

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

EL CONTRATO MERCANTIL DE FACTORING COMO NEGOCIO BANCARIO

JORGE EDWIN VILLATORO MONROY

GUATEMALA, AGOSTO 2009

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

EL CONTRATO MERCANTIL DE FACTORING COMO NEGOCIO BANCARIO

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

JORGE EDWIN VILLATORO MONROY

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, agosto de 2009

**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. Marco Vinicio Villatoro López
VOCAL V:	Br. Gabriela María Santizo Mazariegos
SECRETARIO:	Lic. Avidán Ortiz Orellana

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ EL EXAMEN
TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente:	Lic. Víctor Hugo Barrios Barahona
Vocal:	Licda. Alma Judith Castro Flores
Secretario:	Lic. Santos Octavilo Flores Sarmiento

Segunda Fase:

Presidente:	Lic. Héctor René Granados
Vocal:	Lic. Juan Ramiro Toledo Álvarez
Secretaria:	Licda. Marta Eugenia Valenzuela Bonilla

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



Guatemala, 21 de abril de 2009

Licenciado

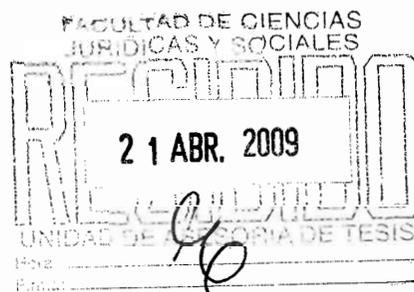
Carlos Manuel Castro Monroy

Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Ciudad Universitaria



Licenciado Castro Monroy:

En cumplimiento de la resolución de fecha 29 de septiembre de 2008, emitida por la Unidad a su cargo, en la cual se me designó como asesor del trabajo de tesis del estudiante **Jorge Edwin Villatoro Monroy**, en la realización del trabajo intitulado "**EL CONTRATO MERCANTIL DE FACTORING COMO NEGOCIO BANCARIO**", por este medio, me permito informar a usted lo siguiente:

- 1 Que procedí a asesorar el trabajo de tesis relacionado, el cual según apreciación personal, se encuentra elaborado conforme a los requerimientos científicos y técnicos contemplados en la normativa respectiva.
- 2 La metodología y técnicas de investigación utilizadas por el estudiante en la elaboración de la tesis, así como la redacción de la misma, son congruentes con la normativa respectiva.
- 3 Las conclusiones y recomendaciones respectivas, son congruentes con el contenido del trabajo de tesis elaborado.
- 4 El trabajo realizado consta de cuatro capítulos, en los cuales comprenden los aspectos más importantes del tema tratado, desarrollándose técnicamente la bibliografía consultada.
- 5 Los anexos incluidos en el trabajo de investigación, son congruentes con el tema desarrollado, y se refieren a contratos que en la práctica, utilizan las entidades bancarias guatemaltecas, lo cual permitirá una mayor comprensión al lector.



- 6 Que en el trabajo de mérito destaca el análisis jurídico del contrato mercantil de factoring como negocio bancario, y la necesidad de regular el mismo; ya que no obstante tener efectiva aplicación en el ámbito bancario guatemalteco, las instituciones bancarias no cuentan con un contrato tipo, sino que cada banco posee una minuta propia; siendo necesario unificar criterios, con el objeto que los contratantes conozcan con antelación los derechos y obligaciones que surgen de dicho contrato.
- 7 Que en el trabajo de investigación realizado, se han llenado los requisitos establecidos en el artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.
- 8 Que por tales razones, y considerando que el trabajo indicado cumple con todos los requisitos legales establecidos, por este acto emito **Dictamen Favorable**, dando mi aprobación al trabajo de tesis que he asesorado, a efecto de que el mismo continúe con la etapa del trámite administrativo, hasta su conclusión.

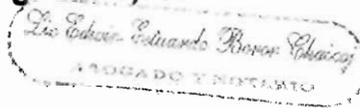
Atentamente,

A large, stylized handwritten signature in black ink, written over a horizontal line.

Lic. Edwin Estuardo Boror Chaicoj

Asesor

Colegiado 6,965



**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA**



**FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES**

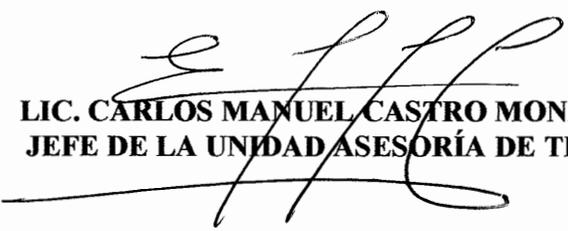
*Ciudad Universitaria, zona 12
Guatemala, C. A.*



UNIDAD ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, veintitrés de abril de dos mil nueve.

Atentamente, pase al (a la) LICENCIADO (A) MARCO ANTONIO QUIÑÓNEZ FLORES, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante JORGE EDWIN VILLATORO MONROY, Intitulado: “EL CONTRATO MERCANTIL DE FACTORING COMO NEGOCIO BANCARIO”.

Me permito hacer de su conocimiento que está facultado (a) para realizar las modificaciones de forma y fondo que tengan por objeto mejorar la investigación, asimismo, del título de trabajo de tesis. En el dictamen correspondiente debe hacer constar el contenido del Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, el cual dice: “Tanto el asesor como el revisor de tesis, harán constar en los dictámenes correspondientes, su opinión respecto del contenido científico y técnico de la tesis, la metodología y técnicas de investigación utilizadas, la redacción, los cuadros estadísticos si fueren necesarios, la contribución científica de la misma, las conclusiones, las recomendaciones y la bibliografía utilizada, si aprueban o desaprueban el trabajo de investigación y otras consideraciones que estimen pertinentes”.


LIC. CARLOS MANUEL CASTRO MONROY
JEFE DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS

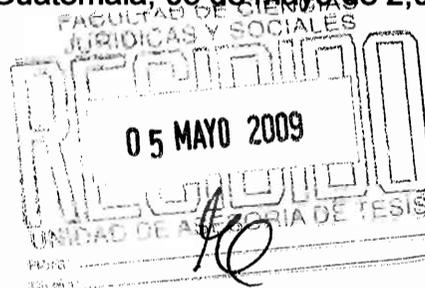


cc. Unidad de Tesis
CMCM/sllh

Lic. MARCO ANTONIO QUIÑONEZ FLORES
Abogado y Notario



Guatemala, 05 de mayo de 2,009.



Licenciado

Carlos Manuel Castro Monroy

Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la
Universidad de San Carlos de Guatemala

Presente.

Licenciado Castro:

Atentamente me dirijo a usted, para informarle que en cumplimiento de lo dispuesto en la resolución de fecha veintitrés de abril de dos mil nueve, procedí a revisar el trabajo de tesis del estudiante **JORGE EDWIN VILLATORO MONROY**, intitulado "**EL CONTRATO MERCANTIL DE FACTORING COMO NEGOCIO BANCARIO**".

El tema desarrollado por el estudiante reviste mucho interés, ya que no obstante, tener el contrato de factoring aplicación práctica en el ámbito bancario guatemalteco, el mismo es casi desconocido por el público en general; además, cada institución bancaria posee internamente un contrato propio de factoring, el cual puede variar, según las condiciones que libremente se pacten en cada caso en particular.

Con la realización del presente trabajo de investigación, se dará oportunidad a otros sectores de la población de conocer el tema desarrollado, y se hará una valiosa aportación al estudio del derecho, toda vez que se ha incursionado en una temática aun poco explorada, la cual también tiene incidencia en la economía de nuestro país. Es por ello que la presente investigación constituye un aporte valioso para futuros profesionales de nuestra Universidad y para el estudiante en general.

En cuanto a la presentación del trabajo, considero que el mismo se ajusta a los requerimientos científicos y técnicos, ya que la metodología y técnicas de investigación utilizadas, así como la redacción, las conclusiones, las recomendaciones, la bibliografía citada; y los anexos, llenan los requisitos establecidos en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

Lic. MARCO ANTONIO QUIÑONEZ FLORES
Abogado y Notario



En tal virtud, me resulta procedente dar el presente **DICTAMEN FAVORABLE**, aprobando el trabajo de tesis revisado.

Sin otro particular, me suscribo de usted con muestras de mi consideración y estima.

Atentamente,

A handwritten signature in black ink, consisting of several loops and vertical strokes, positioned to the left of the circular stamp.



Lic. Marco Antonio Quiñonez Flores
Revisor
Colegiado 4,342

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

Ciudad Universitaria, zona 12
Guatemala, C. A.



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Guatemala dieciséis de junio del año dos mil nueve.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del trabajo de Tesis del (de la) estudiante JORGE EDWIN VILLATORO MONROY, Titulado EL CONTRATO MERCANTIL DE FACTORING COMO NEGOCIO BANCARIO. Artículos 31, 33 y 34 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.-

CMCM/sllh





DEDICATORIA

- A DIOS:** De quien soy deudor por todos los triunfos alcanzados y por alcanzar, y, a quien atribuyo toda la gloria, la honra y la alabanza. Mi agradecimiento eterno por permitirme alcanzar este triunfo.
- A MIS PADRES:** María Francisca Monroy Canté, por ese amor tan grande y por su apoyo en cada momento difícil de mi vida, y Jorge Armando Villatoro Pineda, por animarme a culminar mi carrera universitaria.
- A MI ESPOSA:** Lilian Lorena González Ramírez, por ser mi principal apoyo en los momentos más difíciles de la carrera. Agradezco a Dios haberme concedido una ayuda idónea tan maravillosa. Que Dios te continúe bendiciendo. Te amo.
- A MIS HIJOS:** Edwin Steve, Edwin Javier y Edwin Josué, quienes me alientan a esforzarme cada día más. Ustedes constituyen mi principal tesoro. Los amo.
- A MIS HERMANOS:** Milton Donaldo y Milvia Susana, Lisbeth Yulena, Sergio Eduardo, por apoyarme incondicionalmente y por sus constantes muestras de cariño.
- A MIS ABUELOS:** Buenaventura Monroy y Agustina Canté, a quienes agradezco por su instrucción oportuna y sus sabios consejos. Que Dios los bendiga abundantemente.



A MIS SUEGROS: Doreana Rebeca Ramírez Flores y Carlos Javier González Pérez, por su apoyo constante y cariño demostrado durante los años de estudio universitario.

A MIS PASTORES: Fredy Ricardo Molina López y Libertad Mancio de Molina, por la confianza depositada en mi persona, para la obtención de este triunfo. Gracias por sus oraciones, y siempre bendecidos.

A: Licenciado EDWIN ESTUARDO BOROR CHAICOJ, por la amistad y confianza brindada durante todos estos años de estudio, y por su colaboración en la asesoría del trabajo de investigación. Muchas bendiciones para tu vida.

A: Licenciado BAYRON HUMBERTO BATEN BARRONDO, porque siempre tuvo palabras de aliento y nunca dudó de mi capacidad para culminar la carrera y ver mis sueños hechos realidad. Que Dios te bendiga abundantemente amigo.

A: Licenciado ROGELIO MANUEL ZARCEÑO RUIZ, a quien agradezco por su acostumbrada deferencia, amistad y apoyo incondicional.

A: Licenciado MARCO ANTONIO QUIÑÓNEZ FLORES, por su ayuda en la revisión del trabajo de investigación.

**A MIS
COMPAÑEROS:** Armando Barrios, Lili Lopez, Vilma Poroj, con quienes compartimos conocimientos constantemente, y en especial a Gilma Friné y Elizabeth Elena, por sus oportunas palabras de aliento.



A:

La Universidad de San Carlos de Guatemala, por ser formadora de hombres y mujeres íntegros y de espíritu fuerte, y en especial a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.

ÍNDICE



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

CAPÍTULO I

1. Derecho mercantil.....	1
1.1 Origen	6
1.1.1. Derecho mercantil en la antigüedad.....	7
1.1.2. El derecho mercantil en la edad media.....	9
1.1.3. El derecho mercantil de la época moderna.....	10
1.1.4. Situación actual del derecho mercantil	11
1.1.5. Aspectos históricos del derecho mercantil guatemalteco.....	12
1.1.6. Autonomía del derecho mercantil	15
1.2 Concepto.....	18
1.2.1. Concepto subjetivo.....	20
1.2.2. Concepto objetivo.....	21
1.2.3. Concepto del derecho mercantil como derecho de la empresa.....	22
1.2.4. Concepto del derecho mercantil guatemalteco	23
1.3 Características.....	24
1.3.1. Es poco formalista	25
1.3.2. Inspira rapidez y libertad en los medios para traficar.....	25
1.3.3. Adaptabilidad.....	25
1.3.4. Tiende a ser internacional.....	26
1.3.5. Posibilitan la seguridad del tráfico jurídico	26



1.3.6. Principios	27
1.4. Sujetos del derecho mercantil.....	27
1.4.1. Comerciantes	27
1.4.2. Comerciantes individuales	28
1.4.3. Comerciantes nacionales o extranjeros.....	28
1.4.4. Comerciantes sociales especiales.....	29
1.5 Fuentes del derecho mercantil.....	29
1.5.1. La costumbre	30
1.5.2. La jurisprudencia.....	30
1.5.3. La ley.....	31
1.5.4. La doctrina.....	31
1.5.5. El contrato.....	32
1.6 Regulación legal.....	32

CAPÍTULO II

2. Los comerciantes especiales.....	35
2.1 Aspectos generales.....	35
2.2 Concepto de comerciante.....	40
2.3 Clasificación.....	41
2.4 Personalidad y capacidad.....	42
2.5 Obligaciones profesionales de los comerciantes.....	44



CAPÍTULO III

3.	La actividad bancaria.....	47
3.1	Origen.....	53
3.1.2.	Historia de la banca en Guatemala.....	63
3.2	Concepto de la banca múltiple.....	68
3.3	Naturaleza jurídica.....	70
3.4	Tipos de operaciones bancarias.....	71
3.4.1.	Operaciones e intermediación.....	73
3.4.2.	Actos y operaciones prohibidas para los bancos.....	77
3.5	Clasificación de los bancos.....	79

CAPÍTULO IV

4.	El contrato de factoring.....	81
4.1	Origen.....	85
4.2	Concepto.....	87
4.3	Naturaleza jurídica.....	88
4.4	Características.....	90
4.5	Precisiones.....	91
4.5.1.	Derechos y obligaciones del contrato de factoring.....	95
4.5.2.	Extinción del contrato de factoring.....	97
	CONCLUSIONES.....	101
	RECOMENDACIONES.....	103
	ANEXO.....	105



BIBLIOGRAFÍA..... 119

(i)

INTRODUCCIÓN



Esta investigación se justifica por la importancia de dar a conocer una actividad que desarrollan las instituciones bancarias en Guatemala, desde hace algún tiempo, como lo es el cobro de facturación conocido como contrato mercantil de factoring.

El problema central de la investigación, se determinó en que no existe uniformidad en las instituciones bancarias para la celebración del contrato mercantil antes indicado, ya que cada institución crea su propio formato; y de allí la necesidad de unificar criterios, en cuanto a la celebración y efectos de dicha contratación.

