

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

**EL MONOPOLIO DE COMERCIO DE BIENES Y SERVICIOS A TRAVÉS DEL
CONTRATO ATÍPICO DE HOLDING**

EYLLEN NELLYBELL CUELLAR MOLLINEDO

Guatemala, septiembre de 2008

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

**EL MONOPOLIO DE COMERCIO DE BIENES Y SERVICIOS A TRAVÉS DEL
CONTRATO ATÍPICO DE HOLDING**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva
de la
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
de la
Universidad de San Carlos de Guatemala

Por:

EYLLEN NELLYBELL CUELLAR MOLLINEDO

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Guatemala, Septiembre de 2008

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

DECANO: Lic. Bonerge Amilcar Mejía Orellana
VOCAL I: Lic. César Landelino Franco López
VOCAL II: Lic. Gustavo Bonilla
VOCAL III: Lic. Erick Rolando Huitz Enríquez
VOCAL IV: Br. Héctor Mauricio Ortega Pantoja
VOCAL V: Br. Marco Vinicio Villatoro López
SECRETARIO: Lic. Avidán Ortiz Orellana

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

DEDICATORIA

- A DIOS: Quien se merece toda la honra y la gloria y es fuente inagotable de sabiduría, juicio y equidad.
- A MIS PADRES: Carlos Ernesto Cuellar Izquierdo, Eyllen de Cuellar. Quienes con su amor, ejemplo, esfuerzo y dedicación, han logrado que mi formación sea un éxito al verme coronar mi noble carrera profesional.
- A MI ESPOSO: Lic. Juan Carlos Golcher Campollo. Gracias por apoyarme incondicionalmente y demostrarme siempre su amor.
- A MIS HIJOS: Juan Carlos Ernesto, Eyllen Gissell. Quienes son la fuente de inspiración en la incesante lucha por alcanzar mis más nobles ideales; que el esfuerzo de sus padres sea motivo de inspiración para ellos y luchen por sus sueños y logren grandes éxitos aún más grandes que el de sus padres. Que todo lo podemos en Cristo que nos fortalece.
- A MIS HERMANOS: Elsa Cristina, Norma Lizeth, Silvia Beatriz, Carlos Manuel, que con su ayuda alcancé el éxito logrado.

A MI TÍA: Bertha Mirthala, quien ha sido como una madre para mí y estuvo apoyándome para alcanzar mis sueños.

A MI ABUELITA: Concepción, que con su ejemplo me enseñó a ser una mujer fuerte.

A MIS SOBRINOS: Oscar, Juan Alberto, Enrique, Efraín, Tony, Henry ; con todo mi cariño y que sea una brecha a seguir para ellos.

A : La Dra. Lily Caravantes. Quien dejó en mí el deseo de ver una Guatemala con equidad de género, más equitativa y justa.

A MIS COMPAÑEROS
UNIVERSITARIOS DE
PROMOCIÓN:

En especial a Percy, Rony, Elder, por los años de amistad y compañerismo.

A MI ASESOR Y
REVISOR DE TESIS:

Gracias por su gran apoyo brindado en la elaboración del presente trabajo de tesis.

A : Mi Catedrática y amiga Licda. Carolina Granados,
por su amistad y sus conocimientos adquiridos
en las aulas de esta facultad y por pensar
siempre que yo puedo lograr aún más de lo
que me propongo.

A: Lic. Bonerge Amilcar Mejía Orellana, por su
valioso apoyo.

A: Lic. Otto Arenas, por su amistad y apoyo
moral y académico recibido durante el transcurso
de mi estadía por el Bufete Popular.

A : La tricentenaria y gloriosa Universidad de San
Carlos de Guatemala, en especial a la Facultad
de Ciencias Jurídicas y Sociales, gracias por
ser mi alma mater.

ÍNDICE

| | Pág. |
|--------------------|------|
| Introducción | i |

CAPÍTULO I

| | |
|--|----|
| 1. Comercio de bienes y servicios..... | 1 |
| 1.1 Definición de comercio | 1 |
| 1.2 Diversas formas de comercio | 2 |
| 1.3 Breve análisis histórico sobre el comercio | 5 |
| 1.4 Definición de bienes | 10 |
| 1.5 Definición de servicios..... | 11 |

CAPÍTULO II

| | |
|--|----|
| 2. Monopolio | 13 |
| 2.1 Definición..... | 14 |
| 2.2 Antecedentes históricos..... | 15 |
| 2.3 Clases de monopolio | 17 |
| 2.4 Regulación legal y constitucional..... | 27 |
| 2.5 Análisis de su aplicación..... | 29 |

CAPÍTULO III

| | |
|--|----|
| 3. Contratos mercantiles | 31 |
| 3.1 Definición de contrato | 31 |
| 3.2 Características del contrato | 32 |
| 3.3 Elementos del contrato | 33 |
| 3.4 Definición de contratos mercantiles | 36 |
| 3.5 Principios de los contratos mercantiles..... | 37 |
| 3.6 Características de los contratos mercantiles | 38 |
| 3.7 Clases de contratos mercantiles..... | 43 |

| | Pág. |
|---|-------------|
| 3.8 Contratos típicos..... | 45 |
| 3.9 Contratos atípicos..... | 48 |
| 3.10 Clasificación de contratos atípicos..... | 48 |

CAPÍTULO IV

| | |
|---------------------------------------|----|
| 4. Contrato de holding | 55 |
| 4.1 Diversas denominaciones..... | 55 |
| 4.2 Definición..... | 56 |
| 4.3 Antecedentes..... | 57 |
| 4.4 Características del holding | 58 |
| 4.5 Elementos del holding | 60 |
| 4.6 Aplicación del holding..... | 62 |

CAPÍTULO V

| | |
|---|----|
| 5. Análisis jurídico sobre la aplicación del holding..... | 67 |
| 5.1 Análisis teórico | 67 |
| 5.2 Análisis Legal | 72 |

| | |
|----------------------|----|
| CONCLUSIONES..... | 77 |
| RECOMENDACIONES..... | 79 |
| BIBLIOGRAFÍA..... | 81 |

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo refleja una temática dentro del campo del derecho mercantil. La contratación mercantil ha sido tratada muy ampliamente; dentro de la cual los contratos que regula la ley son denominados típicos; mientras que a los contratos que no regula la ley se les llama atípicos. Se debe mencionar que la evolución de la negociación mercantil se ha dado de manera acelerada. Es necesario decir que algunos contratos que contenía el Código Civil fueron transferidos al Código de Comercio; y de éste a leyes especiales, tal es el contrato de edición, que ahora se encuentra en la Ley de la Propiedad Intelectual.

La investigación se justificó, fundamentando que con el contrato mercantil de holding, se está originando el monopolio en Guatemala de manera solapada; con la comercialización de bienes y servicios, por medio de introducir fusiones de capitales entre empresas nacionales y extranjeras; se está dando el fenómeno, olvidando que el monopolio está prohibido en la Constitución Política de la República de Guatemala.

Como marco teórico se estableció el conjunto de teorías doctrinarias y conocimientos empíricos adquiridos por la práctica mercantil que fundamentaron la investigación. En el derecho mercantil, específicamente la teoría del contrato es la manifestación de voluntades mercantiles que establece los conceptos y categorías correspondientes.

El problema objeto de investigación se definió con una interrogante de la siguiente manera: ¿El contrato de holding entre empresas nacionales y extranjeras crea monopolios disfrazados en la producción de bienes y servicios?

Como hipótesis (respuesta provisional a la definición del problema) se planteó: Los monopolios de empresas que absorben la comercialización de bienes y servicios, se dan al celebrarse contratos de holding entre empresas nacionales y extranjeras. De la

investigación realizada se establece que no siempre es así, por lo que la hipótesis se comprobó parcialmente.

Como objetivo general se trazó demostrar que, a través del contrato de holding se pueden crear las condiciones necesarias para monopolizar la producción, comercialización y distribución de bienes y servicios.

En virtud del tipo de investigación realizada, se utilizaron varios métodos de investigación, esencialmente el analítico, el deductivo – inductivo, el método histórico y el socio jurídico, todos ellos permitieron la fundamentación teórico científico necesaria para la sustentación del presente trabajo de tesis. Por otro lado, el uso de técnicas investigativas tales como la elaboración de fichas bibliográficas, de resumen y de trabajo que marcaron el inicio de la misma; posteriormente algunas técnicas de redacción, que permitieron la recopilación bibliográfica manual y la virtual, las mismas dieron paso a la construcción del marco teórico y jurídico.

La tesis se dividió en cinco capítulos, de la siguiente manera:

El primero se refiere al comercio de bienes y servicios, divididos en cinco aspectos relativos a su definición, diversas formas de comercio, breve análisis histórico del comercio, definición de bienes y de servicios.

El segundo se refiere al monopolio; para ello se dividió en cinco aspectos relativos a la definición de monopolio, sus antecedentes, las clases de monopolios, su regulación legal y el análisis de aplicación.

En el tercero, se incluyeron los contratos mercantiles, dividiéndose en ocho aspectos relativos a la definición de contratos en general, sus características, elementos del contrato, definición de contratos mercantiles, sus principios filosóficos, contratos típicos, contratos atípicos y clasificación de contratos atípicos.

En el capítulo cuarto, está el contrato de holding; dividiéndose en seis aspectos relativos a las diversas denominaciones que se le da al holding, su definición,

sus antecedentes históricos, sus características, sus elementos y su aplicación en la práctica comercial.

En el capítulo quinto, se trata el análisis jurídico sobre la aplicación del holding, dividido en dos aspectos relativos al análisis doctrinario y al análisis legal; para terminar con las conclusiones y recomendaciones.

CAPÍTULO I

1. Comercio de bienes y servicios

1.1 Definición de comercio

El término de comercio proviene del latín “(*commercium*). m. que significa transportar los bienes desde un lugar a otro con el fin de intercambiarlos.¹ Es el cambio de mercancías con el ánimo de lucro .² Negociación que se hace comprando y vendiendo o permutando géneros o mercancías. || 2. Tienda, almacén, establecimiento comercial. || 3. En algunas poblaciones, lugar en que por abundar las tiendas, suele ser grande la concurrencia de gentes...”³

“m. Acción y efecto de comerciar. 2 Actividad y negocio que consiste en comprar, vender y cambiar buscando el lucro. 3. Conjunto de los agentes, mecanismos y transacciones que intervienen en esa actividad. 4. Comunicación y trato de unas gentes con otras.”⁴

Actividad lucrativa que consiste en intermediar directa o indirectamente entre productores y consumidores, con el objeto de facilitar y promover la circulación de la riqueza.⁵

¹ Biblioteca de consulta Microsoft ® Encarta ® 2007. Ob. cit. Sin No. De pág.

² Biblioteca de consulta Merchandise ® 2006. Ob. Edit. Business aolt, 2006, Pág. 2500.

³ Diccionario de la Real Academia Española; **Ob. Cit**; Sin No. de pág.

⁴ Diccionario enciclopédico Mega 2000. Grupo editorial Norma, 2000. Pág. 234.

⁵ . Ossorio, Manuel. **Ob. Cit**; pág. 136.

Para Omar Ricardo Barrios Osorio, el comercio: “Desde el punto de vista legal es la negociación o actividad que busca la obtención de ganancia o lucro en la venta o compra de mercaderías.”⁶

De las definiciones anteriores, la que más se acerca a la adecuación del término es la que da Manuel Ossorio, porque la intermediación directa o indirecta entre productores y consumidores, de bienes y servicios se adapta más a la realidad mercantil. Puede suceder que el productor sea él mismo intermediario o no.

El comercio, es una actividad eminentemente mercantil, es decir; la búsqueda de mercados ha expandido esa actividad. Los comerciantes no se contentan con vender sus productos en el lugar donde se originan las mercancías, sino que van más allá de su territorio, trasladándose de un lugar a otro hasta donde sea posible, con tal de vender sus productos.

La actividad mercantil ha tomado diversas formas a través de la historia, conforme a la evolución de la sociedades y la expansión y diversidad de productos es más dable cada día.

1.2 Diversas formas de comercio

A través de la historia las formas de comercio varían de un lugar a otro y según el desarrollo económico alcanzado en las diferentes sociedades, dependiendo de los modos de producción social existentes.

La primera forma de comercio se dio a través del intercambio o trueque de mercancías, pero con el pasar de los años y el avance de la tecnología y los medios de comunicación han variado las formas de comercio, pudiendo establecerse las siguientes:

⁶. Barrios Osorio, Omar Ricardo. **Derecho e informática aspectos fundamentales**. Pág. 255

A) **Comercio Nacional** es aquel que se realiza dentro de un territorio determinado, sin salirse de sus fronteras o límites internacionales. Este tipo de comercio se manifiesta a través de las actividades que se desarrollan en la población, tales como: celebración de contratos de bienes muebles e inmuebles, ferias, mercados, bazares, etc.

B) **Comercio internacional** es aquel tipo de comercio que se realiza entre uno o varios sujetos internacionales, este tipo de comercio se manifiesta a través de las importaciones y exportaciones de productos.

C) **Comercio electrónico** es aquel tipo de comercio que se manifiesta a través del modo de gestionar empresas y realizar transacciones comerciales en red, fundamentalmente a través de Internet. En inglés se designa con los términos *e-commerce*, *e-business* o *I-commerce*. Existen empresas que operan exclusivamente a través de Internet, otras que tienen en la red una sección complementaria de su comercio tradicional y otras que utilizan Internet sólo para determinadas actuaciones, como las publicitarias, que dan a conocer la empresa o sus productos. La internet es el nuevo medio de comunicación por medio del cual se realiza actualmente el comercio.

Por su parte La Asociación de Usuarios de Internet de España, citada por Omar Ricardo Barrios Osorio, define al comercio electrónico así: "Cualquier forma de transacción o intercambio de información comercial basada en la transmisión de datos sobre redes de comunicación."⁷

En la Ley Para La Promoción Del Comercio Electrónico Y Protección De La Firma Digital, en el inciso b) del artículo 2, define: "Comercio electrónico. Abarca las cuestiones suscitadas por toda relación de índole social, sea o no contractual, estructurada a partir de la utilización de uno o más mensajes de datos de cualquier otro medio similar. Las relaciones de índole comercial, comprenden, sin limitarse a ellas, las operaciones siguientes: Toda operación comercial de suministro o intercambio de bienes y servicios; todo acuerdo o distribución; toda operación de representación o mandato comercial; todo

⁷. Barrios Osorio, Omar Ricardo. **Ibid.** Pág. 258

tipo de operaciones financieras, incluyendo el facturaje y el arrendamiento con opción de compra, bursátiles y de seguros; de construcción de obras; de consultoría; de ingeniería; de concesión de licencias; todo acuerdo de concesión o explotación de un servicio público; de empresa conjunta y otras formas de operación industrial o comercial; de transporte de mercancías o de pasajeros por vía aérea, marítima y férrea, o por carretera.

Tanto el comercio nacional o interno como el internacional se dan en diferentes formas, niveles y modalidades que dependerán del estrato social en que se manifiesten y que se ven influenciadas por la moda, el precio y la publicidad. Una de las modalidades más recientes que se han manifestado en el comercio nacional e internacional son los supermercados, los cuales se iniciaron alrededor de la cuarta década del siglo xx y su actividad comenzó por la venta de comestibles perecederos y conservados a precios mucho más baratos para el público que los comercios rivales; el éxito de estos comercios se encontraba en la adquisición de grandes cantidades de mercaderías y en un pago acelerado o inmediato a los proveedores. A medida del paso de los años empezaron a evolucionar y economizar a través de la dependencia de empleados por el servicio propio de los clientes, a esto se les denominó autoservicio.

Otra de las modalidades del comercio son las exposiciones universales, que no son otra cosa sino magnas exhibiciones de productos y de técnica comercial, para conocimiento del público, aunque la finalidad lucrativa inmediata suele ser la de ganar los industriales clientela mercantil. En la evolución de estos certámenes, a la iniciativa de los particulares se añadió pronto la intervención de los gobiernos locales, interesados por el desenvolvimiento que para la industria nacional significan y por su trascendencia cultural y turística de primera magnitud.

Por último las ferias y salones internacionales, son aquellas que no poseen una trascendencia mercantil como las exposiciones universales debido a que cuentan con menor escenografía y que se celebran con periodicidad anual, bienal o trienal lo que las hace más continuas, estas se realizan en ciudades conectadas y cubren un determinado evento.

1.3 Breve análisis histórico sobre el comercio

El economista británico Adam Smith, fundador de la ciencia económica, decía en *La riqueza de las naciones* (1776) que “la propensión al trueque y al intercambio de una cosa por otra es una característica intrínseca a la naturaleza humana”. Smith también señalaba que el aumento de la actividad comercial es un elemento esencial del proceso de modernización. En la sociedad moderna, la producción se organiza de forma que se puedan aprovechar las ventajas derivadas de la especialización y de la división del trabajo. Sin el comercio, la producción no podría estar organizada de esta forma.

