA IDANIA LEYTÁN ESCOBAR**, titulado: **LA IMPORTANCIA DE REFORMAR EL CÓDIGO DE COMERCIO PARA QUE AL CORREDOR LE SEAN PAGADOS SUS HONORARIOS EN LOS NEGOCIOS QUE INTERVINO PERO QUE NO SE CONCLUYERON.**

Al respecto considero que la metodología y técnicas aplicadas y la bibliografía utilizada en el desarrollo de la investigación, contribuyen para que la presente memoria sea utilizada con visión jurista dentro del campo del Derecho Mercantil, asimismo, se desarrolla dentro del trabajo de tesis, interesantes y novedosas conclusiones y recomendaciones sobre el contrato de corretaje y la falta de regulación legal para el pago de sus honorarios y gastos cuando el negocio no se concluyó, promoviendo ante las instituciones que constitucionalmente les corresponde la iniciativa de ley, sobre un proyecto de reforma de ley.

A mi criterio con el trabajo desarrollado se cumple con los requisitos establecidos para sustentar el examen público de tesis, por lo que emito dictamen favorable y con el debido respeto me suscribo de usted.

Atentamente,


HECTOR APOLONIO COXAJ CUYUCH
ABOGADO Y NOTARIO

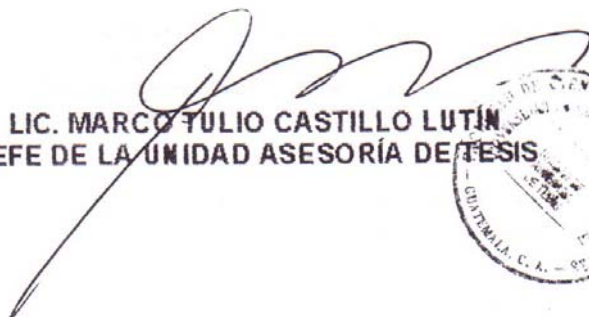
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES
Instituto Jurídico 2014-15
Guatemala, G.A.



UNIDAD DE ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, siete de agosto de dos mil seis.

Atentamente, pase al (a) **LICENCIADO (A) CARLOS ENRIQUE MORALES MASAYA**, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (a) estudiante **THELMA IDANIA LEYTÁN ESCOBAR**, Intitulado: **"LA IMPORTANCIA DE REFORMAR EL CÓDIGO DE COMERCIO PARA QUE AL CORREDOR LE SEAN PAGADOS SUS HONORARIOS EN LOS NEGOCIOS QUE INTERVINO PERO QUE NO SE CONCLUYERON"**.

Me permito hacer de su conocimiento que está facultado (a) para realizar las modificaciones de forma y fondo que tengan por objeto mejorar la investigación, asimismo, del título de trabajo de tesis. En el dictamen correspondiente debe hacer constar el contenido del Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.


LIC. MARCO TULLIO CASTILLO LUTÍN
JEFE DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS



cc. Unidad de Tesis
MTCL/slh



**BUFETE JURÍDICO PROFESIONAL
LIC. CARLOS ENRIQUE MORALES MASAYA**

Colegiado activo No. 5046
16 calle 0-10 zona 3 ciudad de Guatemala Teléfono: 2220-6875



Guatemala, 10 de agosto de 2006.

Licenciado
Marco Tulio Castillo Lutín
Coordinador de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Ciudad Universitaria

De conformidad con lo ordenado por esa Coordinación, tengo el agrado de manifestar a usted que procedí a REVISAR el trabajo de tesis de la Bachiller THELMA IDANIA LEYTÁN ESCOBAR, titulado LA IMPORTANCIA DE REFORMAR EL CÓDIGO DE COMERCIO PARA QUE AL CORREDOR LE SEAN PAGADOS SUS HONORARIOS EN LOS NEGOCIOS QUE INTERVINO PERO QUE NO SE CONCLUYERON.

La bachiller THELMA IDANIA LEYTAN ESCOBAR, durante el desarrollo de su trabajo realizó un estudio histórico del Derecho Mercantil, así como las actividades que dentro del mismo se practican esto como sección introductoria de su trabajo. Además incluye un análisis sobre la naturaleza y regulación jurídica del contrato: expone los elementos del contrato de corretaje y desarrolla la forma de celebración, incluyendo las tendencias doctrinarias que proporcionan las características que los estudiosos del derecho mercantil en su que hacer analítico han concluido durante el transcurso de la historia.

Propiamente en el transcurso de la tesis se hace un estudio legal y doctrinario del contrato de corretaje en cuanto a sus características legales, regulación del mismo, llegando a la conclusión que es un contrato de características doctrinarias tales como un contrato de duración celebrado entre vendedor e intermediario y su retribución depende de la conclusión de un negocio jurídico.

La presente tesis llena los requisitos exigidos por el reglamento respectivo, por lo cual mi dictamen es favorable. Sin otro particular, me suscribo de usted, como su atento servidor.

Lic. Carlos Enrique Morales Masaya
ABOGADO Y NOTARIO



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, veintuno de septiembre del año dos mil seis-

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del trabajo de Tesis del (de la) estudiante **THELMA IDANIA LEYTÁN ESCOBAR**, Intitulado "LA IMPORTANCIA DE REFORMAR EL CÓDIGO DE COMERCIO PARA QUE AL CORREDOR LE SEAN PAGADOS SUS HONORARIOS EN LOS NEGOCIOS QUE INTERVINO PERO QUE NO SE CONCLUYERON". Artículo 31 Y 34 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público de Tesis.-

WDC/ahh



ÍNDICE

	Pág.
Introducción.....	
(i)	

CAPÍTULO

1. El derecho mercantil.....	1
1.1 Evolución histórica.....	1
1.1.1 Edad antigua.....	3
1.1.2 Derecho romano.....	5
1.1.3 Edad media.....	5
1.1.4 Época moderna.....	8
1.2 Definición.....	10
1.3 Naturaleza jurídica.....	13
1.4 Características del derecho mercantil.....	16
1.5 Fuentes del derecho mercantil.....	18
1.5.1 La ley.....	18
1.5.2 La costumbre.....	19
1.5.2.1 Relaciones entre la ley y la costumbre.....	21
1.5.3 La jurisprudencia.....	23
1.5.4 La doctrina.....	24
1.5.5 El contrato.....	24
1.6 El derecho mercantil en el sistema jurídico.....	25
1.7 Sujetos del derecho mercantil.....	27

CAPÍTULO II		Pag.
2.	Contratos mercantiles.....	31
	2.1 Definición.....	31
	2.2 Forma de los contratos mercantiles.....	32
	2.2.1 Distinción entre forma y prueba del contrato.....	33
	2.2.2 Contratos formales.....	34
	2.3 Características de los contratos mercantiles.....	34
	2.3.1 La representación para contratar.....	36
	2.3.2 Cláusula compromisoria.....	37
	2.3.3 Los contratos por adhesión.....	37
	2.3.4 Omisión fiscal.....	39
	2.3.5 Libertad de contratación.....	40
	2.3.6 Efectos de la cláusula “rebus sic stantibus”.....	41
	2.3.7 Contratante definitivo.....	42
	2.4 La perfección del contrato mercantil.....	43
	2.5 Clasificación de los contratos mercantiles.....	45
	2.6 El contrato mercantil y las nuevas tecnologías.....	50

CAPÍTULO III

3.	Contrato de corretaje.....	55
	3.1 Reseña histórica.....	55
	3.2 Definición.....	58
	3.3 Características.....	60
	3.4 Naturaleza jurídica.....	61

	Pag.
3.4.1 El corretaje es un contrato.....	61
3.4.2 La autonomía del contrato de corretaje.....	63
3.4.3 La mediación es un contrato principal.....	64

CAPÍTULO IV

4. Propuesta de reforma al Código de comercio de Guatemala, Decreto dos guión 70 del Congreso de la República.....	61
4.1 Que es una ley.....	65
4.1.1 Jerarquía de las normas jurídicas.....	66
4.2 Proceso Legislativo.....	69
4.2.1 Iniciativa de ley.....	70
4.2.2 Presentación.....	71
4.2.3 Admisión.....	72
4.2.4 Discusión.....	72
4.2.5 Aprobación.....	72
4.2.6 Sanción.....	73
4.2.7 Promulgación.....	73
4.2.8 Publicación.....	74
4.2.9 Vigencia.....	74
4.3 Propuesta de reforma al código de comercio de Guatemala, Decreto dos -70 del congreso de la República.....	74
4.3.1 Formas de derogación de la ley.....	74
4.3.2 Propuesta de redacción del decreto.....	76

	Pag.
4.3.2.1 Parte considerativa.....	76
4.3.2.1 Parte dispositiva.....	78
CONCLUSIONES.....	81
RECOMENDACIONES.....	83
BIBLIOGRAFIA.....	85

INTRODUCCION

Al definir sobre que escribiría y propondría como punto de tesis previo a mi graduación como abogada y notaria , fundamentalmente consideré que debería hacerlo sobre Derecho Mercantil. Las razones fueron varias. Primeramente porque es la materia que siempre me gusto, luego porque en lo que respecta al Código de Comercio considero que hay lagunas en blanco que deben de ser reformadas legalmente, para que no existan dudas sobre actitud y el cumplimiento en los negocios jurídicos que se realizan. Fundamentalmente en el Contrato de Corretaje que en la actualidad su aplicación ha adquirido auge tanto nacional como internacional, y mi principal preocupación es que aunque es un contrato típico, aún no reúne los requisitos y características legales que cumplan a cabalidad con las partes que intervienen en un negocio jurídico.

Asimismo inicio la presente con una relación suscrita de lo que es el Derecho Mercantil, su concepto, definición, naturaleza jurídica y características con la finalidad de darle lógica al tema central de la investigación, luego este trabajo desarrollado en forma extensa, luego los contratos mercantiles, su concepto, definición, naturaleza jurídica y características para hacer y establecer una comparación del contrato de corretaje con los contratos mercantiles existentes.

De la misma manera hago mención del corredor en el Derecho Mercantil, su concepto, definición, naturaleza jurídica, características y su historia para tener claro

una de las partes principales que intervienen en el contrato de corretaje y luego en su parte modular de esta investigación el contrato de corretaje, su concepto, definición, antecedentes, características y su historia, para definir su relación jurídica, su aplicación en el comercio nacional e internacional, la aceptación que ha tenido y esta teniendo, luego por último el contrato de corretaje en Guatemala, las obligaciones del corredor, derechos del corredor y las reformas legales que debe implementar Guatemala en relación al Contrato de Corretaje para lograr su mejor aplicación y conforme a la ley obtener las partes que intervengan en el negocio jurídico sus beneficios y conformidad.

En lo personal estimo haber llenado a cabalidad las expectativas que me propuse inicialmente, y estoy conciente del beneficio que se obtendrá si mi propuesta se tome en cuenta para enriquecer nuestro código de Comercio en relación al contrato de Corretaje. Por lo cual espero que en un futuro no lejano el Contrato de Corretaje sea regulado a cabalidad llenando los requisitos y características que se encuentran en blanco. Sea entonces la presente investigación un esfuerzo preliminar para alcanzar tal reforma.

CAPÍTULO I

1. El derecho mercantil.

1.1 Evolución histórica

El derecho mercantil, como rama del derecho en general, es reciente si se toma en cuenta la antigüedad de otras disciplinas jurídicas. “Ello obedece a circunstancias históricas precisas en el desarrollo de la civilización. Ciencias como la historia, la sociología o la antropología, nos enseñan que el hombre, en los iniciales estadios de su vida, satisfacía sus necesidades con los bienes que la naturaleza le proporcionaba de manera espontánea; y si más tarde puso en práctica sus facultades intelectuales y físicas para transformar lo que el ambiente le brindaba, el producto de sus actos creadores no tenía más objeto que llenar necesidades de su núcleo familiar o del reducido grupo al que pertenecía.”¹ En otras palabras, producía para su consumo y sin ningún propósito de intercambio.

Conforme la organización social fue evolucionando y las necesidades se hicieron más complejas, “la actividad económica del hombre sufrió una transformación que habría de inducir el desarrollo de la civilización: la progresiva división del trabajo. Este fenómeno histórico, va a condicionar relaciones sociales que posteriormente hicieron surgir el derecho mercantil.”² Por esa división apareció el mercader, que sin tomar

¹ Villegas Lara, Rene Arturo, **Derecho mercantil I**, pág. 28

² Gaviria Trujillo, Federico Ángel, **El origen de la familia, de la propiedad del estado**, pág. 145

parte directa en el proceso de la producción, hace circular los objetos producidos llevándolos del productor al consumidor. Así surge el profesional comerciante; y así también la riqueza que se produce adquiere la categoría de mercancía o mercadería, en la medida en que es elaborada para ser intercambiada; para ser vendida. Los satisfactores tienen entonces, un valor de cambio y se producen con ese objeto. En principio, ese intercambio era de producto por producto, por medio del trueque. Pero, cuando apareció la moneda como representativa de un valor, se consolidaron las bases para ulterior desarrollo del comercio y del derecho que lo rige.

Según la opinión general, resulta imposible delimitar la materia mercantil en los sistemas jurídicos de la antigüedad, toda vez que estos carecieron de normas que regularan en forma especial al comercio y los comerciantes. “Es cierto y evidente, que los sistemas vigentes en ese estadio histórico, regularon cuando menos en embrión muchas de las instituciones o actos que hoy consideramos como de comercio; pero también lo es que las condiciones políticas, económicas y culturales de la época no hicieron sentir la necesidad de la existencia de una rama especial para regularlos, de tal manera que tales actos constituían una especie indiferenciada en la totalidad de los actos jurídicos.”³ Las normas reguladoras de los actos considerados ahora como de comercio carecían de autonomía y se encontraban dentro del ámbito de las normas jurídicas generales o, cuando más dentro del derecho privado.