En el plan de investigación se presentó como hipótesis la siguiente: por la aplicación práctica en el ámbito bancario guatemalteco, es necesaria la implementación de un contrato tipo que contenga los derechos y las obligaciones de las partes contratantes como una garantía contractual ya que, a través de este contrato, habrá uniformidad de derechos y obligaciones de las instituciones bancarias puesto que, deberán celebrar el contrato de factoring bajo un mismo régimen jurídico, llenando los requerimientos las personas individuales y jurídicas que intervengan en dicha relación contractual.

Además, se presentaron como objetivos de la investigación, los siguientes: a) Efectuar un análisis de la aplicación práctica en la celebración del contrato de factoring por entidades bancarias legalmente constituidas en Guatemala, además de cómo ha sido la implementación de este contrato en el derecho comparado, principalmente en los países de América Latina, para determinar si es viable la incorporación en la legislación mercantil guatemalteca, b) Analizar la legislación comparada, principalmente en las instituciones bancarias a nivel internacional para conocer los mecanismos de celebración del contrato de factoring, como un negocio bancario, c) Establecer en qué consisten los contratos mercantiles atípicos y cuál es la función dentro de la actividad bancaria guatemalteca, principalmente el contrato de factoring como negocio bancario y

(ii)



d) Determinar cuáles son las ventajas de implementar un contrato tipo en la actividad bancaria guatemalteca como lo es el factoring.

El enfoque metodológico utilizado fue el analítico y sintético; dentro de las principales técnicas, se emplearon las bibliográficas, documentales; en cuanto al material que se recopiló para el desarrollo de la investigación, se usó tecnología como internet. También, por la naturaleza del trabajo, se aplicaron las técnicas jurídicas para la interpretación de la legislación. Las principales teorías en que se fundamentó este estudio, es la de la concepción unitaria, con relación a las reformas a la Ley de Bancos; y la teoría que establece que el factoring es un contrato de empresa, el cual se integra dentro del campo del derecho mercantil.

Este análisis es de gran trascendencia para estudiantes y futuros profesionales del derecho, pues se dan conocer las normas jurídicas que se aplican a los contratos mercantiles atípicos; principalmente en el contrato de factoring, que tiene aplicación práctica en el sector bancario guatemalteco.

Esta investigación está distribuida en capítulos, que se describen a continuación: El primero, se refiere al derecho mercantil, su origen, algunos conceptos, las características, los sujetos del derecho mercantil, las fuentes del derecho mercantil y la regulación legal; en el segundo, desarrolla el tema de los comerciantes especiales, indicando los aspectos generales, algunos conceptos, la clasificación, la personalidad y capacidad, las obligaciones profesionales, entre otros; en el tercero, se hace referencia a la actividad bancaria, estableciendo el origen, el concepto, la naturaleza jurídica, los tipos de operaciones bancarias y la clasificación bancaria; y en el capítulo cuarto, se presenta el contrato de factoring, indicando el origen, algunos conceptos, la naturaleza jurídica, las características y las precisiones; finalmente, se formulan las conclusiones, recomendaciones y bibliografía utilizada.



CAPÍTULO I

1. Derecho mercantil

El derecho, como ciencia normativa, estudia el fenómeno social por el cual se le imponen límites a la conducta humana ínter subjetiva; límites que siempre resultan coordinados con los intereses humanos predominantes en cada época histórica. Esos intereses están latentes y se hacen manifiestos en las relaciones objetivas que conforman la dinámica de la vida social y vienen a constituir, en última instancia, la fuente material del derecho en general.

“Cada rama de la ciencia jurídica tiene asignada la función de estudiar una parte de esas relaciones para dar los principios fundamentales que después van a manifestarse en el derecho vigente. Por ejemplo, los fenómenos delictivos son materia del derecho penal; la función del poder público es objeto del derecho administrativo; el status común de todas las personas es resorte del derecho civil; las relaciones entre los Estados compete al derecho internacional público; y así cada manifestación de la vida del hombre, considerada desde el ángulo del derecho, se ve afectada por una rama jurídica específica, lo cual genera las especialidades de los diversos derechos particulares, sin olvidar que entre ellos existe interdependencia, proveniente de pertenecer a la totalidad del sistema legal”.¹

Lo dicho anteriormente sirve de introducción para determinar cual es la materia o las relaciones objetivas que se atribuyen al derecho mercantil o derecho comercial, con el fin de estudiarlas y sistematizarlas doctrinaria y legalmente.

En el inicio de esta rama del derecho, su función específica era normar las relaciones en que intervenía un sujeto que profesionalmente era conocido como comerciante y cuyos actos intermediadores consistían en llevar los satisfactores o mercancías del productor al consumidor.

¹ Villegas Lara, René Arturo. **Derecho mercantil guatemalteco**. Pág. 23



En ese sentido, se consideraba que comercio era únicamente la actividad que realizaba el mercader o comerciante; la que permitía tener una idea del derecho mercantil y delimitar sus fronteras. La actividad económica comercial fue evolucionando y volviéndose más compleja, al grado de involucrar en su práctica a sujetos que no eran comerciantes, quienes se convertían en sujetos de la misma. Luego, aparecieron diversos actos de tráfico mercantil que nada tenían que ver con la intermediación, pero que por su importancia económica se cobijaba en este derecho, entonces, el derecho mercantil se amplió en su radio de acción y la tradicional intermediación se convirtió en una de las tantas relaciones que forman parte de la materia de estudio. El derecho mercantil de hoy estudia la actividad profesional del comerciante; los medios que facilitan la circulación de las mercancías; los bienes o cosas mercantiles (empresa, títulos de crédito, mercancías), las reglas de comercio nacional e internacional; la propiedad industrial; los procedimientos para reclamar la solución de un conflicto de intereses; en fin, su contenido amplio proveniente de actividades sujetas a constante cambio, hacen que este derecho sea uno de los más nutridos en experiencias que muchas veces rebasan la previsión del legislador.

“El fenómeno comercial es una de las actividades más importantes para la economía de un país, tanto en lo interno como en lo internacional. Aún en los países de economía socializada, además de la satisfacción de la demanda del mercado interno, es importante que la producción sea suficiente para crear un excedente destinado al comercio de exportación, porque de ello depende un satisfactorio intercambio de bienes y servicios que puede generar riqueza de divisas”.²

En esta era de la civilización, en la que comerciar y comerciar bien, ya no es solo interés individual, los Estados se preocupan dentro de los grupos regionales y en foros internacionales, de crear marcos jurídicos que faciliten la función comercial. La industria, la intermediación, la banca, los seguros, los títulos de crédito, las sociedades como personas jurídicas, interesan tanto a nivel nacional como internacional. De ahí que, si alguna rama del derecho tiende a internacionalizarse, es la de derecho

² Villegas Lara, René Arturo. **Ob Cit**; Pág. 24



mercantil. Esa variedad de fenómenos objeto de la materia, no deja de crear desesperación científica en quienes se dedican a cultivarla; esto es porque no son pocos los intentos separatistas fraccionadores que se han pretendido en el derecho mercantil, con el fin de crear unidades aisladas conforme a la sistematización legislativa.

Se habla de un derecho bancario, un derecho de sociedades, un derecho de seguros, entre otros. Por otra parte, nunca se ha creído en el beneficio que puede aportarle a la ciencia la excesiva especialización. Cualquier persona relacionada con el derecho (jurista, jurisconsulto, juez, profesor de derecho) debiera sentirse científicamente insatisfecho si reduce su conocimiento a un sector que le hiciera olvidar la interrelación que existe entre las diversas ramas del derecho, y, con mayor razón se da esa insatisfacción, si se pretende ser perito en un derecho como el mercantil que funciona bajo ciertas características aplicables a todo su contenido. En ese sentido se pronuncia el maestro italiano Hugo Rocco, quien en la nota preliminar de su obra Principios del Derecho Mercantil, declara que: "... el particularismo de la excesiva especialización es opuesto a la unidad orgánica del derecho. Más aún con el ejemplo que por medio de discursos teorizantes, hace años voy señalando a los jóvenes el daño que causa el aislamiento en el campo del derecho; y la necesidad de contemplar la ciencia jurídica como ciencia unitaria que solo para mas fácil investigación aislamos en sus diversas ramas, y que por exigencias de la división del trabajo estudiamos por separado sus diversas partes, y cuanto más especial sea la que estudiamos, cual ocurre con el derecho mercantil, más manifiesta es la necesidad de coordinación asidua con las demás ramas, más o menos próximas, y con el sistema jurídico positivo."³

La amplitud de las relaciones jurídicas que conforman el comercio y la incidencia que tienen en diversos actos sociales, hacen que el comercio se vea regulado por otras materias con las que el derecho mercantil se relaciona: derecho penal, derecho laboral, derecho civil; entonces, si es obligatorio conocer la relación con estas materias, mucho más lo es entender la plenitud de todo lo que es materia mercantil.

³ Villegas Lara, René Arturo. **Ob. Cit;** Pág. 25



Para establecer cuáles son las relaciones que norma el derecho mercantil guatemalteco, se debe principiar por las relaciones sobre las que se aplica el Código de Comercio; el Artículo 1, establece lo siguiente: “Los comerciantes en su actividad profesional, los negocios jurídicos mercantiles y cosas mercantiles, se regirán por las disposiciones de este Código y en su defecto, por las del derecho civil, que se aplicaran e interpretaran de conformidad con los principios que inspira el derecho mercantil.”

Dicho Artículo sirve para delimitar el campo de acción del derecho mercantil, y a eso nos dedicaremos en los párrafos siguientes. Sin embargo, no queremos pasar por alto una opinión crítica en cuanto a la redacción del Artículo. Porque se debe considerar que una futura reforma puede tomar en cuenta el siguiente juicio: el derecho mercantil puede resultar insuficiente para resolver un problema concreto. “Ante esa posibilidad se habría de acudir a su fuente: el derecho civil o derecho común, llamado en el derecho romano *jus civile*”.⁴ Ahora bien, en el terreno del derecho vigente, si el Código de Comercio es insuficiente, no se recurre a disposiciones del derecho civil como lo establece el citado Artículo, sino a disposiciones del Código Civil, ya que en el contexto, el derecho civil es un marco teórico que no contiene disposiciones. El legislador equivocó los términos y expresamente debió referirse al Código Civil ya que la fuente unitaria formal del derecho es la ley. Es claro que el jurista entiende el problema y sabe cuál fue la intención; pero la redacción de una norma debe hacerse sobre la base de términos inequívocos. Así también, la última frase no responde a un criterio científico. Establece la aplicación e interpretación supletoria de derecho civil (ley civil) se hará de conformidad con los principios que inspiran el derecho mercantil. El derecho como ciencia general o en su manifestación particular, se basa en una serie de principios, generalmente de carácter filosófico, que marcan su concepción sobre lo que tienen a normar. Pero esos principios son categorías previas a la ciencia y a la ley. La ciencia y la ley lo que hacen es explicitar esos principios que son contenidos de conciencia colectiva. En otras palabras, los principios no los inspira el derecho mercantil; sino a contrario sensu, los principios inspiran al derecho mercantil. Esta crítica, si es acertada, demuestra lo difícil que es legislar. Es una actividad que supone un conocimiento

⁴ Villegas Lara. René Arturo. **Ob. Cit;** Pág. 26



científico, filosófico y un adecuado manejo de la regla del idioma castellano. En este caso, la sustitución del artículo “el” por la contracción “al” hubiera significado una norma concordante con un manejo sentido gramatical y con la metodología jurídica.

Establecido lo anterior, desarrollaré en los párrafos siguientes lo referente a la materia propia del derecho mercantil guatemalteco.

En primer lugar, este derecho incide en la actividad profesional del comerciante. El comerciante, como sujeto general del derecho y obligaciones, desarrolla otras actividades que tienen relaciones con otras ramas del derecho y se rige por ellas. De manera que no todo lo que hace el comerciante se norma por la legislación mercantil; esta únicamente rige aquello que constituye su rol profesional de mercader. Para ser más explícito, ese rol delimita el Artículo segundo del Código de Comercio, al establecer como actividades comerciales; la industria dirigida a la producción o transformación de bienes y a la prestación de servicios; la intermediación en la circulación de bienes y a la prestación de servicios; el negocio de la banca, el seguro y las fianzas; y aquellas que sean auxiliares en el desenvolvimiento de las anteriores, lo anterior se puede decir que es el hacer del comerciante; pero, para evitar equivocaciones, debe quedar claro, que con relación a las sociedades mercantiles (comerciantes sociales), conforme al Artículo tercero del Código de Comercio, éstas son comerciantes y se sujetan a la ley mercantil, aún cuando no se dedicaran a las actividades que se señalan como comerciales.

En lo que se refiere a los negocios jurídicos mercantiles, se comprende todos aquellos actos unilaterales, bilaterales, onerosos por naturaleza, y que se encuentren tipificados en el mismo Código; es claro que la cambiante forma de comerciar, presenta a veces una serie de formas, entre las que se encuentran la costumbre o la adaptabilidad del derecho mercantil a situaciones nuevas, su integración con la ley civil, más las reglas de interpretación contenidas en la ley del organismo judicial, permiten que se pueda dar solución a conflictos de intereses no provistos expresamente. Por último, y con relación al negocio jurídico mercantil, que el Artículo quinto del Código de Comercio regula el llamado negocio mixto, o sea aquel en que intervienen un profesional comerciante y



otro que no lo es, en cuyo caso deberán aplicarse las disposiciones del mismo, esta previsión de la ley guatemalteca se encuentra en otros códigos como el mexicano y su finalidad es la siguiente: que no exista duda sobre que rama del derecho privado debe aplicarse a un negocio en que interviene un comerciante y un no comerciante; si el derecho civil o el derecho mercantil, en el negocio mixto siempre se aplicará el derecho mercantil.

En cuanto a las cosas mercantiles, se constituyen por los bienes que integran la esfera patrimonial del tráfico comercial. En principio, estas “cosas mercantiles”⁵ son de naturaleza mueble, aún cuando la practica demuestra que ya se principia a movilizar los inmuebles con criterio comercial, enajenándolos en masa y con impulso empresarial, lo cual demuestra el expansionismo del comercio hacia las esferas tradicionalmente reservadas al derecho civil. Dentro de las cosas mercantiles el Artículo cuarto del Código de Comercio, incluye los títulos de crédito (cheques, letras de cambio, pagares, etc.); las patentes de invención y de modelo, las marcas, los nombres comerciales, los avisos, y anuncios comerciales; la empresa mercantil y sus elementos. Estos bienes constituyen los objetos de las relaciones comerciales, se observa a este respecto que el código no contempla expresamente como cosas, las mercancías o mercaderías. Sin embargo, debe tenérseles como tales, ya que son un elemento de la empresa; y siendo que ésta puede ser traficada como unidad o fraccionadamente, la mercadería es cosa mercantil; todo lo anterior es pues, la materia que regula el derecho mercantil guatemalteco.