En la antigüedad, el transporte de mercancías a larga distancia era caro y arriesgado. Por lo tanto, el comercio se realizaba, generalmente, en mercados locales, siendo los bienes comercializados, fundamentalmente, alimentos y vestidos. Casi todo el mundo gastaba la mayor parte de sus recursos en alimentos, y lo que no producían ellos mismos lo obtenían comerciando. Lo mismo ocurría con los vestidos: la ropa se hacía en casa o se compraba. Además de alimentos, ropa y cobijo, los grupos más ricos empleaban sus ingresos en atuendos vistosos, joyas y obras de arte, lo que provocó un importante comercio de bienes de lujo.

Uno de los primeros y más destacados ejemplos de comercio a larga distancia es el de la Ruta de la Seda entre China y la Roma Imperial, que surgió alrededor del año 100 a.C., cuando la dinastía Han logró que gran parte de Asia central fuera una zona segura para el tránsito de caravanas. Los seis mil kilómetros de ruta permitían el transporte de seda china, lana romana, metales preciosos y muchos otros bienes de gran valor provenientes de puntos intermedios de la India y Arabia. También destacaba el comercio marítimo costero, tanto en el golfo Pérsico como en el océano Índico y en el océano Pacífico norte. Los bienes que se enviaban a tan larga distancia solían ser bienes de lujo comercializados mediante intermediarios, ya que rara vez permanecían durante todo el trayecto en las manos del mismo comerciante. La inestabilidad política que invadió todas las zonas por las que transcurría la ruta a partir del siglo V d.C. interrumpió este comercio, que reaparecería durante los periodos de paz.

Tras la recesión que siguió a la caída del Imperio romano, el comercio empezó a crecer paulatinamente en Europa durante la edad media, especialmente a partir de los siglos XII y XIII. El comercio a larga distancia fue menos peligroso a medida que los comerciantes creaban asociaciones para protegerse durante los largos viajes. Las principales rutas comerciales de larga distancia ponían en contacto el Báltico y el Mediterráneo oriental con el centro y el norte de Europa. De los bosques del Báltico provenían materias primas: madera, alquitrán y pieles. Del este provenían bienes de lujo: especias, joyas y productos textiles. A cambio de estos bienes, Europa occidental exportaba materias primas y bienes manufacturados. Los ingleses vendían prendas de lana, los holandeses arenques salados, en España se producía lana, Francia exportaba sal; el sur de Europa también destacaba por sus vinos, sus frutas y su aceite. Las ciudades italianas y alemanas que cubrían estas rutas promovían y financiaban el comercio. No obstante, durante la edad media, el comercio entre Europa y Asia era escaso, porque el transporte terrestre era caro y los bienes de Europa no tenían valor.

El desarrollo de veleros y de transportes eficientes durante los siglos XV y XVI ayudaron a una rápida expansión del comercio. A medida que descendía el coste de transportar grandes cargamentos a larga distancia, el grano empezó a importarse a gran escala desde el Báltico hasta los Países Bajos y otros países de Europa. Las nuevas rutas oceánicas entre Europa y el Este permitieron importar desde Asia, con menores costes, un mayor volumen de mercancías del que se podía transportar por tierra. El descubrimiento de América creó un comercio de nuevos bienes como tabaco y madera.

La explotación española de las grandes minas mexicanas y peruanas de oro y plata transformó por completo el comercio internacional. Por fin, Europa poseía un bien —los metales preciosos— que tenían una gran demanda en el lejano Oriente. A cambio de los bienes asiáticos, Europa ofrecía monedas de plata acuñadas en México, España, Italia y Holanda. Utilizando la tecnología y las técnicas desarrolladas gracias a la navegación transoceánica, los europeos acapararon el mercado naval asiático. Los veleros europeos transportaban el cobre japonés a China y a la India, los productos textiles de algodón indio al sur asiático y las alfombras persas a la India. El comercio de bienes de primera necesidad creció a una velocidad asombrosa. La importación de tabaco desde los

estados de Virginia y Maryland a Inglaterra, por ejemplo, se multiplicó por más de cien durante el siglo XVII.

A medida que crecía el comercio a larga distancia aparecían nuevas formas de organizaciones comerciales. Al principio, las asociaciones informales dieron lugar a asociaciones legales. Por ejemplo, en Holanda, a partir del año 1500 era normal que los propietarios de los barcos fueran los accionistas, y no los capitanes de los barcos. La aparición de las acciones rompió las barreras sociales existentes entre las distintas clases de comerciantes, permitiendo que los individuos dividieran sus bienes entre barcos que tenían distintos destinos. El comercio internacional dejó de estar limitado a aquellos que podían pagarse el viaje. A partir del siglo XVI, los monopolios nacionales sustituyeron a las asociaciones temporales como forma de organización primordial entre comerciantes. Estas grandes empresas, creadas por el Estado, pero gestionadas y pertenecientes a individuos privados, mantuvieron monopolios sobre el comercio con ciertas regiones.

Ya en 1750 el comercio de bienes de primera necesidad era mucho más importante que el comercio de especias. En los años siguientes, el comercio sufrió una nueva transformación, esta vez debido a la Revolución Industrial. Como la primera Revolución Industrial se produjo en Europa, ésta se convirtió en el centro de una red comercial global durante todo el siglo XIX. Las economías europeas dependían de los mercados extranjeros para conseguir las materias primas que necesitaban, y vender en ellos los bienes manufacturados que producían. Por lo tanto, el crecimiento de la producción industrial fue seguido de una rápida expansión del comercio. Entre 1750 y 1914, el comercio mundial se multiplicó por cinco. Solamente en el siglo XIX, el número de toneladas transportadas vía marítima, a escala mundial, pasó de 4 millones a 30 millones de toneladas. Los comerciantes europeos controlaban la mayor parte de este comercio.

El crecimiento de la industria afectó al comercio de muchas formas. Al principio, el aumento de la producción estimuló el comercio de materias primas. La mecanización de la producción textil europea provocó un enorme aumento de las exportaciones

americanas de algodón en bruto. A partir de 1850, también aumentó el comercio de grano, carne y lana. Europa se convirtió en un importador permanente de trigo de Estados Unidos, Australia, Argentina y la India, pagando estas importaciones con sus productos industriales.

Otro aspecto relevante del crecimiento industrial fue la revolución en el transporte terrestre. El desarrollo de la máquina de vapor y la construcción de líneas férreas favoreció el comercio entre la costa y el interior de todos los continentes. Los trenes y ferrocarriles tuvieron una importancia esencial en Estados Unidos, el este asiático y Latinoamérica.

A finales del siglo XIX las principales regiones productivas dejaron de ser los principales mercados de los productos europeos y norteamericanos. Cada vez más, las naciones industriales empezaban a ser consumidoras de productos de las demás, y el comercio entre América y Europa se hizo multilateral. Lo contrario ocurrió con las principales regiones productivas de África, Asia y Latinoamérica: muchas pasaron a formar parte de los imperios coloniales europeos, y casi todas estas regiones empezaron a depender de unos pocos mercados exteriores.

Tanto el comercio nacional como el exterior sufrieron importantes recortes durante la I Guerra Mundial. Se generalizó la imposición de aranceles a productos de importación, teniendo que dismantelarlos durante la siguiente década a través de conferencias internacionales. Sin embargo, esta disminución de los controles aduaneros no siempre implicaba la reducción de las barreras al comercio. Estados Unidos y muchos otros países adoptaron nuevos derechos de aduanas (también denominados derechos arancelarios) durante la década de 1920.

Con la Gran Depresión de 1929, el comercio volvió a perder relevancia. Las políticas comerciales nacionales no variaron durante 1929, pero en 1930 y los años siguientes se impusieron numerosos controles a las importaciones. A partir de entonces aparecieron zonas de influencia comercial: el área de la libra esterlina, que comerciaba

fundamentalmente con el Reino Unido, el bloque del oro, cuyo centro era Francia, y las zonas bajo influencia alemana y estadounidense. En este contexto, el comercio nacional e internacional empezó a recuperarse, lenta pero constantemente, y sólo se volvió a interrumpir durante la II Guerra Mundial.

La reducción de las barreras comerciales y la continuada expansión del comercio internacional son dos logros importantes del periodo posterior a la II Guerra Mundial. Las reducciones de los aranceles comerciales se han logrado gracias al Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio (GATT) y a su sucesora, la Organización Mundial del Comercio (OMC), operativa desde el 1 de enero de 1995, así como mediante la creación de uniones aduaneras. Aunque las exportaciones mundiales se han duplicado, en volumen, y han aumentado ocho veces su valor entre 1954 y 1974, este crecimiento no ha sido igual para todos los países. Durante la década de 1950, las exportaciones de los países de Norteamérica y Europa occidental aumentaron rápidamente, mientras que las exportaciones de los países menos desarrollados decayeron. Por el contrario, a partir de 1965 las exportaciones de los países en vías de desarrollo crecieron más rápidamente, en parte debido al aumento del valor de las exportaciones de los países productores de petróleo. La participación de Japón y de la Unión Europea sobre el comercio mundial aumentó, decayendo la de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas y la de Europa del Este. En el plano mundial, el valor del comercio internacional (exportaciones e importaciones) creció drásticamente. No obstante, durante las décadas de 1970 y 1980 reaparecieron las presiones para eliminar las barreras al comercio exterior. Muchos países establecieron cuotas a la importación y negociaron restricciones voluntarias a sus exportaciones —fenómeno conocido como ‘nuevo proteccionismo’— pero no está claro si esto representa una seria amenaza al comercio entre países, y su efecto está disminuyendo desde 1990, al finalizar las conversaciones de la Ronda Uruguay del GATT, crearse la OMC y firmarse nuevos acuerdos bilaterales sobre libre comercio entre varios países. En noviembre de 2001 se celebró en Doha, Qatar, la última ronda de liberalización de la OMC, bautizada como la ronda del desarrollo. Tras varios días de negociaciones los países consiguieron llegar a acuerdos en materia de agricultura, medio ambiente, textiles y medicamentos. En esta cumbre se aprobó formalmente la

entrada de China en la organización, con lo que reúne ya a 144 países. Pero periódicamente se producen desafíos nacionales o regionales al libre comercio planetario que ponen en tela de juicio la validez de los acuerdos internacionales.⁸

1.4 Definición de bienes

Dentro de la biblioteca de consulta Encarta se establece también denominarlos mercancías o mercaderías; en economía todo aquel género con el que se puede comerciar. Podemos distinguir multitud de bienes: materias primas, bienes inferiores, bienes superiores, bienes Giffen, bienes de consumo, bienes de inversión, bienes normales, bienes de lujo o bienes de primera necesidad, entre otros.⁹

El autor Manuel Ossorio citando el Código Civil argentino preceptúa que se llaman bienes a los objetos inmateriales susceptibles de valor, así como también a las cosas; y que el conjunto de los bienes de una empresa constituye su patrimonio.¹⁰

Podemos abstraer de estos conceptos que bien es todo aquel objeto de apropiación material o inmaterial que puede estar sujeto o no a comercialización.

⁸ . Biblioteca de consulta Microsoft ® Encarta ® 2007. Ob. cit. Sin No. De pág.

⁹ . Biblioteca de consulta Microsoft ® Encarta ® 2007. Ob. cit. Sin No. De pág.

¹⁰ . Ossorio, Manuel. **Ob. Cit**; pág. 82.

1.5 Definición de servicios

El autor Manuel Ossorio lo define como el conjunto de elementos personales y materiales que debidamente organizados, contribuyen a satisfacer una necesidad o conveniencia general y pública.¹¹

Dentro del diccionario de la Real Academia Española se establece que “servicio (Del lat. *servitium*). m. Acción y efecto de servir. || **2.** Conjunto de criados o sirvientes. || *Econ.* Prestación humana que satisface alguna necesidad social y que no consiste en la producción de bienes materiales. || *Der.* Situación laboral o, sobre todo, funcional, en la que una persona desempeña efectivamente el puesto que le corresponde. ||”¹²

Se puede establecer que el servicio desde la perspectiva mercantil, no es más que la prestación personal o colectiva que realiza un sujeto de derecho individual o jurídico, dirigida a la satisfacción de necesidades individuales o colectivas a cambio de una remuneración.

¹¹. Ossorio, Manuel. **Ob. Cit;** pág. 703.

¹². Diccionario de la Real Academia Española. **Ob. Cit;** sin No. de pág.

CAPÍTULO II

2. Monopolio

La temática referida al monopolio data de mucho tiempo, habiendo sido tratada desde varios puntos de vista: económico, social, jurídico, político, etc. No obstante, desde el surgimiento de la propiedad privada, quienes detentan el poder económico siempre han querido tener en sus manos; la producción, comercialización y distribución de los productos y mercaderías de cualquier naturaleza, sólo para ellos.

El Estado mismo, por medio de quienes detentan el poder político, ha sido uno de los referentes históricos para la creación de monopolios. Ha llegado a concesionar los servicios públicos a manos de los particulares que se denominan propiedad privada, iniciativa privada, empresa privada, etc. Esta empresa privada se ha manifestado a través de personas particulares o por medio de personas jurídicas, como los son asociaciones comerciales o mercantiles, sociedades mercantiles, etc.

Históricamente, en la lucha por ser el único productor, comercializador y distribuidor de diversos productos socialmente necesarios o superfluos, ha generado que alrededor de ello se cohesionen varias personas en forma individual o colectiva, para la explotación de diversos productos. Los arreglos a que llegan no siempre son de común acuerdo, la ley del mas fuerte ha determinado las diversas formas de organizaciones monopolísticas de los mercados. Incluso ha habido derramamiento de sangre, con el fin de obtener o mantener el monopolio de mercados y las industrias.

El monopolio, ha existido en diferentes formas en muchos países, como puede comprobarse a través de la historia, que por ser ajena a los intereses de la libre competencia, ha sido regulada paulatinamente hasta su extinción, por considerarse dañina a la evolución de la economía de mercado en una espiral ascendente, hasta el punto de ser prohibida su práctica en casi todo el mundo.

Otra manera de manifestación del monopolio es el oligopolio, el cual se conoce como un tipo de mercado dominado por un número muy reducido de productores y/o distribuidores. Es un mercado en el que sólo existe un productor, un comerciante y un distribuidor.

2.1 Definición

Dentro de la biblioteca de consulta virtual Encarta ® el monopolio se define como aquella “situación de un sector del mercado económico en la que un único vendedor o productor oferta el bien o servicio que la demanda requiere para cubrir sus necesidades en dicho sector.”¹²

El autor Manuel Osorio, lo define como el “Régimen económico derivado de preceptos legales o de circunstancias de hecho, mediante el cual una o varias ramas de la producción se sustraen de la libre competencia, para quedar en manos de una empresa o de un grupo de empresas que se hacen dueñas del mercado.”¹³

El autor Guillermo Cabanellas citando a Serra Moret, lo conceptualiza como el privilegio concedido a favor de una persona, corporación, sociedad o de un gobierno, de fabricar, comprar o vender ciertos productos, o de prestar ciertos servicios de carácter público, con exclusión de toda competencia.¹⁴

La enciclopedia virtual Wikipedia citando al autor Robert H. Frank lo define de la siguiente manera “es una situación de fallo de mercado en la cual, para una industria que posee producto, un bien, un recurso o un servicio determinado y diferenciado, existe un productor (monopolista) oferente que posee un gran poder de mercado y es el único de la industria que lo posee.”¹⁵

¹². Biblioteca de consulta Microsoft ® Encarta ® 2007. © 1993-2006 Microsoft Corporation. Sin No. de pág.

¹³. Osorio, Manuel. Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales. Pág. 470.

¹⁴. Cabanellas de Torres, Guillermo, Alcalá, Zamora y Castillo. Tratado de Política Laboral y social. Pág. 320

¹⁵. <http://www.Wikipedia.com/monopolio>; Sin No. de pág.

De las cuatro definiciones dadas, se induce que el monopolio es una actividad económica de diferente índole, en la cual una persona particular o grupo de personas corporativamente reunidas, ya sea de hecho o legalmente controlan y asumen la producción, intercambio y distribución de bienes y servicios en forma exclusiva, eliminando toda competencia.

Para comprender mejor el significado del término, es importante conocer los antecedentes del monopolio a través de la historia en diversas culturas, de como se desarrolló, sus diversos tipos y su regulación en el país.