³ Todo el derecho, <<Apuntes de derecho mercantil>>, (junio 2006) <http://www.todoelderecho.com>, 03 de julio de 2006

1.1.1 Edad antigua

Las civilizaciones más caracterizadas por la historia hubieron de realizar tráfico comercial y fomentaron costumbre para regirlo. Los egipcios, los fenicios, los persas, los chinos, el mismo hombre americano, comerciaron. Pero, el derecho que esa actividad pudo generar no pasa de ser un lejano antecedente de la materia que estudiamos. Hay culturas que sí vale la pena comentar, principiando por la Grecia clásica, “establezcamos en principio que su mayor aporte a la ciencia jurídica es en el terreno de la política; y por lo tanto, la investigación cobra mayor impacto en los derechos que la desarrollan. No obstante, la proximidad de sus ciudades más importantes al mar mediterráneo y el hecho de que la vía marítima fuera la más expedita para aproximarse a otras ciudades, hizo que el comercio por mar fuera una actividad de primer orden para su economía.”⁴ Con ello se instituyeron figuras que aún ahora, con diferente ropaje, existen en el derecho mercantil en nuestro tiempo. Por ejemplo, el préstamo a la gruesa ventura era, como el contexto lo sugiere, un negocio por el cual un sujeto hacía un préstamo a otro, condicionando el pago por parte del deudor a que el navío partiera y regresara exitosamente de su destino. En el fondo, el prestamista corría riesgo de perder un patrimonio prestado si ocurría en alta mar. Era un préstamo aventurado. Esta institución se considera como antecedente del contrato de seguro. La echazón también se le identifica como aporte griego. “Por ella el capitán del buque podría aligerar el peso a la carga del buque, echando las mercaderías al mar

⁴ Garrigues, Joaquín, **Curso de derecho mercantil**, pág. 15

y sin mayor responsabilidad, si con ello evitaba un naufragio, encallamiento o captura.”⁵

En el derecho mercantil marítimo se le conoce hoy como avería gruesa. “También fueron importantes las famosas leyes rodias, las que deben su nombre por haberse originado en la Isla de Rodas; y era un conjunto de leyes destinadas a regir el comercio marítimo.”⁶

Lo anterior denota que este derecho se originó por la actividad del hombre en el mar; y que cuando hubo facilidad para el tráfico terrestre, las instituciones se adaptaron a una nueva vía de comunicación; y señala también como el desenvolvimiento material generado por el hombre estimula el cambio constante del derecho mercantil.

El comercio, como fenómeno económico y social, se presenta en todas las épocas y lugares. Por ello aún en los pueblos más antiguos pueden encontrarse normas aplicables al comercio, o más bien, a algunas de las relaciones e instituciones a que aquella actividad da origen.

Sin embargo, en esos sistemas jurídicos no existió un derecho especial o autónomo, propio de la materia mercantil. Es decir, no existió un derecho mercantil como hoy lo entendemos, sino tan sólo normas aisladas relativas a determinados actos o relaciones comerciales.

⁵ **Ibid.**

⁶ Garrigues, **Ob.Cit.**, pág. 20.

Entre esas normas los autores hacen especial mención de las llamadas leyes rodias (de la isla de Rodas), que en realidad constituyeron una recopilación de un conjunto de usos sobre el comercio marítimo. Esas leyes han alcanzado fama a través de su incorporación al derecho romano.

1.1.2 Derecho romano

Tampoco puede hablarse de la existencia de un derecho mercantil especial o autónomo en el sistema jurídico de Roma, ciudad que conoció un derecho mercantil como una rama distinta y separada en el tronco único del derecho privado (*ius civile*), entre otras razones, porque a través de la actividad del pretor fue posible adaptar ese derecho a las necesidades del tráfico comercial.

El derecho romano merece un comentario especial. La cultura romana fue creadora de un sistema de alcances insospechados. La vastedad territorial del imperio permitió la aceleración del tráfico comercial; pero no generó un derecho mercantil autónomo. “El *Ius Civile* era un derecho destinado a nombrar la actividad privada de los ciudadanos, fuera o no de carácter mercantil. Una de sus principales características distintivas era la de ser un derecho esencialmente formalista. Para que los negocios jurídicos cobraran validez se les adornaba con fórmulas sacramentales necesarias para el surgimiento de vínculos jurídicos.”⁷

⁷ Comunidad educativa mundial.<<Evolución del derecho mercantil>> [http:// www.ilustrados.com](http://www.ilustrados.com). 08 de julio de 2006

1.1.3 Edad Media

Una de las manifestaciones propias de la edad media, sobre todo en lo que respecta a la organización social, es el feudalismo. El titular de un feudo ejercía poder omnímodo en su jurisdicción territorial y todo lo que allí hacía iba en su propio beneficio, lo que incluía también un poder político. Ese poder entraba en conflicto con los intereses de las monarquías. Tradicionalmente la actividad económica de los feudos era de naturaleza agrícola y excluían el tráfico comercial porque lo consideraban deshonoroso. Fuera de los feudos, entonces, se formaron las villas o pueblos, en donde se atrincheró la naciente burguesía comerciante. La irrupción de esta clase social en la composición de la sociedad marca una etapa transformadora en todo lo que le rodea y su poder de inducir cambios radica en la riqueza comercial. La importancia de la burguesía no radica en los bienes territoriales, sino en la riqueza monetaria que produce el tráfico comercial. La monarquía encuentra en los comerciantes su mejor aliado. Los estimula en su función y con ello se principia a definir lo que hoy se conoce como derecho mercantil.

Los comerciantes se organizaron en asociaciones llamadas corporaciones. Esas corporaciones se regían por estatutos en los que se recogieron las costumbres que ellos mismos habían venido practicando; de allí que a este derecho también se le llama derecho corporativo o derecho estatutario, como connotación histórica. Los estatutos no sólo contenían reglas de derecho que regulan el comercio, los derechos y obligaciones del comerciante, sino también organizaron una jurisdicción propia para la

solución de sus controversias. Esa jurisdicción estaba a cargo de un funcionario llamado cónsul y es el origen de los tribunales propiamente mercantiles que se dan en algunos países. “Como aporte importante de esta etapa se puede señalar la letra del contrato de seguro, inicio del registro mercantil. Pero lo más importante de todo es que el derecho mercantil se transformó en un derecho autónomo del derecho civil, y aún cuando era un derecho para una clase especial, la incidencia de las nuevas convicciones sobre el comercio determinó que el derecho mercantil principiara a caminar por sus propios medios, tratando de estructurar una doctrina plasmada en leyes capaces de regir un fenómeno tan cambiante como el tráfico mercantil. Todo lo que se haya hecho a partir de esa época por esta materia se debe, pues, a las necesidades reales de la nueva clase comerciante.”⁸

El derecho mercantil como derecho especial y distinto del común, nace en la edad media, y es de origen consuetudinario. El auge del comercio en esa época, el gran desarrollo del cambio y del crédito, fueron entre otras las causas que originaron la multiplicación de las relaciones mercantiles, que el derecho común era incapaz de regular en las condiciones exigidas por las nuevas situaciones y necesidades del comercio. El nacimiento del derecho mercantil como tal, está ligado íntimamente a la actividad de los gremios o corporaciones de mercaderes que se organizan en las ciudades comerciales medievales para la mejor defensa de los intereses comunes de la clase. Las corporaciones perfectamente organizadas, no solo estaban regidas por sus estatutos escritos, que en su mayor parte recogían prácticas mercantiles, sino que

⁸ **Ibid.**

además instituyeron tribunales de mercaderes (jurisdicción consular), que resolvían las cuestiones surgidas entre los asociados, administrando justicia según usos o costumbres del comercio. Es así que, en el seno de los gremios y corporaciones, principalmente en las florecientes ciudades medievales italianas, va creándose un conjunto de normas sobre el comercio y los comerciantes, tendientes a dirimir las controversias mercantiles, normas de origen consuetudinario, que son aplicadas por los cónsules, órganos de decisión de aquellos gremios o corporaciones.

Estas normas consuetudinarias, y las decisiones mismas de los tribunales consulares, fueron recopiladas en forma más o menos sistemática, llegando a constituir verdaderos ordenamientos mercantiles de la época.

1.1.4 Época moderna

Se ha insistido en señalar como los hechos que marcan el curso de la historia humana influyen en el derecho mercantil. El descubrimiento de América, surte ese efecto; y a su vez, él constituye una consecuencia del expansionismo mercantilista europeo. El descubrimiento no fue un accidente; fue el resultado de las pretensiones de España, Inglaterra, Francia, Holanda, Italia, que buscaban nuevas rutas para nuevos mercados. La principal vía de comunicación siguió siendo el mar y la legislación insistió en seguirse dando para ese tráfico. Aunque durante varios años el derecho mercantil moderno continuó conservando su carácter de ser un derecho de la profesión comerciante, con la legislación de Napoleón, en 1807, sucedieron dos hechos

importantes: en primer lugar, se promulgó un Código propio para el comercio; y en segundo, el derecho mercantil dejó de ser una ley clasista para convertirse en un derecho destinado a regir relaciones objetivas que la ley tipifica como comerciales, siendo irrelevante que el sujeto de las mismas sea o no un comerciante. Nace así la etapa objetiva del derecho mercantil. La revolución industrial, los inventos importantes en la ciencia, exigieron esa objetivación que durante largo período inspiró a no pocos códigos en el mundo moderno. Por otro lado, las doctrinas liberales se desarrollaron en nuevas leyes protectoras de los intereses de la industria y del comercio, apuntalando el funcionamiento del sistema capitalista.

Fue en Francia donde propiamente se comenzó no solo a comprender y sentir la necesidad reclamada por la actividad del comercio, sino también se satisfizo cumplidamente, asentando la piedra angular sobre que se ha levantado el edificio del moderno derecho mercantil, el que desde entonces, emancipándose completamente del derecho romano, del derecho común y de los derechos forales, no solamente ha adquirido una verdadera autonomía jurídica, sino que tiende a obtener un carácter de universalidad internacional, llegando su influencia, como es natural, hasta modificar los preceptos del derecho civil de cada pueblo, pues el cotejo de los diversos códigos mercantiles, su estudio comparativo por los jurisconsultos y su perfeccionamiento constante, conducen inflexiblemente a correcciones del derecho civil, que de todas maneras tiene que estar en armonía con el derecho mercantil de cada Estado.

Fue así que partiendo de obras como el Code Merchant francés de 1673 un gran número de Estados redactaron legislaciones similares para regular la materia que nos compete. Este gran movimiento legislativo de todas las naciones trajo consigo un gran movimiento científico en la esfera de la literatura jurídica del derecho mercantil, cuyas obras de estudio forman hoy una riquísima biblioteca. Sobre todo la materia de la legislación comparada adquirió, como era de esperarse, un gran desarrollo, pues siendo el comercio cosmopolita por su naturaleza y por el grande impulso que en los tiempos modernos le comunican las pacíficas relaciones internacionales, los tratados, las vías de comunicación marítimas y terrestres, es natural que el derecho mercantil, reflejo de las necesidades del comercio, tienda a buscar esa unidad de preceptos y doctrinas, esa universalidad de principios que exige el cosmopolitismo del tráfico en sus diversas manifestaciones. Entre los varios ramos de la legislación mercantil hay algunos en que más se ha acentuado la necesidad de uniformar el derecho de las distintas naciones, como sucede en lo relativo a las letras de cambio entre muchos otros aspectos.

Con motivo de la necesidad de uniformar por lo menos ciertos aspectos del derecho mercantil entre las diversas naciones se comenzaron a celebrar congresos y conferencias entre estas para llegar a acuerdos y tratados. Siendo la primera de ellas la reunión en Berna en 1878, a la cual le han seguido innumerables intentos a través del tiempo con el fin de lograr la tan deseada obtención de acuerdos que produzcan la uniformidad tan necesaria en materias mercantiles.

1.2 Definición

El derecho mercantil se puede definir como: “el conjunto de normas relativas a los comerciantes como tales, a los actos de comercio y a las relaciones jurídicas derivadas de la realización de estos. También se le puede denominar derecho comercial. La mercantilidad de una relación o de un acto encuentra su fundamento en una noción objetiva, que es el acto de comercio. El derecho mercantil vigente es un derecho de los actos de comercio, de los que lo son intrínsecamente, aunque en muchos casos el sujeto que los realiza no tenga la calidad de comerciante (sistema Objetivo). Por lo tanto el derecho mercantil se puede definir como el conjunto de normas jurídicas que se aplican a los actos de comercio legalmente calificados como tales y los comerciantes en el ejercicio de su profesión.”⁹

En un principio el derecho mercantil regulaba las relaciones de los comerciantes que lleva implícita la actividad mediadora. En este momento se podría afirmar que el derecho mercantil era el derecho del comercio. En la actualidad lo relacionado con la materia mercantil rebasa en mucho los límites de la actividad comercial.

No se puede olvidar que el comercio lleva implícita la idea de cambio o tráfico. En el comercio se producen o se adquieren bienes no con la finalidad principal de consumirlos si no de cambiarlos por otros, siendo necesaria la actividad de intermediación y el fin de lucro.

⁹ Wikipedia,<<Derecho mercantil>>, (01 de enero de 2006), <http://www.es.wikipedia.org>. 08 de julio de 2006

Debido a lo complejo del tema, los tratadistas en esta materia han elaborado varias definiciones del derecho mercantil.

De Pina Vara dice: “gran parte de los negocios y actos regulados en la actualidad por el derecho positivo mercantil no tiene relación con aquel concepto económico de comercio a que nos hemos referido. Son mercantiles simplemente porque la ley los califica como tales, independientemente de que tengan o no carácter comercial desde el punto de vista estrictamente económico”.¹⁰ También dice: “ el derecho mercantil es el conjunto de normas jurídicas que se aplican a los actos de comercio legalmente calificados como tales y a los comerciantes en su ejercicio de su profesión”.¹¹

Mantilla Molina, el derecho mercantil es: “El sistema de normas jurídicas que determinan su aplicación mediante la calificación de mercantiles dada a ciertos actos, y regulan estos y la profesión de quienes se dedican a celebrarlos”.¹²

Barrera Graft, opina que el derecho mercantil es: “La rama del derecho privado que regula los actos de comercio, la organización de las empresas, la actividad del comerciante, individual y colectivo y los negocios que recaigan sobre las cosas mercantiles”.¹³

¹⁰ De Pina Vara Rafael, **Derecho mercantil I**, pág. 18

¹¹ **Ibid.**

¹² Mantilla Molina, Roberto, **Introducción al derecho mercantil**, pág. 55

¹³ Barrera Graft, Jorge, **Derecho mercantil**. pág. 167

Para Cervantes Ahumada la materia del comercio que constituye al derecho mercantil comprende “al comerciante o titular de una empresa mercantil, la empresa y las demás cosas mercantiles (dinero, mercancía, títulos de crédito, etc.), los actos concretos de la actividad comercial (actos de comercio) y los procedimientos judiciales o administrativos aplicables exclusivamente a los comerciantes (juicios mercantiles, procesos de quiebra, etc.).”¹⁴

Por tal motivo se puede afirmar que el derecho mercantil es el derecho del comercio, derecho de los comerciantes, derecho de las empresas y de las cosas involucradas en el tráfico mercantil

1.3 Naturaleza jurídica

Para definir la naturaleza jurídica del derecho mercantil, lo haré analizando los caracteres generales que determinan los límites dentro de los cuales se erige dicho derecho.