1.1 Origen

El derecho mercantil, como rama del derecho en general, es reciente si se toma en cuenta la antigüedad de otras disciplinas jurídicas. Ello obedece a circunstancias históricas precisas en el desarrollo de la civilización. Ciencias como la historia, la sociología o la antropología, enseñan que el hombre, en los iniciales estados de su vida, satisfacía sus necesidades con los bienes que la naturaleza le proporcionaba de

⁵ Villegas Lara. René Arturo. **Ob. Cit;** Pág. 27



manera espontánea; y si más tarde puso en práctica sus facultades intelectuales y físicas, para transformar lo que el ambiente le brindaba, el producto de sus actos creadores no tenían mas objeto que llenar necesidades de su núcleo familiar o del reducido grupo al que pertenecía. En otras palabras, producía para su consumo y sin ningún propósito de intercambio.

Conforme la organización social fue evolucionando y las necesidades se hicieron más complejas, la actividad económica del hombre sufrió una transformación que habría de inducir el desarrollo de la civilización: la progresiva división del trabajo. Este fenómeno histórico, ampliamente planteado por Federico Engel en su obra “El Origen de la Familia, de la Propiedad y del Estado”⁶ va a condicionar esa división, donde apareció el “mercader”, que sin tomar parte directa en el proceso de la producción, hace circular los objetos producidos llevándolos del productor al consumidor. Así surge el profesional comerciante; y así también la riqueza que se produce y se adquiere la categoría de “mercancía” o “mercadería”, en la medida en que es elaborada para ser intercambiada; para ser vendida. Los satisfactores tienen entonces, un valor de cambio y se producen con ese objeto. En principio, ese intercambio era de producto por producto, por medio del trueque, pero cuando apareció la moneda como representativa de un valor, se consolidaron las bases para el ulterior desarrollado del comercio y del derecho que lo rige.

1.1.1. Derecho mercantil en la antigüedad:

Las civilizaciones más caracterizadas por la historia realizaron tráfico comercial y fomentaron costumbres para regirlo. Los egipcios, los fenicios, los persas, los chinos, el mismo hombre americano, comerciaron. Pero, el derecho que esa actividad pudo generar no pasa de ser unos lejanos antecedentes. Hay culturas que sí vale la pena comentar, sobre todo para los efectos de este trabajo de investigación. Principiando por la Grecia clásica, establezcamos en principio que su mayor aporte a la ciencia jurídica es en el terreno de la política; y por lo tanto, la investigación cobra mayor impacto en los

⁶ Villegas Lara. René Arturo. **Ob. Cit;** Pág. 28



derechos que la desarrollan. El hecho que la vía marítima fuera la más expedita para aproximarse a otras ciudades, hizo que el comercio por mar fuera una actividad de primer orden para su economía. Con ello se instituyen figuras que aún ahora, con diferentes ropajes, existen en el derecho mercantil de este tiempo. Por ejemplo, el préstamo a la gruesa ventura, era como el contexto sugiere, un negocio por el cual un sujeto hacia un préstamo a otro, condicionando el pago por parte del deudor a que el navío partiera y regresara exitosamente de su destino. En el fondo, el prestamista corría el riesgo de perder un patrimonio prestado si ocurría un siniestro en alta mar. Era un préstamo aventurado. Esta institución se considera como antecedentes del contrato de seguro. La echazón también se le identifica como aporte griego. Por ella el capitán del buque podía aligerar el peso de la carga del buque, echando las mercaderías al mar y sin mayor responsabilidad, si con ello evitaba un naufragio, encallamiento o captura. En el derecho mercantil marítimo se le conoce hoy como avería gruesa. También fueron importantes las famosas leyes Rodias, las que deben su nombre por haberse originado en la isla de Rodas; las cuales eran un conjunto de leyes destinadas a regir el comercio marítimo. Lo anterior denota que este derecho se originó por la actividad del hombre en el mar; y que cuando hubo facilidad para el tráfico terrestre, las instituciones se adaptaron a una nueva vía de comunicación; y señala también como el desenvolvimiento material generado por el hombre, estimula el cambio constante del derecho mercantil.

El derecho romano merece un comentario especial, ya que la cultura romana fue creadora de un sistema de alcances insospechados, debido a que vastedad territorial del imperio permitió la aceleración del tráfico comercial; pero no generó un derecho mercantil autónomo. “El *jus civile* era un derecho destinado a normar la actividad privada de los ciudadanos, fuera o no de carácter mercantil. Una de sus principales características distintivas era la de ser un derecho esencialmente formalista”.⁷ Para que los negocios jurídicos cobraban validez se les adornaba con formulas sacramentales necesarias para el surgimiento de vínculos jurídico. Pero sucede que el comercio se ha caracterizado y se sigue caracterizando por desenvolverse en forma rápida, sin

⁷ Villegas Lara. René Arturo. *Ob. Cit*; Pág. 229



mayores formalismos. ¿Cómo podía entonces acogerse a un derecho tan rígido en sus mecanismos? El ingenio romano encontró la solución dándole facultades de interpretación casuística al Pretor, de manera que cuando aplicaba la ley civil al comercio, debía observar las peculiaridades propias del fenómeno comercial. La rigidez de la ley se suplía con la elasticidad de una interpretación especial, fórmula que sirve de antecedente a lo que hoy, en teoría general del derecho y filosofía del derecho, se conoce como “jurisprudencia privada”⁸. No se dio un derecho mercantil en forma autónoma. El *jus civile* era un universo para toda relación de orden privado.

1.1.2. El derecho mercantil en la edad media:

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

Para llegar a esa definición, los comerciantes se organizaron en asociaciones llamadas “corporaciones”, las cuales se regían por sus “estatutos”, en los que se recogieron las costumbres que ellos mismos habían venido practicando; de ahí que, a este derecho también se le llama “derecho corporativo” o “derecho estatutario”, como connotación histórica. Los estatutos no solo contenían reglas de derecho que regulan el comercio,

⁸ Villegas Lara. René Arturo. **Ob. Cit;** Pág. 29



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

1.1.3. El derecho mercantil de la época moderna:

Los hechos que marcaron el curso de la historia humana influyeron el derecho mercantil, el descubrimiento de América, surte ese efecto; y a su vez, constituye una consecuencia del expansionismo mercantilista Europeo, el descubrimiento no fue un accidente; fue el resultado de las pretensiones de España, Inglaterra, Francia, Holanda, Italia, que buscaban nuevas rutas para nuevos mercados; se puede indicar que la principal vía de comunicación siguió siendo el mar, y la legislación mercantil insistió en seguirse dando para ese tráfico, aunque durante varios años el derecho mercantil moderno continuó conservando su carácter de ser un derecho de la profesión comerciante, “con la legislación de Napoleón, en 1807, sucedieron dos hechos importantes; en primer lugar, se promulgó un código propio para el comercio;”⁹ y, en segundo, el derecho mercantil dejó de ser una ley clasista para convertirse en un derecho destinado a regir relaciones objetivas que la ley tipifica como comerciales, siendo irrelevantes que el sujeto de las mismas sea o no un comerciante; nace así la etapa objetiva del derecho mercantil, la revolución industrial, los inventos importantes

⁹ Villegas Lara. René Arturo. **Ob. Cit;** Pág. 30



en la ciencia, exigieron esa objetivación que durante largo periodo inspiró a no pocos códigos en el mundo moderno; por otro lado, las doctrinas liberales se desarrollaron en nuevas leyes protectoras de los intereses de la industria y del comercio, apuntalando el funcionamiento del sistema capitalista.

1.1.4. Situación actual del derecho mercantil

El derecho como totalidad, refleja los intereses y los conflictos de la estratificación social, pero si en alguna rama no es difícil detectar ese reflejo, es en el derecho mercantil; ya que éste está vinculado, en la forma más caracterizada, con el sistema capitalista, sus crisis, sus renovaciones, la complejidad de sus contradicciones se manifiestan en el contenido de sus normas, y algunos autores lo tipifican como el derecho del sistema capitalista, aunque a veces los términos se usan con poca propiedad.

“Se debe partir de la base de que si alguna idea ha nutrido las concepciones mercantiles en el campo del derecho, ha sido liberal, el liberalismo insufla con su filosofía toda la teología del derecho mercantil, pero con el surgimiento de otras concepciones sociales, las limitaciones a la autonomía de la voluntad y la puesta en práctica del intervencionismo del Estado en la actividad económica de los particulares, ha surgido un derecho mercantil diferente.”¹⁰

Muchos combaten la idea de que el Estado intervenga y controle el movimiento económico y abogan por reducir su función a un mero arbitraje de los intereses que se conjugan en la sociedad; a pesar de eso, la realidad demuestra que hasta en los países prototipos del capitalismo, como Estados Unidos de América, hay legislación que controla el movimiento comercial para proteger el interés social; y para el efecto, esa protección opera en dos formas:

¹⁰ Villegas Lara. René Arturo. **Ob. Cit;** Pág. 31



- a) Proscribe los monopolios porque niegan la esencia del comercio que se encuentra en la libre competencia; y,
- b) Interviene con normas imperativas que la libertad jurídica del comerciante no puede soslayar, con el fin de proteger al consumidor, estas necesidades de protección social devienen del falseamiento que puede existir en el fortalecimiento de bienes y servicios, no debe considerarse racionalmente humana y permisible, la actividad inducida al consumo de mercancías carentes de calidad; no puede permitirse captarse ahorros de personas que resultan estafadas por sociedades, y por eso la mayoría de los tratadistas de esta rama del derecho convienen en nuevos caracteres del derecho mercantil de estos días; lo que debe significar, en última instancia, hacer realidad la prevalencia del interés social sobre el particular, de manera que el comercio realizado por el hombre contribuya al progreso social aplicando la Ley de Bancos y Grupos Financieros.

1.1.5. Aspectos históricos del derecho mercantil guatemalteco

En el periodo colonial, Guatemala, al igual que el resto de los dominios españoles en América, regía su vida jurídica por la legislación de la metrópoli; la recopilación de leyes de indias, las leyes de castilla, las siete partidas y la ordenanza de Bilbao, para citar las más conocidas contenían normas destinadas al comercio; la capitanía general del reino de Guatemala estaba sujeta al virreinato de la nueva España; de esa cuenta, el comercio lo controlaba el consulado de México y este ejercía jurisdicción en los países centroamericanos para resolver las controversias que se pudieran ocasionar. Ante la insistencia de los comerciantes se creó el consulado de comercio de Guatemala, por real cédula del 11 de diciembre de 1793 en esa cédula: "...se dispuso...que rigiera las ordenanzas de Bilbao, que era entonces el código de más aceptación en la metrópoli. La cédula que creó un consulado importó la separación en la justicia mercantil de los tribunales comunes reservando a jueces especiales el conocimiento de los negocios del

comercio; esa misma cédula prestó el servicio de dar leyes propias y adecuadas a su naturaleza.”¹¹



El derecho comercial contenido en esas leyes servían más a los intereses de la corona, que a los de los propios comerciantes.

“La política económica del Estado español en las indias estuvo inspirada por las doctrinas mercantiles imperantes en la época de los grandes descubrimientos en el nuevo continente. Esta política se basaba en dos principios: el exclusivismo colonial y la llamada teoría de los metales preciosos.”¹²

Bajo dichas tesis, el tráfico comercial en estas colonias no favorecía en mayor grado el desarrollo económico de la región.

Al suceder la independencia política de Centro América no se dió como consecuencia una legislación propia; las leyes de España siguieron teniendo vigencia por algunos años, en gobierno del doctor Mariano Gálvez se hizo el intento de modernizar la ley del país sustituyendo las leyes españolas por los llamados códigos de Livingston, que eran un conjunto de normas redactadas para el Estado de Louisiana, por el jurista Eduardo Livingston, dentro de las cuales se comprendían disposiciones referentes al comercio; el hecho de haberse formulado esos códigos para pueblos de idiosincrasias diferentes, dio como resultado una resistencia de los destinatarios, lo que les restó positividad, aunado a eso, la llegada del gobierno conservador de Rafael Carrera significó el estancamiento de la evolución legislativa ya que se volvió a la legislación española, al grado de que los estudios facultativos del derecho se hacían sobre las leyes de toro y la novísima recopilación, como consecuencia se volvió al consulado de comercio y se introdujeron algunas variantes de procedimientos, advirtiéndose que la vigencia de ese régimen era temporal; pero la verdad es que rigió durante toda la tiranía carrerista y se prolongó hasta la renovación legislativa impulsada por la revolución de 1871, especial

¹¹ Villegas Lara, René Arturo. *Ob. Cit*; Pág. 32

¹² *Ibid.* Pág. 32



mandatos constitucionales de proyección social; Se debe recordar que el comercio tiene como destinatario a toda la sociedad consumidora de bienes y servicios; y que el consumidor debe estar protegido por mecanismos legales que controlen el interés individualista de la buena ganancia, pero pareciera que no se legisla para coordinar sino para subordinar; de ahí que sea necesario su estudio constante para poder encontrarle los puntos que deben corregirse en el futuro, además, es importante considerar que el derecho mercantil guatemalteco por la cual tiene ese aspecto no se agota en el Código de Comercio; y que, como veremos más adelante, se integra con otras leyes que vienen a completar el panorama jurídico mercantil guatemalteco.

1.1.6. Autonomía del derecho mercantil

El problema de la autonomía del derecho mercantil pareciera que, por haberse superado en gran medida, ya no tiene importancia mayor plantear las dificultades que se presentan en la aplicación del derecho privado en general, ya hemos visto, al referirnos a los aspectos de su desenvolvimiento histórico, que no siempre existió un derecho mercantil autónomo; un derecho mercantil como rama especializada dentro de las subdivisiones tradicionales del derecho, entre las cuales se encuentra el derecho corporativo, el derecho bancario, el derecho de seguros y fianzas entre otros. No es sino hasta la edad media, en que se principia a gestar la separación del derecho privado en dos ramas: derecho civil y derecho mercantil.

Ahora bien, cuando se creía que la división del derecho privado era un hecho consagrado, surgió la idea de César Vivante, el gran maestro italiano del derecho mercantil, quien al inaugurar su cátedra en la universidad de Bologña, en el año de 1892, planteó la necesidad de hacer un solo código que reuniera las dos materias. Esa idea la tomaron en cuenta algunas legislaciones, aunque parcialmente; por eso encontramos que en Suiza e Italia se unificaron las obligaciones en un mismo cuerpo legal. Cesar Vivante explica así el motivo de su inquietud:



“Mi proposición fue inspirada originalmente por el desarreglo científico en que se encuentra la disciplina, condenada a vivir a media distancia entre el empirismo de la práctica y las doctrinas tradicionales consagradas por el derecho civil, bloqueándose en la impotencia jurídica de los contratos “sui generis”. Y todavía estimo que aquella fusión es un deber de quien estudia y de quien enseña. Un deber científico y didáctico, porque la ciencia y la escuela deben tener a construcciones unitarias; y considero también que esa un deber judicial porque la magistratura no puede cumplir su función social si no tiende hacia el equilibrio de los intereses y hacia la unidad de las reglas dictadas para su tutela.”¹⁵

Esta posición unificadora del derecho privado, fue abandonada por Vivante en oportunidad posterior, con la honestidad que caracteriza a los científicos serios, hubo de reconocer más tarde que, si bien sus argumentos tenían validez teórica y acaso práctica en alguna medida, la realidad demostraba que los cambios operarios en las formas del tráfico comercial obligaban a hacer del derecho mercantil un derecho con características muy especiales. Por otro lado, había que tomar en cuenta los siguientes aspectos:

- a) El origen de la codificación varía del Derecho Civil al Derecho Mercantil. La ley mercantil siempre deviene de lo empírico, de lo fáctico, de las prácticas comerciales que preceden al concepto teórico, en cambio, el derecho civil postula exigencias de una profunda cohesión en la sistematización de los conceptos más generales, ello inclina a muchos autores que señalan al derecho mercantil como poco científico. Pareciera que el comercio es tan cambiante que no da tiempo para mayores elucubraciones doctrinarias; aunque en su defensa se ha dicho que a cambio de una posible inconsistencia científica, esta poseída de una gran facilidad para adaptarse a la realidad;
- b) El derecho mercantil tiende a ser internacional;

¹⁵ Vivante, César. **Ob. Cit**; Pág. 16



- c) La existencia de los llamados títulos de crédito solo puede funcionar dentro de un derecho flexible, rápido y poco formalista como el derecho mercantil;
- d) Los negocios a distancias provocan problemas que el derecho civil no resuelve. La apertura de crédito que los facilita, si está prevista en lo mercantil; y
- e) Los negocios mercantiles se desarrollan en masa, a diferencia de los civiles que generalmente son aislados.