2.2 Antecedentes históricos

Dentro de la biblioteca de consulta virtual Encarta ® se establece como antecedente del monopolio, que este ha existido a través de la historia de la humanidad. Allí aparece que, tanto en la edad antigua como en la edad media, era frecuente padecer de escasez extrema de algunos recursos indispensables para la población, que si faltaban, afectaban a la misma. Los emperadores chinos de la dinastía Han y sus sucesores utilizaban los monopolios para crear industrias claves. Los gremios medievales, por ejemplo, eran asociaciones de comerciantes que controlaban la oferta, establecían las condiciones para poder entrar en su oficio y reglamentaban precios y salarios.

A medida que surgían las naciones Estado durante el renacimiento, los monopolios se prodigaron, al proporcionar cuantiosos ingresos a los monarcas, siempre necesitados de fondos para mantener sus ejércitos, cortes y extravagantes costumbres. Los derechos derivados del monopolio eran concedidos a los favoritos de la Corte para que fabricaran y comercializarán con bienes preciados, como la sal o el tabaco. Todos estos monopolios nacionales debían ceder al monarca una gran parte de los beneficios. Los principales países europeos también cedían poderes monopolistas a empresas comerciales privadas, como la Compañía de las Indias, para estimular la exploración y descubrimiento de nuevas tierras. Sin embargo, estas concesiones que realizaban los monarcas ocasionaron grandes abusos por parte de los concesionarios. En Inglaterra, el Parlamento terminó redactando un Estatuto de Monopolios, (1624) restringiendo la

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

Dos acontecimientos, desencadenados por los comerciantes británicos, cambiaron estas condiciones a principios del siglo XIX al implantar un orden económico basado en la competencia. En primer lugar, gracias al derecho consuetudinario inglés, fue naciendo una actitud hostil hacia las combinaciones privadas que restringían el comercio. En este derecho consuetudinario, los acuerdos privados de naturaleza monopolista que restringían el libre comercio no eran legalmente aplicables. Esta hostilidad hacia el monopolio tuvo especial relevancia en el Reino Unido y en Estados Unidos. El segundo acontecimiento fue la expansión de la producción que siguió a la Revolución Industrial. Además, las ideas del filósofo y economista escocés Adam Smith sobre la propiedad privada, los mercados y el papel de la libre competencia ayudaron a conformar la vida económica de la primera mitad del siglo XIX. Este periodo fue el más acorde con el modelo teórico de Smith sobre el orden económico competitivo, modelo que establecía que en todas las industrias el número de empresas debía ser elevado, además de tener éstas un tamaño reducido.

A finales del siglo XIX las tendencias inherentes a la economía de libre mercado provocaron nuevos cambios. En el Reino Unido, Estados Unidos y otros países industrializados empezaron a aparecer enormes empresas que dominaron la economía. En parte, esto se debió a la táctica de creación de imperios llevada a cabo por los 'gigantes de la industria' como John D. Rockefeller, que logró expulsar a todos sus competidores del mercado. También se produjo debido a los avances tecnológicos que hicieron posible que un reducido número de compañías satisficiera la demanda de muchos mercados. El resultado de estos cambios no fue la aparición de auténticos monopolios, sino de un orden económico conocido como oligopolio, en el que la producción está controlada por un reducido número de empresas.

Durante la segunda mitad del siglo XX casi todos los gobiernos han intentado, mediante leyes sobre la competencia, limitar la aparición de monopolios en las principales industrias, promulgando normas sobre las condiciones competitivas que deben respetar las empresas de estos sectores. Si no es posible imponer estas condiciones —cuando estamos ante un monopolio natural— los gobiernos han nacionalizado la industria o han establecido reglamentaciones para restringir los beneficios y proteger a los consumidores.¹⁶

Según el legado que data de 1776 que dejó el fundador de la ciencia económica, el economista Adam Smith, refiere que el origen del monopolio surge cuando comenzó a existir barreras de entrada muy sólidas que protegían al único participante, los comercios de las oligarquías y estos impedían la entrada de nuevos competidores. Estas barreras económicas pudieron ser naturales o artificiales.

Por barreras naturales se entiende aquellas que surgen debido a las características tecnológicas de la industria. Una barrera natural la constituye por ejemplo, la existencia de rendimientos crecientes a escala en una industria, que permite que las grandes empresas desplacen a los pequeños competidores potenciales haciendo que la entrada no sea rentable. Por otra parte, las barreras artificiales son las que dependen de las instituciones sociales y políticas. Este tipo de barreras incluyen las patentes, las concesiones y licencias administrativas otorgadas por un organismo público y el control de una fuente de materias primas; por ejemplo, el Estado concede a una empresa la exclusividad de la distribución del gas en una determinada zona.¹⁷

2.3 Clases de monopolio

Gestiopolis establece en un documental publicado en internet que se pueden distinguir distintos tipos de monopolios: naturales, trusts, cárteles y fusiones entre empresas, entre otros.

¹⁶ Biblioteca de consulta Microsoft © Encarta © 2007. Ob. cit. Sin No. De pág.

¹⁷. <http://www.monografias.com/trabajos39/el-monopolio/el-monopolio.shtml>; Sin No. de Pág.

➤ Monopolio natural

El monopolio natural es creado por mandato del consumidor. El monopolio natural no puede controlar precios porque se enfrenta a cinco límites:

- 1) La competencia potencial
- 2) El factor competitivo permanente
- 3) La elasticidad de la demanda
- 4) Los sustitutos
- 5) La ley de rendimientos decrecientes

El monopolio natural (siempre privado) subsiste, dentro de la competencia, gracias al voto del consumidor emitido en proceso de mercado, conforme lo explica la teoría de la imputación. Este mandato es esencialmente revocable por parte del consumidor, que disconforme con su proveedor habitual, tiene la libertad de volcarse a un productor alternativo.

➤ Puro

El monopolio puro —una única empresa en una industria— no suele darse en la economía real, excepto cuando se trata de una actividad desempeñada mediante una concesión pública. En estas industrias se suelen producir bienes y servicios vitales para el bienestar público, como el suministro de agua, electricidad, transportes y comunicaciones. Aunque parece que estos monopolios son la mejor forma de proporcionar estos servicios a la sociedad, sigue siendo necesario regularlos cuando están en manos privadas; de lo contrario, tendrán que depender de una empresa pública.

Existe un monopolio puro si sólo hay un único vendedor en un mercado bien definido con muchos compradores. En éste caso no existe rivalidad personal, por la sencilla razón que no hay rivales. Sin embargo, las políticas de un monopolista podrían verse restringidas por la competencia indirecta de todos los bienes por el dinero del

consumidor, así como por la competencia de los bienes que sean sustitutos razonablemente adecuados y por la amenaza de una competencia potencial si es posible la entrada en el mercado.

Un monopolista puro es la única empresa en la industria y se enfrenta a la curva de demanda de la industria, la cual, necesariamente, presenta pendiente negativa. La curva de demanda a la cual se enfrenta un monopolista será más elástica en la medida en que los sustitutos del artículo sean más numerosos, mejores y tengan menores precios. Sin embargo, existe una disyuntiva entre la cercanía y el número de los sustitutos, un gran número de sustitutos imperfectos generará una curva de demanda relativamente elástica, igual cosa sucederá con unos pocos buenos sustitutos.

➤ Monopsonio

Cuando hay un comprador y muchos vendedores. Cuando hay un solo comprador de un insumo, decimos que existe un monopsonio; si hay varios compradores decimos que hay un oligopsonio.

Se puede establecer una amplia variedad de categorías. En términos generales, los mercados de bienes puede ser de competencia perfecta, de competencia monopolística, oligopólicos o monopolísticos. Para cada uno de estos cuatro tipos de organización del mercado de bienes, el mercado de insumos puede ser un Monopsonio o un Oligopsonio. Sin embargo, el principio analítico es el mismo independientemente de cual sea la organización de los mercados de bienes y de insumos.

El monopsonista, se enfrenta a una curva de oferta del insumo en cuestión que presenta pendiente positiva, puesto que debido a que él es el único comprador, se enfrenta enteramente a la curva de oferta del mercado. El monopsonista debe pagar un mayor precio por la última unidad del insumo. Además, en el caso en que no sea posible efectuar discriminación de precios al comprar el insumo, también debe pagarse un mayor precio sobre todas la unidades previamente adquiridas.

La empresa que es competidora en su mercado de productos y monopsonista en el mercado de insumos, empleará un recurso hasta aquel punto en el cual el valor del producto marginal sea igual al costo marginal del factor. La curva de demanda de un servicio productivo en el mercado es la curva de demanda del comprador individual en condiciones de monopsonio. Además si sólo se utiliza un insumo variable en el proceso de producción, la curva de demanda es la curva del producto del ingreso marginal del monopsonista. El monopsonista enfrenta una curva de oferta del insumo de pendiente positiva y una curva más alta del gasto marginal del insumo.

➤ Trusts

La historia económica de todos los países está llena de ejemplos en que los productores intentan crear acuerdos para obtener poder monopolista sobre el mercado aunque se ofrezca la imagen de que impera la competencia. Uno de los primeros ejemplos lo constituyen los trusts. Este tipo de acuerdos permiten transferir el control real de una empresa a un individuo o a otra empresa intercambiando las acciones por certificados emitidos por los individuos que pretenden controlar la empresa. La generalización y el abuso de esta técnica en Estados Unidos, tras la Guerra Civil, llevaron a que se dictara el Sherman Antitrust Act (1890), una ley que pretendía ilegalizar este tipo de acuerdos y cualesquiera acciones encaminadas a crear monopolios y a limitar la competencia interestatal. Una técnica parecida a la de los trusts son los holdings, que emiten sus propias acciones públicamente pero controlan otras empresas comprando sus acciones. Estos acuerdos no tienen por qué ser ilegales, excepto cuando se adoptan con el fin de monopolizar el comercio.

➤ Cáteles

Hoy en día, el cártel es quizás la forma de asociación monopolista más conocida debido a la importancia de la Organización de Países Exportadores de Petróleo (OPEP). Un cártel es una organización de productores cuyo objetivo es ganar cuotas de mercado,

controlar la producción y regular los precios. La OPEP defiende estos mismos objetivos, y es mundialmente conocida por haber podido imponer el precio del petróleo en todo el planeta.

➤ Fusiones

Los intentos de organizar la industria con el fin de lograr un control monopolista del mercado pueden ser de diversa índole. Una combinación de empresas tendiente a reducir la competencia puede tener un carácter vertical, horizontal o de conglomerado. La combinación vertical implica la fusión de empresas, que controlan distintas etapas del proceso productivo de un mismo producto. Ciertas empresas petrolíferas, por ejemplo, tienen campos de petróleo, refinerías, compañías de transportes y gasolineras. Una combinación horizontal es aquella formada por empresas de una misma industria que desarrollan los mismos productos. Una fusión de conglomerado combina compañías de diversas industrias independientes dentro de una misma organización. Todas las fusiones y combinaciones de empresas tienen un potencial para eliminar la competencia entre ellas creando así monopolios. Las fusiones suelen ser analizadas por las autoridades en todos los países y, dentro de la Unión Europea, por la Comisión Europea. Cualquier fusión que pretenda lograr un poder monopolista y actuar contra el interés público será prohibida.¹⁸

Dentro de la biblioteca de consulta virtual Encarta ® se establece que podemos distinguir entre monopolios naturales, *trusts*, cárteles y fusiones entre empresas.

➤ Monopolio natural

El monopolio puro —una única empresa en una industria— no suele darse en la economía real, excepto cuando se trata de una actividad desempeñada mediante una concesión pública. En estas industrias se suelen producir bienes y servicios vitales para

¹⁸. <http://www.gestiopolis.com/recursos/documentos/fulldocs/eco/monopolio-1.htm>; Sin No. de pág.

el bienestar público, como el suministro de agua, electricidad, transportes y comunicaciones. Aunque parece que estos monopolios son la mejor forma de proporcionar determinados servicios a la sociedad, sigue siendo necesario regularlos cuando están en manos privadas; de lo contrario tendrán que depender de una empresa pública.

➤ Trust

El Trust es la sociedad de capitales, con el objeto de eliminar la competencia comercial, de forma ilegal. Se caracteriza por acaparar productos, lo más que se pueda para dominar el mercado a su antojo.

➤ Carteles

Son organizaciones que concentran capitales, con el objeto de eliminar la competencia comercial, creando con ello una forma de monopolizar el mercado.

➤ Fusiones

Se constituyen al integrar varias empresas o sociedades en una sola entidad, que aparentemente tiene por objeto evitar excesivas concentraciones de poder sobre el mercado.

Para el autor Luis Alcalá, por el origen espontáneo que ha tenido en el capitalismo se pueden distinguir dos especies principales de monopolios: “el monopolio de hecho y el monopolio legal. Estas circunstancias son las que hace mención Manuel Osorio, al definir el monopolio. El primero surge del libre juego de la producción o de las circunstancias, sin intervención del favor o reconocimiento oficial, ni de la confabulación privada. Unas veces se origina automáticamente, por tratarse del único productor o fabricante; por la reputación o calidad de ciertos artículos; por haber soportado victorioso

la competencia; por desaparición causal o forzosa de los rivales; por la fusión de las empresas similares.

Monopolio legal es el establecido por una disposición expresa del Poder público, que otorga a un particular o a una empresa privada, o se reserva, la explotación de una fuente de riqueza, la exclusiva para el comercio de un producto o la prestación privilegiada de un servicio. De una manera u otra, se pretende una finalidad fiscal, consistente en los ingresos o beneficios en los casos de gestión directa; y en la participación, cuota u otra percepción cuando se concede así el monopolio a una persona de interés privado.

La principal variedad de lo anterior la constituye el monopolio del estado, en que las censuras lucrativas se atenúan; porque los ingresos acrecen las rentas públicas, con igual descargo automático para los impuestos directos, siempre más ingratos. Pero existe la experiencia reiterada de que se precisa una perfecta organización para que el ramo o servicio regido por el Poder Público directamente (sin concesión, variante del monopolio estatal) no constituya un despilfarro administrativo, con la profusión de agentes, falta de iniciativa, lentitud en los trámites y diversas trabas o abusos.

En tales monopolios oficiales pueden entrar más o menos ajustadamente todos los servicios públicos desempeñados por la Administración pública o por ella entregados a compañías arrendatarias o concesionarias. También, el comercio de ciertos productos estancados, como la lotería, el tabaco y los fósforos o cerillas, en que se habla de monopolios de interés fiscal.”¹⁹

Continúa manifestando Luis Alcalá que, existen diversas variedades monopolizadoras, siendo estas las siguientes:

¹⁹. Cabanellas de Torres, Guillermo, Alcalá, Zamora y Castillo. Ob. Cit; pág. 321

➤ Trust y pool

El Trust es una asociación de capitales, coligados con el propósito de suprimir la competencia y ejercer un monopolio de hecho en el mercado. Esta especie de sindicato, que acapara uno o más productos para dominar el mercado e imponer precios y condiciones de venta, constituye la negación de la libertad económica; además, configura un medio para arruinar a los pequeños capitalistas y concluir con la pequeña industria.

En los países anglosajones con significado más benigno, la voz trust designa asimismo el conjunto de sociedades o empresas reunidas en un solo organismo, al que entregan la dirección de sus negocios. Es decir, lo que cabe traducir por consorcio.

Con la voz “pool” se hace referencia al vocablo inglés que significa literalmente estanque; consiste en un convenio celebrado entre empresas autónomas, a fin de igualar los beneficios concentrándolos en un fondo común, distribuido luego en forma estipulada. Entre gente de banca y hombres de negocios, el pool se diferencia del kartell por cuanto las sociedades o empresas conservan en aquél su autonomía interna. La temporalidad del pool, que persigue una rápida ganancia, lo diferencia del trust.

➤ Kartell

Esta voz germánica por su origen se aplica a ciertas organizaciones de concentración capitalista, hechas con el propósito de dominar o anular la competencia. Aunque se pretende, y suele conseguirse donde los kartells se toleran, monopolizar el mercado, los diversos miembros integrantes conservan su independencia, sobre todo en materia financiera.

Esta organización económica reviste formas diversas: a) el de precio, tendiente a que los asociados observen el fijado por el kartell; b) de condiciones que a la determinación del precio agregan circunstancias uniformes de venta; c) general, si comprende a varios

kartells subordinados; d) de clientela, si procede a una distribución, generalmente geográfica, de los mercados; e) de venta, que señala el contingente de cada asociado; f) de compra, para obtener, el adquirir enormes cantidades, materia prima a bajo costo.

➤ Holding y Konzern

Holding vocablo inglés, posee significados jurídicos generales de posesión, pertenencia y tenencia; también, los de arrendamiento o inquilinato. Sin embargo, en las actividades capitalistas entraña una supersociedad, establecida por encima de entidades diversas, cuyos negocios pasan a ser administrados, o al menos fiscalizados, por la plana mayor de empresarios u hombres de negocios del holding.