En vista de que se está en presencia de un derecho, los caracteres del mismo se han conformado a través de opiniones de jurisconsultos, quienes con sus aportes teóricos han llegado a configurar el contenido y extensiones del derecho mercantil, y en su totalidad, refleja los intereses y conflictos de la estratificación social. Si nos damos cuenta en esta rama del derecho no es difícil de detectar este reflejo, es en el derecho mercantil, porque esta vinculado en la forma mas caracterizada con el sistema

¹⁴ Cervantes Ahumada, Raúl, **Boletín de derecho mercantil**, Pág. 5

capitalista. Y, en lo que se refiere a su complejidad de contradicciones, sus crisis, sus renovaciones se manifiestan en el contenido de sus normas. Algunos autores lo tipifican como el derecho del sistema capitalista.

El derecho mercantil se ha desarrollado con una doctrina liberal, en la que se establece una libertad individual por lo consiguiente una libertad de comercio.

Sin embargo, en la primera mitad del siglo XX se practicó la idea de limitar su autonomía de voluntad, esto para la libre contratación y de hacer que el Estado interviniera como sujeto de actividades comerciales.

En algunos casos como en los países socialistas se practicó en forma absoluta, y en otros países regulando la intervención del Estado en ciertos renglones de la economía.

Sin embargo cuando se pretende que el Estado reduzca su intervención en la economía, particularmente en lo que respecta al comercio, no debe considerarse esa intención como algo global. Si en los países con atraso económico y social existe una sociedad con evidencia de desigualdades no es conveniente convertir al Estado como arbitro de los intereses que expresen la existencia humana. Habrán áreas de la vida humana en donde es necesaria la intervención del Estado, en el caso de la educación, salud, seguridad y vivienda mínima, pero no se justifica como en el caso de transportar granos básicos, transportar personas u otros productos de primera necesidad.

Es importante considerar los fines de los comerciantes sean estos individual o social. Tomando en cuenta que es propio de las actividades comerciales un interés con el pensamiento puesto en las ganancias. Esto hace necesario que debe existir una legislación que proteja y garantice lo siguiente: Primero prohibir los monopolios y los privilegios porque no permiten la actividad comercial y la libertad de competencia, segundo establecer normas imperativas, limitantes de la libertad jurídica del comerciante, con el propósito de proteger al consumidor final.

Además, de lo expresado sobre el derecho mercantil es importante decir que es la rama del derecho que tiende a internacionalizarse, también que se ha desvirtuado su naturaleza jurídica ya que los que se dedican a cultivarla han sufrido de desesperación científica por la variedad de fenómenos que esta sufriendo. Lo decimos porque los intentos separatistas o fraccionarios que se han pretendido en el derecho mercantil, con el fin de crear unidades aisladas son una infinidad conforme a la sistematización legislativa. Como lo es el derecho de sociedades, derecho de seguros, derecho bancario, derecho bursátil, no se cree que esto genere beneficio que pueda ser útil a la ciencia por ser excesiva especialización.

Cualquier jurista, jurisconsulto, juez o profesor del derecho que pretenda ser perito en un derecho como el mercantil, se siente científicamente insatisfecho por reducirse el conocimiento a un sector que le hiciera olvidar que existe una interrelación entre las diversas ramas del derecho.

Por lo anteriormente expresado del derecho mercantil su naturaleza jurídica se compenetra en lo referente a la actividad comercial.

1.4 Características del derecho mercantil

- a) Es un derecho individualista; al ser una parte del derecho privado regula las relaciones entre particulares y por lo tanto deja de lado aquellas relaciones jurídicas en las cuales intervienen los poderes públicos.

- b) Es un derecho consuetudinario; derecho que a pesar de estar codificado se basa en la tradición.

- c) Es un derecho progresivo, al mismo tiempo que evolucionan las condiciones sociales y económicas el derecho mercantil ha de ir actualizándose.

- d) Es un derecho global/internacionalizado; las relaciones económicas cada vez son más internacionales por lo que este derecho ha tenido que internacionalizarse. Para lo cual diversos organismos trabajan para su normativización internacional. Así tenemos a Uncitral de las Naciones Unidas, Unidrot, la Cámara de Comercio Internacional de París que desarrolla los Incoterms (cláusulas que con carácter internacional se aplican a las transacciones internacionales), la Asociación Legal Internacional y el Comité Marítimo Internacional.

- e) La tendencia a la socialización o estatificación del comercio. En la época del liberalismo el Estado no intervenía en la vida comercial, se consideraba como principal objeto del derecho mercantil, el fin de lucro; en la actualidad y a veces con cierta frecuencia, la actividad comercial, adquiere en mayor grado la naturaleza de función social. Así vemos como el Estado mexicano interviene en la vida comercial, en ocasiones ejerce el comercio a través de organismos públicos especializados; también fija precios y establece cuotas de producción, siendo preponderante el servicio social y el interés público. Por tal motivo no se puede considerar que en la actualidad en la actividad económica el lucro sea la base del derecho mercantil.
- f) Fecundidad en la creación de instrumentos jurídicos. En el transcurso de la historia el derecho mercantil ha sido constante creador de instrumentos relacionados con la materia y así tenemos por ejemplo los títulos de crédito, las personalidades de las sociedades mercantiles, el crédito, en especial y últimamente las tarjetas de crédito, etc.
- g) Celeridad. En la vida mercantil siempre se ha requerido de rapidez sobre todo para la gravitación de juicios. En la actualidad nuestros códigos no responden como se quisiera a dicha necesidad. Es conveniente hacer importantes cambios al respecto.

1.5 Fuentes del derecho mercantil

1.5.1 La ley

La ley es la principal fuente formal del derecho mercantil, y en nuestro sistema, elaborarla corresponde al Congreso de la República.

En consecuencia entendemos por norma mercantil, toda aquella disposición obligatoria de carácter general y abstracto emanada del Congreso de la República y provista de una sanción soberana que regulan la materia delimitada como mercantil.

Ahora bien, nuestra legislación mercantil se encuentra sumamente dispersa, toda vez que, por una parte, muchas de las materia que originalmente se encontraban reglamentadas en el Código de Comercio, se han segregado de él a virtud de leyes derogatorias; y por la otra, se han expedido múltiples ordenamientos que han venido a regular materias no comprendidas antes en dicho Código, de aquí que pueda decirse que nuestra legislación mercantil se encuentra integrada por el Código de Comercio y por las leyes derogatorias y complementarias de él.

Por lo que toca a leyes complementarias es posible citar (por dar un par de ejemplos) la Ley de derechos de autor, la Ley General de Almacenes de depósitos.

La ley mercantil de carácter general, es el Código de Comercio, el cual integra los aspectos generales del derecho mercantil, pues es dentro de su mismo cuerpo, derecho sustantivo y adjetivo, pero además se encuentra apoyado por una serie de leyes y reglamentos que regulan materias específicas a las cuales llamamos Leyes Especiales del derecho mercantil.

La contemplación del campo legislativo mercantil descubre un fenómeno interesante: la abundancia de leyes especiales, que contrasta con la escasez de estas leyes en el derecho civil, como si en el derecho mercantil la tarea codificadora hubiese sido mucho más restringida. Pero esta no es la razón, la razón está en que la insuficiencia de los códigos para regir todas las relaciones sociales cuyo ámbito abarcan, se muestra más claramente en derecho mercantil. Los nuevos hechos, necesitados de nueva ordenación jurídica, se producen más rápidamente y en mayor número en la vida mercantil. Los Códigos de Comercio nacen para quedar pronto anticuados y es preciso recurrir a una legislación casuista y complementaria, que la vida civil, desarrollada a un nivel más lento, no reclama con pareja urgencia.

Estos hechos son los que han dado lugar a la promulgación de múltiples leyes especiales, que han venido a modificar o a completar la regulación contenida en el Código.

1.5.2 La costumbre

Sin lugar a dudas y según se ha asentado, en los sistemas de derecho escrito, la costumbre ocupa un papel secundario o limitado en cuanto a la productividad de normas jurídicas, en relación con la ley, aunque le reconocemos a aquélla el carácter de fuente formal autónoma e independiente de ésta.

Ahora bien, en forma tradicional y unánime se reconoce que son dos los elementos constitutivos de la costumbre, de los cuales uno es materia u objetivo (*inveterata consuetudo*) y el otro psicológico (*opinio iuris atque necessitatis*), y se define como la repetición constante y generalizada de un hecho, con la convicción de que ese actuar es jurídicamente obligatorio.

Nuestra legislación para el efecto de colmar algunas lagunas o en prevención de ellas, con alguna frecuencia remite a la costumbre y a los usos (de ahí que convenga determinar si se trata de conceptos iguales o diversos)

La costumbre, tiene fuerza para crear normas jurídicas mientras que el uso desempeña una función más modesta, que consiste en suministrar contenido a las normas legales que lo invocan, además la costumbre, en cuanto que constituye una norma jurídica, no está sujeta a prueba, mientras que el uso, por integrar solamente un elemento de hecho, precisa probanza.

Es decir, por una parte, la costumbre constituye una fuente de derecho paralela a la ley (aunque de menor importancia) y por la otra que es frecuente que la ley, ante la presencia de lagunas o en prevención de ellas, haga referencia a elementos del hecho que vienen a desempeñar una función integradora o supletoria, es decir, haga referencia a los usos.

Sin embargo, cabe advertir que nuestro legislador, al referirse a los usos en sentido técnico, emplea en forma indiscriminada este vocablo, pues según parece los considera como sinónimos, de ahí que el intérprete deba tener cuidado al distinguir la costumbre verdadera y real, del uso, o elemento objetivo, cuya función es integradora o supletoria.

1.5.2.1 Relaciones entre la ley y la costumbre.

En relación con la función que la costumbre desempeña frente a la ley, se distinguen tres especies de costumbres, cuya validez conviene analizar: la consuetudo secundum legem, la consuetudo praeter legem, y la consuetudo contra legem.

La primera de estas especies, o sea la consuetudo secundum legem, no da origen a problemas, toda vez que, por tratarse de una costumbre conforme a la ley, su aplicación y validez queda fuera de toda duda.

Con respecto a la consuetudo *praeter legem*, o sea, la costumbre que complementa a la ley colmando lagunas, precisa el sentido de ella en los casos dudosos, o regula instituciones desconocidas, consideramos que su aplicación tampoco presenta problemas, pues hemos atribuido a la costumbre el carácter de fuente formal y autónoma del derecho, de tal manera que la norma consuetudinaria nace al lado de la ley y con igual jerarquía que ésta.

Por el contrario, la consuetudo *contra legem* implica problemas de extrema delicadeza, tanto si se trata de una costumbre visiblemente contraria a las disposiciones de derecho escrito y tienda a derogarlas (consuetudo *abrogatoria*), como cuando se trata de anular una disposición por desuso (*desuetudo*).

La legislación de nuestro país nos dice que una consuetudinaria solo puede formarse, si el comportamiento destinado regular está constituido por actos lícitos o conformes al orden público, de tal manera que toda práctica en desacuerdo con una norma escrita constituye un ilícito y no puede, por ende, dar lugar a la formación de una costumbre. En virtud del principio según el cual "contra la observancia de la ley no se admite desuso, costumbre o práctica en contrario".

Sin embargo, la realidad cotidiana nos indica lo contrario, tal es el caso de los menores, carentes de capacidad de ejercicio, que a diario realizan por sí mismos actos jurídicos patrimoniales de poca monta u operaciones de crédito en pequeña escala, tan simples como la compraventa de un periódico, contratos de transporte, etc., actos y

operaciones que de conformidad con la ley civil, obviamente resultan nulos, pero que por el reducido monto de ellos o la condición social del menor, la costumbre los admite como válidos, de tal manera que no se estiman anulables.

En resumen y en aplicación de lo dicho al derecho mercantil, afirmaremos que, aunque históricamente gran parte de las normas comerciales encuentran su origen en la costumbre, en la actualidad la importancia de esta fuente ha disminuido sensiblemente, dada la cada día más frecuente intervención del legislador en materia de comercio y la posibilidad de dictar normas que se ajusten en forma eficaz y rápida a las circunstancias siempre cambiantes del comercio. Sin embargo, esto no quiere decir que no existan algunas costumbres comerciales que regulen casos imprevistos por el legislador y otros de costumbres contrarias a disposiciones taxativas (o sea, aquéllas que obligan a los particulares en todos los casos independientemente de su voluntad) escritas, que traen como consecuencia su derogación.

1.5.3 La jurisprudencia

Conforme nuestro ordenamiento jurídico, la jurisprudencia no es fuente de derecho. La estructura constitucional del estado de Guatemala, establece que la ley sólo puede producirse en el Organismo Legislativo. Por otro lado, cuando el Código Procesal Civil y Mercantil establece los efectos de cinco fallos reiterados en juicios ordinarios sometidos a casación, no significa que se estén creando nuevas normas de observancia obligatoria. La función que la jurisprudencia tiene encomendada en

nuestro país, es adecuar correctamente la norma al caso concreto; es interpretar el derecho vigente y preexistente, pensando lo ya pensado. Otro sería el caso si fuera una jurisprudencia sociológica o jurisprudencia de intereses, en la que el juez sí crea derecho, tal como sucede en el derecho norteamericano.