Todo lo anterior ha inclinado la balanza a favor de la separación, la que hoy día, no solo está consolidada, sino que ya se puede ver como el derecho civil retrocede y deja campo al derecho mercantil.

Ahora bien, ¿Cuáles son los alcances de esa separación? ¿En qué sentido debemos entenderla? Se debe recordar que ambos derechos tienen una vinculación histórica. Por eso el maestro español Joaquín Garrigues, citado por Cesar vivante al prologar la obra del jurista italiano Alfredo Rocco, dice que coincide con este:

“...cuando afirma que la autonomía de una ciencia no debe confundirse con su independencia, o, mejor con su aislamiento. He creído siempre que en este punto de las relaciones del derecho civil y mercantil hay que distinguir una cuestión de separación y una cuestión de independencia, para venir a la conclusión de que ciertamente el derecho mercantil debe vivir de leyes propias, separado del Civil, pero con la dependencia que impone la comunidad de origen y la substancial analogía.”¹⁶ O sea que la separación, siendo necesaria por la materia que cada uno regula, no debe hacernos olvidar que el abolengo científico e histórico de la legislación civil hace que ella sirva para dar una solución ante un caso práctico. El estudio coordinado de las dos ramas vale, pues, en el terreno de la docencia, de la investigación o de la jurisprudencia.

Con relación a este problema ¿Cómo se orienta el derecho guatemalteco? La legislación guatemalteca consagra la separación del derecho mercantil sustantivo,

¹⁶ Vivante, Cesar. **Ob. Cit**; Pág. 8



aunque tiene unificado el derecho adjetivo con el procesal civil. Hay un Código Civil y un Código de Comercio que operan por separado; y, a su vez hay un Código Procesal Civil y Mercantil. En el derecho sustantivo el Código de Comercio se encarga de establecer la interdependencia entre la ley civil y la ley mercantil, pues el Artículo primero regula la supletoriedad del primero para con el segundo, bajo la estricta observancia de los principios del derecho mercantil.

Por último, en cuanto al derecho procesal, si bien está unificado, hay que hacer la salvedad de que, para la pretensión procesal en el terreno mercantil, el Código de Comercio señala vías más rápidas para dar soluciones jurisdiccionales: juicios sumarios, ejecutivos o arbitrales. En pocos y muy especiales casos está prevista la vía del juicio ordinario o sumario, esto en obsequio a la característica de rapidez del derecho mercantil; el comercio exige soluciones prontas para sus conflictos y por eso se prescriben los cauces más expeditos.

1.2 Concepto

El concepto del derecho mercantil no tiene unidad en la doctrina, porque para elaborarlo se han tomado en cuenta diferentes elementos que se encuentran en las relaciones del comercio y que caracterizan la forma en que se desarrollan; el sujeto comerciante, los actos objetivos de comercio, la organización empresarial, la cantidad de negocios jurídicos mercantiles que se dan en el tiempo y en el espacio, han servido de base para presentar diferentes conceptos de este derecho.

Para Alfredo Rocco el derecho mercantil es: “El conjunto de normas jurídicas reguladoras de relaciones entre particulares, nacidos de la industria comercial o asimiladas a estas, en cuanto a su disciplina jurídica y ejecución judicial.”¹⁷ Según Rocco son normas jurídicas que regulan la relación de comercio, de donde se desprende que el derecho mercantil, como disciplina jurídica es un conjunto de normas,

¹⁷ Rocco, Alfredo. **Principios de derecho mercantil**. Pág. 3



que regulan relaciones entre particulares relativas al comercio que realizan en un momento determinado.

David Supino señala que: “El derecho mercantil, consiste en el conjunto de reglas que gobiernan las relaciones jurídicas derivadas del ejercicio del comercio.”¹⁸ Este tratadista expone que el derecho mercantil es regulador de relaciones derivadas del comercio a través de un conjunto de normas jurídicas creadas con esta finalidad.

Agustín Vicente y Gella opina que: “El derecho mercantil, es el derecho que rige al comercio;”¹⁹ aunque el concepto dado por Gella, es un tanto incompleto, por falta de penetración en el mismo, se interpreta en el sentido de que el derecho mercantil como disciplina jurídica, tiene un conjunto de normas jurídicas y por consiguiente son reguladoras de las actividades del comercio.

Los tratadistas Antonio Puente y Octavio Calvo, señalan que: “El derecho mercantil, es la rama del derecho privado que regula las relaciones de los individuos que ejecutan actos de comercio o tienen el carácter de comerciantes.”²⁰ Estos tratadistas encajan al derecho mercantil como regulador de las relaciones que ejecutan los comerciantes, pero no determinan qué es comerciante.

Como consecuencia, los diferentes conceptos expuestos anteriormente, tienden a enfocar al derecho mercantil tomando como base los elementos que lo configuran y que son aceptados doctrinariamente por todas las legislaciones; asimismo los tratadistas han aceptado como elemento del derecho mercantil el factor cambio, porque en toda actividad comercial siempre existe el cambio como elemento esencial, sin el cual no se llenaría la función de la relación comercial; existe un elemento que la doctrina casi no lo menciona, pero por la finalidad que se persigue en el comercio, es necesaria la existencia dentro de los conceptos, como es la aproximación, cuya misión esencial está de más exponer los productos al alcance del consumidor; este elemento por decirlo así,

¹⁸ Supino, David. **Derecho mercantil**. Pág. 15

¹⁹ Vicente y Gella, Agustín. **Introducción al derecho mercantil comparado**. Pág. 13

²⁰ Puente, Antonio y Calvo, Octavio. **Derecho mercantil**. Pág. 7



es un derivado de la relación social, que por su significado, es esencial para la existencia del derecho mercantil.

1.2.1. Concepto subjetivo

El derecho mercantil “es el conjunto de principios doctrinarios y normas de derecho sustantivo que rigen la actividad de los comerciantes en su función profesional.”²¹ Hemos visto en el desenvolvimiento histórico de esta materia, que en la época medieval la normatividad comercial estaba destinada única y exclusivamente para los comerciantes; principió siendo un derecho que delimitaba un fuero especial tanto en lo sustantivo como en lo adjetivo, por esta razón, la idea que se da desde este ángulo se le conoce como concepto subjetivo, ya que el elemento principal a tomar en cuenta es el sujeto que interviene en el movimiento comercial; advirtiéndose que el término se usa como sinónimo de grupo profesional, se ha dicho que el derecho mercantil principió siendo un derecho de clase; y aún en la época moderna no pocos códigos están referidos en su esencia al sujeto comerciante (código alemán y código japonés), pero el comercio se fue volviendo muy complejo y muchas de sus manifestaciones no dependen de que intervenga un sujeto que tenga la calidad de comerciante, por ejemplo, un cheque lo puede girar cualquier persona y la naturaleza mercantil de ese título no está referida a la calidad del sujeto librado; el cheque siempre estará sometido al régimen legal mercantil, por otro lado, contribuyó a la ineficacia de este concepto el hecho de que, ni doctrinaria ni legalmente se diera un concepto único de lo que debe entender por comerciante “Se refiere a la persona que con capacidad legal para contratar y obligarse, ejerce actos de comercio con ánimo de lucro por profesión y en forma habitual”²², asimismo, se ha dicho que es la persona que realiza actos de comercio en forma habitual; otros piensan que la nota que debe tomarse en cuenta es tener un establecimiento abierto al público; y, hay quienes exigen como elemento definitorio el registro mercantil. Si nos ponemos a pensar como se desenvuelve el

²¹ Villegas Lara, René Arturo. *Ob. Cit*; Pág. 37

²² Paz Álvarez, Roberto *Teoría elemental del derecho mercantil guatemalteco*. Pág. 28



comercio en la época moderna, es fácil colegir lo insuficiente que resulta el concepto subjetivo para explicar lo que debe entenderse por derecho mercantil.

1.2.2. Concepto objetivo

El derecho mercantil “Es el conjunto de principios doctrinarios y normas de derecho sustantivo que rigen los actos objetivos de comercio”²³, este concepto es un aporte del Código de Napoleón, como se decía que el derecho mercantil era un derecho de clase, éste código liberalizó la función de la ley y estableció un nuevo punto de referencia conceptual el acto objetivo de comercio; la ley mercantil ya no funcionaría en torno a los sujetos destinatarios, exclusivamente, sino que se refería a una serie de relaciones jurídicas tipificadas por el código como mercantiles, cualquiera fuera el sujeto que resultara dentro de las mismas, los actos o negocios que la ley califica como mercantiles venían a ser la materia jurídica mercantil, este concepto encontró la misma dificultad: precisar una idea sobre lo que es un acto de comercio, las legislaciones se inclinaron en dos sentidos:

- 1) Elaborar una lista de actos que debía considerarse mercantiles. Casi nunca la enumeración podía agotar el infinito mundo del comercio y siempre resultaba insuficiente; y
- 2) Se establecía elementos que debían concurrir en un acto o negocio para deducir que se estaba ante un acto objetivo de comercio, estos elementos eran: que fuera a título oneroso; que fuera sobre bienes muebles; y que hubiera especulación, tampoco esta fórmula fue feliz, que fuera oneroso no daba dificultades porque si algo caracteriza los actos o negocios mercantiles es que no son gratuitos; su esencia es la onerosidad en contra de la gratuidad. Pero ¿Qué sucede cuando nos encontramos con actos mercantiles que son declaraciones unilaterales de voluntad?, obviamente aquí no podría funcionar la onerosidad, en cuanto a que fuera sobre bienes muebles, reñía con la práctica, porque hoy en día los inmuebles

²³ Villegas Lara, René Arturo. **Ob. Cit;** Pág. 38



se trafican como mercancías, por último, la exigencia de la especulación no siempre se da en una negociación mercantil, ya que muchas veces el comerciante vende al costo, con el fin de salir de un lote de mercaderías que, por ejemplo, han pasado de moda, este argumento se rebatió con la idea de que no era necesaria la especulación real o exitosa, sino que existiera la intención de lucrar, lo que se acercaba más a la verdad del tráfico; el Código de Comercio anterior recogía las dos formas de la objetivación; es decir, era mixto en su sistemática, aunque no esencialmente objetivo.

Resumiendo los conceptos ya vistos se puede afirmar que, en la realidad, nunca han existido legislaciones subjetivas u objetivas puras.

Lo que se ha dado es el predominio de un elemento sobre otro, hay actos mercantiles que lo son por su propia naturaleza; y otros en los que la mercantilidad depende del sujeto que los realice.

1.2.3. Concepto del derecho mercantil como derecho de la empresa

El derecho mercantil sería el conjunto de principios y normas que rigen las empresas dedicadas al comercio, este concepto es idea del autor Kart Wieland; según él, lo que caracteriza el comercio moderno es que se genera en organizaciones que planificadamente impulsan el tráfico mercantil; y esas organizaciones son las empresas, se ha criticado a Wieland diciendo que la empresa es materia de la ciencia económica; no es jurídica; y que lo único que se hace es sustituir al comerciante por la empresa, sin embargo, debe tomarse en cuenta que en el comercio de hoy cualquier acto productivo del hombre tiene éxito si se desarrolla organizadamente; y para eso se ha estructurado toda una teoría sobre la empresa, tanto desde el ángulo económico como jurídico, la empresa, es claro, no es propia del comercio; hay empresas administrativas, civiles, agraria, según sea la actividad que organice; pero, al menos en el derecho guatemalteco, es la ley mercantil la que mejor define lo que debe entenderse como tal y sin ningún equivoco, pero la define como un objeto del tráfico comercial, y no como



núcleo de esa función económica, para el efecto Joaquín Rodríguez, indica lo siguiente:
 “Concepto del derecho mercantil como derecho de los actos en masa realizados por empresa.”²⁴

La idea de unificar las dos concepciones anteriores, se debe al jurista mexicano Joaquín Rodríguez. Su argumento radica en que no basta la observación de que las relaciones jurídicas que provoca el comercio se realice en masa; o, que ellas se gesten dentro de una organización empresarial. Los dos fenómenos deben coordinarse para tener una visión completa de lo que el derecho mercantil tiene como material. Por eso concluye en que el derecho mercantil esta destinado a regular un tráfico masivo que se desarrolla por medio de organizaciones empresariales.

1.2.4. Concepto de derecho mercantil guatemalteco

Para modificar ahora el modo anterior de exposición, no se puede empezar por integrar un concepto; sino que deben explicarse los elementos que se dan en todo el contexto legal mercantil, para luego intentar un concepto aproximado, deducida de la legislación vigente en el país.

La actividad económica comercial se rige por lo regulado en el Código de Comercio guatemalteco, sin embargo, existen otros actos de comercio que desarrollan los comerciantes sociales especiales, quienes en su actividad deben aplicar las leyes específicas, entre las cuales se pueden mencionar, la Ley de Bancos y Grupos Financieros, la Ley de Almacenes Generales de Depósito, la Ley de Empresas Aseguradoras, entre otros; a pesar de lo profusa que es la legislación en esta materia.

César Vivante, señalaba algo muy importante: “el derecho mercantil se ha preocupado más en adaptarse a la práctica cambiante, en el modo de comerciar, que en crear elementos teóricos que si existen en el campo civil.”²⁵

²⁴ Rodríguez y Rodríguez, Joaquín. **Derecho mercantil**. Pág. 12

²⁵ Vivante, César. **Ob. Cit**; Pág. 16



El derecho civil no ha tenido esa insuficiencia porque ancestralmente ha sido el resultado de doctrinas bien definidas, en donde la lógica del concepto hace gala de contenido y estructura; un concepto de derecho civil, a juicio, bastaría con inferirlo de la sistemática de cualquier código. ¿Cómo podríamos aplicar esta idea al código de comercio?, desde los pandectistas, todo código civil divide sus normas en: derecho de las personas, derecho de los bienes, derecho de las obligaciones y contratos, y derechos de las sucesiones; los autores del Código terminaron con la gastada polémica entre subjetivistas y objetivistas y diagramaron un Código cuyo ordenamiento es idéntico al Código Civil, suprimiendo únicamente el libro de las sucesiones, ya que dicha materia seguirá siendo civil mientras el derecho exista, el Código de Comercio de Guatemala norma la actividad profesional de los comerciantes (personas), las cosas mercantiles (bienes) y los negocios jurídicos mercantiles (obligaciones y contratos), estos parámetros acertadamente planteados en forma genérica, es la materia del derecho, en razón de ellos, es que me permito a continuación, dar un concepto aproximado de lo que puede considerarse como derecho mercantil guatemalteco.