Konzern palabra alemana se ajusta a un grupo de empresas unidas solamente por lazos financieros o personales, sin obedecer a una organización permanente. Se esta mas bien ante los “contactos” entre los empresario o sus representantes, a fin de no hacerse competencia ruinosa innecesariamente y reaccionar acordemente contra presiones contributivas en los aspectos técnicos y económicos, así como en las actitudes laborales.

➤ Ring y corner dos vocablos ingleses, muy difundidos por el aporte, pero con significado capitalista muy definido además. El “ring” es una unión de intereses, constituida por la reunión de diversos empresarios, que se proponen la realización de un plan monopolizador aislado. Al comprar la totalidad de una mercadería disponible, en un momento dado (por ejemplo, antes de la cosecha futura), el “ring” provoca una escasez y, por tanto, un considerable aumento de precio. Cuando esa misma maniobra se realiza en las bolsas de comercio y con carácter individual, quizá con conciliábulos en apartados “rincones” de sus salones o galerías, se habla de corners precisamente.

➤ Dumping Una voz más del léxico ingles, para una maniobra desleal en la competencia industrial o mercantil. Proviene del dump, vertimiento o inundación. Expresa el propósito o la realidad de inundar el mercado con productos a precios más bajos que

los habituales, e incluso que los de coste, con finalidad de anular la competencia; y luego, acaparada la clientela, resarcirse. Constituye una forma de guerra económica practicada sobre todo entre distintos países, cuando la libertad aduanera o los bajos aranceles la permiten. No es sólo práctica capitalista, sino recurso general; ya que la Rusia soviética recurrió también al “dumping”, hacia 1925, en uno de sus vanos intentos de desquiciar la economía de los países democráticos de Europa. Como explicación del “dumping”, cuando no tiende tan sólo a la ruina o perturbación de los productores rivales o de los enemigos políticos o internacionales, se aducen estas causas: 1ª colocación de reservas y sobrantes de cosechas y materiales; 2ª procurar trabajo en época de crisis; 3ª agenciarse divisas o lograr créditos; 4ª conquistar mercados; 5ª aprovechamiento de los fletes, en viajes , etc..

El Capitalismo monopolizador, es la concentración capitalista, aunque no en los límites de la magnitud y de la inflexibilidad previstas por Marx, fue acentuándose con el proceso de la Revolución industrial y con el desenvolvimiento de sociedades y empresas en el transcurso del siglo XIX, donde en cada actividad al menos dentro de un mismo país, la hegemonía de una o dos empresas era por demás evidente, con ejercicio de un monopolio de hecho en consecuencia en lo económico, no era sino acentuar los caracteres de la fase anterior, con un papel cada vez mas trascendente para la banca erigida, en cierto modo en lo que cabría denominar como “patronos de los patronos”, por procurarles a éstos, sus necesidades y naturalmente de su solvencia, los medios financieros, los monetarios precisos para mantener el impulso de su producción, ampliarla o modernizarla, según las exigencias de las circunstancias o la ambición de cada empresario. La tendencia monopolizadora era producto natural del liberalismo imperante, también en las esferas económica y bancaria. Pero al igual que el liberalismo en los aspectos laborales del industrialismo había generado excesos que condujeron al intervencionismo estatal, los poderosos monopolios consolidados o en gestación representaban no sólo una amenaza para las empresas medianas y pequeñas, sino un desafío a la misma organización hacendística y económica general del Estado. La más gráfica prueba, de la dependencia estatal frente al capitalismo la ha integrado el crecimiento desorbitado que en casi todos los países ha adquirido la deuda pública

interna, a mas de los mayores peligros, para la independencia nacional en todos sus aspectos, que representan los empréstitos concertados con otras naciones o con entidades privadas extranjeras. Por unas y otras causas se avecinaba una etapa capitalista, la que se examina a continuación.

2.4 Regulación legal y constitucional

Con respecto a la regulación jurídica del monopolio, en primer lugar se hace una descripción, analítica constitucional histórica del mismo, a través de las constituciones que han regido en Guatemala,

En el Artículo 90, de la Constitución de Bayona de 1808 se establece que “No podrá concederse privilegio alguno particular de exportación o importación en dichos reinos y provincias.”

En la Constitución Política de la Monarquía Española (promulgada en Cádiz el 19 de marzo de 1812, no se hace referencia alguna en cuanto a la industria y el comercio. En la Constitución de la República Federal de Centro América, del 22 de noviembre de 1824, tampoco se hace referencia alguna sobre el tema.

En la Constitución Política del Estado de Guatemala, de 1825, no se refiere de alguna manera a la temática.

En la Constitución Política de la República de Centro América de 1925, en el Artículo 41 establece que “No habrá monopolios de ninguna clase. Exceptuándose los privilegios y concesiones que se otorguen por tiempo limitado para fomentar la introducción o perfeccionamiento de industrias, la colonización o inmigración, el establecimiento de instituciones de crédito y la apertura de vías de comunicación.”

El artículo 7, de las reformas a la Constitución Política del Estado de Guatemala, decretada el 20 de diciembre de 1927, por la Asamblea Constituyente de Guatemala;

reformó el Artículo 20, que en el último párrafo establece que: “ Quedan prohibidos los monopolios y privilegios.”

La Constitución de la República de Guatemala, decretada por la Asamblea Constituyente, el 11 de marzo de 1945, en el Artículo 98, prohíbe el monopolio y los privilegios. Se transcribe dicho artículo. “El Ejecutivo sólo podrá otorgar concesiones por un término que no pase de diez años, a quienes introduzcan o establezcan industrias nuevas en la República; pero no con el carácter de prohibitivas de industrias análogas o similares. Para el establecimiento de servicios públicos de gran utilidad que requieran la inversión de cuantiosos capitales, el Estado puede celebrar contratos y otorgar, en tal caso, concesiones por un término no mayor de cincuenta años. Los contratos y concesiones a que se refiere este artículo deben ser aprobados por el Congreso. Una nueva concesión en ningún caso podrá modificar el plazo y las demás condiciones estipuladas en una concesión anterior, aun cuando la segunda sea una extensión de la primera. Se prohíben los monopolios y privilegios.”

En la Constitución de la República de Guatemala, decretada por la Asamblea Constituyente, el 2 de febrero de 1956, en el Artículo 223 establece: “Se prohíben los monopolios. El Estado limitará el funcionamiento de empresas que absorban o tiendan a absorber, en perjuicio de la economía nacional, la producción de uno o más ramos industriales, o de una misma actividad comercial. Una ley determinará lo relativo a esta materia.”

En la Constitución de la República de Guatemala, decretada por la Asamblea Constituyente, el 15 de septiembre de 1965, en el artículo 140 se norma: “Se prohíben los monopolios. El Estado limitará el funcionamiento de las empresas que absorban o tiendan a absorber, en perjuicio de la autonomía nacional, la producción de uno o más ramos industriales o de una misma actividad comercial o agropecuaria. Las leyes determinarán lo relativo a esta materia.”

En la Constitución Política de la República de Guatemala, promulgada el 31 de mayo de 1985, por la Asamblea Nacional Constituyente; en el Artículo 130 se indica: “Prohibición de monopolios. Se prohíben los monopolios y privilegios. El Estado limitará el funcionamiento de las empresas que absorban o tiendan a absorber, en perjuicio de la economía nacional, la producción en uno o más ramos industriales o de una misma actividad comercial o agropecuaria. Las leyes determinarán lo relativo a esta materia. El Estado protegerá la economía de mercado e impedirá las asociaciones que tiendan a restringir la libertad del mercado o a perjudicar a los consumidores.”

El Artículo 361 del Código de Comercio, en el acápite (aunque este no tenga valor interpretativo) establece la prohibición de monopolios; en el sentido siguiente: “Todas las empresas, tienen la obligación de contratar con cualquiera que solicite los productos o servicios que prestan, observando igualdad de trato entre las diversas categorías de consumidores.

Asimismo, el Artículo **362** del mismo cuerpo legal establece. **(Competencia desleal)**. Todo acto o hecho contrario a la buena fe comercial o al normal y honrado desenvolvimiento de las actividades mercantiles, se considerará de competencia desleal, y por lo tanto, injusto y prohibido.

2.5 Análisis de su aplicación

El monopolio es una actividad económica, que se ha dado históricamente en casi todos los países del mundo. Esta actividad ha sido dañina para las sociedades y las economías. A partir que esto se vio reflejado en la realidad, hubo necesidad de regular lo relativo al monopolio.

En Guatemala, a partir de la década de los veinte del siglo XX, se establece la regla prima, en el sentido que no habrá monopolios, con excepción de los privilegios y concesiones que se otorguen por tiempo limitado **para fomentar la introducción o**

perfeccionamiento de industrias, la colonización o inmigración, el establecimiento de instituciones de crédito y la apertura de vías de comunicación

Bajo esta premisa excepcional, se empiezan a introducir en el país grandes monopolios extranjeros, de capital alemán, estadounidense y otros especialmente. La industria nacional, si se puede llamar así al movimiento industrial naciente en el país, lo constituyen pequeñas empresas de carácter artesanal. Las empresas extranjeras o nacionales con inversión extranjera se arrogaron el privilegio de producir ciertos productos o la prestación de servicios entre los que se encuentran el ferrocarril, la empresa eléctrica, la telefonía, la construcción de carreteras; entre las cuales se encuentran, las empresas estadounidenses siguientes: UFCO, IRCA y EEG. Esto es producto de los privilegios y concesiones que el Estado de Guatemala hizo. Hay que recordar que si bien es cierto, por las condiciones socio-históricas, que los Estados Unidos no colonizaron al país; también es cierto que lo sometieron a condiciones de país dependiente, política y económicamente. Esto sucedió en el siglo XX, con excepción de la década de primavera revolucionaria.

A partir de la contrarrevolución, el país fue gobernado por militares; hasta los años ochenta, cuando entran a gobernar civiles, pero con las mismas tendencias de favorecer privilegios. Es significativo señalar que, en el país, no obstante que está prohibido el monopolio, éste sigue dándose de una manera solapada a través de diversas formas contractuales atípicas de carácter mercantil.

CAPÍTULO III

3. Contratos mercantiles

El contrato es el acuerdo de voluntades, que necesitan fundamentalmente el consentimiento de las partes que intervienen en un negocio jurídico. En el ordenamiento jurídico mercantil guatemalteco no se hace una regulación estructurada, con relación a las obligaciones mercantiles; por lo que supletoriamente se toma la regulación que contiene el Código Civil, en la parte de las obligaciones en general; siempre respetando la perspectiva del derecho mercantil de que la solemnidad es la cuestión excepcional que debe darse solo cuando así lo exige la ley. Se debe tomar en cuenta la buena fe guardada y la verdad sabida, como principios que inspiran los contratos mercantiles y además el menor rigor formalista. Así lo establece el Artículo 671 del Código de Comercio, cuando regula que: “Los contratos de comercio, no están sujetos, para su validez, a formalidades especiales. Cualesquiera que sean la forma y el idioma en que se celebren, las partes quedarán obligadas de la manera y en los términos que aparezca que quisieron obligarse...Se exceptúan de esta disposición los contratos que, de acuerdo con la ley, requieran formas o solemnidades especiales...”

3.1 Definición de contrato

Dentro de la biblioteca de consulta virtual Encarta ® se establece que es la figura que define el acuerdo de voluntades destinado a producir efectos jurídicos.²⁰

Dentro del Diccionario de la Real Academia Española se preceptúa “Pacto o convenio, oral o escrito, entre partes que se obligan sobre materia o cosa determinada, y a cuyo cumplimiento pueden ser compelidas.”²¹

²⁰ Biblioteca de consulta Microsoft ® Encarta ® 2007. **Ob. cit.** Sin No. De pág.

²¹ Diccionario de la Real Academia Española. Versión CD-ROM; Sin No. de pág.

Para el autor Manuel Ossorio se dice “Que hay contrato cuando dos o más personas se ponen de acuerdo sobre una declaración de voluntad común destinada a reglar sus derechos”.²²

El Artículo 1517 del Código Civil establece: “Hay contrato cuando dos o más personas convienen en crear, modificar o extinguir una obligación.” Por otro lado la misma ley establece que los contratos se perfeccionan con el simple consentimiento de las partes; y cuando se perfeccionan obligan a las partes al cumplimiento de lo convenido.

El contrato es en sí, un acuerdo de voluntades, que obligan a las personas que manifiestan su consentimiento sobre determinado negocio jurídico. Los elementos característicos del contrato son de carácter personal, esencial y material.

3.2 Características del contrato

- a. Principales se refiere a que puede existir independiente, sin necesidad de depender de otro negocio o contrato jurídico. También pueden ser accesorios cuando en un contrato se establezca que para que se tenga por celebrado completamente se haga otro adicional.
- b. Bilaterales, esta característica se refiere a que en la celebración del contrato intervienen dos o más personas con el fin de obligarse recíprocamente en las condiciones expuestas.
- c. Consensuales, se denomina así al acuerdo entre las voluntades de las partes y desde el instante en que el mismo se presta.
- d. Conmutativo se refiere a la equivalencia que se da entre las partes de lo que se recibe.

²² Ossorio, Manuel. Ob. Cit; pág. 167

- e. Oneroso, esta característica se refiere a las prestaciones que se reciben al darse el negocio jurídico, sin las cuales no puede realizarse.
- f. Sinalagmático, significa que las partes que intervienen en el contrato se obligan en lo dispuesto en el acto jurídico.
- g. Tracto sucesivo, esta característica de los contratos se refiere a que dentro del negocio jurídico se establecen plazos o periodos de tiempo para su cumplimiento.

3.3 Elementos del contrato

Guadalupe Demarchi, autor argentino internacional establece dentro de la enciclopedia virtual Monografías que los elementos de los contratos pueden clasificarse de la siguiente manera:

➤ Esenciales

Son aquellos sin cuya concurrencia el contrato no puede concebirse ni existir (estos son requisitos del contrato), sin ellos no existe el contrato, ya que son la esencia del acto contractual.

Entre estos elementos tenemos los que son comunes a todos los contratos, y aquellos que solo se exigen para determinados contratos, como serían las palabras sacramentales en la sponsio, las inscripciones en el contrato litteris, la datio en el mutuo, la gratitud en el mandato, etc.

Con respecto a los elementos comunes a todos los contratos, tenemos:

➤ **La capacidad**

Es la aptitud que tienen las personas para ser sujetos de derechos y obligaciones. La capacidad para celebrar un contrato mercantil, en nombre propio, requiere de la capacidad de ejercicio.

Una incapacidad de derecho por falta de alguno de los status, como: los esclavos, los peregrinos, los alieni iuris.

Una incapacidad de derecho tales como: los infantes, los dementes, los pródigos, las mujeres puberes, sui iuris, los menores, los interdictos y los fallidos.

➤ **El consentimiento**

El contrato no puede celebrarse sin el acuerdo de voluntades.

➤ **El objeto**

Es la prestación del contrato: una sola prestación en los unilaterales, dos o más en los sinalagmáticos.

El objeto es el hecho positivo o negativo que debe realizar una de las partes en beneficio de la otra, o las dos partes cuando ambas resultan acreedoras y deudoras en virtud del contrato.

El objeto debe que ser posible, lícito, determinado o susceptible de serlo y presentar un interés para el acreedor.

➤ **La causa**

Algunos doctrinarios afirman que ésta no se encuentra en los textos de Derecho Romano, sino que solo fue empleada como sinónimo de fuente o de hecho generador de la obligación.

➤ **Naturales**

Son aquellos que aunque acompañando normalmente a un contrato, pueden ser excluidos por los contrayentes mediante una cláusula. Tal sería, en la compra venta, la responsabilidad del vendedor, por la evicción o por los vicios ocultos de la cosa vendida, que se considera implícitamente comprendida en el contrato, mientras que las partes no dispongan lo contrario, ya que se trata de un elemento que no es de la esencia sino de la naturaleza del contrato, que puede ser excluido por la manifestación de voluntad de las partes, y el contrato no dejaría de ser tal.

➤ **Accidentales**

Son aquellos que dependen solo de la voluntad de las partes, quienes pueden incluirlo para modificar los efectos naturales del contrato. Son llamados también modalidades y son: la condición, el plazo y el cargo.

➤ **Vicios del consentimiento:** para que el contrato sea válido, el consentimiento debe emanar de personas dotadas de discernimiento y estar exentas de vicios. Si se halla afectado por uno de ellos, la parte perjudicada puede solicitar la nulidad de este.²³

Dentro de nuestro sistema jurídico se puede apreciar dentro de la mayoría de los contratos los elementos siguientes:

- a. **Elementos personales:** se refiere a las personas que intervienen dentro de la celebración del negocio jurídico, en otras palabras, son los sujetos que se obligaran en las condiciones pactadas. Los sujetos de la contratación son el acreedor y el deudor; asimismo el dador y el que recibe.