1.5.4 La doctrina

A la doctrina no pocos autores le niegan calidad de fuentes del derecho. Sin embargo, en el derecho mercantil sucede algo especial. Por el lento proceso legislativo, es indudable que la doctrina planteada por los científicos del derecho va adelante del derecho vigente. La doctrina corre pareja con la práctica; lo que no sucede con la ley. Entonces, para que este derecho sea viable fácticamente, los principios del derecho mercantil, que son doctrinarios, vienen a ser una fuente coadyuvante en la interpretación del contexto legal, por disposición del Artículo uno del Código de Comercio. Pero, no debe considerársele una fuente aislada y que produzca efectos ella sola. Creemos que la doctrina puede funcionar como los usos; coadyuvar al esclarecimiento del derecho vigente, con la diferencia de que, por su solidez científica, juega un papel preponderante en el conocimiento de los problemas que tienen que resolverse dentro del contexto del derecho mercantil.

1.5.5 El contrato

El contrato ha sido considerado como fuente del derecho sobre todo en el campo del derecho privado. Olvidando un poco la teoría Kelseniana, en donde la única fuente del derecho es la ley, podemos considerar que el contrato es fuente del derecho mercantil en la medida en que recoge convenciones de los particulares, provenientes de la esfera de la autonomía de la voluntad. Si observamos detenidamente algunos ejemplos de contratos formularios que se dan en la práctica comercial, nos encontramos que muchos de ellos contienen una serie de convenios propios de cierto tipo de negocios o bien regulan características del comercio local, nacional o internacional. “Si en algún campo del derecho privado se dan modalidades muy especiales al celebrar un contrato, en el terreno mercantil y por ello podríamos considerar como una fuente. Sin embargo recordamos que el contrato ha sido definido como ley entre las partes; y en ese sentido vendría a ser una fuente muy particular, que sólo tiene radio de acción para los sujetos que en él hayan intervenido como partes; pero no generaría disposiciones de observancia general. Con esa limitación, se puede considerar el contrato como fuente.”¹⁵

1.6 El derecho mercantil en el sistema jurídico

El derecho mercantil es el sistema de normas jurídicas que determinan su campo de aplicación mediante la calificación de mercantiles dadas a ciertos actos, y regulan

¹⁵ Cervantes Ahumada, **Ob.Cit.** pág. 125

estos y la profesión de quienes se dedican a celebrarlos.

El derecho mercantil debe de ser considerado como un derecho especial, que tiene un campo de aplicación que determina el propio sistema mediante las correspondientes normas delimitadoras.

El sistema de tribunales mercantiles supone que en toda controversia surgida del comercio hay aspectos técnicos que pueden ser apreciados mejor por el comerciante que por el jurista, pero lo cierto es que en la mayoría de los juicios referentes al comercio se plantean solo problemas jurídicos, y en ellos el lego en derecho no debe tener injerencia alguna.

El derecho mercantil emplea las mismas categorías o conceptos generales que el derecho civil, el procesal del trabajo, etc.: sujeto jurídico, relación, objeto, capacidad, etc. Todas estas ramas del derecho no son sino partes integrantes de un mismo todo, la pirámide de normas del acertado tropo kelsiano; entre todas las normas que la forman existe una íntima interdependencia, todas derivan de un mismo principio único la constitución originaria. Evidentemente a la unidad coherente del derecho positivo de un Estado cualquiera, ha de corresponder la unidad de la ciencia que estudia. Hay pues una sola ciencia del derecho positivo, y no hay una ciencia del derecho mercantil o del procesal, del penal, etc., no son sino capítulos de la aludida ciencia única, formados por razones didácticas, históricas o de división del trabajo.

El comercio entre diversas naciones ha tenido y sigue teniendo, gran importancia económica y cultural: ha sido estímulo para grandes hazañas como el Descubrimiento de América, y también de guerras infames como lo fue en el siglo pasado, la guerra del opio.

En el terreno jurídico, ha originado instituciones como la letra de cambio: en el comercio internacional cobran extraordinaria importancia contratos como el de transporte y el de seguro marítimo.

Por su naturaleza misma ha tenido que encarar el problema de la diversidad de los regímenes jurídicos de las naciones entre las cuales se efectúa el tráfico. Existe un grupo de normas jurídicas que pretende resolver los problemas respectivos: constituyen una rama, o por lo menos una parte de la rama, del derecho llamada en los países del common law que son normas de conflictos de leyes que se encuentran dentro del derecho internacional privado.

Este conjunto de normas tiene carácter de derecho interno de cada país, (Niboyet): estos pueden ser diferentes en cada uno de los países entre los cuales se realiza el comercio: por lo tanto llegan a suscitar algunos problemas, y se tiende a celebrar convenciones internacionales, que armonicen las normas del conflicto de leyes.

Mejor que resolver un problema, es evitarlo. No habrá conflicto de leyes entre los países que adopten un mismo régimen jurídico.

1.7 Sujetos del derecho mercantil

Los sujetos del derecho mercantil lo son tanto los sujetos que realizan accidentalmente actos de comercio. Toda persona que tiene capacidad de ejercicio de derecho civil la tiene también para realizar por si misma actos de comercio. Sin embargo, algunos de estos actos no pueden celebrarse validamente sino por personas que reúnan determinados requisitos Solo las sociedades anónimas pueden emitir los títulos valor llamados obligaciones: el carácter de asegurador solo puede ser asumido por sociedades autorizadas por el Estado.

Pero en todo caso en que no exista una disposición legal expresa en contrario, los actos de comercio pueden ser celebrados por cualquier persona física no incapacitada civilmente. Existen actos absolutamente mercantiles que pueden ser celebrados en nombre de un incapaz, por sus representantes legales.

Un análisis demuestra que las personas morales no comerciales pueden realizar actos de comercio, incluso aquellos cuya mercantilidad depende de la intención siempre que lo contrario no resulte de la ley o acto constitutivo que regula el funcionamiento de la persona moral de la que se trata, o que su realización no sea incompatible con los fines de la propia persona moral.

La primera capacidad para ser comerciante, la tiene como regla general, cualquiera persona, sin que a ella obsten las incompatibilidades y prohibiciones que la

ley establece tomando en consideración la persona misma del presunto comerciante, ni las restricciones que las leyes especiales imponen para determinados ramos de la actividad mercantil. En cuanto a la capacidad para ejercer el comercio, es preciso distinguir situación del mayor de edad que no ha sido declarado en estado de interdicción.

Las personas morales organizadas conforme a algún tipo de sociedades mercantiles tienen la consideración legal de comerciante, cualquiera que sean las actividades a que se dediquen, e independientemente de la nacionalidad que a las propias sociedades se atribuya. La doctrina llama sociedades de economía mixta a aquellas en que el estado tiene participación, ora en el capital, ora en la administración.

Basándose en que constitucionalmente solo el estado impartirá educación primaria, secundaria y normal, y que los particulares podrán hacerlo únicamente con la autorización de aquel, como un servicio público descentralizado por colaboración el que prestan las instituciones dedicadas a la enseñanza en los grados señalados.

Como tales instituciones están organizadas, en gran número de casos, como negociaciones mercantiles, habrá de considerárselas como comerciantes que prestan un servicio público.

CAPÍTULO II

2. Contratos mercantiles

2.1 Definición

Cuando se habla de contrato mercantil, la cuestión no está en el sustantivo mercantil. Se parte del concepto de contrato acuñado en el derecho civil, y por tanto se establece que “el contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse, respecto de otra y otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio.”¹⁶

Un contrato mercantil es un acuerdo que tiene carácter comercial, el cual es celebrado entre dos o más personas, del cual se derivan uno o más derechos u obligaciones. Para que un contrato sea calificado de mercantil, debe versar sobre actos de comercio, definidos según la legislación aplicable.

Prescindiendo del criterio automático de la inclusión en el Código de Comercio se quiere definir el contrato mercantil atendiendo a su naturaleza específica, diríamos que es el contrato que se produce en el ejercicio de una empresa mercantil. Contrato mercantil y contrato de empresa son términos equivalentes. Por ello, la realidad económica del contrato mercantil subsiste aun en aquellos ordenamientos legislativos, como es el italiano, donde ha desaparecido el Código de Comercio como Código independiente. El hecho de ser los contratos mercantiles contratos de empresa explica

¹⁶ Garrigues, **Ob. Cit**, pág. 12

muchas de las características económicas de esos contratos que la técnica del derecho mercantil ha recogido, aunque no en la medida que fuera deseable. Por esta razón hay que distinguir como problemas distintos, de un lado, el problema técnico jurídicos de los requisitos legales que convierten un contrato en contrato mercantil y de otro, las características que en la realidad del tráfico distinguen a los contratos mercantiles y determinan su especial regulación jurídica.

En el segundo aspecto, los contratos mercantiles se distinguen por las notas de la rapidez y del rigor. Rapidez en la conclusión exige ausencia de formalismo. La mayoría de los contratos mercantiles se pactan sin formalidad alguna, generalmente por carta, por telegrama o por teléfono, si es entre ausentes. Los contratos formales son, como veremos más adelante, una excepción. La libertad de forma es la regla general. La rapidez se refiere también a la ejecución del contrato.

2.2 Forma de los contratos mercantiles

La forma es el modo de presentarse el negocio frente a los demás en la vida de relación, su forma externa. En este sentido, todos los contratos serían formales, porque todos necesitan de una cierta forma, oral o escrita, para darse a conocer en la vida de relación. La distinción entre contrato formal y no formal se funda más bien en la posición que adopta la ley respecto a la autonomía de las partes en cuanto a la elección de una forma. Cuando la ley niega esa autonomía e impone al contrato una determinada forma, se dice que el contrato es formal. Cuando, por el contrario, deja a

los interesados en libertad respecto de la forma, se dice que el contrato no es formal. De aquí que la distinción de que se trata se convierta en la de contratos con forma libre y contratos con forma impuesta.

Estas ideas aclaran el verdadero significado que tiene el principio llamado de libertad de forma de los contratos. Este principio no quiere decir que la declaración se pueda emitir sin observar forma alguna, porque si así fuere se diría una cosa privada de significación. Con esa frase se quiere decir que el declarante tiene libertad de elección de la forma, sobrentendiéndose que, en todo caso, es indispensable al menos la forma verbal. Así entendido el principio de libertad de forma, es cierto que el derecho contractual momento, alma del contrato, puede manifestarse en cualquier forma (oral, escrita simplemente o escrita en forma solemne) y no por ello deja de producir los efectos inherentes al contrato en cuestión.

Las exigencias de la buena fe y de la rapidez propias de la contratación mercantil, justifican la validez en nuestro derecho del principio de la libertad de forma: basta la palabra oral para crear una obligación mercantil.

2.2.1 Distinción entre forma y prueba del contrato

Aunque el Código de Comercio, trata indistintamente de la forma y de la prueba de los contratos mercantiles, son cosas esencialmente distintas, de las cuales la primera regula la génesis, ejercicio y extinción de los derechos, en tanto que la segunda

trata exclusivamente de su demostración en juicio. La forma se refiere al requisito insustituible para que el acto exista o produzca los efectos que le son naturales. La prueba mira al medio sustituible para que pueda demostrarse que el acto existe.

Forma y prueba, están ligadas por estrecha relación, donde se exija una forma determinada para la existencia de un contrato, éste no podrá ser probado más que con tal forma, porque si pudiese ser probado por otros medios, no sería cierto que no podía existir sin aquella forma. Al contrario, si se admite la prueba libre de un contrato, implícitamente se deduce que ese contrato no es formal.

2.2.2 Contratos formales

En derecho mercantil, las excepciones al principio de libertad de forma, atienden varias finalidades: prevenir contra precipitaciones, dar seguridad sobre el momento de la perfección del contrato separándola de los tratos preliminares, dar mayor firmeza al contenido del contrato, hacerlo oponible frente a terceros, etcétera.

2.3 Características de los contratos mercantiles

Al hablar de las fuentes del derecho mercantil, dijimos que el contrato es considerado como fuente del derecho, aunque no de carácter general, porque es ley únicamente entre las partes que lo celebran. El contrato, como acto jurídico, constituye el medio para que se de el movimiento en el tráfico comercial y aun cuando las

obligaciones mercantiles no necesariamente devienen de el sigue siendo una categoría para el surgimiento de obligaciones de origen contractual.

Es un contrato regulado en el derecho mercantil. Hay que tener en cuenta que un mismo contrato puede tener regulaciones diferentes según si se califica como civil o mercantil. Por ejemplo, las condiciones de una compraventa pueden ser diferentes.

Es un contrato privado en el que las partes deben ser particulares. En el momento en que en un contrato una parte sea un organismo público, el contrato será un contrato público y no mercantil.

No obstante un ente público (un ayuntamiento, una comunidad autónoma, el Estado), puede actuar como un particular, o sea, desprovisto de potestas y firmar un contrato mercantil con un particular. En tal caso el contrato se rige por las normas del derecho mercantil (derecho privado) y no por el derecho público.

La teoría general del contrato no difiere diametralmente entre el campo civil y el mercantil de manera que los conceptos fundamentales son aplicables a este tema. Por ese motivo es que los autores no desarrollan una teoría general del contrato mercantil, lo que se hace es señalar aquellas características especiales de los contratos mercantiles que existen para adaptar la forma a un conjunto de relaciones objetivas que, como antes hemos señalado, se producen en masa, con celeridad, con reducidos formalismos, los que casi no se observa en la contratación civil.

Al tratar de establecer las especialidades que el derecho guatemalteco le asigna a los contratos mercantiles o a las formas de mismo contexto de la ley. Pero antes, es necesario que recordemos el Artículo 1517 del Código Civil, que dice: “Hay contrato cuando dos o mas personas convienen en crear, modificar o extinguir una obligación”

2.3.1 La representación para contratar

En el derecho mercantil funciona lo que se llama la representación aparente, o sea que una persona se manifiesta como representante de otra, sin necesidad de ostentar un mandato, como sería necesario en el tráfico civil. Esta singularidad del campo mercantil ya la expusimos al estudiar los títulos de crédito, de manera que no resulta difícil entender esta característica de la contratación mercantil: un agente vendedor llega a una tienda y realiza un negocio de suministro de mercadería en nombre de su principal, este envía la primera remesa o realiza otro acto que denota el conocimiento que tiene de lo que en su nombre realiza el agente viajero. Si el principal comerciante quisiera incumplir sus obligaciones de suministro, alegando que el agente viajero no tenía mandato para representarlo, su argumento carecería de fundamento porque en ese caso se dio la representación aparente, o sea, representar a otro sin mayores formalidades, siempre y cuando, expresa o tácitamente, se de la confirmación por parte del representado. Esta particularidad en el surgimiento del contrato mercantil se encuentra en el Artículo 670 del Código de Comercio.