El derecho mercantil guatemalteco es el conjunto de normas jurídicas codificadas o no, que rigen la actividad profesional de los comerciantes, las cosas o bienes mercantiles y la negociación jurídica mercantil.

1.3 Características

Las características de toda rama del derecho devienen de la materia que trata, en el caso del derecho mercantil, el comercio, que es su materia, tiene la particularidad de darse en masa, cambia constantemente en los modos de operar, los cuales exigen rapidez en las formas de negociar; y se desenvuelve a nivel nacional e internacional. Estas particularidades inciden en las características que se le señalan al derecho mercantil, encontrando entre las más específicas, las siguientes:



1.3.1. Es poco formalista

La circulación para que sea fluida, exige que la formalidad este relegada a la mínima expresión, salvo en los casos en que su ausencia puede sacrificar la seguridad jurídica, los negocios mercantiles se concretan con simples formalidades solo aplicables para un conjunto de relaciones que por su cantidad no podrían darse fácilmente de otra manera, por ejemplo, la representación en materia de títulos de créditos se da por un sencillo endoso en procuración, así también, vemos como el simple acto de abordar un autobús, pagar el valor del pasaje y recibir el ticket, configura un contrato de transporte entre el usuario y el propietario del medio de transporte representado a la vez por el piloto, quien ejerce una representación aparente, sin mandato expreso, estos dos casos sirven para demostrar como el derecho mercantil tiende a ser poco formalista para adaptarse a las peculiaridades del tráfico comercial.

1.3.2. Inspira rapidez y libertad en los medios para traficar

El poco formalismo comentado se relaciona con la agilidad del tráfico comercial. El comerciante debe negociar en cantidad y en el menor tiempo posible, al mismo tiempo vive imaginando fórmulas que le permitan resultados empresariales exitosos por medio de novedosas modalidades de contratar, ello obliga a que el derecho funcione a la parte de la realidad que se le presente, un juez, por ejemplo, no podría negarse a resolver un conflicto de intereses en el campo comercial pretextando que un negocio no esta regulado por el derecho vigente, ya que si en algún campo el contrato atípico se da con suma facilidad, es en el mundo del hacer comercial.

1.3.3. Adaptabilidad

Esta característica, bien señalada por el profesor Edmundo Vásquez Martínez, se explica, así; el comercio "es una función humana que cambia día a día, por diversos motivos políticos, científicos, culturales, las formas de comerciar se desenvuelven



progresivamente, de ello resulta que la legislación siempre va en zaga de la práctica.²⁶ Entonces, una característica de este derecho para tomarse en cuenta es que, en su contexto general, debe irse adaptando a las condiciones reales del mismo fenómeno comercial.

1.3.4. Tiende a ser internacional

La producción de bienes y servicios no es exclusivamente para el comercio local de una sociedad organizada políticamente, se produce para el mercado interno y para el mercado internacional, ello obliga a que las instituciones jurídicas tiendan a ser uniformes porque así se permite la facilidad del intercambio a nivel internacional, el mundo moderno ha visto logros importantes en este aspecto y un ejemplo de ello es la uniformidad que se ha dado en materia de títulos de crédito; todos los países, en menor o mayor escala, tiende a abarrotar el mercado extranjero con sus mercancías; y de allí que organismos internacionales, como Naciones Unidas, fomenten el estudio y sistematización del derecho mercantil internacional.

1.3.5. Posibilitan la seguridad del tráfico jurídico

El valor seguridad jurídica lo explica la filosofía del derecho como la observancia de mecanismos consagrados para el surgimiento de la normatividad, dentro de los cuales se encuentra la forma de contratar. ¿Cómo se garantiza entonces la seguridad si la formalidad es incipiente en el tráfico mercantil?, en la observancia estricta de que la negociación mercantil está basada en los principios de la verdad sabida y la buena fe guardada, de manera que ningún acto posterior pueden desvirtuar lo que las partes han querido al momento de obligarse, ante un conflicto entre la seguridad del tráfico mercantil y la seguridad del derecho, indica Vásquez Martínez, "...el derecho mercantil tiende a garantizar la primera, lo cual se traduce en la subordinación de la realidad a la apariencia jurídica."²⁷

²⁶ Vásquez Martínez, Edmundo. *Ob. Cit*; Pág. 21

²⁷ Vásquez Martínez, Edmundo. *Ob. Cit*; Pág. 21



1.3.6. Principios

Se ha tratado de separar las características de lo que, puede decirse que son principios que inspira al derecho mercantil; no sin antes observar qué características y principios deben funcionar conjuntamente para una correcta interpretación del derecho vigente. Enumerados, puede considerarse los siguientes:

- a) la buena fe;
- b) la verdad sabida;
- c) toda prestación se presume onerosa;
- d) intención de lucro; y
- e) ante la duda deben favorecerse las soluciones que hagan más segura la circulación de bienes y la prestación de servicios.

1.4. Sujetos del derecho mercantil

En principio, debe establecerse que en la conciencia común se tiene la idea de que un comerciante es aquella persona que, con intenciones de lucro, compra para revender, colocándose o desarrollando una actividad intermediadora entre productor y consumidor de bienes y servicios.

1.4.1. Comerciantes

De conformidad con el Código de Comercio, contenido en el Decreto 2-70 del Congreso de la República en el Artículo 2 regula los comerciantes de la siguiente manera:

“Son quienes ejercen en nombre propio y con fines de lucro, cualesquiera actividades que se refieren a los siguientes: la industria dirigida a la producción o transformación de bienes y a la prestación de servicios, la intermediación en la circulación de bienes y a la prestación de servicios, la banca, seguros y fianzas y las auxiliares de las anteriores.”



1.4.2. Comerciantes individuales

Personas que teniendo capacidad legal para ejercer el comercio, hacen de él su ocupación ordinaria. Es decir realizar actos de comercio de un modo habitual, reiterado y repetido.

El Artículo 2 del Código de Comercio establece: “Son comerciantes quienes ejercen en nombre propio y con fines de lucro, cualesquiera actividad que se refieran a lo siguiente:

1. la industria dirigida a la producción o transformación de bienes y a la prestación de servicios;
2. la intermediación en la circulación de bienes y a la prestación de servicios;
3. la banca, seguros y fianzas;
4. los auxiliares de los anteriores.”

Según el Artículo 6 del Código de Comercio, tienen capacidad para ser comerciantes las personas individuales y jurídicas que, conforme al Código Civil, son hábiles para contratar y obligarse. Es decir, los mayores de edad que se encuentren en el libre ejercicio de sus derechos civiles.

Los incapaces o interdictos serán comerciantes cuando reciban una empresa mercantil por herencia o donación, y cuando un comerciante es declarado interdicto. En estos casos el juez decide si se continúa el negocio o se liquida. (Artículo 7 Código de Comercio)

1.4.3. Comerciantes nacionales o extranjeros

Cualquier nacional puede ser comerciante, siempre que tenga capacidad para obligarse y contratar. El marido y la mujer que ejerzan juntos una actividad mercantil, tienen la calidad de comerciantes.

El Artículo 8 del Código de Comercio estipula que: “Los extranjeros podrán ejercer el comercio y representar a personas jurídicas, cuando hayan obtenido su inscripción de conformidad con las disposiciones del presente Código. En estos casos, tendrán los



mismos derechos y obligaciones que los guatemaltecos, salvo los casos determinados en leyes especiales.”

1.4.4. Comerciantes sociales especiales

Persona jurídica resultante de un contrato que contiene agrupación de personas, la cual se organiza para aportar bienes o servicios destinados a la realización de un bien común.

Según el Artículo 3 del Código de Comercio, las sociedades organizadas bajo forma mercantil tienen la calidad de comerciantes, cualquiera que sea su objeto.

1.5. Fuentes del derecho mercantil

La palabra fuente del derecho significa: origen, fenómeno de donde proviene. Nos ocuparemos únicamente de las fuentes formales del derecho mercantil: “la costumbre, la jurisprudencia, la ley, la doctrina y el contrato”²⁸. La exposición siguiente explicará someramente el alcance de cada uno de ellas.

Básicamente para efectos de la presente investigación jurídica, es de gran importancia el estudio de la fuente formal es decir, la forma interna de la manifestación del derecho, específicamente de carácter mercantil, sin embargo, existen las fuentes materiales e históricas. Las fuentes reales o materiales, se refieren a los acontecimientos económicos, políticos y sociales que motivan la creación de las normas jurídicas, por su parte las fuentes históricas, se refieren a los documentos que encierran el contenido de una ley, que estuvo vigente en un lugar y época determinado, por otra parte la fuente formal, se refiere a la manera o forma como establece exteriormente la norma jurídica o bien el procedimiento habitual establecido con competencia para crear o normar el derecho y para el efecto la Constitución Política de la República establece en los Artículos del 174 al 180 el procedimiento de formación y sanción de la ley.

²⁸ Villegas Lara, René Arturo. *Ob. Cit*; Pág. 44



1.5.1. La costumbre

Fuente primigenia del derecho, lo es mucho más en el derecho mercantil, donde se le conoce como “usos mercantiles”²⁹, los cuales pueden ser locales e internacionales, generales y especiales, normativos e interpretativos, nos interesa esto último; el uso normativo es aquel que, como el texto lo indica, norma una relación jurídica, y por lo mismo, genera derecho; el interpretativo, en cambio, solo sirve para clarificar o interpretar el sentido de una norma contractual o de derecho vigente, es decir, no produce derecho. En el ordenamiento jurídico guatemalteco, según lo establece expresamente el Artículo 3 de la Ley del Organismo Judicial, contra la observancia de la ley no puede alegarse ignorancia, desuso, costumbre o práctica en contrario, de donde se deduce que la costumbre no es fuente de derecho; sin embargo, en el Código de Comercio se encuentran algunos usos, pero son interpretativos, de manera que no se contradice con el claro mandato de la Ley del Organismo Judicial.

1.5.2. La jurisprudencia

Conforme el ordenamiento jurídico guatemalteco, la jurisprudencia no es fuente de derecho, ya que la estructura constitucional del Estado de Guatemala, establece que la ley solo puede producirse en el Organismo Legislativo; por otro lado, cuando el Código Procesal Civil y Mercantil, establece en el Artículo 627 los efectos de cinco fallos reiterados en juicios ordinarios sometidos a casación, no significa que se estén creando nuevas normas de observancia obligatoria, la función que la jurisprudencia tiene encomendada en Guatemala, es adecuar correctamente la norma al caso concreto; es interpretar el derecho vigente y preexistente, pensando lo ya pensado; otro sería el caso si fuera una jurisprudencia sociológica o jurisprudencia de interés, en la que el juez si crea derecho, tal como sucede en el derecho norteamericano.

²⁹ Zea Ruano, Rafael. *Lecciones de derecho mercantil*. Pág. 44



1.5.3. La ley

En la aplicación de la ley, como fuente indiscutida del derecho mercantil, debe observarse el principio de supremacía o superlegalidad constitucional, contenido en el Artículo 175 de la Constitución Política de la República de Guatemala, el cual establece que: “Ninguna ley podrá contrariar las disposiciones de la Constitución. Las leyes que violen o tergiversen los mandatos constitucionales son nulas ipso jure.”, ello implica que en las normas de orden constitucional y las normas establecidas en reglamentos, las primeras ocupan la más alta jerarquía. Para el efecto, el Artículo 1 del Código de Comercio vigente, establece el orden en que deben aplicarse las disposiciones de derecho mercantil, de la siguiente manera: “Aplicabilidad. Los comerciantes en su actividad profesional, los negocios jurídicos mercantiles y cosas mercantiles, se regirán por las disposiciones de este Código y, en su defecto, por las del derecho civil que se aplicarán e interpretarán de conformidad con los principios que inspira el derecho mercantil.”

La fuente unitaria formal del derecho en Guatemala, es la ley, la cual constituye la única fuente del derecho mercantil, y jerárquicamente se integra así: Constitución Política de la República de Guatemala, y supeditados a ella, el Código de Comercio, los tratados internacionales en materia comercial, la Ley de Patentes, la Ley de Empresas Aseguradoras, la Ley de Almacenes Generales de Depósito, la Ley de Sociedades Financieras Privadas; la Ley de Bancos y Grupos Financieros, etc.

1.5.4. La doctrina

A la doctrina no pocos autores le niegan calidad de fuentes del derecho, sin embargo, en el derecho mercantil sucede algo especial, ya que por la lentitud del proceso legislativo; es indudable que la doctrina planteada por los científicos del derecho va adelante del derecho vigente; la doctrina corre pareja con la práctica; lo que no sucede con la ley, entonces, para que este derecho sea viable fácticamente, los principios que ya estudiamos, y que son doctrinarios, viene a ser una fuente coadyuvante en la



interpretación del contexto legal, por disposiciones del Artículo 1o. del Código de Comercio, pero, no debe considerársele una fuente aislada y que produzca efectos ella sola, considero que la doctrina puede funcionar como los usos: coadyuvar al esclarecimiento del derecho vigente, con la diferencia de que, por su solidez científica, juega un papel preponderante en el conocimiento de los problemas que tienen que resolverse dentro del contexto del derecho mercantil.

1.5.5. El contrato

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

1.6. Regulación legal

El Código de Comercio guatemalteco contenido en el Decreto 2-70, del Congreso de la República, actualmente es la normativa que rige las actividades del comercio y para el efecto en dicha disposición legal se encuentra distribuido de la siguiente manera:



En el libro primero: Se encuentran las disposiciones generales, el concepto de comerciantes, los comerciantes sociales, las cosas mercantiles, el negocio mixto, además de la capacidad de los comerciantes tanto nacionales como extranjeros, la regulación legal de las sociedades mercantiles, la personalidad jurídica, la solemnidad, registro, la prórroga, el derecho a la razón social, aportaciones no dinerarias, la forma de las aportaciones, la responsabilidad de los socios, la reserva legal, derechos de los socios, sanciones, la sociedad colectiva, Sociedad en comandita simple, La sociedad de responsabilidad limitada, la sociedad anónima, las acciones, las diferentes asambleas generales el órgano de administración, órgano de fiscalización, sociedad en comandita por acciones, el aumento y reducción de capital, disolución y liquidación de las sociedades, la fusión y transformación de las sociedades y los auxiliares de los comerciantes.

En el libro segundo: Se regulan las obligaciones profesionales de los comerciantes, estableciendo lo relativo al registro mercantil, el registrador y las diferentes inscripciones que se llevan a cabo, además de los libros, los comerciantes obligados a registro, comerciantes individuales, la empresa o establecimiento, las sociedades mercantiles, la inscripción provisional y definitiva, las patentes de comercio, la inscripción de sociedades mercantiles extranjeras, la publicidad registral, la contabilidad, la correspondencia y la documentación que de conformidad con el presente Código de Comercio guatemalteco deben de cumplir los comerciantes en su actividad de comercio.