²³. Demarchi, Guadalupe. Monografías.com; <http://www.monografias.com/trabajos6/cont/cont2.shtml>; Sin No. de pág.

- b. Elementos reales se refiere a las cosas materiales que integran el negocio jurídico, es decir que son aquellos elementos materiales sin los cuales no se podría realizar el negocio o contrato jurídico, como por ejemplo; el dinero, facturas, títulos de crédito, bienes, etc.

- c. Elementos formales se encuentra conformado por aquellos lineamientos que se deben observar para la realización del contrato y que se encuentran contenidos en leyes, códigos, etc.

3.4 Definición de contratos mercantiles

El diccionario de la Real Academia Española en su versión CD-ROM establece que: Contrato Mercantil es "El que tiene por objeto concertar un negocio de carácter mercantil por cuenta ajena, siempre que alguno de los contratantes tenga la condición legal de comerciante."²⁴

El autor Edmundo Vásquez Martínez, establece que es: "el instrumento contractual, por el que las partes actuando en su propio interés, fijan el punto de encuentro de intereses, opuestos o concurrentes, representa el medio mas adecuado para obtener el ideal de la colaboración voluntaria y el contrato es un vehículo relevante que expresa el dinamismo de la colectiva, que se desarrolla precisamente, a través de acuerdos determinados entre sujetos" ²⁵

²⁴ Diccionario de la Real Academia Española; **Ob. Cit**; sin No. de pág.

²⁵ Vásquez Martínez, Edmundo. **Instituciones del derecho mercantiles**. Pág. 539.

3.5 Principios de contratos mercantiles

De conformidad con el Artículo 669 del Código de Comercio, en el acápite los denomina Principios filosóficos; en el siguiente sentido: "Las obligaciones y contratos mercantiles se interpretarán, ejecutarán y cumplirán de conformidad con los principios de verdad sabida y buena fe guardada; a manera de conservar y proteger las rectas y honorables intenciones y deseos de los contratantes, sin limitar con interpretación arbitraria sus efectos naturales."

➤ **La verdad sabida**

Este principio establece que el negocio jurídico mercantil pactado, es lo cierto y se conocen concretamente las prestaciones a dar. Se conocen las cosas objeto del negocio, los alcances de la contratación, sus efectos jurídicos. Es decir, que nadie puede alegar que lo negociado no era lo esperado, independientemente la forma de contratación.

➤ **Buena fe guardada**

En el ámbito mercantil el cumplimiento se rige por el principio general de la buena fe, el cual se encuentra contenido en el Artículo 669 del Código de Comercio. Es el convencimiento de quien realiza un acto jurídico, es legal, verdadero y justo.

El autor Edmundo Vásquez Martínez,²⁶ expresa que dentro de ese artículo se recogen los principios en lo que se sustentan los contratos mercantiles, puesto que por un lado, el valor de la fidelidad, del respeto a la palabra dada, que es el valor fundamental de la vida negocial; y de otro, el de la veracidad, que excluye el engaño de la vida obligacional. Ambos valores "fundamentan la confianza en el comportamiento del

²⁶. Vásquez Martínez, Edmundo. **Ibid.** pág. 524.

otro y la fe en su palabra, sin las cuales es inimaginable un tráfico comercial desarrollado y hasta el, mismo intercambio pleno de prestaciones.”

El principio de la buena fe, tal como aparece expuesto en nuestra legislación mercantil, se concreta a la "buena objetiva", esto es a "la obligación de comportarse honestamente" y no a la "buena fe subjetiva" o situación psicológica de ignorar haberse ocasionado una lesión a otra persona. La buena fe objetiva constituye un criterio de valoración de "hacer"; la buena fe subjetiva es un elemento de ciertas situaciones a las que se reconocen determinados efectos.

El hecho de que se imponga la obligación de obrar recta y honorablemente implica una apertura del derecho a la vida social. Cuando la ley habla de buena fe, de verdad, de rectas y honorables intenciones, se refiere a conceptos, y a criterios valorativos que no están forjados por el derecho, sino que el derecho los asume y recibe de la conciencia social, para la que está llamado a valer. A través de esta apertura puede el tráfico mercantil mismo y la jurisprudencia ir introduciendo constantes reajustes al derecho para hacerlos más humano y más justo.

3.6 Características de los contratos mercantiles

Se puede decir que las características que encierran los contratos mercantiles, a nivel internacional, pueden dar una idea de las similitudes y diferencias que existen en los diferentes ordenamientos jurídicos; por ejemplo la cámara de comercio de Colombia establece que son características del contrato las siguientes:

- **Representación para contratar** Representación Aparente: se da cuando una persona se manifiesta como representante de otra, sin necesidad de ostentar un mandato, como sería necesario en el tráfico civil.
- **Forma del Contrato Mercantil** El Código de Comercio establece que los contratos de comercio no están sujetos para su validez a formalidades especiales.

➤ **Cláusula Compromisoria** En los contratos mercantiles, las controversias se dirimen mediante arbitraje sin necesidad de que la cláusula compromisoria conste en escritura pública.²⁷

Dentro del ordenamiento jurídico guatemalteco, el autor René Arturo Villegas Lara establece en su obra “Derecho Mercantil Guatemalteco” que las características propias de los contratos son deducidas del mismo contexto de la ley, Las cuales consisten en:

➤ **La representación para contratar**

En el derecho mercantil funciona lo que se llama la Representación aparente; o sea que sea 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 se expone al estudiar los títulos de crédito, de manera que no resulta difícil entender esta característica de la contratación mercantil. Esta particularidad en el surgimiento del contrato mercantil se encuentra en el Artículo 670 del Código de Comercio.

➤ **Forma del contrato mercantil**

En el campo mercantil (Arto. 671), la forma se encuentra más simplificada: los contratos de comercio no están sujetos, para su validez, a formalidades especiales. Cualquiera que sea la forma y el idioma en que se celebren las partes quedan vinculadas en los términos que quisieron obligarse.

²⁷. Características de los contratos; http://camara.ccb.org.co/documentos/1542_contratos_atfpicos_costumbre_mercantil.pdf; Sin No. de pág.

➤ Cláusula compromisoria

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)

➤ 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...

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

a) **Contratos mediante formularios** (Arto. 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 más grandes o diferentes al resto del documento; y,

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

b) **Contratos mediante póliza** (Art 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 lo 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 tácita manifestación de voluntad. A estas formas de contratar también se les aplica las reglas de interpretación antes dichas.

➤ **Omisión fiscal**

Los actos jurídicos, sobre todo los que se refieren al tráfico patrimonial, están sujetos a cargas impositivas en 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 estos casos, además de pagar la carga tributaria, se responderá de las multas que se imponen como consecuencia de disposiciones del derecho tributario (Arto. 680 del Código de Comercio).

➤ **Libertad de contratación**

El contrato ha sido considerado como la máxima contención de la libertad jurídica, entendida ésta como el desiderátum 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.

➤ Efectos de la cláusula "Rebus Sic Stantibus"

El 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 aquéllas en las que ya se ha incurrido en mora. O sea, que se trata únicamente de obligaciones pendientes. El Artículo 688 a que nos referimos tiene una defectuosa redacción, porque no era necesario decir en qué 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. A este respecto, el tratadista Mazeaud, dice: "La teoría de la imprevisión... no se puede aplicar por la fuerza de las cosas, más que a los contratos sucesivos. En efecto, supone que se hayan tornado en exceso gravosas las obligaciones de una de las partes, en el curso de su cumplimiento..."

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.

➤ 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 quiénes 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, quién será la persona que resultará como contratante definitivo. Esta designación, para que surta efectos y vincula al designado, depende de que efectivamente éste

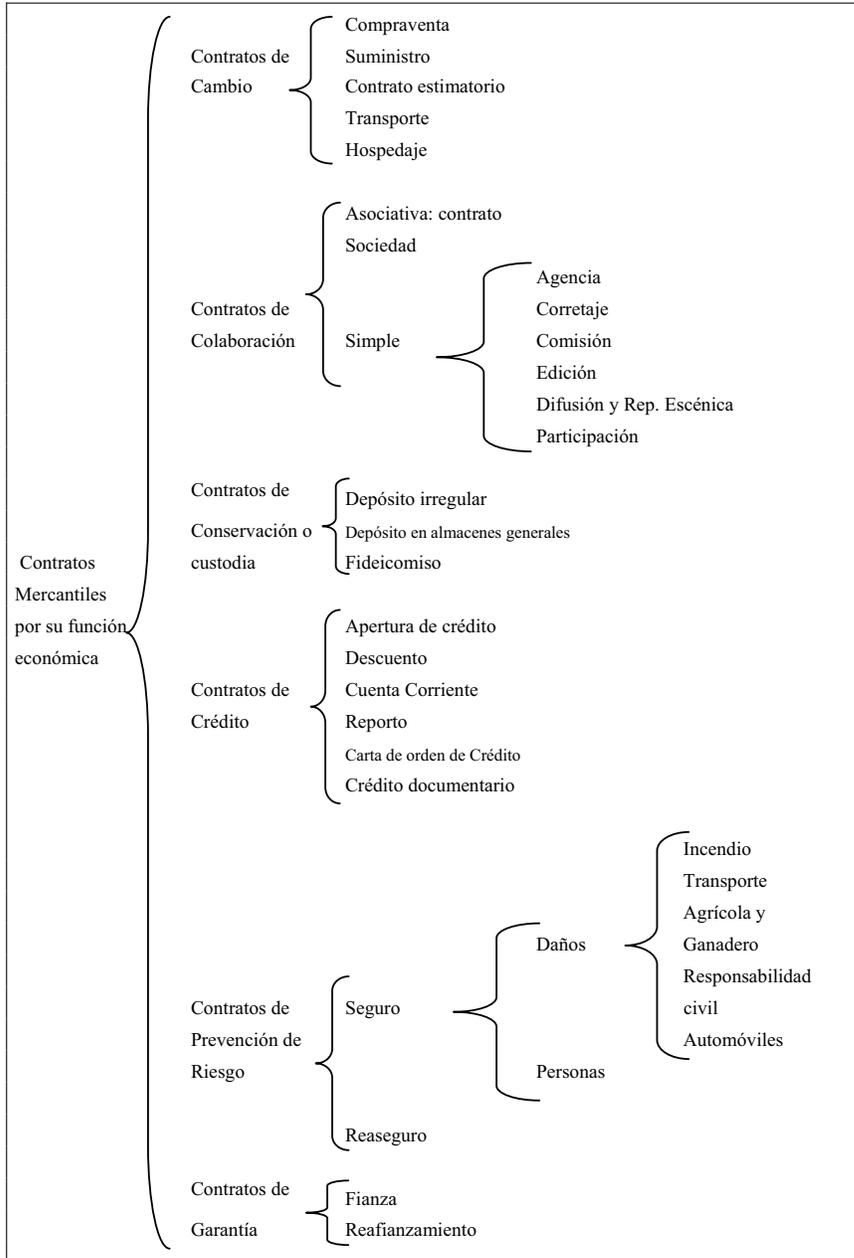
acepte el contrato en forma personal o por medio de representante debidamente acreditado.

3.7 Clases de contratos mercantiles

La primera clasificación de los contratos mercantiles, que se da doctrinariamente, son los contratos típicos y los contratos atípicos.

El autor Edmundo Vásquez Martínez, establece que para el estudio de los contratos mercantiles es útil el criterio en que se basa de acuerdo a la función económica, el cual se describe a continuación.²⁸

²⁸.Vásquez Martínez, Edmundo. Ob. Cit; pág. 544-547



3.8 Contratos típicos

Guadalupe Demarchi, establece dentro de un documento publicado en la enciclopedia virtual monografías, los contratos típicos más comunes son:

➤ **La compraventa**

Convención por la que una de las partes: vendedor, se obliga a dar a otro, el comprador la posesión de una cosa garantizando su pacífico goce, con la obligación de este último de transmitir la propiedad de una suma de dinero o precio.

➤ **La locación**

La convención por la cual una de las partes, se obligaba a pagar a la otra un precio cierto de dinero a cambio de que ésta le proporcione el uso y disfrute temporal de una cosa o le preste determinado servicio o realice una obra, configura el contrato de locación o arrendamiento (loctio-conductio).

➤ **La sociedad**

Es la convención por la cual dos o mas personas, se obligaban recíprocamente a poner ciertas cosas en común, (bienes o actividades), para alcanzar un fin lícito de utilidad común.

La sociedad, ha sido una institución proveniente del ius gentium, que recogió el derecho civil, acordándole la correspondiente tutela al dotar a la convención de acciones propias.

➤ **El mandato**

Convención por la cual una persona (mandatario o procurator), se obligaba respecto de otra (mandante o mandator), a hacer gratuitamente una cosa lícita que ésta le ha encargado.

➤ **El mutuo**

Es llamado también préstamo de consumo. Era la convención por la cual una persona (mutuante o prestamista), entregaba en propiedad a otra (mutuario o prestario), una determinada cantidad de cosas fungibles con la obligación de restituir las dentro de cierto plazo por otro tanto del mismo género y calidad. Esta convención se independizó del formalismo del nexum y solo bastó el consentimiento de los contrayentes seguido de la tradición o entrega de la cosa.

➤ **El comodato**

Convención por la cual una persona, (comodante) entregaba gratuitamente a otra (comodatario) el uso de una cosa no fungible, asumiendo la obligación de devolverla en el lugar y tiempo convenidos. Era también llamado préstamo de uso.

➤ **El depósito**

Contrato por el cual una persona, (depositante) entrega una cosa mueble a otra (depositario), para que la guarde o custodie gratuitamente y la devuelva al primer requerimiento. Era un contrato real ya que se perfeccionaba con la entrega de la cosa al depositario. La datio no implica transmisión del dominio, ni convierte al depositario en poseedor, solo confiere la tenencia real. Era de buena fe por la amplitud de facultades judiciales, sinalagmático imperfecto, y gratuito debido a que el depositario no percibía ninguna remuneración.

➤ **La prenda**

Convención por la cual una persona, (pignorante) entrega a otra (pignoratario), la posesión de una cosa corporal, para garantizar una deuda propia o ajena, con la obligación de quien la recibe de reservarla y restituirla cuando se pague la deuda. La prenda puede estudiarse como derecho real de garantía o como contrato o sea, como la convención por la cual se establece dicha seguridad, en la que el acreedor de la obligación figura como deudor del objeto que ha asegurado su crédito.

Es un contrato real, sinalagmático imperfecto, ya que la única obligación es la que contrae el pignoratario de devolver la cosa, y de buena fe. La entrega de la cosa tenía por efecto otorgar la posesión al acreedor.

➤ **La fiducia:**

Contrato por el que una persona, (fiduciante) transmite a otra (fiduciario) la propiedad de una cosa, mediante mancipatio o in iure cesio, con el objeto de garantizar un crédito.²⁹

El autor Jaime Alberto Arrubla Paucar establece que los contratos típicos serían aquellos contratos que tienen una individualidad y unos efectos propios señalados por la norma jurídica.

Para el efecto, el concepto de norma jurídica es omnicompreensivo de las diferentes fuentes de derecho llamadas por el ordenamiento jurídico a regular los actos negociales en un lugar determinado.³⁰

²⁹. Demarchi, Guadalupe. Ob. Cit; Sin No. de pág.

³⁰. Arrubla Paucar, Jaime Alberto. Contratos Mercantiles. Pág. 24

3.9 Contratos atípicos

El autor Jaime Alberto Arrubla Paucar, preceptúa que los contratos atípicos, por exclusión serían aquellos negocios jurídicos, que no están regulados por ninguna norma jurídica.

En esta categoría quedarían aquellos convenios que ni siquiera tienen una regulación dada por la costumbre nacional o la internacional, aunque mantienen su marco típico por excelencia que es el contrato general.³¹

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

3.10 Clasificación de contratos atípicos

El autor René Arturo Villegas Lara, establece que “los llamados contratos atípicos, o sea aquellos que no están regulados en la ley y que, no obstante, se practican en la realidad del comercio. No deben confundirse con el contrato innominado, que significa que no tiene nombre; atípico, que no lo contempla la ley. Un contrato puede ser atípico y tener nombre, porque este puede provenir de la práctica mercantil, en cuyo caso, como dice el tratadista argentino Rodolfo Fontanarrosa, estamos ante una nominación social. Todos los contratos típicos tienen un nombre: compraventa, arrendamiento, sociedad, comodato, etc.; mientras que los atípicos pueden tenerlo o no tenerlo.