2.3.2 Cláusula compromisoria

Los Artículos 270 y 272 del Código procesal civil y mercantil, establecen que toda controversia relativa a los contratos puede dirimirse mediante juicio arbitral, si axial se consigna en escritura publica. En el terreno mercantil es diferente: un contrato puede discutirse mediante arbitraje sin necesidad de que la cláusula compromisoria conste en escritura pública, lo que viene a ser una característica del contrato mercantil. (Arto. 671 del Código de Comercio).

2.3.3 Los contratos por adhesión

El llamado contrato por adhesión ha sido discutido profundamente en la doctrina, tanto por la forma en que se da el negocio como en lo referente a su conveniencia para contener auténticas manifestaciones de voluntad. Se le critica, fundamentalmente, el hecho de colocar al consumidor en una posición de desventaja frente al que le ofrece un bien o un servicio. Sin embargo, quienes lo defienden consideran que es el medio mas adecuado para aquellas transacciones que se dan en grandes cantidades. Por eso se ha considerado que esta modalidad de contrato es más susceptible de darse en el campo mercantil, aunque no es extraño a las relaciones civiles, aun cuando se le revista de procedimientos diferentes. Por ejemplo, cuando se venden inmuebles por medio de compañías lotificadoras o constructoras, el comprador esta en la imposibilidad de discutir los términos en que se le vende y por ello es un contrato por adhesión. En el campo comercial esta forma de contratar es lo mas corriente. Por eso es que el Código

de Comercio establece algunas reglas, tímidas por cierto, para interpretar los contratos por adhesión, con el objeto de proteger al contratante que recibe la oferta de contrato. Estos contratos, llamados en forma mas técnica “contratos por adhesión”, son producto de la negociación en masa son elaborados en serie, según la ley de los grandes números, sometidos a las leyes de un estandarización rigurosa, que por un proceso de tipificación contractual reduce al mínimo el esfuerzo de las partes y la perdida de tiempo. Cómo puede lograrse que esos contratos por adhesión no sean contrarios a los intereses de la masa consumidora. Que el Estado tuviera un órgano que revisara previamente los formularios, machotes o pólizas, antes de que se usaran con el público, tal como esta previsto en el Código Civil para los formularios de la empresa que presta servicios públicos, previsión que debió ser para todo contrato por adhesión.

En cuanto al Código de Comercio se refiere, debemos distinguir dos situaciones que disciplinan el contrato por adhesión:

- a) Contratos mediante formularios (Artículo. 672). En los contratos estandarizados mediante formularios, su interpretación se rige por las siguientes reglas:
 - I) Se interpretan, en caso de duda, en sentido menos favorable de quien preparo el formulario.
 - II) Cualquier renuncia de derechos tiene validez si en la redacción del documento aparece en caracteres tipográficos mas grandes o diferentes al resto del documento, y,

III) Las cláusulas adicionales prevalecen sobre las generales, aunque estas no hayan sido dejadas sin efecto.

b) Contratos mediante pólizas (Artículo 673). Hay contratos que se celebran mediante pólizas (el seguro), mediante facturas (una compraventa), mediante órdenes o pedidos (el suministro). En estos contratos puede suceder que los términos en que se contrato, difieran de los que dice el documento. Para ello se puede pedir la rectificación dentro de los quince días siguientes a aquel en que se recibe el documento, de lo contrario, se consideran aceptadas las condiciones consignadas. Asimismo, si la persona contra quien se reclama no contesta dentro de quince días, se considera aceptada la rectificación. En estos dos casos debe tenerse al silencio como tacita manifestación de voluntad. A estas formas de contratar también se les aplican las reglas de interpretación antes dichas.

2.3.4 Omisión fiscal

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

contratos mercantiles, como tampoco los libera de pagar los impuestos omitidos. En esos casos, además de pagar la carga tributaria, se responderá de las multas que se imponen como consecuencia de disposiciones del derecho tributario (Artículo 680 del Código de Comercio).

2.3.5 Libertad de contratación

El contrato ha sido considerado como la máxima contención de la libertad jurídica, entendida esta como el desideratum de las personas para hacer o no hacer lo que la ley permite. Ninguna persona está obligada a celebrar contrato. En este sentido el Artículo 681 del Código de Comercio establece que a nadie se le puede obligar a contratar sino cuando rehusarse a ello significa un acto ilícito o abuso de derecho. Lo que a mi juicio pretende la ley, es lo siguiente: si una persona habilita una empresa fabril o de intermediación para decidir si contrata o no con una persona determinada. Ahora bien, se dan casos en que por prejuicios de variada índole un comerciante puede decidir que no contrata o negocio con sujetos de determinada religión, raza o situación económica. Podría fundamentarse esa conducta en la libertad de contratación. No, porque ello sería un acto ilícito y un abuso de derecho. Además, recordemos que puede darse comercios únicos para proveer un bien o un servicio –un monopolio-, colocados en posición de privilegio. El comerciante en tal caso, cometería un abuso de derecho si se negara a contratar, porque como bien lo dice el dictamen del anteproyecto del Código de Comercio “Si el consumidor no tiene la facultad de elegir proveedor, este tampoco debe poder elegir su clientela”.

2.3.6 Efectos de la cláusula “rebus sic stantibus”

Esta cláusula contractual, conocida como “Teoría de la Imprevisión” quiere decir que el contrato se cumple siempre y cuando las circunstancias o cosas –revés- se mantengan –stantibus- en las mismas condiciones o situaciones iniciales. A este respecto, y sin que varíe mucho de lo que establece la doctrina y el Código Civil (Artículo 1330), Código de Comercio dice en su Artículo 688 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. Una terminación que se diera por esas circunstancias no afectaría las obligaciones ya cumplidas ni aquellas en las que ya se ha incurrido en mora. O sea, que trata únicamente de obligaciones pendientes. El Artículo 688 a que nos referimos tiene una defectuosa redacción, porque no era necesario decir en que clase de contratos puede operar la cláusula de la imprevisión, ya que es natural que únicamente puede serlo en los contratos sucesivos y no en los instantáneos.

El último párrafo del Artículo citado dice que la imprevisión no funciona en los contratos aleatorios ni en los conmutativos, si la onerosidad que sobreviene es riesgo normal del contrato. Por ejemplo, si se contrata un seguro, solo se ha pagado una prima y sucede el siniestro, aun cuando hubiera desproporción entre la prima y la indemnización, no se podría invocar esa cláusula porque se trata de un contrato

aleatorio, cuya desproporción entre las prestaciones es riesgo propio de su misma naturaleza.

2.3.7 Contratante definitivo

El Artículo 692 del Código de Comercio trae una particularidad del contrato mercantil, y que puede darse debido al poco formalismo del tráfico comercial. Cuando se celebra un contrato se debe saber de antemano quienes son las personas que lo van a concertar. Al fin y al cabo, el mismo concepto de contrato que da el Código Civil así lo insinúa. Pero, en el mundo del comercio puede suceder otra cosa: una persona contrata con otra un determinado negocio, pero una de ellas lo hace como representante aparente, reservándose la facultad de designar dentro de un plazo no superior a tres días, quien será la persona que resultara como contratante definitivo. Esta designación, para que surta efectos y vincule al designado. Depende de que efectivamente este acepte el contrato en forma personal o por medio de representante debidamente acreditado. Qué sucedería si el designado no se vincula al contrato. Que el contratante original deviene en contratante nato. Donde más se configura este caso es en el contrato de transporte de cosas, cuando la documentación permite sustituir al consignatario.

2.4 La perfección del contrato mercantil

La coincidencia entre la propuesta y la aceptación perfecciona el contrato. No basta con que las dos declaraciones de voluntad se entrecrucen, es preciso que armonicen entre sí, que se complementen, de suerte que, aun teniendo cada contratante un deseo diverso (el comprador, comprar; el vendedor vender; el prestatario, recibir dinero; el prestador, entregarlo, etc.), la realización de ese deseo permita al otro contratante satisfacer el suyo (el comprador compra porque el vendedor vende, el prestatario recibe el dinero porque el prestador lo entrega). De donde se sigue que ambos contratantes coinciden en la misma finalidad: la conclusión del contrato propuesto. Al querer la misma cosa, su voluntad tiene el mismo contenido. El consentimiento es lo que da el ser al contrato y el consentimiento se forma o se manifiesta.

La doctrina tradicional, al tratar de la perfección del contrato, distinguía la hipótesis del contrato entre presentes del supuesto del contrato entre ausentes. En el primer caso no había dificultad para determinar el momento de la perfección del contrato, ya que ambas declaraciones de voluntad, la oferta y la aceptación, suelen producirse sin solución de continuidad, siendo casi simultáneas. En el segundo caso, dado que las declaraciones de voluntad no son simultáneas, hay que decidir cuál es el momento en que debe considerarse perfecto el contrato; es decir, el momento en que se opera el encuentro de las declaraciones de voluntad. La ley ha de escoger uno entre los varios momentos por los que atraviesa la aceptación desde que se emite por el

aceptante hasta que llega a noticia del proponente. La importancia práctica de la cuestión reside en que a medida que se retrase el momento de la perfección, se deja más tiempo al proponente para retirar su propuesta.

Sobre este punto hay, como se sabe dos teorías extremas y dos teorías intermedias. Las teorías extremas son la llamada de la declaración y la llamada doctrina del conocimiento. La primera está inspirada en el deseo de acelerar en lo posible la perfección del contrato. Por ello considera suficiente el hecho de la contestación aceptando la propuesta o las condiciones con que ésta fuere modificada. En cambio, conforme a la segunda teoría, la aceptación hecha por carta no obliga al que hizo la oferta, sino desde que llegó a su conocimiento. Por el contrario, según la teoría intermedia de la expedición, no basta con que se conteste aceptando la propuesta, sino que es preciso que esta contestación se deposite en el correo, mientras que según la teoría intermedia de la recepción no es necesario que esta aceptación llegue a conocimiento del oferente, sino que basta el mero hecho de haberla recibido.

En realidad, no es la ausencia o la presencia de los contratantes sino el medio de comunicación que éstos empleen el criterio acertado de base para la distinción.

2.5 Clasificación de los contratos mercantiles

Dentro de la clasificación de los contratos mercantiles tenemos:

- a) Contratos bilaterales unilaterales: Contratos bilaterales son aquellos en que las partes se obligan en forma recíproca y unilaterales aquéllos en que la obligación recae únicamente en una de las partes contratantes.

- b) Onerosos y gratuitos: Contrato oneroso es aquél en que la prestación de una de las partes tiene como contrapartida otra prestación.

El ordenamiento jurídico contempla el contrato como un negocio jurídico patrimonial de carácter bilateral, cuyo efecto consiste en constituir, modificar, o extinguir una relación jurídica patrimonial. El contrato, se configura como el primero y más importante instrumento que sirve para la circulación mercantil de bienes y prestación de servicios, constituyéndose en pilar básico del orden económico, pues a través de él se realiza la función de intercambio de bienes y servicios.

El Código de Comercio proclama una concepción objetiva del derecho mercantil señalando que los actos de comercio lo son independientemente de que sean o no comerciantes los que los realicen.

No obstante, del articulado del Código de Comercio, se puede extraer un criterio subjetivo en la regulación de la mayoría de los contratos que el propio Código contempla, para los que exige como requisito indispensable para que sean apreciados como mercantiles el hecho de que participe al menos un comerciante. Por otro lado, algunos autores prefieren hablar del contrato mercantil como acto de empresa,

distinguiendo el contrato mercantil del civil por la pertenencia o no del acuerdo, a la actividad económica constitutiva de empresa.

Los contratos mercantiles se rigen por reglas generales del Código Civil en todo lo que no se halla expresamente regulado en el Código Comercio o en leyes especiales en todo lo referente a: requisitos, modificaciones, excepciones, interpretación, extinción y capacidad de los contratantes (consentimiento). No obstante, el Código de Comercio determina reglas especiales aplicables a los contratos mercantiles relativas a su perfección, forma, prueba, interpretación y régimen de las obligaciones contractuales.

A su vez, el intervencionismo estatal en ocasiones exige requisitos de forma rígidos en aras a la protección de terceros, dando lugar en muchas ocasiones a leyes especiales (por ejemplo, sector seguros, transportes, etc.).

Debe tenerse en cuenta que únicamente en determinados casos contemplados por el Código de Comercio, se exige la forma escrita de los contratos como requisito de su validez y existencia. Para que exista contrato deben concurrir los requisitos del consentimiento de los contratantes sobre el objeto cierto que sea materia del contrato y la causa de la obligación que se establezca. A su vez, en determinados supuestos, se precisa la concurrencia de ciertos requisitos de forma. No obstante, siempre es importante formalizar por escrito aquellos acuerdos que se deriven de operaciones comerciales, a los efectos de acreditar fidedignamente la existencia del contrato, así como cada una de las estipulaciones, obligaciones, condiciones, plazos de pago,

importes a abonar por el deudor y las penalizaciones económicas aplicables en caso de incumplimiento del acuerdo.

El principio general de la autonomía de la voluntad de las partes para contratar, contemplado en nuestro ordenamiento mercantil, otorga mucha flexibilidad a la hora de redactar el contenido de los contratos. La Ley dispone que los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público. A tal efecto, hay que considerar que si el contrato reúne los requisitos legalmente exigidos, el deudor quedará obligado a asumir lo pactado, sin posibilidad de dar marcha atrás a los acuerdos asumidos.

Desde una perspectiva eminentemente preventiva, el contrato es el documento que permite garantizar y proteger jurídicamente los intereses de acreedor. El deudor se obliga al pago del importe que del mismo pueda derivarse. El contrato, es una de las formas más seguras para reclamar el pago a un moroso. Este documento, no sólo impide que el deudor niegue la realidad de la deuda, sino que en caso incumplimiento de sus obligaciones, posibilita que el acreedor entable aquellas acciones judiciales que resulten procedentes a los efectos de hacer valer su legítimo derecho al cobro de la cantidad pactada.