El libro tercero: Regula lo referente a las cosas mercantiles, iniciando con los títulos de crédito, los requisitos de éstos, el protesto, el aval, la acción cambiaria, los títulos nominativos, a la orden, el endoso, y los títulos al portador, además de las disposiciones generales de la letra de cambio, del pago, los ejemplares, así como los aspectos generales del pagaré, el cheque, la creación y la forma del mismo, los cheques especiales, las obligaciones de las sociedades o debentures, del certificado de depósito y del bono de prenda, de la carta de porte o conocimiento de embarque, de la factura cambiaria, de las cédulas hipotecarias, de las vales, de los bonos bancarios, de los



certificados fiduciarios, de los procedimientos de la acción cambiaria, del procedimiento de cobro en general, del cobro del bono de prenda, de la cancelación, reposición y la reivindicación de los títulos de crédito, de la empresa mercantil y de sus elementos, entre otros.

Por su parte el libro cuarto: Desarrolla todo lo relativo a las obligaciones y contratos mercantiles; iniciando con la compraventa mercantil, del suministro y del contrato estimatorio, del depósito mercantil, del depósito en almacenes generales, operaciones de crédito, del descuento, cuenta corriente, del reporto, cartas ordenes de crédito, de las tarjetas de crédito, del crédito documentario, el fideicomiso, el transporte, del contrato de participación, de hospedaje, de seguro, del reaseguro, de fianza y de reafianzamiento, entre otros.



CAPÍTULO II

2. Los comerciantes especiales

En términos generales son las personas que se dedican habitualmente al comercio, en derecho mercantil hace alusión a su material de estudio subjetivo, es decir a las personas que son objeto de regulación, se considera sujeto mercantil a toda persona que realiza un acto de comercio, sin embargo cabe hacer una primera clasificación entre las personas que realizaron un acto de comercio ocasional y aquellas que se dedican al comercio de forma habitual; las primeras son los sujetos accidentales de comercio, y las segundas comerciantes.

2.1 Aspectos generales

Los orígenes del comercio se remontan a “finales del periodo Neolítico, cuando se descubrió la agricultura, al principio, la agricultura que se practicaba era una agricultura de subsistencia, donde las cosechas obtenidas eran las justas para la población dedicada a los asuntos agrícolas”³⁰, sin embargo, a medida que iban incorporándose nuevos desarrollos tecnológicos al día a día de los agricultores, como por ejemplo la fuerza animal, o el uso de diferentes herramientas, las cosechas obtenidas eran cada vez mayores, así llegó el momento propicio para el nacimiento del comercio, favorecido por dos factores:

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

³⁰ Garrigues, Joaquín. *Curso de Derecho Mercantil*. Pág. 284



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

“Este comercio primitivo, no solo supuso un intercambio local de bienes y alimentos, sino también un intercambio global de innovaciones científicas y tecnológicas, entre otros, el trabajo en hierro, el trabajo en bronce, la rueda, el torno, la navegación, la escritura, nuevas formas de urbanismo, y un largo etcétera; en la península ibérica, este periodo se conoce como “orientalizante”, por las continuas influencias recibidas de Oriente, en este momento es cuando surge la cultura ibérica”.³¹

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

“El trueque era la manera en que las antiguas civilizaciones empezaron a comerciar, el cual consistía en intercambiar determinadas mercancías, por otras de igual valor; pero el principal inconveniente de este tipo de comercio, es que las dos partes involucradas en la transacción comercial tenían que coincidir en la necesidad de las mercancías ofertadas por la otra parte.”³² Para solucionar este problema surgieron una serie de intermediarios que almacenaban las mercancías involucradas en las transacciones comerciales, estos intermediarios muy a menudo añadían un riesgo demasiado elevado

³¹ Garrigues, Joaquín. *Ob. Cit.* Pág. 285

³² *Ibid.* Pág. 285



en estas transacciones, y por ello este tipo de comercio fue dejado de lado rápidamente cuando apareció la moneda.

La moneda o dinero, en una definición más general, es un medio acordado en una comunidad para el intercambio de mercancías y bienes; el dinero no sólo tiene que servir para el intercambio, sino que también es una unidad de cuenta y una herramienta para almacenar valor. Históricamente ha existido una gran variedad de dinero, desde cerdos, dientes de ballena, cacao, o determinados tipos de conchas marinas. Sin embargo, el más extendido sin duda a lo largo de la historia es el oro.

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

El único inconveniente que tenía el dinero era que al ser un acuerdo dentro de una comunidad, podía no tener sentido fuera de su contexto, por ejemplo, si el elemento de intercambio de una comunidad eran dientes de ballena, aquellos dientes no tenían ningún valor fuera de la comunidad, por ello un poco más adelante surgió el concepto de divisa, la divisa, ahora sí, es un elemento de intercambio aceptado en una zona mucho más amplia que la propia comunidad, la divisa más habitual era el oro puro, aunque a lo largo de la historia también han aparecido otros, como la sal o la pimienta, las divisas facilitaron el comercio intercontinental en gran medida.



El comercio fenicio

“Las ciudades fenicias del segundo milenio antes de Cristo consiguieron crear una estructura comercial propia para compensar la diferencia entre sus recursos naturales y los de sus vecinos.”³³

Por su posición geográfica los fenicios, dice Herodoto (historiador griego), era un pueblo "botado al mar por su geografía", como comerciantes y mercaderes fueron los fenicios activos y prósperos, buscaban y transportaban por las rutas comerciales marítimas de un extremo a otro del mediterráneo, materias primas y toda clase de productos manufacturados por ellos y por los pueblos de oriente, excelentes navegantes y audaces exploradores contaban con numerosas flotas comerciales y de guerra, estas últimas protegiendo siempre a los barcos mercantes, eran naves de estilizadas líneas, veloces y técnicas, dotadas de un gran espolón de proa que actuaba como ariete y servía para abrir grandes vías de agua y echar a pique las naves enemigas, en el área de construcciones de naves marítimas, incidieron con el birreme, una especie de galera a la que consiguieron aumentar el número de remeros montando una hilera sobre otra, luego construyeron naves más ágiles que hacían uso del viento.

Fenicia nunca fue un Estado unificado en la acepción moderna del término, era más bien un conjunto de ciudades más o menos importantes cuyos habitantes vivían del comercio marítimo y de las industrias relacionadas con este, es decir, astilleros, factorías de Artículos manufacturados, aprovechando las materias primas que los barcos suministraban.

Para los griegos, la prosperidad fenicia, que en su día fue envidiada por todo el Mediterráneo, procedía en sus inicios del humilde "murex", molusco que abundaba en las costas fenicias y del cual se extraía el tinte color púrpura, los tejidos teñidos con púrpura eran en la antigüedad, un artículo de lujo que solo los potentados podían costearse, a partir de este comercio y el de las finas maderas (cedro) del Líbano, se

³³ Zea Ruano, Rafael. *Lecciones de derecho mercantil*. Pág. 81



fueron construyendo las grandes fortunas que luego se invertirían en fletar barcos cargueros con los que los fenicios comerciaron, dando inicio a la expansión y la fundación de colonias y factorías, sirviendo de puente entre las grandes civilizaciones antiguas del oriente y los pueblos del occidente mediterráneo.

Se les ha llamado con mucha propiedad "recaderos del mundo antiguo"³⁴, su importante marina iba a buscar los metales útiles como el estaño, cobre y oro en los lugares más apartados, de los cuales se hacía gran consumo en la Corte del Faraón y en Nínive y Babilonia, en las colonias fenicias del sur de España encontraron grandes minas de plata, fuente de riqueza y expansión fenicia, vendían en Grecia, en Italia, en todas las costas bañadas por el Mediterráneo, el incienso y la mirra de Arabia, las piedras preciosas, las especias y marfil de la India, la seda de China, los esclavos y caballos del Cáucaso.

"El comercio fenicio era de intercambio y éstos no usaron la moneda hasta el año 400 antes de la era cristiana, en Sidón, solo por la influencia de los persas se empezaron a acuñar monedas, en el reverso estaba impresa la cabeza del rey persa, lo que atestigua los estrechos lazos que por aquel tiempo unían a Persia y Sidón."³⁵

Derechos de los comerciantes

- 1) Ser titular de su empresa y consecuentemente organizarla y dirigirla para llevar a cabo su actividad lucrativa (Artículo 655 del Código de Comercio).
- 2) Disponer de los signos distintivos de su empresa del cambio de local del establecimiento principal (Artículo 665 y 668 del Código de Comercio).
- 3) Cesar en su actividad mercantil cuando no le produzca ganancias (Artículo 667 del Código de Comercio)

³⁴ Zea Ruano, Rafael. **Ob. Cit.** Pág. 82

³⁵ **Ibid.** Pág. 82



- 4) Inscribirse en cámaras o asociaciones gremiales (Artículo 357 y 358 del Código de Comercio).

2.2 Concepto de comerciante

Originariamente se tenía la idea que comerciante, era la persona individual que con fines de lucro, compraba mercancías para revenderlas, realizando una actividad intermediadora entre el productor y el consumidor de bienes.

Con la evolución del comercio y del derecho mercantil, ese concepto de comerciante se ha ampliado, no solo por la aparición de las personas jurídicas y la empresa mercantil, sino por la diversificación de los actos de comercio encaminados a la industria, la banca, seguros y finanzas.

En términos precisos y concretos, Agustín Vicente y Gella, nos dice: “comerciante, es la persona que ejerce en nombre propio actos de comercio, haciendo de ellos su profesión habitual.”³⁶

Conforme el Artículo 2º- del Código de Comercio vigente “Son comerciantes quienes ejercen en nombre propio y con fines de lucro, cualesquiera actividades que se refieren a lo siguiente:

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

³⁶ Vicente y Gella, Agustín. **Ob. Cit;** Pág. 71



Fusionando los elementos de los dos conceptos citados (doctrinario y legal), podemos concluir en que el comerciante “es la persona que en el nombre propio con animo de lucro ejerce actos de comercio, haciendo de ellos su profesión habitual.”³⁷

Para Manuel Ossorio, comerciante es “Individuo que, teniendo capacidad legal para contratar, ejerce por cuenta propia o por medio de personas que lo ejecutan por su cuenta, actos de comercio, haciendo de ello profesión habitual, en sentido más amplio, toda persona que hace profesión de la compra y venta de mercaderías.”³⁸

El tratadista Guillermo Cabanellas lo define de la siguiente manera: “Se le llama en general Comerciante a toda persona, que hace profesión de la compra y venta de mercaderías; en particular se llama comerciante al que compra y hace fabricar mercaderías para vender por mayor y menor, son también Comerciantes los libreros, meseros y tenderos de toda clase que vende mercaderías que no han fabricado.”³⁹

Se denomina comercio a la actividad socioeconómica consistente en la compra y venta de bienes, sea para su uso, para su venta o para su transformación, es el cambio o transacción de algo a cambio de otra cosa de igual valor.

El comerciante es la persona física o jurídica que se dedica al comercio en forma habitual, como las sociedades mercantiles.

2.3 Clasificación

El Código de Comercio, contenido en el Decreto 2-70 del Congreso de la República, reconoce como comerciantes a las personas o instituciones que a continuación se mencionan al comerciante individual y al comerciante social, los cuales se describen a continuación.

³⁷ Paz Álvarez, Roberto. *Ob. Cit*; Pág. 28

³⁸ Ossorio, Manuel. *Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales*. Pág. 193

³⁹ Cabanellas, Guillermo. *Diccionario de derecho usual*. Pág. 422



a) Comerciante individual

Se refiere a la persona que con capacidad legal para contratar y obligarse, ejerce actos de comercio con ánimo de lucro, por profesión y en forma habitual.

El Código de Comercio vigente en el Artículo 6° remite al Código Civil, para determinar quiénes son las personas individuales con capacidad para contratar y obligarse, en efecto, el Artículo 8° del Código Civil en el Decreto-Ley 106 al referirse a la capacidad estipula que: “La capacidad para el ejercicio de los derechos civiles se adquiere por la mayoría de edad. Son mayores de edad los que han cumplido dieciocho años...”.

b) Comerciante social:

Se refiere a las sociedades organizadas bajo forma mercantil, que el Artículo 10 del Código de Comercio clasifica así: 1. la sociedad colectiva 2. La sociedad en comandita simple. 3. la sociedad de responsabilidad limitada. 4. La sociedad anónima. 5. La sociedad en comandita por acciones. Y en el Artículo 3° del mismo cuerpo legal citado establece que: “las sociedades organizadas bajo forma mercantil tienen la calidad de comerciantes cualquiera que sea su objeto”.

Las sociedades mercantiles citadas, son las personas jurídicas, que refiere al Artículo 6° del Código de Comercio y 15 inciso 4° del Código Civil.

2.4 Personalidad y capacidad

La personalidad en sentido general, se refería a las características que distinguen a una persona de otra.

La personalidad en un concepto ligado al de persona, pues si se es persona, se tiene personalidad; desde el punto de vista jurídico, se entiende que la personalidad, “es la investidura jurídica que confiere aptitud para ser sujeto, activo o pasivo, de relaciones



jurídicas, dicho en otras palabras, la personalidad jurídica, se refiere a la aptitud que se tiene para ser sujeto de derechos y obligaciones.”⁴⁰

De conformidad con el Artículo 1 del Código Civil, Decreto Ley 106, la personalidad civil, comienza con el nacimiento y termina con la muerte, sin embargo, al que esta por nacer se le considera nacido para todo lo que le favorece, siempre que nazca en condiciones de viabilidad.

Se puede decir entonces que la personalidad jurídica del comerciante, se refiere a la aptitud que este tiene para ser sujeto de derechos y obligaciones.

El concepto de personalidad esta vinculado al de capacidad para ejercer sus derechos al cumplir dieciocho años, es lo que se conoce como capacidad para obrar o de ejercicio; en derecho mercantil, se aplica dicha disposición, porque el comerciante individual para que pueda ejercer el comercio, debe ser civilmente capaz, es decir, que debe estar en el goce de sus derechos civiles; pues legalmente, un menor, un incapaz o un interdicto, no pueden ejercer sus derechos por sí mismos, sino representados por los padres, el tutor o guardador, respectivamente.

La capacidad del comerciante social, nace simultáneamente al otorgársele la personalidad jurídica y ésta se adquiere cuando la sociedad se inscribe en el Registro Mercantil, si los socios que constituyen la sociedad mercantil, contratan en nombre de la sociedad antes de que ésta sea inscrita como persona jurídica, deben responder en forma personal de los efectos del contrato celebrado.

Debe tenerse presente que la sociedad mercantil, tiene personalidad jurídica propia y distinta de la de los socios individualmente considerados; por ello es que al quedar inscrita en el Registro Mercantil, puede actuar como sujeto de derechos y obligaciones.

⁴⁰ Roberto Paz Álvarez. **Ob. Cit;** Pág. 30



2.5 Obligaciones profesionales de los comerciantes

Conforme el libro II del Código de Comercio vigente, son obligaciones profesionales de los comerciantes:

- a) La inscripción en el Registro Mercantil, para el comerciante individual que tenga un capital de dos mil quetzales o más, es obligatoria su inscripción en el Registro Mercantil; y para todas las sociedades mercantiles, es obligatoria la inscripción dentro del mes siguiente a la fecha de la escritura constitutiva.