El autor René Arturo Villegas Lara, establece que los contratos atípicos son aquellos que no están regulados en la ley, y que no obstante, se practican en la realidad del comercio. Dentro de los cuales se enumeran los siguientes:

³¹. Arrubla Paucar, Jaime Alberto. Ob. Cit; Pág. 64

➤ El contrato de Leasing

Uno de los contratos atípicos que ya es de uso común, en la práctica comercial de Guatemala, es el contrato de “leasing”, también conocido como arrendamiento financiero, locación financiera o arrendamiento con opción de compra... Además, el mismo origen del nombre leasing, que deviene del inglés léase (contrato de alquiler) y tolease (arrendar), hace pensar que se trata del contrato de arrendamiento regulado en el Código Civil; y si a eso se suma el hecho de no contar con normas jurídicas que lo tipifiquen, el resultado es encontrar divergencias entre partes sobre la naturaleza jurídica del contrato que han celebrado, las cuales solo es dable resolverlas con base en la doctrina existente sobre este negocio atípico.

➤ Contrato de Factoring

El movimiento comercial, tanto nacional como internacional, se desenvuelve sobre la base del crédito. Se compra y se vende dentro de un sistema que permite diferir el pago del precio. Como consecuencia, el vendedor tiene que esperar el vencimiento de los plazos para que las deudas se le conviertan en recursos disponibles para nuevas inversiones, actuando como cobrador de sus acreedurías. Ante esa realidad y para resolver las dificultades que las compraventas así realizadas ocasionan, surge la técnica del factoring, que permite al comerciante acreedor la obtención de capital, mediante la realización de las deudas a su favor, por medio del financiamiento y confiando a otro el cobro de las mismas.

El contrato de factoring se origina en la función del factor, que principió siendo un auxiliar del comerciante para la dirección de una empresa, y así sigue siendo considerado si nos atuviéramos al Artículo 263 del Código de Comercio. Son factores, quienes sin ser comerciantes tienen la dirección o gerencia de una empresa o de un establecimiento. Sin embargo, en el caso del contrato de factoring, el factor es una

sociedad que se dedica a financiar las deudas que los comerciantes tienen a su favor y a cobrarle a los deudores.

En Guatemala el contrato de factoring es atípico porque no existe ley que lo regule, aunque por disposición reglamentaria de la Junta Monetaria, ya citada al tratar del contrato de leasing es una operación que pueden realizar las instituciones de crédito. En todo caso, por no estar prohibido, puede contratar como factor, una sociedad ajena, a las instituciones de crédito, que tenga como objeto dedicarse a las operaciones de factoring, lo que supone una organización interna especial, pues se necesita de capitales sólidos y suficientes para dar el financiamiento. Por ejemplo, en el caso de los bancos y las sociedades financieras, están legal y técnicamente preparadas para dedicarse al factoraje.

➤ Contrato de underwriting

La doctrina considera que existe contrato de underwriting, cuando una entidad de crédito se obliga a prefinanciar la emisión de acciones u obligaciones sociales de una sociedad anónima, para luego colocarlas en el mercado de valores. Conforme a este concepto y al tratar de los contratos de bolsa en Guatemala, hemos afirmado que este contrato es similar al que prevé el Artículo 77 del Decreto 34-96 del Congreso de la República. tipificado como contrato de suscripción de valores, porque allí se dice que las sociedades financieras o agentes pueden adquirir valores inscritos para la oferta pública, con el objeto de proveer recursos a la sociedad emisora, a cambio de un descuento o comisión y con la finalidad de colocarlos más tarde, en el mercado. Y como al colocarlos se supone que será por una cifra nominal mayor a la de la adquisición, la diferencia constituye su ganancia.

En principio podría considerarse que el contrato de suscripción de valores es el mismo underwriting de la doctrina contractual moderna; sin embargo, en el contrato bursátil la previsión de los recursos como financiamiento sólo la puede dar una sociedad financiera o un agente; debe tratarse de valores ya inscritos para la oferta pública, lo cual supone que ya fueron emitidos; y, el contrato se celebra dentro de las operaciones de bolsa.

➤ Contrato de franquicia

El contrato de franquicia comercial de la actualidad, se caracteriza por ser un negocio entre un franquiciante y un franquiciado, por medio del cual el primero permite al segundo la comercialización de un producto o un servicio, que constituye la actividad propia de su empresa, debiéndose seguir las mismas pautas, que se observan en la empresa franquiciante en cuanto a calidad, presentación del producto o servicio, su publicidad. etc., de tal manera que el consumidor estará recibiendo un bien, por medio del franquiciado, como si se lo estuviera proveyendo el franquiciante. Lo anterior significa que la empresa franquiciada recibe toda la asistencia necesaria en cuanto a técnicas de producción calidad de las materias primas, secretos de elaboración de productos o prestación del servicio y en general el llamado Know-how conceptualizado como una habilidad técnica o conocimiento especializado en un campo determinado de los negocios, un conocimiento práctico de cómo lograr un objetivo específico, y en general, todo conocimiento técnico que es secreto, de uso restringido y confidencial.

Lo antes dicho significa que, contrariamente a la franquicia tradicional, en la franquicia comercial que se practica en la actualidad el franquiciante le da al franquiciado toda la asistencia que sea necesaria para que el mercadeo de sus productos o servicios reúna idénticas características a los que él utiliza en la empresa matriz, particularmente porque está en juego, además de su interés económico, el prestigio de la marca que los identifica. Esto quiere decir que aquí sí hay una relación directa y constante del franquiciante sobre la actividad del franquiciado, para que éste trabajando con su propia

empresa y sus propios recursos, realice sus actos de comercio, cumpliendo con las obligaciones que se le asignan dentro de la entente comercial

Las ideas anteriores las encontramos en la definición de franquicia comercial que da la Asociación Internacional de Franquicia en donde se dice que:

"...es una relación contractual entre un franquiciante y un franquiciado en la cual el primero ofrece mantener un interés continuo en el negocio del segundo, respecto a áreas tales como el Know-how y entrenamiento, en tanto el franquiciado opera bajo un nombre comercial común y de acuerdo con un procedimiento común o patrón establecido o controlado por el franquiciante, haciendo aquel una inversión financiera sustancial con sus propios recursos y en su propio negocio"

➤ Contrato de Joint Ventures

Un contrato de "Joint Venture" es un modo de colaboración empresarial que permite conjuntar recursos dinerarios y no dinerarios en la explotación de una negociación comercial; y aun cuando es perfectamente factible que se de como sistema de entente comercial dentro de un país, el origen de esta figura contractual en nuestro medio lo encontramos en la recepción de capital extranjero que posibilita el desarrollo de negocios difíciles de emprender en forma individual. Así, sin llegar a formar una sociedad u otras formas de unión de empresas -un consorcio, por ejemplo-, un "Joint Venture" permite realizar negocios en común particularmente en aquellas naciones carentes de capital y tecnología, aunque con grandes recursos naturales que requieren explotación. En ese sentido, como afirma el autor Carlos Alberto Ghersi, se trata de un agrupamiento de recursos (bienes y servicios) más que de empresas.

El jurista guatemalteco Francisco Villagrán Kramer, en un interesante ensayo titulado: “Joint Venture. Régimen Legal de las empresas en Estados Unidos y América latina”, indica:

“Lo relevante es que esta figura contractual, es que permite a dos o más personas o empresarios tener, tomar o adquirir un interés directo en un contrato. Este puede ser un proyecto de urbanización o de un parque industrial, la producción y comercialización de un determinado producto o la prestación de servicios específicos por tiempo determinado”... Por último, hay que decir que este contrato, atípico en el derecho guatemalteco, aunque nominado por la práctica comercial internacional, lo ubicamos dentro de los contratos plurilaterales, como sucede con el contrato societario, pues los co-ventureros no tienen intereses contrapuestos, sino comunes. Además es oneroso, consensual, de tracto sucesivo y de naturaleza mercantil.

➤ Contrato de concesión comercial

La figura de la concesión, se estudia particularmente en el Derecho Administrativo, como el contrato por el cual el Estado, faculta u otorga a una persona privada para que construya una obra y la explote o bien le otorga la explotación de un servicio público; en ambos casos a cambio de una remuneración. Del campo del Derecho Público ha pasado al terreno de lo comercial, desde luego con las características propias de los negocios mercantiles. Y ha surgido la concesión comercial de la necesidad que tiene el comerciante principalmente a nivel industrial, de desentenderse de la comercialización directa de sus productos con relación al consumidor final, utilizando a cambio a otras empresas cuyos titulares son los típicos comerciantes que intermedian entre productor y consumidor. Como hemos visto, no es la concesión el único contrato que permite esa intermediación. El contrato de agencia, el de distribución, el de franquicia, son instrumentos que también acercan al productor con el consumidor.

➤ Contratos de tiempo compartido y clubes de campo

El contrato de tiempo compartido es aquél por el que un empresario, individual o social, ofrece a los usuarios la utilización de un inmueble durante un plazo determinado que se va a dar dentro un año calendario, con el objeto de que para su distracción, disfrute personalmente o con su grupo familiar de la estancia y la diversión que gira en torno al inmueble.

En los clubes de campo se parte de una idea diferente al tiempo compartido, pues el club implica una intención asociativa muy especial.”³²

El contrato atípico que no está regulado en nuestra legislación, es el de Holding, el cual será tratado de manera especial en el capítulo siguiente.

³². Villegas Lara. René Arturo. **Ob. Cit**; págs. 366-393.

CAPÍTULO IV

4. El contrato de holding

4.1 Diversas denominaciones

En un artículo publicado por Deguate.com, se establece que algunos manuales de estilo recomiendan sustituir la nominación de este concepto por la de "grupo financiero" o "grupo industrial". Emilio Lorenzo define a un holding company como "agrupación o consorcio de empresas bajo control superior y como equivalencia: sociedad de cartera."³³

El autor Guillermo Cabanellas de Torres, establece que el vocablo inglés del holding, posee significados jurídicos generales de posesión, pertenencia y tenencia; también los de arrendamiento o inquilinato. Sin embargo, en las actividades capitalistas entraña una supersociedad, establecida por encima de entidades diversas, cuyos negocios pasan a ser administrados, o por lo menos fiscalizados, por la plana mayor de empresarios u hombres de negocios del holding.³⁴

Los holdings, constituyen una entidad parecida a los trusts, de hecho puede decirse que estos últimos constituyen los antecedentes de los primeros; que emiten sus propias acciones públicamente pero controlan otras empresas comprando sus acciones. Estos acuerdos no tienen por qué ser ilegales, excepto cuando se adoptan con el fin de monopolizar el comercio.

La internacionalización de las actividades, el crecimiento de las empresas, sus necesidades de especialización, etc., hacen que cada vez sea más frecuente estructurar la organización de una sociedad en torno a una sociedad holding, pero esto no puede ser únicamente una cuestión de una moda pasajera. La organización de una sociedad holding requiere conocer cuáles son los procesos necesarios para que su estructura sea fuerte y sólida con la intención de poder mantenerse a lo largo de los años y contribuir, cada vez más eficazmente, a la optimización de los resultados.

³³. Holding. [http:// www.deguate.com/infocentros/gerencia/glosario/h.htm](http://www.deguate.com/infocentros/gerencia/glosario/h.htm); Sin No. de pág.

³⁴. Cabanellas de Torres, Guillermo, Alcalá, Zamora y Castillo. Ob. Cit; pág. 321

En el momento actual son relativamente frecuentes las fusiones o adquisiciones entre empresas con el objetivo de formar una organización más competitiva. Éste es uno de los numerosos ejemplos en que puede ser ventajoso, para ciertos grupos financieros o industriales, formar una sociedad holding que aglutine las fuerzas de dos o más sociedades por separado y se beneficie no sólo de sinergias operativas, sino también de una numerosa serie de ventajas en las operaciones intragrupo y en su gestión fiscal.

Conocer las peculiaridades y los puntos clave de estas sociedades holding es fundamental para plantearse con suficientes garantías de éxito la creación de una, a continuación conformar la estructura que le sirva de punto de partida para garantizar su eficacia y, finalmente, mantener en el tiempo una gestión profesional y equilibrada.

4.2 Definición

Dentro de la biblioteca de consulta virtual Encarta ® se establece que el holding consiste en un grupo de empresas dirigido por una de ellas, que posee un porcentaje de capital de cada una suficiente para su control. El objetivo principal de un *holding* no consiste en invertir, sino en dirigir las empresas subsidiarias de aquéllas que lo forman.³⁵

Dentro del Diccionario de la Real Academia Española se define al holding como la “Sociedad financiera que posee o controla la mayoría de las acciones de un grupo de empresas.”³⁶

Un holding es una compañía que controla las actividades de otras mediante la adquisición de acciones. El término se usa igualmente para designar al conglomerado así formado. <http://es.wikipedia.org/wiki/Holding>

³⁵. Biblioteca de consulta Microsoft ® Encarta ® 2007. Ob. cit. Sin No. De pág.

³⁶. Diccionario de la Real Academia Española. **Ob. Cit**; Sin No. de pág.

El autor Manuel Ossorio, preceptúa que con este nombre ingles se define a las sociedades que en su cartera poseen acciones de otras sociedades, sobre las que tienen facultades de administración o dominio.³⁷

Suele denominarse holding a un grupo de empresas dirigidas por una de ellas. También se le llama así a la sociedad de participación de empresas; en la cual una tiene por objeto principal la gestión o administración de capitales integrado por acciones de las empresas que la componen.

Concepto Personal

El holding, en esencia es un contrato mercantil, no tipificado en la legislación guatemalteca, a través del cual se constituye la administración de varias empresas por una de ellas; ligadas por una misma naturaleza, emiten sus propias acciones públicamente, pero controlan las empresas ligadas a la principal, comprando sus acciones. Estos contratos se constituyen con el fin de monopolizar el comercio.

El holding consiste como ya se dijo, en dirigir las empresas subsidiarias de aquéllas que lo forman. Se puede crear *holding* con el objeto de establecer políticas de marketing, finanzas y de gestión.

4.3 Antecedentes

Los antecedentes del holding se encuentran en los trusts, que consisten en que los productores intentan llegar a acuerdos para obtener poder monopolista sobre el mercado, aunque se ofrezca la imagen de que impera la competencia. Uno de los primeros ejemplos lo constituyen los *trusts*. Este tipo de convenios permiten transferir el control real de una empresa a un individuo o a otra empresa, intercambiando las acciones por certificados emitidos por los individuos que pretenden controlar la empresa.

³⁷. Ossorio, Manuel. Ob. Cit; pág. 353

4.4 Características del holding

Las que se enumeran y se explican a continuación, son algunas de las características más relevantes del Holding.

A) Es un contrato atípico

Debe tomarse en cuenta y recordar que todo contrato es un acuerdo de voluntades. Es una declaración de voluntad entre dos o más partes, con el objeto de producir consecuencias jurídicas. Los contratos atípicos, son aquellos que no están regulados en la ley. Es un contrato que de alguna manera contiene parte de los modelos representativos o de los tipos conocidos, sin que necesariamente sea así. El holding es en consecuencia un contrato mercantil atípico. En primer lugar, porque la sociedad que administra y maneja a otras sociedades, previamente hicieron una declaración de voluntad y dieron su consentimiento, que son elementos constitutivos de un contrato. El artículo 671 del Código de Comercio, establece que los contratos de comercio, para su validez, no están sujetos a formas especiales. Pueden adoptar la forma que sea y en el idioma que elijan los contratantes. Hay que decir también que es un contrato atípico porque no está definido por la ley. En este caso el contrato es la ley para los contratantes y no puede contrariarse, se debe aplicar la intención que tuvieron las partes en el momento de celebrar el contrato, llegado el caso en que no se llegue a un acuerdo, se resolverá el conflicto por las reglas del contrato con el que se tenga mayor analogía.

B) Constituye una supersociedad

A través del holding una sociedad financiera, comercial o industrial, administra o fiscaliza los negocios de otras sociedades por medio de la adquisición de la mayoría de acciones de esas empresas o sociedades. En la práctica comercial, las empresas transnacionales adquieren las acciones de empresas, paulatinamente hasta tenerlas en su mayoría.

C) Es un contrato de Tracto Sucesivo

El holding para su ejecución, requiere para su permanencia una operatividad diferida en el tiempo en forma cíclica. El proceso de administración de una sociedad sobre otras que manejan negocios mercantiles, es el ejemplo práctico.

D) Consensual

El contra de holding se perfecciona con el acuerdo de las partes contratantes, es decir que no necesita una formalidad solemne para su existencia; es decir que no se manifiesta abiertamente su aplicabilidad. El acuerdo entre la sociedad administradora y las demás es suficiente.

E) Conmutativo

Las partes que integran el holding conocen anticipadamente los beneficios que perciben, dependiendo la cantidad de acciones que obtengan cada una.

F) Sinalagmático

Cuando se constituye el holding, específicamente en la adquisición de acciones, se sabe cuales son las obligaciones que nacen para todas las partes contratantes.