Es imprescindible la delimitación clara de la fecha de entrada en vigor y la duración de un contrato, así como las revisiones establecidas. Hay que tener en cuenta

que cualquier modificación contractual, debe hacerse constar siempre por escrito, dejando claro que la anulación de una cláusula no implica la nulidad de todo el contrato. El contrato debe describir con absoluta claridad el tipo de relación que se establece, lo que facilitará la delimitación de los derechos y obligaciones de cada parte. Es necesario definir detalladamente el objeto del contrato o los servicios que también pueden constituirse como tales, y a su vez, concretar si se podrán incorporar en un futuro al contrato original, nuevos servicios que puedan ir apareciendo o suprimiendo otros que ya estén incluidos originariamente.

Las condiciones de pago deben estar bien determinadas en el redactado del contrato de forma clara y precisa. Por otro lado, es imprescindible identificar con toda claridad la persona que actúa en nombre y representación de cada una de las partes, especificando bien su identidad así como su capacidad, y en su caso, reseñar las escrituras de apoderamiento notarial que acrediten las representaciones legales de cada persona interviniente.

Como se ve, pueden ser muchos los puntos y matices a tener en cuenta en la redacción de un contrato, Si no se perciben concreta y debidamente, debilitarán la eficacia de la relación y podrían llegar a ser causa de problemas.

Actualmente, no hay que descuidar el hecho de que el desarrollo tecnológico, económico y social, está implementado en el ejercicio del comercio, el uso de Internet. Las nuevas tecnologías de la comunicación, vienen condicionando desde hace poco

tiempo, el modo como se efectúan las operaciones comerciales. A efectos jurídicos, Internet es sólo un medio a través del cual, demandantes y oferentes de bienes y servicios se encuentran y alcanzan acuerdos comerciales. Comerciar en la red puede facilitar la expansión de un negocio, ampliando exponencialmente la cartera de clientes y la oferta de bienes y servicios.

Por último, indicar que dentro de libertad para contratar que tienen las partes, y en la esfera de los límites anteriormente comentados relativos a la ley, la moral y el orden público, puede resultar conveniente contemplar la posibilidad de establecer ciertas cláusulas adicionales a los contratos, que como medida disuasoria frente a futuros impagos, se pacten unas condiciones que resulten disuasorias frente a futuros impagos. Tales cláusulas pueden ser las relativas a intereses moratorios (que incluso pueden ser superiores al interés legal), con el objeto de reforzar el derecho del acreedor a reclamar los intereses de demora a partir del día en el que se produzca el impago. O cláusulas penales que establezcan el pago de unas sumas adicionales al principal pactado, o de reserva de dominio en aquellos casos de venta a plazos de bienes muebles, estableciendo que la transmisión de la propiedad del bien no se producirá hasta que el comprador no abone la totalidad del precio convenido.

2.6 El contrato mercantil y las nuevas tecnologías

Internet se muestra como la alternativa al comercio tradicional, por lo que es importante conocer aquellas particularidades legales aplicables a dicho medio de

comunicación al objeto de aprovechar las posibilidades que las nuevas tecnologías de la comunicación ofrecen al mundo empresarial.

Servicios de la sociedad de la información: la contratación de bienes y servicios por vía telemática, la gestión de compras en la red, por grupos de personas, el envío de comunicaciones comerciales, el suministro de información por vía telemática, el suministro, recepción, y distribución de vídeo y otro tipo de contenidos previos y la organización y gestión de subastas por medios electrónicos o de mercados y centros comerciales virtuales.

La siguiente dirección: <http://www.lssi.es/>, contiene información general sobre la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico (LSSI). Se trata de una página en internet elaborada por la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la sociedad de la información del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio.

La ley da plena validez y eficacia jurídica al consentimiento prestado por vía electrónica. Sólo exige que exista consentimiento, y sin necesidad que haya un acuerdo previo entre las partes sobre la utilización de medios electrónicos para ello. Si la ley exige la forma escrita para la validez de los contratos, el soporte electrónico es equivalente, pues se considera prueba documental admisible en juicio. Se excluye el derecho de familia y de sucesiones.

Para poder contratar a través de la red, el Real Decreto 1906/1999, de 17 de diciembre, por el que se regula la contratación telefónica o electrónica con condiciones generales, establece que en un plazo de tres días naturales, previos a la celebración del contrato, se debe facilitar al comprador toda la información relativa a las cláusulas del contrato. Normalmente, la práctica habitual es exponer de forma permanente en la red a disposición de los interesados las cláusulas contractuales a fin de poder ser consultadas directamente por los potenciales demandantes de productos y servicios.

A su vez, la ley contempla que una vez el comprador acepta suscribir el contrato, el empresario habrá de enviar al cliente un justificante de la operación por escrito o en cualquier otro soporte duradero, en el cual deberán constar todos los términos de la compraventa. De igual forma, se reconoce al consumidor un derecho a resolver el contrato en un plazo de siete días hábiles desde la recepción del producto o la prestación del servicio, sin incurrir por ello en ningún tipo de penalización.

En el supuesto que el comprador no resuelva el contrato e incumpla su obligación de pago por el material servido, el vendedor podrá ejercer las correspondientes acciones legales. El vendedor deberá probar la existencia y contenido de la información requerida por la legislación en su página de internet, así como la entrega del material servido al comprador. En caso de incumplimiento contractual por parte del comprador, el empresario podrá acudir a los Tribunales, interponiendo las pertinentes acciones legales.

En relación a la contratación a través de Internet y a los efectos de prueba, contemplamos tres supuestos:

- a) La prueba mediante firma electrónica: “Medio probatorio a disposición del empresario que le permite acreditar el contenido específico de la contratación y sus correspondientes circunstancias (importes, hora, destino, productos, servicios contratados etc.) La firma electrónica es una herramienta de software de encriptación que imprime veracidad a lo firmado con ella. A su vez, dicho tipo de firma permite acreditar quien intervino en la contratación, el momento en el que se produjo, y cualquier intento no autorizado de modificación del mensaje, evitando que alguien no autorizado, pudiese acceder al contenido de la transacción.”¹⁷ Existen varios tipos de firma electrónica, siendo una de las más prácticas la denominada como certificados de servidor, que consistiría en tener instalado en el servidor en el que tengamos alojada la página, dicho mecanismo informático. Legalmente, la firma electrónica es equiparable a la firma manuscrita tradicional.
- b) La prueba mediante notario: “Aunque este medio de prueba no viene regulado en la ley para el comercio electrónico, es posible acudir a un notario y solicitarle que periódicamente y sin previo aviso, entre en la página de internet, y refleje en un acta cuál es el contenido concreto de los contratos que tenemos alojados en ella.”¹⁸ A la hora de algún eventual litigio que pudiera surgir, se podría aportar

¹⁷ Sociedad de la información y de comercio electrónico, <<Contratos online>>, (enero 2006). <http://www.lssi.es/>, 25 de junio de 2006.

¹⁸ **Ibid.**

dichas actas, que en principio acreditarían que el contenido de dichos documentos reflejados en dichas actas es el que realmente estaba en la página de internet.

- c) La prueba mediante el registro de las cláusulas: El registro de las condiciones generales de la contratación, es un órgano administrativo del Ministerio de Justicia, constituyendo una sección del llamado registro de bienes muebles. Está integrado por registros provinciales y un único central, llevando a cabo dichas inscripciones los registradores de la propiedad y de los registros mercantiles. En este Registro se pueden inscribir las cláusulas de nuestros contratos alojados en la página de internet (siempre que sean condiciones generales). Su inscripción es voluntaria, pero hay que tener en cuenta que en el supuesto que nos viéramos obligados a tener que acreditar en juicio, el clausulado de nuestro contrato, la inscripción de su contenido en este Registro será suficiente y bastante a todos los efectos.

Para realizar la inscripción, habrá de solicitarse primero al Registrador de que se trate, y una vez éste acceda a la misma nos asignará un número identificativo, el cual podrá reseñarse en la página de internet junto con los contratos, imprimiendo mayor seriedad a la imagen de nuestro negocio.

CAPÍTULO III

3. Contrato de corretaje

3.1 Reseña histórica

Aunque la práctica de la mediación puede tener origen milenario y “su utilización asoma en las culturas primitivas, como en Roma y Egipto, sin embargo, no aparece claramente una regulación de la actividad en aquellas épocas.”¹⁹ En España, “la primera reglamentación de los corredores ocurre en 1271, conocida con el nombre de Las Ordenanzas de Lonja y Oreja, en las cuales se reglamentaba a los corredores de oreja, conocidos con este nombre.”²⁰

La reglamentación se hacía desde el punto de vista subjetivo, es decir, se regulaba la actividad del mediador como comerciante, pero no el contrato de corretaje y se trataba de una regulación bastante estricta y escrupulosa con la actividad del mediador, debido a la confianza que en él se depositaba. Posteriormente, “la Real Cédula de Alfonso V. de Aragón en 1744, califica a los corredores de oreja como persona públicas y les reconoce, además de su función mediadora la de dar fe sobre las operaciones en las cuales intervienen.”²¹

¹⁹ Arruba Paucar, Jaime Alberto, **El contrato de corretaje**, pág. 402

²⁰ **Ibid.**

²¹ Arruba Paucar, **Ob.Cit.** Pág. 418

Las ordenanzas de Bilbao, igualmente reconocen ese matiz publicista de los corredores, señalan que un evento de discusión entre los contratantes de un negocio, los libros del corredor darían fe; se insiste pues en la función fedetaria de los corredores.

En Alemania, “la utilización práctica de la figura de los mediadores comienza con la necesidad de negociar entre un nativo y un extranjero, intermediario que además servía de intérprete. Posteriormente, la actividad se extiende a las operaciones entre los nacionales. En la edad media se desarrolla el derecho del corretaje, muy elaborado, con inclinación al sistema corporativo germánico. El corredor se presenta con un carácter oficial; es un funcionario al servicio de las municipalidades y de las corporaciones. El corredor tiene una posición imparcial y oficial, además controla la actividad del comercio. Desde fines del siglo XVI, se unifica el derecho del corretaje en Alemania, siendo el corredor un funcionario oficial encargado de la expedición de documentos y de la supervisión. En el siglo XIX, se presenta un cambio en la tradicional concepción del corredor, que sufre una liberación paulatina; se termina el monopolio de los corredores oficiales y al lado de esto se permiten los corredores libres. Posteriormente, el Código de Comercio de 1897, suprime los corredores oficiales, regulando solamente a aquellos que son comerciantes; no obstante, los corredores comerciantes tienen frecuentemente funciones oficiales.”²²

²² Comunidad educativa mundial, <<Contrato de corretaje>>, (junio 2006) <http://www.ilustrados.com>. 15 de julio 2006

También en Francia los corredores tuvieron su época en la cual no eran comerciantes, tenían un carácter oficial y por ende, no se podía hacer un comercio libre de la mediación.

Por este motivo no se hacía necesaria la reglamentación legal de contrato de corretaje; las obligaciones del corredor las impone a su cargo un oficial. “Posteriormente, viene la ley 17 de 1791, que abre en Francia la puerta para la libertad de la mediación. El Código de Comercio francés de 1808, distingue los corredores de seguros, los intérpretes, los conductores de buques y los corredores de transportes. Al lado de estos corredores con libertad del corretaje y autoriza a cualquier persona para ejercer la profesión de corredor.”²³ De esta manera se abre la posibilidad de una regulación legal del contrato de mediación.

Con estos antecedentes se presenta la figura del corredor en el Código de Comercio chileno de 1865, que luego es adoptada por el estado de Panamá en 1869 y posteriormente para toda la república de Colombia en 1887. En esta regulación no se estudia todavía el contrato de corretaje. Esta es una figura contractual atípica. El derogado Código de Comercio terrestre colombiano regulaba en el título III del libro I, los corredores y agentes de cambio. Se disciplinaba en la pasada legislación, la relación mercantil que implica la mediación, desde un punto de vista subjetivo.

²³ **Ibid.**

El actual Código de Comercio colombiano, abandona la regulación subjetiva de la relación de corretaje y se ocupa de estructurar y disciplinar el contrato de corretaje, el cual le brinda una nominación propia y una existencia típica.

En España no existe una regulación del contrato de corretaje en el Código de Comercio, aunque algunas leyes modernas sí se ocupan del corretaje. El Código de Comercio francés, tampoco estudia el contrato de corretaje y se dedica a regular la actividad de los mediadores desde el punto de vista subjetivo.

3.2 Definición

Hay contrato de corretaje: “cuando una de las partes llamada corredor se compromete a procurar un interesado para que concierte una operación con la otra parte llamada cliente o comitente, quien se obliga a pagar una comisión en caso de que la operación se realice.”²⁴

Según Ossorio el corretaje es: “la actividad profesional mediante la cual quien la ejerce trata de acercar la oferta con la demanda, a efectos de promover la contratación. En consecuencia, el corredor es un intermediario entre quien ofrece una cosa y quien puede o quiere tomarla, a fin de ponerlos de acuerdo para terminar el negocio jurídico

²⁴ Monografías, <<Contratos especiales>> (enero 2006) [http:// www.monografías.com](http://www.monografías.com). 11 de julio de 2006

de que se trate. El corredor no actúa como mandatario de las partes interesadas. Algunas legislaciones califican al corredor como auxiliar del comercio.”²⁵

En el contrato de corretaje, encontramos un comerciante profesional, que a cambio de una remuneración, pone todo su esfuerzo para concretar la oferta y la demanda y promover la conclusión de contratos mercantiles.

Corredor, se le llama a la persona que por su especial tarea de poner en relación a dos o más personas, con el fin de que celebren un negocio comercial, sin estar vinculado a la partes por relaciones de colaboración, dependencia, mandato o representación. La actividad que despliega el corredor es completamente promocional, en caminata a poner en contacto a dos personas, para que ellas contraten. No participa en la conclusión del negocio como mandatario o representante de alguna de las partes, se mantiene al margen, pues su labor cronológicamente es la preliminar, la de promocionar y concertar pero, al momento de contratar, se margina completamente, pues no actúa por cuenta de ninguno de los contratantes. Estos a su vez, actúan directamente o por medio de apoderados que siempre deberán ser diferentes a la persona del mediador.

Por tal razón, destaca la definición de corredor que trae nuestra legislación, que el mediador no puede estar vinculado a las partes por relaciones de colaboración, dependencia, mandato o representación. En este sentido, se sigue muy de cerca la

²⁵ Ossorio, Manuel, **Diccionario de las ciencias jurídicas, políticas y sociales**. pág. 248

legislación italiana, en donde es mediador, aquel que pone en relación a dos o más partes para la conclusión de un negocio sin estar ligado a ninguna de ellas por relaciones de colaboración, de dependencia o de representación.