La falta de inscripción, se sancionará con multa de veinticinco a mil quetzales, la cual será impuesta por el Registrador Mercantil. (Artículos 334, 335, 337, 352, 355 y 356 del Código de Comercio).

- b) Contratar con cualquiera que solicite sus productos y servicios, observando igualdad de trato entre las diversas categorías de consumidores, lo que implica la prohibición de ejercer el monopolio Artículo 361 Código de Comercio.
- c) No debe ejercer competencia desleal, porque la actuación del comerciante debe ser de buena fe, contratar y obligarse. (Artículos 362, 363, 365, 366, 367 del Código de Comercio).
- d) Llevar contabilidad en forma organizada de acuerdo con el principio de partida doble y usando principios de contabilidad generalmente aceptados, para los efectos, debe llevar los siguientes libros: de inventarios, de primera entrada o diario, mayor centralizador y de estados financieros, se exceptúan de esta obligación a los comerciantes que tengan un activo total que no exceda de dos mil quetzales, pero si deben llevar los libros de inventarios y estados financieros. (Artículos 368 al 381 del Código de Comercio).



- e) Todo comerciante debe conservar en forma ordenada y organizada durante no menos de cinco años los documentos de su empresa. (Artículos 382 y 383 del Código de Comercio).
- f) El comerciante deberá colocar en lugar visible de su establecimiento, la patente que le extiende el Registro Mercantil. (Artículo 344 del Código de Comercio).
- g) Los comerciantes sociales o jurídicos, deben llevar libros de actas para consignar los acuerdos de la asamblea o junta general (Artículo 153 del Código de Comercio).
- h) Aunque no lo regula el Código de Comercio, los comerciantes, también tiene la obligación de inscribirse en la Superintendencia de Administración Tributaria del Ministerio de Finanzas Publicas, para los efectos del pago de impuestos; así también, los comerciantes, que se dediquen a la producción de alimentos o a la prestación de un servicio que afecte la salud, deben tener un registro sanitario.





CAPÍTULO III

3. La actividad bancaria

Es frecuente que al escuchar la palabra banco o sus derivados, inmediatamente pensemos en una bóveda llena de dinero, en billetes, en monedas, en préstamos o en un lugar donde concurre el público en general, a realizar depósitos monetarios o de ahorro.

A través de la captación de recursos dispersos en muchas manos, los bancos han ido reuniendo en sus arcas cantidades de dinero, propiedad de grandes y pequeños grupos de personas, una parte de las cuales a su vez, sirve para el otorgamiento de créditos de carácter comercial o industrial; y otra parte para el ahorro, de ahí deriva el pensamiento que relaciona la palabra “banco” con “crédito”.

Al analizar la evolución histórica del dinero y la banca, llegamos a la conclusión de que el dinero no es sino una unidad que indica la relación del poder adquisitivo frente a los bienes, esto es, que la unidad monetaria sirve como unidad en función de la cual se mide y expresa el “valor” de todos los bienes y servicios, en consecuencia, se puede decir que la unidad monetaria no es sino unidad de poder adquisitivo.⁴¹

Una de las funciones de la banca es movilizar esos poderes adquisitivos y multiplicarlo, donde este fenómeno se aprecia con toda claridad es en la letra de cambio y en el “descuento” de muchas ventas, la actuación de la banca consiste en este caso “anticipar” al acreedor (tenedor de la letra) su pago, sin esperar la fecha de vencimiento de ella, cobrando por dicha operación un interés que esté en directa relación con el periodo de tiempo que falta que para la letra sea exigible al deudor, lo que era “poder adquisitivo” contra una persona (el deudor), se ha transformado por la acción de la banca, en un poder adquisitivo de carácter general (dinero de curso legal), lo cual esta evidenciando la mayor “transferibilidad” que ha adquirido dicho poder adquisitivo.

⁴¹ Villegas, Carlos. **Régimen legal de bancos.** Págs. 31-32



“En consecuencia, la intervención de la banca logra “multiplicar” con su accionar esos poderes adquisitivos, este fenómeno se advierte fácilmente en las operaciones de préstamos corrientes, contra un “deposito X” (PODER ADQUISITIVO), la banca, reservando la porción que es exigida por la reglamentación (de un día a un 3% en la generalidad de los países), puede prestar el remanente. Y sobre este nuevo depósito, volver a repetir la misma operación, la pasividad de las operaciones bancarias, determinara una expansión de todos esos poderes adquisitivos originarios, es quizás esta la mayor y más importante función de la banca.”⁴²

Analizando la banca de los países latinoamericanos se puede resumir que los bancos captan recursos monetarios dispersos, propiedad de varias personas, para que luego sean dados en calidad de crédito, para financiar operaciones mercantiles o actos civiles, según los intereses del usuario, es decir los bancos son así intermediados del crédito.

En Guatemala esta última idea también refleja lo que es el que hacer bancario, pero no podemos cerrar los ojos ante lo que está ocurriendo desde hace muchos años en otros países con los bancos, y en Guatemala con algunos bancos privilegiados y con algunas empresas que, no siendo bancos de conformidad con la ley, realizan con el dinero algunas operaciones muy similares a las de un banco.

Por ejemplo, en Guatemala funcionan los Almacenes Generales de Depósito, como instituciones auxiliares de crédito; y los Bancos de Inversión que realizan actividades diferentes a la idea tradicional de bancos que se dio anteriormente.

Por otro lado, en Guatemala y en otros países encontramos una serie de instituciones como “las bolsas de valores, las arrendadoras financieras, las sociedades de capitalización, la cooperativas de crédito, que realizan una serie de actividades específicas en las leyes de sus respectivos países y que también son realizadas por los

⁴² Ibid. Págs. 32-33



bancos, como actividades propias de estos, entendidos en el sentido tradicional: es decir como entidades que reciben depósitos y conceden créditos.”⁴³

Ahora bien, estando acostumbrados a una idea tradicional de banco, nos preguntamos:

¿Qué importancia tiene que existan dichas entidades de actividad bancaria paralela?

Y ¿Cómo es posible que un banco realice operaciones que no son tradicionales?

Para responder a los cuestionamientos anteriores, es conveniente hacer algunas consideraciones sobre lo que ha ocurrido en el mundo comercial y financiero en los últimos años, circunstancia que es de vital importancia e íntimamente relacionada con el tema.

En dicho mundo, los mercados se han agrandado, la competencia se ha multiplicado, muchas economías han tenido serios desastres; la empresa eficiente con sus operaciones y sus finanzas, ha sobrevivido, muchas otras empresas, a pesar de ser eficientes, no han manejado de igual manera sus finanzas y han fracasado.

Las empresas de hoy buscan mejorar su situación, especialmente en el aspecto económico; y es allí donde juegan un rol decisivo los bancos, los cuales a través de los servicios financieros que prestan al público en general, contribuyen con el desarrollo del comercio y la industria.

En el presente siglo ha habido grandes descubrimientos científicos y avances tecnológicos, que han afectado radicalmente el modo de vivir de la personas.

Sin abandonar el tema central, se intentará determinar si los avances de la tecnología han tenido alguna incidencia evidente en la actividad de los bancos.

⁴³ Ibid. Pág. 33



La diferencia entre lo que ocurría hace algunos años, y lo que ocurre en la actualidad, al presentarse a cobrar un cheque a la sucursal de un banco, es muy evidente, ya que hoy en día, hay bancos que cuentan con un sistema de computación que opera en un mismo momento los créditos y debitos de las cuentas correspondientes, lo que por una parte mejora la eficiencia del banco, y por otra parte, en el caso de los débitos, afecta con mayor rapidez la disponibilidad del cuenta habiente, y en el caso de los créditos aligera la disponibilidad del mismo.

Antes, un empresario con capital pero sin liquidez, que necesitaba comprar una maquinaria para su industria acudía a un banco a solicitar un crédito para financiar la compra, si le era denegado el crédito, solo tenía dos opciones, o abstenerse de comprarla, o acudir a un prestamista que le cobraba intereses usureros, con lo cual normalmente se quedaba sin hacer la adquisición, retardando como consecuencia el desarrollo de su negocio y del propio país.

Ante situaciones similares, los hombres han buscado soluciones viables que permitan que una empresa con capital y posibilidades de crecimiento, no se vea obstaculizada por los requerimientos de garantía de un banco tradicional o de una ley que impida concederle crédito, pudiendo hacer las adquisiciones e inversiones necesarias para su desarrollo.

Ahora, tiene más opción, entre otras acudir a una arrendadora financiera, a celebrar un contrato de leasing, o uno de factoring.

Dichas operaciones son de tipo "financiero", sin que exista propiamente un préstamo concedido por un banco.



Según el autor Fernando Londoño Hoyos, la legislación bancaria de Latinoamérica “puede dividirse en dos grandes grupos o sistemas, uno el clásico o rígido y el otro moderno y flexible.”⁴⁴

La legislación Guatemalteca bancaria, para Londoño es rígida, es decir, “establece taxativamente cuales son las operaciones que pueden realizar los bancos, y prohíbe realizar las no previstas.”⁴⁵

Igual criterio tienen algunas de las autoridades monetarias. No comparto ese criterio ya que si bien es cierto que la legislación no contiene normas tales como el Artículo 20 de la ley 21526 de la Argentina que establece: “las entidades podrán realizar las operaciones que en adelante se indican, mas que en el banco central considere compatible con su actividad “.

Se puede asentar ya una primera conclusión, en el sentido de que el quehacer de los bancos es “financiar” y no simplemente conceder “prestamos”.

Volviendo a las interrogantes antes planteadas, es importante que las entidades que se dedican al negocio bancario sean entidades serias, sujetas a fiscalizaciones de igual forma que los bancos, porque como dice Londoño y Glen de Tobon “esa exagerada limitación de la actividad bancaria ha estimular la organización de empresas financieras muy beligerantes en ciertos sectores del mercado, desde luego sin la capacidad técnica y la solvencia económica y ética que se encuentra en el banco..... Con la salvedad del depósito a la vista, recuperable contra cheques, desarrollando todas las operaciones bancarias, sin tropezar con ninguna de las previsiones que la ley consagra para garantizar la seguridad del ahorro particular, la adecuada distribución del crédito y el debido manejo de los recursos monetarios.”⁴⁶

⁴⁴ Londoño Hoyos, Fernando y Glen de Tobon, Maricielo. *Naturaleza y Estructura Jurídica de la Banca en América Latina*. Pág. 9

⁴⁵ *Ibid.* Pág. 10

⁴⁶ *Ibid* Pág. 11



Con los anteriores elementos intentaré elaborar el concepto de “quehacer bancario” en la forma siguiente: “es la actividad de intermediación de crédito y financiamiento que realizan ciertos entes jurídicos, con concesiones o autorizaciones del estado, en forma profesional y dirigida al público en general”.

De conformidad con el concepto anterior, las condiciones principales del quehacer bancario se pueden resumir así.

1. El sujeto debe ser un ente jurídico, el cual de conformidad con la legislación guatemalteca debe constituirse en forma de sociedad anónima. (Artículo 6º. de la Ley de Bancos y Grupos Financieros).
2. Para poder dedicarse a la actividad bancaria, se necesita la autorización de un órgano o autoridad legalmente reconocida por el Estado, en Guatemala, dicha autorización la otorga la Junta Monetaria.
3. Se requiere un capital pagado inicial, siendo el quehacer bancario esencialmente económico, la ley requiere que la entidad que lo realice tenga un capital pagado inicial de Q.105,000.000.00 para bancos y sucursales de bancos extranjeros; además para bancos de ahorro y préstamo para vivienda familiar, se requiere de un capital pagado inicial de Q.43,000.000.00; dichos montos son revisados y establecidos por la Superintendencia de Bancos, por lo menos cada año, y deben ser publicados en el diario oficial, tal como lo estipula el Artículo 16 de la Ley de Bancos y Grupos Financieros.
4. La entidad debe tener un carácter profesional en su actividad como banco: como veremos durante el transcurso de este trabajo, la actividad bancaria es un factor sumamente importante en la estabilidad monetaria y economía de un país.
5. Debe realizar actos en masa: su campo de acción son las comunidades de personas. Los bancos prestan sus servicios a todo el público y buscan extenderlos



abriendo sucursales en distintos lugares para dar servicios a la mayor cantidad de personas con lo cual buscan captar la mayor cantidad de recursos y luego poder prestarlo a sus usuarios, en forma continua, reiterada y habitual, y en esto consiste precisamente la realización de los actos en masa.

3.1 Origen

La banca, o el sistema bancario, es el conjunto de entidades o instituciones que, dentro de una economía determinada, prestan el servicio de banco.

A) La época antigua

Según Leo Goldschmied, los orígenes de los bancos se encuentran en "la edad antigua, no con bancos en el sentido moderno de la palabra, pero sí con instituciones con funciones parecidas, que tenían por objeto el dinero o sus equivalentes, dichas instituciones variaban según los lugares en que se encontraban y acordes a la civilización del lugar y el momento."⁴⁷

La banca y la moneda siempre han estado interrelacionadas, especialmente porque la primera tiene como uno de sus objetivos fundamentales a la segunda.

Los movimientos del dinero desde los primeros pasos de la humanidad, siempre han estado enmarcados en el campo del comercio. Fue Babilonia uno de los primeros escenarios del comercio antiguo, "en Babilonia se utilizó por primera vez la plata como medio de cambio, y 3000 años antes de esta era se efectuaba el comercio bancario por la civilización caldea antigua, realizándose contratos de crédito, operaciones bancarias de cambio y emisión de títulos abstractos de obligaciones, utilizando las garantías reales en múltiples formas."⁴⁸

⁴⁷ Goldschmied, Leo. **Historia de la Banca**. Pág. 1

⁴⁸ Acosta, Miguel. **La Banca Múltiple**. Pág. 18



De acuerdo con Durant William, citado por Acosta Romero, los babilonios utilizaban “lingotes de oro y plata en vez de moneda, como signo de valor y medio de cambio. Los préstamos se hacían en mercancías o en lingotes de oro y plata, no había bancos, sino poderosas familias que, de generación en generación, se transmitían el arte y el negocio de prestar dinero.”⁴⁹

Tablas de barro en el museo británico, tomadas de las ruinas de Babilonia, muestran como antiguamente, en días de Nabucodonosor, se realizaban préstamos de plata con intereses y garantizados con hipoteca sobre tierra.

Veinte siglos antes de Cristo, el Código de Hammurabi, normó el préstamo con intereses y el depósito de mercancías.

Indica Durant que en la India, en la época de Buda, surgió un sistema de crédito, en el que los comerciantes de diferentes ciudades facilitaban el intercambio comercial, dándose entre sí documentos y se habla en cierta forma de que utilizaban documentos parecidos a los pagarés.⁵⁰

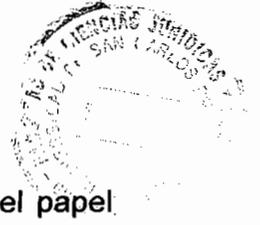
El Código de Manú, en la India, estaba lleno de regulaciones respecto al crédito, en él se establecieron los procedimientos judiciales, que se podían seguir en contra de los banqueros usureros, por cobrar altas tasas de intereses sobre los préstamos.