G) Oneroso

Todo contrato mercantil por su naturaleza es oneroso, pues el lucro es la finalidad del mismo, ya no se diga cuando los negocios jurídicos mercantiles se dan a gran escala. El holding no puede ser la excepción.

H) Principal

Para su validez, el holding no depende de otro negocio jurídico. Es independiente por si mismo.

4.5 Elementos del holding

Los elementos los constituyen las empresas que forman parte del holding, así como los capitales que éstas representan. Además son elementos constitutivos del holding la administración y la fiscalización de las actividades de las empresas que controlan.

Desde la perspectiva empresarial, el holding representa una oportunidad para realizar negocios a gran escala. Para ello se requiere que exista un grupo de sociedades mercantiles, que tengan empresas comerciales, con el objeto de poder plasmar los negocios de cualquier naturaleza. Los capitales están representados en acciones, las cuales pertenecen a las sociedades que forman parte del holding, que es el eje fundamental del mismo. La administración es la base del holding, puesto que de ella depende la política comercial, tanto a nivel nacional como internacional: tanto en el manejo de los negocios, como de las cuestiones tributarias. La fiscalización, es la otra opción y que de hecho se da en los Holding; es necesaria para poder tabular las operaciones comerciales, las acciones y en sí toda la cuestión negocial, con el objeto de planificar su expansión.

Las sociedades que más se utilizan para realizar el holding son anónimas; puesto que estas se representan por medio de acciones, y los bienes de las mismas no alcanzan los bienes personales de los socios en particular. Estas sociedades para funcionar, deben tener empresas que le dan contenido. Las empresas representan los elementos materiales de los negocios jurídicos de las sociedades mercantiles. En torno a estas empresas es que una de ellas se interesa por adquirir acciones de las demás para poder manejar a las otras.

Los capitales que están representados en acciones, son el objeto fundamental y la razón final de los holding. La esencia de los holding en la obtención de capitales hasta donde lo permita la imaginación; por ello hay que saberlos invertir, salvaguardar y reproducir potencialmente. A más capital mayores acciones. A mayores acciones mayor poder de manejo y administración y determinación que induce al poder de decisión.

En toda administración de empresas, rigen principios y diversas actividades para eficientar la producción de bienes y servicios, con el menor capital posible y la obtención de mayores ganancias. Para ello se utilizan formas de planificación, organización y ejecución de las actividades productivas,

En la administración de empresas privadas, rigen la eficiencia y la eficacia, que tienden a ser practicadas, apuntalando el fin de esas empresas, que constituyen la ganancia de sus actividades, esa es la filosofía de las relaciones de intercambio comercial. El lucro como fin último de toda negociación mercantil.

Otro de los elementos del holding, es la fiscalización de las empresas o sociedades mercantiles que maneja o representa, a través de contabilidades comerciales con los principios que la rigen.

Hay que mencionar que las sociedades mercantiles, debidamente inscritas, especialmente las anónimas, deben seguir un procedimiento de administración legal. En Guatemala por lo menos, las sociedades, deben y pueden celebrar asambleas generales y especiales; las generales son a su vez ordinarias y extraordinarias. Las asambleas ordinarias deben celebrarse por lo menos una vez al año y en cualquier tiempo que sean convocadas. Las extraordinarias podrán celebrarse en cualquier tiempo, siempre que los accionistas sean convocados. La diferencia entre las ordinarias y extraordinarias, está constituida por los puntos a tratar y que están regulados por la ley. Existen asambleas especiales cuando existen varias categorías de accionistas; y cuando existan cuestiones que puedan afectar a una de ellas, es cuando se reúnen los accionistas de la categoría afectada en asamblea especial. Además puede celebrarse asambleas totalitarias, cuando en cualquier ocasión se encuentran la totalidad de socios, sin previa convocatoria.

Lo descrito obedece a que las sociedades que administran a otras en torno al holding, deben necesariamente tomar sus decisiones en esta clase de asamblea, no solo para

cumplir con obligaciones contenidas en su escritura constitutiva, sino para analizar, decidir, encaminar, aprobar sus decisiones negociables que rijan o afecten a su propia empresa. A nivel internacional por el hecho que las sociedades son anónimas, deben ser similares en cuando a la regulación de asambleas.

4.6 Aplicación del holding

Dentro de la biblioteca de consulta virtual Encarta ® se establece “El objetivo principal de un *holding* no consiste en invertir, sino en dirigir las empresas subsidiarias de aquéllas que lo forman. Se puede llegar a crear un *holding* con el único objetivo de compartir las políticas de marketing, finanzas y de gestión, o para crear una gran corporación aumentando el volumen de negocios de las empresas sin tener que incurrir en los costes de una oferta pública de adquisición (OPA). Además, permite que cada empresa conserve su marca registrada y su fondo de comercio. Un *holding* controla, por lo general, más capital del que reflejan sus balances.”³⁸

Las sociedades holding en su aplicación económica se dan en todos los sectores de la producción de bienes y servicios, ya sean estos financieros, industriales o comerciales. Se utilizan como una forma de fusionar empresas con el objeto de adquirir mayor concentración de mercados de diversa índole. Pueden ser utilizadas para actividades lícitas, ilícitas o ilícitas con apariencia de lícitas.

Las empresas mercantiles por su naturaleza tienden a proporcionar bienes y prestar servicios a toda la sociedad en sus diferentes niveles, inclusive aquellos denominados bienes y servicios públicos. Entre los bienes o servicios que pueden darse y de hecho se dan por las empresas mercantiles se encuentran: la telefonía, el gas, la electricidad, transportes, gastronomía, hotelería, y todos aquellos bienes y servicios que son útiles en la vida del ser humano. En ese sentido las empresas mercantiles persiguen ganancias lucrativas que constituyen el eje fundamental de toda actividad comercial. La necesidad que tuvieron los países desarrollados de globalizar la economía, para sus propios

³⁸. Biblioteca de consulta Microsoft ® Encarta ® 2007. Ob. cit. Sin No. De pág.

intereses, celebraron tratados de libre comercio con países en vías de desarrollo con el fin de obtener mejores ventajas, con relación a las importaciones y exportaciones, crearon las condiciones para que las empresas privadas más eficientes sean las más competitivas y favorecidas.

En ese sentido, en un principio las empresas mercantiles empezaron a cohesionarse con aquellas de análoga actividad; con el objeto de ir acaparando el mercado lo mejor posible y así obtener mejores ganancias al regular éste. En los últimos tiempos las empresas mercantiles se han cohesionado en muchas actividades de diversa índole por que la práctica comercial ha demostrado que en la diversidad está el éxito de mercados. Hoy día puede apreciarse que una empresa grande constituya una u otras de mayor magnitud, tal es el caso de aquellas empresas que en su origen se dedicaron a la venta de comida y que diversificaron su producción en actividades inmobiliarias, de construcción y comercialización de centros habitacionales y comerciales; asimismo a generar sus propios insumos y de esa manera tener unos réditos mas amplios y completos puesto que abarcan diferentes rubros comerciales.

Existen sociedades anónimas propietarias de otras que tienen empresas de diversa productividad de bienes y servicios y que incluyen hasta veinticinco sociedades. Además cuando las empresas por si mismas no pueden crecer mercadológicamente se unen a otras con el ánimo de subsistir y emplearse y de esa cuenta compartir los ingresos de una manera segura.

Tomando como base lo anterior se dan las circunstancias propicias, los momentos precisos y los espacios adecuados para que esas empresas mercantiles celebren contratos o acuerdos comerciales, que tienen la misma significancia o finalidad, con otras empresas de la misma o diferente naturaleza para constituir los holding como un contrato acabado exitosamente donde una de ellas será la que maneje, administre o fiscalice a las otras, dependiendo del porcentaje de capitales que posean para adquirir las acciones minoritarias o mayoritarias de las otras, lo que legalmente no esta prohibido y en consecuencia su funcionamiento esta permitido. El contrato de holding puede darse

entre grupos económicos nacionales o trasnacionales que independientemente que manejen empresas a través de la adquisición de acciones siempre tienden a realizar actividades monopolísticas hasta donde se les permita, puesto que la filosofía de todo comerciante es constituirse en el único productor intermediario, comercializador, distribuidor de bienes y servicios a escala mundial.

Recogiendo las ideas expuestas, el holding está constituido por una agrupación de sociedades mercantiles, intrínsecamente relacionadas por varios contratos legalmente establecidos; las cuales son administradas por una de ellas, que puede denominársele matriz. Aunque no se denomine así a la cohesión de sociedades o empresa mercantiles con la finalidad de producir bienes o prestar servicios, en forma estructurada y especializada, el holding, por sus características, es un contrato mercantil atípico.

Para ilustrar como se constituye un holding, se ejemplifica con un servicio en particular como lo es la electricidad, el cual se desarrolla en términos generalísimos, cuyo cometido es la comprensión práctica de su funcionamiento. Para poder llevar la luz eléctrica a todos y cada uno de los hogares, residencias, centros industriales o comerciales de la República de Guatemala, se deben llevar a cabo varias actividades industriales y comerciales. Primero debe producirse la energía eléctrica, la cual se origina en las hidroeléctricas destinadas para ello. Segundo, debe construirse torres para hacer el tendido del cableado que transporta la energía producida. Debe comercializarse de acuerdo con las leyes de la República. Para ello se harán las gestiones administrativas y contractuales correspondientes, para obtener la servidumbre de estribo y de paso, las licencias respectivas de operatividad, conforme las tarifas establecidas y precios que determinan sus operaciones y la adquisición por parte de la población en general.

Si una o más empresas pertenecientes a una sola sociedad mercantil, tuviera a su cargo la producción, distribución y comercialización de la energía eléctrica, se estaría creando un monopolio, que está totalmente prohibido por la Constitución y demás leyes de la República, ya relacionadas. Para ello se crean tres sociedades mercantiles en

forma independiente, con denominación social y objeto diferente. Una se dedicará a la producción de la energía eléctrica, otra a la distribución y la otra a su comercialización. Puede darse el hecho que las tres celebren un contrato de sociedad mercantil, donde se está creando una nueva sociedad y sea esta la que administre y fiscalice las actividades mercantiles de las tres que se obligaron. Este contrato mercantil atípico celebrado, es la esencia del holding, es la definición misma. También, puede darse el hecho que una sociedad mercantil independiente celebre, con las sociedades mercantiles descritas en el ejemplo, contrato de administración, gestión y fiscalización de las mismas, cuya parte filosófica es el buen funcionamiento y rentabilidad para todas y cada una de ellas; o solo para una de ellas.

CAPÍTULO V

5. Análisis jurídico sobre la aplicación del holding

5.1 Análisis teórico

El holding ha sido conceptualizado, dentro del presente trabajo como un contrato mercantil atípico, aunque los autores que se refieren a él, no lo toman así. La razón por la cual el holding se considera un contrato atípico es en razón de la conceptualización de los contratos en general y de los específicos. No se puede obviar que es el derecho civil el que da la definición de contrato; así como sus diversas clases, sus elementos; ya sean personales, esenciales, y formales; y las características.

Con relación a la definición, el derecho civil ha establecido que el contrato es un acuerdo de voluntades que se perfecciona con el simple consentimiento. Es importante señalar la autonomía de la voluntad, como aspecto esencial de los contratos. Dicho de otra forma sencilla, el contrato es el acuerdo de voluntades destinado a producir efectos jurídicos.

Las clases de contratos, entre los que tradicionalmente se encuentra son: unilaterales y bilaterales; consensuales, perfectos y reales; principales y accesorios; onerosos y gratuitos; comunicativo y aleatorios; condicionales y absolutos.

Con relación a los contratos, si bien rige el concepto tradicional del mismo, también es cierto que con el desarrollo histórico social de contenido económico, el contrato ha adquirido una nueva concepción jurídica, en la cual ya no solamente se toma en cuenta la autonomía de la voluntad. Esta situación se da especialmente en los contratos mercantiles, donde la forma que adquieren es irrelevante. El contrato debe tener lugar entre voluntades iguales, la libertad amplia y sin limitaciones. La realidad contractual demuestra que la libertad, al momento de contratar, no existe o está muy limitada, máxime si en la contratación mercantil operan empresas monopolísticas; o de otras circunstancias, pero donde sólo se alcanza una cierta capacidad para elegir entre unos muy reducidos; o que opera la contratación por adhesión. Se puede deducir que la figura

contractual en términos generales sigue teniendo vigencia; el hecho es que se han creado otras modalidades de acuerdos que son considerados figuras contractuales.

Los contratos mercantiles no requieren para su validez de una forma especial, mucho menos de una solemnidad como la contratación civil. En ese sentido el derecho mercantil reconoce que no todos los contratos están tipificados en la ley. Pero que si tienen una operatividad más práctica en las relaciones jurídicas mercantiles. En ese sentido el holding en esencia es un contrato mercantil, que para constituirse, tienen previamente, que darse una serie de acuerdos, que pueden documentalmente o no existir, que se manifiestan en sus efectos y no en sus causas. Tal es la situación de los holding, que se manifiestan de manera concreta, en la adquisición de acciones de una sociedad por otra, total o parcialmente.

La aplicación de los holding, disfraza una operatividad monopolística de operaciones comerciales, para controlar ciertas actividades económicas de carácter mercantil; como los la prestación de bienes o servicios de naturaleza eminentemente comercial, donde se les permite y acepta legalmente, con la excusa que se necesita capitalizar el país; especialmente en aquellos países denominados en vías de desarrollo, a los cuales, antes se les denominaba de tercer mundo o subdesarrollados. Las operaciones económicas con carácter de monopolio están expresamente prohibidas, constitucionalmente y en la ley. Para tener un ejemplo claro de holding, aunque no se quiera admitir así; verbi gracia, lo constituye la adquisición de acciones de empresas comerciales de tipo supermercados, donde se amenaza a ceder acciones en un porcentaje determinado que poco a poco se va expandiendo, hasta que se logre poder administrar a las empresas mercantiles a su conveniencia. Las empresas que no acceden, sencillamente las quiebran, introduciendo en el mercado productos que por un tiempo los dan a menor precio a gran escala, para ganar la clientela de ese mercado hasta liquidar a la competencia. Así es como funcionan en la práctica los grupos Holding que únicamente favorecen a la empresa contralora, dejando subsistir a la otra administrada a su conveniencia.

Suele denominarse holding a un grupo de empresas dirigidas por una de ellas. También suele llamarse así a la sociedad de participación de empresas; en la cual una tiene por objeto principal la gestión o administración de capitales integrado por acciones de las empresas que la componen.

El holding, en esencia es “un contrato mercantil, no tipificado en la legislación guatemalteca, a través del cual se constituye la administración de varias empresas por una de ellas; ligadas por una misma naturaleza, emiten sus propias acciones públicamente, pero controlan las empresas ligadas a la principal, comprando sus acciones.”

Estos contratos se constituyen con el fin de monopolizar el comercio. El holding consiste como ya se dijo, en dirigir las empresas subsidiarias de aquéllas que lo forman. Se puede crear *h* con el objeto de establecer políticas de marketing, finanzas y de gestión.

En Guatemala, de hecho se da la contratación mercantil de holding, a través de contratos entre empresas nacionales y trasnacionales, con el objeto de monopolizar la producción y comercialización de bienes y servicios de diversa índole; creando fusiones de empresas, con la finalidad de controlar los precios de esos bienes y productos a su antojo, comprando la mayoría de acciones para obtener el control de la empresa asimilada. Cuando una trasnacional pretende entrar a un mercado de cualquier país, especialmente en Guatemala, compra las acciones mayoritarias para decidir política de precios y de venta según intereses que le sean propios. Cuando una empresa nacional se resiste a fusionarse con una trasnacional, esta amenaza con introducirse en el mercado nacional y bajar los precios de los bienes y servicios producidos o prestados con el objetivo de hacer quebrar a la empresa que pone resistencia, creando así el monopolio.

La razón fundamental para determinar que el holding en esencia es un contrato mercantil atípico, es por las características generales de todos los contratos en sí, y que se enumera a continuación.

A) Capacidad legal

En el caso de las sociedades holding, una vez inscritas debidamente, como sociedades anónimas; por ser persona colectivas y que constituyen un ente abstracto, por ficción de la ley, tiene la capacidad para contraer derechos y obligaciones.

B) Consentimiento

Es la manifestación de la voluntad, que no adolezca de de vicios. Es uno de las características principales filosóficos de toda contratación mercantil, no importa la forma en que se manifieste esa voluntad. Si en materia civil, el simple consentimiento perfecciona los contratos, ya no se diga en materia mercantil.

C) Objeto lícito

En toda contratación mercantil, por supuesto que el objeto del negocio jurídico debe ser posible y permitido por la legislación.