La legislación comparada se identifica en su mayoría con el mismo concepto sobre el mediador. El derecho alemán vigente, define como agente mediador del comercio a quien profesionalmente se encarga de actuar en forma permanente como intermediario en la conclusión de contratos sobre objetos de comercio. El "coutier" del derecho francés, en un comerciantes cuya profesión consiste en aproximar a las personas que desean contratar.

3.3 Características

De las definiciones anteriores se pueden extraer las notas características del contrato de corretaje, siendo éstas las siguientes:

- a) La presencia de un profesional en la intermediación de negocios de un determinado ramo o actividad. Tiene un especial conocimiento del mercado sobre bienes muebles o inmuebles, según su especialidad.
- b) Ese profesional recibe un encargo, para que realice una actividad material, consistente en la promoción o ambientación para la celebración de un contrato. Debe contactar a las posibles partes e inducirlos a celebrar el contrato.

- c) Ese profesional no concluye el contrato. Su actividad no es realizar el acto jurídico por cuenta de un tercero como en el mandato, sino que debe realizar meras actividades promocionales y materiales.

- d) Su encargo no es permanente, es solo un intermediario de momento. No sucede con el corredor, lo que sucede con algunos agentes mercantiles que tienen vocación a la duración y a la estabilidad. El corredor recibe un encargo concreto y luego que lo promociona y contacta a las partes se despide. Pero mientras el agente se caracteriza por la nota de permanencia, la mediación constituye una simple actividad esporádica.

- e) El contrato de corretaje es remunerado. Por su actividad promocional, recibe el mediador una remuneración.

3.4 Naturaleza jurídica

Con relación a la naturaleza jurídica del corretaje surgen tres puntos de vista, que a continuación se analizan:

3.4.1 El corretaje es un contrato

No siempre y no toda la doctrina acepta que el corretaje sea un contrato. Muchos autores han negado que el corretaje sea un contrato, en virtud de que el trabajo de mediador constituye una mera actividad de hecho, que no produce efectos jurídicos hasta en el que se concluye el negocio tratado. “La discusión ha sido planteada principalmente por doctrinantes italianos, que apoyan el criterio de que el corretaje no es un contrato, sino una promesa unilateral de locatio conductio operis, la cual es revocable en cualquier momento por parte del oferente, también señalan que se trata de una promesa unilateral de simple locatio operis, destinada a transformarse en el verdadero contrato de mediación y que solamente cuando se concluye el contrato principal, el corretaje sería un contrato plurilateral, osea que intervienen tres partes.”²⁶

Algunos autores refutan esta tesis y advierten que se confunde la condición a que está subordinada la eficacia del contrato de corretaje, diciendo que para demostrar que el contrato de mediación no depende del contrato principal, basta considerar que, según la doctrina que impugna, faltaría todo fundamento jurídico a las obligaciones que hubieren podido contraer recíprocamente el mediador y el primer contratante puede, en efecto, haberse comprometido a reembolsar al mediador los gastos de correspondencia, de viajes, etc. a garantizar un mínimo de retribución por su trabajo; el mediador por su parte puede haberse obligado a realizar determinadas gestiones para preparar el contrato, a ocuparse inmediatamente de él; los dos pueden haberse

²⁶ Rodríguez Olivera, Nuri, <<Corretaje>>, (junio 2006) <http://www.derechocomercial.com>, 13 de julio de 2006

obligado mutuamente a esperar el resultado de las gestiones durante cierto tiempo; es que van a estar estos derechos pendientes hasta que se encuentre quién tome en consideración las proposiciones del mediador. Y si después de haber conseguido esto, el comerciante al que el mediador se dirige rechaza el pacto, como ocurre frecuentemente, quedará en nada el contrato y comenzará a vagar de nuevo en busca de su perfección. Semejante peripecia podría acontecer varias veces al contrato de mediación, que pasaría así por una serie de alternativas de vida o muerte antes de saber su definitiva.

3.4.2 La autonomía del contrato de corretaje

Ocurre en la doctrina internacional, que algunos niegan al corretaje, su autonomía como figura contractual. “El contrato de mediación está sometido a una condición suspensiva, cuyo evento futuro consistiría en el hecho de que el mediador cumpla con el encargo que se le ha encomendado, es decir, que procure un tercero que efectivamente celebre el negocio jurídico pretendido con quien le hizo el encargo. No es de recibo esta teoría, pues lograr el cumplimiento del encargo, significaría obtener la verdadera eficacia del contrato, el agotamiento de su finalidad, pero de ninguna manera es condición para su existencia.”²⁷

En el contrato de corretaje se admite que las partes pueden estipular remuneración para el corretaje, aunque no se concluya el negocio encargado; es decir,

²⁷ Ibid.

el contrato de mediación existe independientemente del negocio pretendido. Igualmente, el corredor está obligado de medio a promocionar, a buscar el negocio que pretende quien le hizo el encargo a dedicar su actividad, tiempo e ingenio profesional, en lograr con quien concluir el negocio pretendido y si no cumple con este deber, incumple el contrato.

Si el corredor actúa negligentemente y de allí se derivan perjuicios, estará obligado a indemnizar a su encargante. También se ha querido observar la mediación como unos actos preliminares dirigidos a la realización del negocio principal. Se habla por tanto de la mediación, como contrato preliminar, con una naturaleza similar a la que tendría una promesa de contrato o un pacto de preferencia. No es de recibo la teoría que observa la mediación como un mero contrato preliminar, pues perfectamente puede existir la mediación con independencia del contrato principal, es más, aunque el contrato principal no llegue a celebrarse.

Además, es evidente que, las partes en el contrato de mediación, no serán las mismas en el contrato concertado, por lo menos en cuanto al corredor, quien estará completamente al margen y no intervendrá ni siquiera como mandatario.

3.4.3 La mediación es un contrato principal

Indudablemente la mediación busca decantar el camino para otro contrato, pero ello no la hace accesoria a aquél. Observamos anteriormente como puede el corretaje

tener una existencia completamente aparte del contrato buscado y por ello afirmamos su nota característica de contrato principal.

El contrato de locación es un contrato de buena fe y de derecho estricto, según den o no lugar a un iudicium bonae fidei. En los juicios de locación, la misión del juez es decidir con un sencillo sí o no sobre la existencia o inexistencia, desde el punto de vista jurídico, de la pretensión del actor en la fórmula. En los contratos de buena fe, el juez debe valorar las particulares circunstancias del caso, teniendo en cuenta aquello que es dable exigir entre personas justas y leales, el juez tiene en cuenta la equidad para el caso concreto.

CAPÍTULO IV

4. Propuesta de reforma al Código de Comercio de Guatemala, Decreto 2- 70 del Congreso de la República.

4.1 Qué es una Ley

Según Ossorio una ley es: “toda norma jurídica reguladora de los actos y de las relaciones humanas, aplicable en determinados tiempo y lugar. Dentro de esa idea, sería ley, todo precepto dictado por autoridad competente, mandando o prohibiendo una cosa en consonancia con la justicia y para el bien de los gobernados.”²⁸

Una ley: “es una declaración de la voluntad soberana, dictada por el Congreso de la República, por medio de la cual se ordena, permite o prohíbe una cosa. Debe ser sancionada por el Presidente de la República”.²⁹

Tal como lo indica Pereira Orozco una ley: “Es el producto del proceso legislativo, la cual puede ser general afecta a toda una sociedad, especial, cuando afecta a un determinado ámbito personal, material, espacial o temporal de validez. También la misma ley puede remitir a la costumbre para que resuelva determinada situación, en cuyo caso estamos ante la costumbre delegada, también remitirnos, para

²⁸ Ossorio, Manuel, **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**, pág. 206

²⁸ Marbella, Carlos; <<Super Valores>>. 30 de octubre de 2001. superval@supervalores.gov.co. (21 de junio de 2005).

la resolución de casos, al denominado derecho común y a los principios general del derecho”³⁰.

4.1.1 Jerarquía de las normas jurídicas

Así como lo establece Pereira Orozco, “La jerarquía de las normas jurídicas, es el grado de importancia que en relación de mayor a menor o de menor a mayor, les asigna el Estado para regular la vida societaria”³¹.

El orden jerárquico normativo de cada sistema de derecho se compone de los siguientes grados:

- a) Normas constitucionales: Este tipo de normas son de aplicación general, creadas por la Asamblea Nacional Constituyente, la cual es un órgano de tipo extraordinario y temporal. La Constitución Política de la República de Guatemala posee preeminencia y primacía sobre las leyes constitucionales, esto es, que el hecho de que tanto la Constitución como las leyes constitucionales sean creadas por una Asamblea Nacional Constituyente, no implica que se encuentren al mismo nivel, tal como lo establece el Artículo 175 de la Constitución Política de la República: “Ninguna ley podrá contrariar las disposiciones de la Constitución. Las leyes que violen o tergiversen los mandatos constitucionales son nulas *ipso jure*.”

³⁰ Pereira Orozco, Alberto, **Introducción al derecho I**, Pág. 100

³¹ **Ibid**, Pág. 176

Las leyes calificadas como constitucionales requieren para su reforma, el voto de las dos terceras partes del total de diputados que integran el Congreso, previo dictamen favorable de la Corte de Constitucionalidad.

“La norma suprema no es un acto, pues, como su nombre lo indica es un principio límite, es decir, una norma sobre la que no existe ningún precepto de superior categoría.”³²

b) Normas ordinarias: Son normas de aplicación general, creadas, principalmente, por el Congreso de la República, órgano permanente y ordinario. “Las ordinarias son a las constitucionales lo que las reglamentarias a las ordinarias.”³³

c) Normas reglamentarias: Estas normas tienen por objeto fundamental establecer los mecanismos para la aplicación de las leyes ordinarias.

d) Normas individualizadas: Se objetivizan en una o más personas, pero claramente identificadas, sobre las cuales constituyen correlaciones de derechos y obligaciones. “Una característica común de las leyes constitucionales y ordinarias, es que son de aplicación general; por el contrario, las normas jurídicas individualizadas son de aplicación particular, es decir, se aplican a personas determinadas, que hablando en

³² García Maynes, Eduardo, **Introducción al derecho**, pág. 85

³³ **Ibid**, pág. 86

términos procesales o contractuales, diríamos las partes. Entre esta clase de normas podemos citar: los contratos, los convenios de trabajo y las sentencias.”³⁴

“Tanto los preceptos constitucionales como los ordinarios y reglamentarios son normas de carácter general; las individualizadas, en cambio, refiéranse a situaciones jurídicas concretas. Las leyes ordinarias representan un acto de aplicación de preceptos constitucionales. De manera análoga, las reglamentarias están condicionadas por las ordinarias y las individualizadas por normas de índole general. Algunas veces, sin embargo, una norma individualizada puede encontrarse condicionada por otra del mismo tipo, como ocurre, por ejemplo, cuando una sentencia se funda en un contrato.”³⁵

En todos los países democráticamente organizados, por lo general, las constituciones suelen o acostumbran a organizar íntegramente todo lo que es relativo al funcionamiento de los cuerpos que ejercen el poder legislativo, contrariamente a lo que sucede con el poder ejecutivo y el poder judicial, a los cuales respecto de cuyos funcionamientos dejan una gran parte a las legislaciones ordinarias.

El derecho de iniciativa es la prerrogativa que tienen algunos funcionarios y organismos de presentar a los parlamentos o los congresos, proyectos o proposiciones de ley, con el privilegio de que sean obligatoriamente tomados en cuenta y discutidos y votados formalmente, para su aprobación, modificación o rechazo.

³⁴ López Aguilar, Santiago, **Introducción al estudio del derecho**, pág. 138

³⁵ García Maynes, **Ob. Cit.** Pág. 85

Este derecho de iniciativa se diferencia del derecho de petición ordinaria, que es aquel que tiene todo ciudadano, pero en este caso las peticiones no tienen que ser obligatoriamente sometidas a votación ni discutidas, con el único derecho que se le acuse recibo. Ejemplo de esto es que, si un ciudadano envía al Congreso un proyecto de ley, el único derecho que tiene es que se le reciba y se le firme un acuse de recibo, en cambio si un legislador presenta el mismo proyecto, este debe tomarse en cuenta y ser formalmente discutido.

4.2 Proceso legislativo

“El proceso legislativo es el conjunto de actos encaminados a la creación de la Ley”.³⁶

Por legislación entendemos “el proceso por el cual uno o varios órganos del Estado formulan y promulgan determinadas reglas jurídicas de observancia general, a las que se da el nombre específico de leyes.”³⁷

La Constitución de la República en el Artículo 157 establece: “La potestad legislativa corresponde al Congreso de la República.....” y el Artículo 171 literalmente indica: “Corresponde también al Congreso: a) Decretar, reformar y derogar leyes”.

³⁶ Pereznieta Castro, Leonel, **Introducción al estudio del derecho**, pág. 144

³⁷ García Maynes, **Ob. Cit.** pág. 52

El proceso legislativo comprende un conjunto de fases o etapas que deben ser agotadas para que una ley se tome como vigente, ellos son:

- a) Iniciativa
- b) Presentación
- c) Admisión
- d) Discusión
- e) Aprobación
- f) Sanción / veto
- g) Promulgación
- h) Publicación
- i) Vigencia.

4.2.1 Iniciativa de ley

“La iniciativa de ley es exclusiva facultad concedida a determinadas personas, organismos de Estado e instituciones para que puedan presentar al Congreso de la República, para su discusión y aprobación, proyectos de leyes de rango ordinarias”³⁸.

Conforme lo establece la Constitución Política de la República en el Artículo 174, tienen iniciativa de ley: “...los diputados al Congreso, el Organismo Ejecutivo, la Corte Suprema de Justicia, la Universidad de San Carlos de Guatemala y el Tribunal Supremo Electoral”.

³⁸ Pereira Orozco, **Ob. Cit.** pág. 92

4.2.2 Presentación

Conforme al Artículo 176 de la Constitución Política de la República que nos remite a la Ley Orgánica del Organismo Legislativo, en el Artículo 109 en su parte conducente establece: “Toda iniciativa cuyo propósito sea la presentación de un proyecto de ley, deberá presentarse redactada en forma de decreto, separándose la parte considerativa de la dispositiva, incluyendo una cuidadosa y completa exposición de motivos, así como los estudios técnicos y documentación que justifiquen la iniciativa. La presentación se hará por escrito... ante la Dirección Legislativa del Congreso de la República”.

Una vez leída la iniciativa, el Diputado ponente o el representante del organismo o institución que la presentó, tiene el derecho de exponer ante el pleno del Congreso, los motivos de la iniciativa, sin que ningún otro diputado pueda intervenir. Acto seguido, el pleno del Congreso tiene la facultad de enviarlo a la comisión que corresponda para que emita dictamen o bien obviar este requisito, tal como lo establece el Artículo 112 de la Ley Orgánica del Organismo Legislativo “Los integrantes de las comisiones, al momento de estudiar un proyecto de decreto, podrán proponer enmiendas a su contenido, parcial o totalmente, en cuyo caso tendrán que conceder audiencia al ponente de la iniciativa de ley o al diputado que represente a varios ponentes...El dictamen de la Comisión sólo podrá obviarse mediante el voto favorable de las dos terceras partes del número total de diputados que integran el Congreso.”

4.2.3 Admisión

Vuelto al pleno del Congreso de la República el dictamen favorable y el proyecto de ley, se someterán ambos a su consideración.

Tanto en éste como en el caso de que se hubiese obviado el requisito del dictamen de la comisión, el sometimiento al pleno del proyecto de ley, implica su admisión.

4.2.4 Discusión

Admitido el proyecto de ley se pondrá a discusión del pleno del Congreso de la República en tres debates celebrados en distintos días. No podrá votarse hasta que se tenga por suficientemente discutido en el tercer debate.

Se exceptúan del procedimiento establecido, aquellos casos en que el Congreso declare un proyecto de urgencia nacional con el voto favorable de las dos terceras partes o más del número total de diputados que lo integran.

4.2.5 Aprobación

“Agotada la discusión se entrará a votar sobre la redacción final y en esta forma quedará aprobado el texto”, así lo establece el Artículo 125 de la Ley Orgánica del Organismo Legislativo.

Aprobado un proyecto de ley, la Junta Directiva del Congreso deberá enviarlo en un plazo no mayor de diez días al ejecutivo para su sanción, promulgación y publicación, tal como lo establece el Artículo 177 de la Constitución Política de la República.

4.2.6 Sanción

“Se da este nombre a la aceptación de una iniciativa por el Poder Ejecutivo. La sanción debe ser posterior a la aprobación del proyecto por las Cámaras”.³⁹ Sin embargo, a adaptar esta definición a la legislación guatemalteca, quien debería aceptar la iniciativa, sería el Presidente de la República, posterior a la aprobación del proyecto por el Congreso de la República.

El Presidente de la República, puede negar su sanción a un proyecto ya admitido por el Congreso de la República, haciendo uso de su derecho de veto, mediante acuerdo gubernativo en Consejo de Ministros, según Artículo 178 del Congreso de la república.

4.2.7 Promulgación

Es el reconocimiento formal que hace el Ejecutivo de que la ley ha sido aprobada conforme a derecho y en consecuencia debe ser obedecida.

³⁹ García Maynes; **Ob. Cit.** pág. 55

4.2.8 Publicación

“Es el acto por el cual la ley ya aprobada y sancionada se da a conocer a quienes deben cumplirla”.⁴⁰

“Es el acto por el cual el ejecutivo ordena que el decreto ya sancionado sea dado a conocer por el Estado a toda la población a través del Diario Oficial”.⁴¹

4.2.9 Vigencia

Conforme al Artículo 180 de la Constitución Política de la República “La ley empieza a regir en todo el territorio nacional ocho días (Vacatio Legis) después de su publicación íntegra en el Diario Oficial, a menos que la misma ley amplíe o restrinja dicho plazo o su ámbito territorial de aplicación”.

4.3.1 Formas de derogación de la ley

Una ley puede dejarse sin efecto total o parcialmente, a lo primero doctrinariamente se le denomina abrogación y a lo segundo derogación, sin embargo en nuestra legislación se encuentra regulado únicamente con el término derogación ya sea parcial o total.

⁴⁰ **Ibid.**

⁴¹ Pereira Orozco; **Ob. Cit.** pág. 96

La Ley del Organismo Judicial regula en su Artículo ocho la forma de derogatoria de las leyes, el cual literalmente establece: “Las leyes se derogan por leyes posteriores:

- a) Por declaración expresa de las nuevas leyes;
- b) Parcialmente, por incompatibilidad de disposiciones contenidas en la leyes nuevas con las precedentes;
- c) Totalmente, porque la nueva ley regule, por completo, la materia considerada por la ley anterior.
- d) Total o parcialmente, por declaración de inconstitucionalidad, dictada en sentencia firme por la Corte de Constitucionalidad.

Por el hecho de la derogación de una ley no recobran vigencia la que ésta hubiere derogado.

De la norma arriba transcrita se deducen dos aspectos muy importantes, el primero que la única forma de dejar sin efecto una ley es por medio de otra que sea posterior y que existen varias maneras para hacerlo, de las que se considera la adecuada para este caso concreto, por declaración expresa de una nueva ley. Esta forma de derogatoria consiste en emitir una ley de igual jerarquía normativa a la que se quiere

derogar cuyo contenido dispositivo sea el dejar sin efecto la norma que se quiere expulsar del ordenamiento jurídico del país.

Sin embargo, lo que se pretende con esta investigación no es derogar una ley, sino reformarla, en este caso sería el Artículo dos de la Ley para Prevenir, sancionar y erradicar la violencia intrafamiliar.

4.3.2 Propuesta de redacción del Decreto

Toda ley es dividida para su redacción en una parte considerativa y una dispositiva, en la primera se debe expresar los motivos que provocaron la creación de la nueva ley, y en la segunda la creación de la normas jurídicas que vendrán a regular la actividad externa de las personas dentro la sociedad para procurar su convivencia en paz.

4.3.2.1 Parte considerativa

En virtud de que con el presente trabajo se ha demostrado la necesidad de regular los derechos y obligaciones de los usuarios y propietarios de los parqueos de vehículos, y por no existir un fundamento legal en nuestra legislación, propongo el siguiente proyecto de ley reguladora de deposito de vehículos en los parqueos de la ciudad de Guatemala.

ORGANISMO LEGISLATIVO

“DECRETO NÚMERO”

EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA,

CONSIDERANDO:

Que la realidad social impone la consideración legal de la relación jurídica establecida en torno a la figura del contrato de corretaje, atendida la demanda de corredores, así como los problemas que se derivan de la falta de un desarrollo legislativo específico.

CONSIDERANDO:

Que la jurisprudencia viene reclamando, en este sentido, la conveniencia de dicha regulación específica, para evitar los problemas que se derivan por la falta de regulación o especificación del contrato de corretaje. La dificultad que ello conlleva genera un amplio margen de inseguridad al no delimitar específicamente cuales serían los honorarios del corredor cuando un negocio no se lleva a cabo o no se consolida, pero ha desarrollado todas sus etapas.

CONSIDERANDO:

Que la presente ley delimita, en primer término, cuáles son los honorarios que debe percibir un corredor al haber intervenido en un negocio pero que éste no se haya

concluido, distinguiéndoles de aquellos que, por su menor trascendencia, pueden ser tratados al amparo de la ordenación de otras figuras contractuales.

CONSIDERANDO:

Que especialmente se aborda la falta de regulación legal de los honorarios que debe recibir un corredor en cualquier contrato en el que intervenga, en términos que vienen a recoger y resolver los criterios y dudas planteadas por la jurisprudencia. Por otra parte, al regularse.

POR TANTO

En ejercicio de la potestad y la facultad que le confieren los Artículos 157 y 171 inciso a) de la Constitución Política de la República de Guatemala,

DECRETA

4.3.2.2 Parte dispositiva

Artículo 1. Derogatorio. Se deroga el Artículo 301 del Código de Comercio, Decreto dos guión 70 del Congreso de la República.

Artículo 2. Contrato de corretaje. El contrato de corretaje se regulará dentro de los contratos mercantiles quedando de la siguiente manera:

En virtud del contrato de corretaje, una o más partes interesadas en la conclusión de un negocio, se obligan a pagar al corredor, el corretaje, si el negocio se concluye, por efecto de su intervención.

Siempre que entre el corredor y las partes del negocio concluido por efecto de su intervención, no se hubiere determinado, la parte cuyo cargo esté el pago del corretaje, deberá pagarlo la parte que haya encargado primero el corredor.

Si el negocio se ha concluido por efecto de la intervención de varios corredores, cada uno de ellos tiene derecho a una parte del corretaje.

Artículo 3. Honorarios: Si el negocio en el que haya intervenido el corredor, no se hubiere concluido, tendrá derecho a que se le paguen los gastos en que hubiere incurrido, previo presentación de comprobante.

Al respecto de quien deberá realizar el pago, se tendrá a lo establecido en el Artículo anterior, tercer párrafo.

Artículo 4. Vigencia. El presente Decreto empezará a regir al siguiente día del de su publicación en el diario oficial.

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

DADO EN EL PALACIO DEL ORGANISMO LEGISLATIVO, EN LA CIUDAD DE GUATEMALA, A LOS.....DIAS, DEL MES DE....DE DOS MIL.....

CONCLUSIONES

1. El derecho mercantil es el conjunto de normas relativas a los comerciantes como tales, a los actos de comercio y a las relaciones jurídicas derivadas de la realización de estos.
2. El derecho mercantil emplea las mismas categorías o conceptos generales que el derecho civil.
3. Según la doctrina el contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse, respecto de otra y otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio.
4. Un contrato mercantil es un acuerdo que tiene carácter comercial, el cual es celebrado entre dos o más personas, del cual se derivan uno o más derechos u obligaciones.
5. Hay contrato de corretaje según la doctrina cuando una de las partes llamada corredor se compromete a procurar un interesado para que concierte una operación con la otra parte llamada cliente o comitente, quien se obliga a pagar una comisión en caso de que la operación se realice.

6. El contrato de depósito de vehículos, es un contrato que reúne como elementos esenciales la cesión de un espacio destinado al estacionamiento de un vehículo a motor y la guarda y custodia del mismo a cambio de un precio, fijado proporcionalmente al tiempo que se utilice.

7. Corredor, se le llama a la persona que por su especial tarea de poner en relación a dos o más personas, con el fin de que celebren un negocio comercial, sin estar vinculado a la partes por relaciones de colaboración, dependencia, mandato o representación.

8. Actualmente existe un Artículo que regula el contrato de corretaje; sin embargo, éste es demasiado escueto.

RECOMENDACIONES

1. Los diputados del Congreso de la República, presenten iniciativa de ley, a efecto de regular el contrato de corretaje dentro de los contratos mercantiles; asimismo, la remuneración que debe recibir el corredor por sus servicios aunque el negocio no se haya concluido.
2. Al presentar la iniciativa de ley, los legisladores del Congreso de la República tomen en cuenta la necesidad de la reforma, debido a la injusticia que existe al hacer incurrir en gastos, tiempo y esfuerzo a los corredores y no logren el objetivo de su trabajo.
3. Al entrar en vigencia las reformas al Código de Comercio, Decreto 2-70, del Congreso de la República, los corredores puedan exigir al contratista, desde ese momento cobrar los gastos en que hubieran incurrido si el negocio no se hubiere concluido.

BIBLIOGRAFÍA

- ARRUBA PAUCAR, Jaime Alberto. **El contrato de corretaje**. España. Ed. Universitaria, 1973.
- BARRERA GRAFT, Jorge. **Derecho mercantil**. Barcelona, España: Ed. Labor, S.A. 1959.
- CERVANTES AHUMADA, Raúl. **Boletín de derecho mercantil**. Barcelona, España: Ed. Bosch, 1975.
- Comunidad educativa mundial.<<Evolución del derecho mercantil>> <http://www.ilustrados.com>. 08 de julio de 2006
- Comunidad educativa mundial, <<Contrato de corretaje>>, (junio 2006) <http://www.ilustrados.com>. 15 de julio 2006
- DE PINA VARA, Rafael. **Derecho mercantil I**. 2da. edición, España: Ed. Porrúa, 1999
- GARCÍA MAYNES, Eduardo. **Introducción al estudio del derecho**. 49 edición, Argentina: Ed. Porrúa. 1998.
- GARRIGUES, Joaquín. **Curso de derecho mercantil**. República Argentina: Ed. Porrúa, S.A. 1998
- GAVIRIA TRUJILLO, Federico Ángel. **El origen de la familia, de la propiedad del estado**. Colombia: Ed. Cañaveral, 1988.
- LÓPEZ AGUILAR, Santiago, **Introducción al estudio del derecho**. Guatemala: Ed. Universitaria, 2000.
- MANTILLA MOLINA, Roberto. **Introducción al derecho mercantil**. República de Colombia: Ed. El Libro. 1990.
- MARBELLA, Carlos; <<Super Valores>>. 30 de octubre de 2001. superval@supervalores.gov.co. (21 de junio de 2005).
- Monografías, <<Contratos especiales>> (enero 2006) <http://www.monografias.com>. 11 de julio de 2006
- OSSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias, jurídicas, políticas y sociales**. 26 edición, Argentina: Ed. Heliasta. 1999.

PEREIRA OROZCO, Alberto. **Introducción al derecho I**. 2da. edición, Guatemala: Ed. Universitaria, 2001

PEREZNIETO CASTRO, Leonel, **Introducción al estudio del derecho**. Buenos Aires, Argentina: Ed. Jurídicos Europa-América, 1972

Sociedad de la información y de comercio electrónico, <<**Contratos online**>>, (enero 2006). <http://www.lssi.es/>, 25 de junio de 2006.

Todo el derecho, <<**Apuntes de derecho mercantil**>>. (junio 2006) <http://www.todoelderecho.com>. 03 de julio de 2006

VILLEGAS LARA, Rene Arturo. **Derecho mercantil I**. Guatemala: Ed. Universitaria. 2004

Wikipedia, <<**Derecho mercantil**>>, (01 de enero de 2006), <http://www.es.wikipedia.org>. 08 de julio de 2006

Legislación:

Código de Comercio. Julio César Méndez Montenegro, Presidente del Gobierno de la República de Guatemala, Decreto 2-70, 1970.

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

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

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

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