Si se toma en cuenta estos aspectos relacionados, el holding constituye un contrato eminentemente mercantil atípico por excelencia; y de lo que no queda ninguna duda. Si todavía hay quienes no hablan del holding como un contrato, no significa que no sea así; de ahí que cualquier denominación que se le pudiera dar no afecta en cuanto a su esencia contractual.

Otras de las cuestiones a tomar en cuenta, es la operatividad tan común con que el holding cada día adquiere mayor significancia en los grandes negocios independientemente cual sea la finalidad con que se constituyó. En el mundo de los

negocios mercantiles tiende a ser el parámetro de contratación mercantil, donde alrededor de los holding, giren los negocios jurídicos.

Los holding, constituyen una práctica común en Europa, Estados Unidos de Norteamérica, y otras partes del mundo. En América Latina es un espacio que ha servido para el funcionamiento de los holding, a gran escala. La diferencia de los holding entre los países desarrollados y los de, en vía de desarrollo, es que en los primeros de giran alrededor de miles de millones de dólares; y en los segundos la cantidad es menor.

En Guatemala de hecho ya existen grupos de capitales que giran en torno a los Holding, para realizar las grandes transacciones mercantiles. Una nota importante a destacar, es que a través de los holding, muchas personas han logrado realizar negocios fraudulentos, en perjuicio de la economía de los habitantes en especial; y de los capitales públicos. La defraudación de los negocios en perjuicio de la economía nacional, se da a través de la triangulación de negocios, donde intervienen varias sociedades pertenecientes al holding, para irse escabulléndose y quedar impunes los actos ilícitos. Aunque se ha logrado en algunos casos aprehender a algunas personas; la crisis financiera es manifiesta y latente en todas las actividades. La población se encuentra en un estado de desconfianza, al ver como la impunidad de ciertos personajes es manifiesta, existiendo un sentimiento de frustración generalizado.

Los negocios que se hacen a través de los holding, sirven asimismo para fortalecer actividades comerciales, según quienes lo crean, para realizar actividades económicas monopolísticas. Baste recordar que las raíces de los holding, lo constituyeron los trusts, que se pueden considerar la base sobre la cual se crearon los holding. En estos últimos, ya no pueden verse claramente las intenciones de actividades monopolísticas, por la forma en que han constituido; en primer lugar porque se han hecho dentro del marco jurídico, donde una empresa holding se constituye con capitales propios y cuya finalidad es la adquisición de acciones de otras sociedades mercantiles con el objeto de manejarlas a su conveniencia, ya sea administrándolas o fiscalizándolas. Se puede concluir que es una nueva forma de practicar el monopolio de los bienes y servicios.

5.2 Análisis legal

Aunque todavía el holding sea un contrato atípico, porque el Código de Comercio o una ley especial no lo regulan, es común dentro de las modalidades de contratación atípica mercantil. Según lo analizado con relación a los contratos mercantiles atípicos, no queda ninguna duda que el Holding es un contrato mercantil atípico.

El Código Civil, tiene contemplado como contrato la constitución de una sociedad, en el Artículo 1728, establece que “La sociedad es un contrato por el que dos o más personas convienen en poner bienes y servicios para ejercer una actividad económica y dividirse las ganancias”

De esta definición legal, se deduce lo siguiente: la sociedad regulada en el Código Civil, es un contrato de carácter genérico que sirve de base a las sociedades mercantiles reguladas en el Código de Comercio. Cuando establece que los bienes y servicios son para ejercer una actividad económica y dividirse las ganancias, significa que la finalidad de esta sociedad constituida es el lucro. Las ganancias se dividen entre los socios de la sociedad, razonamiento lógico de toda persona que interviene en la sociedad, pues nadie pondría sus capitales a través de los bienes y servicios si no obtienen dividendos a su favor; independientemente si la sociedad tiene éxito o no.

El Código de Comercio regula cinco tipos de sociedades mercantiles: la sociedad colectiva; la sociedad en comandita simple; la sociedad de responsabilidad limitada; la sociedad anónima y la sociedad en comandita por acciones. Independientemente la forma o tipo de sociedad mercantil que se constituya para poner bienes y servicios para obtener ganancias y repartirse las mismas, constituye en términos generales un contrato mercantil.

Dentro de las diversas sociedades mercantiles, en los últimos tiempos la sociedad anónima es la escogida por todos como una forma de asociarse y poner en marcha la

actividad profesional de comerciante, de dos o más personas individuales que persiguen realizar actividades empresariales económicas que les de réditos amplios dentro del marco legal.

La sociedad anónima, da ventajas a los accionistas en particular. Al constituirse se crea una persona independiente de los socios accionistas, con personalidad jurídica para adquirir derechos y obligaciones. El patrimonio de la sociedad anónima es independiente del patrimonio de los socios capitalistas; es decir, por las obligaciones contraídas por la sociedad anónima, esta responde únicamente con el patrimonio inscrito a su nombre y no se persigue al patrimonio de los socios en particular.

Para constituir una sociedad anónima, es preciso seguir un procedimiento legal que cumplir. Como primer paso la constitución de la misma se hace por medio de una escritura pública. Luego se recurre Al Registro Mercantil para su inscripción provisional, debiéndose hacer una publicación en el diario oficial para los efectos legales correspondientes a que se opongan terceras personas. Pasado el tiempo que la ley determina se solicita la inscripción definitiva. Hecha ésta debe inscribirse anta la Superintendencia de Administración Tributaria dentro del plazo legal. Una cuestión importante es determinar en la constitución de la sociedad, el capital autorizado, el capital suscrito y el capital pagado como mínimo.

Dentro de esta regulación que hace el Código de Comercio es que, en Guatemala por lo menos, las sociedades Holding deben regularse y las demás que giran en su entorno, dentro de las sociedades establecidas para el efecto. No obstante en otros países como España y en otros países europeos, la forma se sociedad mercantil que adoptan los Holding, son las anónimas.

Cuando se dice que los holding muchas veces se constituyen con el objeto de cohesionar a productores de una actividad determinada para monopolizar la producción, comercialización y distribución de bienes y servicios. La idea principal es que una entidad determinada, asuma toda la actividad económica ella sola y si no fuera el caso

repartirse con otras personas individuales o colectivas, el desarrollo de esas actividades económicas, desplazando a la competencia no grata para ellos. Como esto es prohibido dentro del ordenamiento jurídico guatemalteco y a nivel mundial también, ya no se puede tolerar que las personas tengan el monopolio de actividades económicas, consistentes en bienes y servicios que puedan afectar la economía de mercado. A nivel estatal, el monopolio en Guatemala es inexistente, por cuanto las empresas pasaron a empresas privadas.

Una de la formas de monopolizar las actividades económicas de carácter mercantil, es recurrir al dumping, el cual consiste en una maniobra desleal en la competencia industrial o mercantil. En la práctica el dumping, se manifiesta con la colocación en el mercado de productos a precios muchos más bajos que la competencia en general tiene estipulados. De esa manera se hacen quebrar los negocios mercantiles de la competencia y de esa cuenta serían los únicos oferentes del mercado.

La forma más concreta se da, cuando se manifiesta figurativamente como una guerra pero en términos comerciales entre distintos países, cuando la libertad aduanera o los bajos aranceles lo permiten. La idea es arruinar los productos de la competencia; perturbar a los productores rivales o de cualquier clase de enemigos comerciales. Las causas que se aducen para implementar el dumping se mencionan la colocación de reservas y sobrantes de cosechas y materiales, procurar trabajo en época de crisis, agenciarse de divisas o lograr créditos, conquistar mercados, aprovechamiento de los fletes ya sea de ida o de vuelta, manifestando que el regreso vendrían vacíos.

Se puede establecer que desde el punto de vista mercantil, destaca la competencia desleal, este fenómeno comercial que se produce en el Derecho mercantil, consiste en el acuerdo que realizan los comerciantes de respetar el libre juego de las fuerzas del mercado, permitiendo la libre concurrencia de todos ellos, de manera que, en el cumplimiento de las reglas de buena fe que deben presidir la relación contractual y toda actuación profesional, no se realicen prácticas que tiendan a restringir la competencia que funciona en las ofertas con un carácter selectivo, toda vez que a mayor oferta, han

de ser mayores los grados de calidad de las prestaciones y deben resultar asimismo más económicas para los consumidores.

Los antecedentes de este fenómeno económico-social se encuentran regulados y comprendidos pequeñas legislaciones del Derecho anglosajón, donde se conocen los *trusts* o acuerdos restrictivos de la competencia, pero también en el abuso de la posición dominante en el mercado a través de los monopolios y el falseamiento de la libre competencia a través de actos de competencia desleal. Esta última se caracteriza más, debido a que intenta ocultar el fraude bajo la capa de una verdadera competencia, dificultando la posibilidad de detectarlo, a través de la celebración de contratos atípicos lícitos, con finalidades ilícitas.

Lo anteriormente establecido se encuentra estipulado en un conjunto de normas que tratan sobre la defensa de los consumidores y usuarios, el comercio interior y la publicidad que se reparten entre los Estados nacionales y las comunidades autónomas o divisiones administrativas, regulando así las que garantizan el orden económico constitucional por medio de la salvaguarda de una competencia lícita y su vigilancia y tutela frente a todo ataque contrario al interés público.

Todo esto ha trascendido a nivel internacional, trayendo como consecuencia que los Estados se comprometan a firmar convenios, acuerdos y tratados, un ejemplo de ello es el Acuerdo de París para la protección de la propiedad industrial, el cual se encuentra en vigor en el Acta de Estocolmo de 1967.

Ante esta situación surge la normativa jurídica internacional a través de la Organización Mundial de Comercio, fundada en el año 1993 a través del Acta Final que cerraba la Ronda Uruguay de negociaciones multilaterales contempladas en el Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio (GATT), a la cual sustituye actualmente. Fue creada con el propósito de promover un libre comercio global, administrar y controlar los 28 acuerdos de libre comercio recogidos en el Acta Final de la Ronda de Uruguay, supervisar las prácticas comerciales mundiales, juzgar los litigios comerciales que los Estados

miembros le presentan y, en términos generales, aumentar el flujo comercial en el planeta. Es totalmente independiente de la Organización de las Naciones Unidas. La OMC proporciona un marco para el ejercicio de la ley dentro del comercio internacional, amplía las disposiciones recogidas en el GATT e incluye además los servicios, los derechos a la propiedad intelectual y la inversión. Actualmente cuenta con setenta y seis países.

CONCLUSIONES

1. Se puede determinar que el holding es un contrato mercantil, eminentemente atípico, aunque los autores que se refieren a éste, no lo toman así. La razón por la cual, el holding se considera un contrato atípico, es en razón de la conceptualización de los contratos, sean general y específicos, tiende a agrupar los negocios a gran escala, cuya práctica no requiere que la legislación lo tipifique.
2. Tiende a constituirse el Holding como sociedad anónima con el objeto descohesionar a otras de la misma naturaleza, de esa forma adquirir las acciones de esas sociedades. En ese sentido, el holding en esencia es un contrato mercantil que para constituirse, tiene previamente que darse una serie de acuerdos que se manifiestan en sus efectos y no en sus causas. Tal es la situación de los holding, que se llevan a cabo de manera concreta, en la adquisición de acciones de una sociedad por otra, total o parcialmente.
3. A través del holding, se pueden crear grupos de negocios que se dediquen a diversas actividades mercantiles, con el objeto de atraer el mercado de consumidores lo más amplio posible, puesto que la internacionalización de las actividades, el crecimiento de las empresas, sus necesidades de especialización, etc., hacen que cada vez sea más frecuente estructurar el entorno social a una sociedad holding, por lo que requiere conocer cuáles son los procesos necesarios para que su estructura sea fuerte y sólida, con la intención de poder mantenerse a lo largo de los años contribuyendo cada vez más eficazmente a la optimización de los resultados.

4. Por medio de la constitución de holding se pueden crear las condiciones necesarias para monopolizar la producción, comercialización y distribución de bienes y servicios. En toda administración de empresas, rigen principios y diversas actividades para que la producción de bienes y servicios sea más eficiente, con el menor capital posible y la obtención de mayores ganancias. Para ello se utilizan formas de planificación, organización y ejecución de las actividades productivas.

5. La globalización de la economía, fue uno de los factores más importantes y fundamentales para ser la base estructural de la consolidación de los holding, haciendo un análisis del presupuesto necesario para el éxito de muchas empresas grandes, que forman grupos de negocios mercantiles transnacionales.

RECOMENDACIONES

1. Es necesario que el Congreso tipifique y regule en la legislación guatemalteca, las actividades que efectúan los holding, pues de lo contrario se estarían propiciando monopolios, mismos que son prohibidos según el Artículo 130 de la Constitución Política de la República,
2. Que el Estado fiscalice y tenga un registro de ubicación de las empresas mercantiles que se dedican a la realización de los holdings, en virtud que constituirse como una sociedad anónima, se desconoce quienes la integran.
3. El Estado debe de velar que las empresas que se dedican a los holdings se encuentren también enmarcadas dentro de los acuerdos internacionales suscritos por Guatemala, que en materia comercial se relacionen con esta práctica.
4. Se recomienda que dentro de las políticas macro económicas que el gobierno plantea, exista líneas de crédito para la micro y mediana empresa, que les permita desarrollar de manera mas eficiente su procesos de producción, comercialización y distribución de bienes y servicios, dado que la Constitución de la Republica en su Artículo 119 establece que es una obligación de Estado promover el desarrollo económico de la Nación de manera integral, equitativa y con justicia social.

5. Es importante que las autoridades estatales, de forma permanente observen, controlen el cumplimiento de los Acuerdos marcos establecidos en los tratados de libre comercio, que ha suscrito el Estado de Guatemala con otros países, evitando la competencia desleal y la marginación económica de las empresas nacionales

BIBLIOGRAFÍA

ARRUBLA PAUCAR, Jaime Alberto. **Contratos mercantiles**. 2t. 2da. ed.;
Biblioteca jurídica. Ed. DIKE. (s.f.) (s.l.i.) (s.f.)

ASCARELLI, Tulio. **Introducción al derecho comercial y parte general de las obligaciones comerciales**. Editorial Ediar. Buenos Aires. (s.e.) 1947.

Biblioteca de consulta Microsoft® Encarta® 2007. © 1993-2006 Microsoft Corporation. Reservados todos los derechos 14-2-2007

CABANELLAS DE TORRES, Guillermo, Alcala, Zamora y Castillo.
Tratado de política laboral y social. 3ª. edición; tomo I,II y III; Editorial Heliasta S.R.L.;Argentina. 1982.

CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario enciclopédico de derecho usual**, 12 ed.;
Argentina; Ed. Heliasta S.R.L. 1981.

Diccionario enciclopédico Mega 2000. Grupo Editorial Norma; Editorial Norma,
Colombia; (s.e.) (s.l.i) 20-1-2007

GARRIGUEZ, Joaquín. **Curso de derecho mercantil**. 8ª. edición; México.
Editorial Porrúa S.A.; 1987.

HALPERIN, Isaac. **Resolución de los contratos comerciales**. Editorial Depalma;
Buenos Aires. (s.e.) 1968

MALAGARRIGA, Carlos G. **Tratado elemental de derecho comercial**. Editorial
Tipografía editorial Argentina. Buenos Aires. (s.e.) 1951.

OSSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**,
Editorial Heliasta S.R.L; Argentina (s.e.)1,987

PIÑA, Rafael de. **Diccionario de derecho**. 16ª edición; Mexico. Editorial Porrúa 1989.

Real Academia de la Lengua Española. **Diccionario de la lengua española**, España: Ed. Espasa-calpe, S.A.; Versión CD-ROM. 1979.

SCHMIDT, KARSTEN. **Derecho comercial**. Editorial Astrea; Buenos Aires. (s.e.) 1997.

VÁSQUEZ MARTÍNEZ, Edmundo. **Instituciones del derecho mercantiles**. 1ª. edición; Editorial Serviprensa Centroamericana; Guatemala, 1978.

VILLEGAS LARA, René Arturo. **Derecho mercantil guatemalteco**. 3t.; 3ra. ed; Guatemala; Ed. Universitaria; 2000.

Varios autores <http://comercio.ccb.org.co/doc/contrat.pdf> 12-5-2006

Varios autores <http://www.demarchi.com/merc2.shtml> 18-8-2006

Varios autores <http://www.holding.com/info/glosario/htm> 11-4-2007

Varios autores <http://www.mercatilismomundial.com/shtml> 23-9-2007

Varios autores <http://www.gestiopolis.com/mercantil.com/htm> 24-10-2007

Varios autores <http://www.Wikipedia.com/monopolio> 12-2-2008

Legislación:

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

Código Civil. Congreso de la República de Guatemala, Decreto No. 106. 1963.

Código de Comercio. Congreso de la República de Guatemala. Decreto No. 2-70. 1970.

Ley del Organismo Judicial. Decreto No. 2-89. 1989, Congreso de la República.