Afirma Durant que en China la moneda más antigua conocida fue la que se utilizó en forma de conchas marinas, navajas y seda, luego utilizaron moneda de oro que posteriormente alearon con cobre y estaño.

Alrededor del año 800 antes de Cristo, el emperador Tsieng Tung emitió una ley, ordenando que toda la moneda de cobre fuera depositada en la oficina del gobierno, y para sustituirla emitió certificados de adeudo, que recibieron el nombre de “moneda

⁴⁹ Ibid. Pág. 18

⁵⁰ Ibid. Pág. 19



voladora”⁵¹ por el pueblo, en opinión de Durant, esos fueron los orígenes del papel moneda.

Algunos autores sugieren que no debe afirmarse que la banca y la moneda tiene sus orígenes en Babilonia, por que creen que la moneda fue inventada por los chinos muchos siglos antes de esta era.

En Atenas y Roma, el negocio de la banca estaba sujeto a regulaciones oficiales, en cuanto el comercio se desarrolló, los banqueros fueron llamados para que hicieran remisiones de dinero de un lugar a otro, de esto se dice que dio como resultado el uso de las letras de cambio extranjeras, así, con el tiempo, apareció la conveniencia de servicio: los comerciantes comenzaron a depositar dinero y barras de oro en manos de los cambistas de dinero para su guarda en un lugar seguro, “rastros de crédito por compensación y ordenes de transferencias de dinero fueron encontradas en Siria, Fenicia y Egipto, antes que el sistema obtuviera el total desarrollo en Grecia y Roma.”

Según Acosta Romero, en Grecia existían ciertos organismos considerados por la doctrina como semi-oficiales que realizaban el comercio de la plata, siendo estos los templos, así, se hablaba del templo de “Samus y el templo de Artemisa, en Efeso, que tenían capitales considerables y los utilizaban en préstamos a largo plazo a las ciudades y a los ciudadanos ejerciendo al estado o la ciudad cierta vigilancia sobre la actuación de estos templos en este aspecto.”⁵²

B) La edad media

“La idea de los bancos llego a Roma proveniente de Grecia, habiendo sido manejados principalmente por griegos y sirios en Italia, en el oeste y aun en las Galias en donde las palabras “sirio” y “banqueros” eran sinónimos.”⁵³

⁵¹ **Ibid.** Pág. 20

⁵² **Ibid.** Pág. 24

⁵³ **Ibid.** Pág. 24



Así el negocio de los "argentari", como fueron llamados los banqueros romanos al principio, evolucionó lentamente del mero cambio de dinero a la recepción de depósitos, prestando con intereses, tanto su propio dinero como el confiado a ellos, negociando con letras de cambio y desarrollando otras operaciones de banco.

Estos banqueros privados de las ciudades italianas medievales fueron precursores de la banca moderna, debido al prejuicio de la iglesia en contra del préstamo de dinero con intereses, por considerarlo usurario, los judíos tenían el monopolio de estos negocios en los años negros, y desde entonces han sido prominentes banqueros, muchas veces fueron expulsados del oeste de Europa, y el negocio fue tomado por los comerciantes de Lombardia y otros.

Los lombardos extendieron sus operaciones hasta Inglaterra, donde anticiparon grandes sumas de dinero a los reyes, a costa de la seguridad de sus costumbres, cuando Eduardo III no pudo hacer sus pagos, debiendo grandes sumas a los banqueros lombardos, estos quebraron arruinando a muchas familias ricas de Florencia y causando grandes infortunios a miles de ciudadanos.

El banco de Venecia, fundado en siglo XII, durante el tiempo en que Venecia estaba en guerra con el imperio romano, no se dice que es el primer banco público, originalmente no era un banco en el sentido moderno: "en todo caso, era simplemente una oficina de transferencia de la deuda pública; el gobierno aseguraba fondos a través de préstamos forzosos que proveían los ciudadanos pudientes, en vez de emitir bonos en contra de estos préstamos como los gobiernos de hoy, el monto del préstamo era acreditado a cada suscriptor, de una persona a otra en los libros del banco, no se emitían notas ni habían cheques usados: los registros de ingresos al banco eran la evidencia de los pagos."⁵⁴

⁵⁴ Thom, John. **Money And Bankin**. Pág. 130



“Los importadores venecianos vieron pronto la ventaja de este sistema de transferencia, en vez de andar cargando la moneda, y voluntariamente depositaron su dinero en el banco y obtuvieron créditos bancarios”.⁵⁵

No fue sino hasta 1587, sin embargo, que Venecia inicio la práctica del actual negocio del depósito bancario, recibieron moneda extranjera su valor oro y emitiendo certificado prometiendo la devolución del oro al mismo valor por un peso estándar y legal.

“En 1609 se estableció el banco de Ámsterdam para llenar los requerimientos de los comerciantes de esta ciudad, convertida en el centro de negocios internacionales de Europa, y para corregir los desordenes de la banca privada, los cuales habían surgido a través de la acumulación de moneda promiscua sin peso, recibida en el extenso comercio internacional y holandés.”⁵⁶

El banco de Ámsterdam aceptaba toda clase de especies en depósito, acreditando al depositante con su valor real en moneda estándar. Este depósito podía ser retirado a su valor o transferido en los libros del banco de una persona a otra. Los créditos dados por estos depósitos o monedas, o barras de oro o plata, fueron conocidos como “el dinero bancario” y dominó con crecer sobre las falsificadas y mutiladas monedas en circulación.

En el siglo XVII el banco adoptó un plan por medio del cual un depositante de especie recibía un crédito equivalente al dinero del banco en sus libros y un recibo, una especie de certificado de depósito, el cual acreditaba a esa persona para poder retirarla dentro de los seis meses su depósito, devolviendo el dinero del banco con el cual fuera el acreditado y pagando un octavo de uno por ciento de interés, los depositantes tenían el privilegio de renovar el depósito indefinidamente al final de los 6 meses, pero si no realizaban el retiro a la renovación perdían el derecho a favor del banco, “por

⁵⁵ Ibid. Pág. 131

⁵⁶ Ibid. Pág. 131



generaciones este “dinero de banco” constituyó la base del gran intercambio de Ámsterdam.”⁵⁷

Con el establecimiento del “giro” surgieron otras agencias bancarias, en Hamburgo en 1619 y en Nurember en 1621: esas órdenes escritas llegaron a ser muy usadas, en la misma forma que los cheques modernos y eran utilizadas ampliamente. Estas tempranas transferencias bancarias no eran préstamos ni hacían incurrir en alguna responsabilidad mas allá del valor de las monedas y lingotes de oro depositados.

El banco de Ámsterdam no estaba sujeto a supervisión oficial, pero su crédito nunca fue cuestionado, llegando a saberse al final del siglo XVII que en el banco no había sobrevivido a sus obligaciones para mantener en sus arcas un monto de monedas y lingotes de oro igual a la emisión de “dinero bancario”.

El pequeño “comité de padres de la ciudad”, responsables de su administración, reporto su crisis, pero en 1790 hizo del conocimiento del público que por años había favorecido a depositantes a quienes se les había permitido sobregirarse en sus cuentas y los enormes préstamos en especie que habían sido hechos a la ciudad y a la compañía este india, estos desastres destruyeron la confianza, el premio por dinero bancario desaparecido, y el banco terminó insolvente, fue cerrado finalmente por decreto real en 1819.

El primer banco de emisión fue el banco de Suecia, fundado como una institución privada en 1656, pero convertido a un banco publico en 1668.

C) Inglaterra

Los judíos fueron probablemente los primeros banqueros en Inglaterra, llegaron al país con Guillermo el conquistador, conocían el uso de letras de cambio, y acumularon capitales que prestaban a altas tasas de interés a la nobleza y a otros sirviéndoles esto

⁵⁷ *Ibid.* Pág. 132



para resguardar su “status” especial, cuando el rey y los nobles llegaron a estar tan endeudados, que no podían pagar sus préstamos, rehusaron pagar las deudas y expulsaron a los judíos del país.

Después de la expulsión de los judíos, los lombardos tomaron el negocio de la banca, prestando con interés y remitiendo dinero por medio de letras de cambio, a estos le era permitido cultivar sus campos como garantía de sus préstamos, combinaron las ocupaciones de orfebres, prestamistas y banqueros, “Lombard street” (calle Lombardo) “wall street” (calle Wall), toman su nombre de ellos, ya hemos mencionado como Eduardo III incumplió en sus pagos a algunos de estos banqueros lombardos, llevándolos a la quiebra y causando un desastre, similar a cualquiera de las modernas crisis.

La asociación de obreros del oro, conocida como “la compañía de los obreros del oro”, comenzó a actuar como banco más o menos a mediados del siglo XVII, cobraba rentas a sus clientes, y teniendo cajas fuertes recibía dinero y valores para su custodia, también recibía dinero en depósito sobre el cual pagaba interés, pusieron de moda una especie de sistema de cheques para los clientes dándoles órdenes escritas sobre los lingotes de oro: es decir, prestaba dinero de los depósitos y emitían una especie de nota bancaria.

D) La época moderna

“El banco de Inglaterra fue fundado en 1524, no para ayudar al comercio y negocios primariamente, pero si para proveer de fondos al gobierno, el origen de muchos bancos, antes de esa fecha y desde entonces”⁵⁸, puede explicarse más por razones fiscales que por razones comerciales, el gobierno inglés necesitaba grandes sumas de dinero para mantenerse en guerra con Francia; Guillermo Patterson, un noble inglés, propuso el establecimiento de un banco que debería prestar su capital al gobierno y permitírsele la emisión de notas por el monto del préstamo; en 1694, el parlamento contrató una

⁵⁸ Garrigues, Joaquín. Curso de derecho mercantil. Pág. 70



corporación por 10 años, conocido como el gobernador y la compañía del banco de Inglaterra, la corporación iba a prestarle al gobierno un millón doscientas mil libras esterlinas, a un interés del 8% con el derecho de emitir un monto equivalente de notas que devengaban intereses, para negociar con letras de cambio, comprar y vender monedas y barras de oro y de plata y hacer préstamos con garantías sobre mercancía, el banco de Inglaterra se diferenció de los bancos que habían aparecido antes, en que era una sociedad incorporada y era un banco de emisión, con tal institución se puede decir que se inició la banca moderna.

E) Estados Unidos de América

Tempranos experimentos de banca en los Estados Unidos fueron relacionados con la emisión de notas de circulación y notas fiscales del gobierno, durante la época colonial se proyectaron muchos bancos en Nueva Escocia, con el derecho de emitir notas de moneda con garantías de la tierra, estos proyectos bancarios asumieron que si tal garantía era dada para el último pago de los pagares, era innecesario hacer pagos antes del vencimiento.

“Usualmente no tenían capital actual pagado, si no que dependían de hipotecas como la base de su operación; este esquema de bancos hipotecarios diseñado para proveer un medio circulante, fue suprimido por el gobierno colonial inglés.”⁵⁹

“El primer banco de los Estados Unidos fue creado por el Congreso en 1791 teniendo como base un reporte de Alejandro Hamilton, primer secretario del tesoro, como parte de un esquema general para soportar el crédito público del nuevo gobierno, tal autorización fue objeto de muchas discusiones, porque había muchos que consideraban que el congreso no estaba facultado por la constitución para crear bancos.”⁶⁰

⁵⁹ Kirkland, Edward. **Historia Económica de los Estados Unidos**. Pág. 99

⁶⁰ **Ibid.** Pág. 240-243



“Fue organizado con un capital de \$10 millones de dólares divididos en 25000 acciones, el gobierno suscribió dos millones, cada accionista tenía un voto por acción, y un voto adicional por cada dos acciones más a partir de la primera. Pero no había accionista que pudieran tener más de 30 votos.”⁶¹

Dentro de los 20 años siguientes a su establecimiento el banco había prestado al gobierno \$ 6,200.00 cerca de dos tercios de su capital total, el préstamo de tan altas proporciones de sus fondos hizo que sus servicios al comercio y a los fabricantes e hizo difícil también el avance de préstamos temporales al gobierno, entonces requirió el gobierno que le pagara sus préstamos y como no había mercado para los bonos del mismo fue necesario que este vendiera sus acciones del banco.

En 1811, la solicitud de renovación de la autorización del banco fue denegada en la casa blanca por una mayoría de un voto, a pesar del empate en el senado, y el banco entro en liquidación.

En 1816, se creó el segundo banco federal de los Estados Unidos que duró hasta 1836 con la elección de Jackson para presidente, quien siendo partidario de la autonomía estatal no renovó la autorización del banco, los bancos estatales que empezaron a operar a finales del siglo XVIII llegaron a ser 800 en 1837. Sin embargo, el abuso que hicieron de la emisión del papel creo una gran desestabilización al punto que en 1861, todos los bancos del estado o bancos estatales suspendieron sus pagos en efectivo.

“Con el objeto de crear estabilidad bancaria y monetaria en todos los estados, el 25 de febrero de 1863 el congreso votó por una ley que se denomino “para proveer una moneda nacional”; sistema que permaneció en vigor con algunas modificaciones hasta 1913.”⁶²

⁶¹ Ibid Pág. 242

⁶² Ibid. Pág. 456



Desde principios del siglo XX se había constituido una comisión denominada "The National Monetary Commission" (Comisión Monetaria Nacional) que tenía por objeto revisar las modificaciones al sistema bancario y monetario. Después de muchas discusiones y estudios el congreso de los Estados Unidos votó por la ley del 23 de diciembre de 1913 denominada "Federal Reserve Act." (O también Glass-Owen Act, que son los apellidos de los congresistas que la propusieron).

Las características del sistema propuesto son:

- a) Todo el territorio federal está dividido en 12 distritos, de los cuales cada uno está dotado de un banco de reserva federal (Federal Reserv Bank).
- b) Los "state Banks" (bancos estatales), los "national banks" (bancos nacionales, así como los "trust company" (compañías fiduciarias), pueden ser "Associated Banks" (bancos asociados), del Banco de Reserva Federal, con base en una cuota fijada en la tasa del 6% del capital de las reservas de bancos asociados.
- c) El capital de cada "Federal Reserve Bank" (Banco de Reserva Federal), está en consecuencia sujeto a continuas variaciones, según las cantidades de bancos asociados.
- d) Los 12 bancos de reserva están sometidos al control de una oficina central en Washington, el "Federal Reserve Board" (Junta de la Reserva Federal), compuesta por cinco miembros de nombramiento presidencial, de la que no pueden formar parte miembros del congreso. También forman parte de esta oficina el Secretario de Estado del Tesoro así como el "controller of the currency" (contralor de la moneda). Paralelamente al "federal reserve board", opera un órgano con funciones consultivas: el "Federal Advisory Council" (Consejo Consultivo Federal).
- e) La dirección de los negocios de cada banco federal está confiado a un directorio de 9 miembros, de los cuales 6 son nombrados por los bancos asociados y 3 por el "Federal Reserve Board", el que nombra también al presidente, el cual, teniendo las



funciones de representante y hombre de confianza de ese órgano central que lleva el nombre de “Federal Reserve Agent” (Agente de la Reserva Federal).

Con el sistema monetario estadounidense, con el apoyo de los bancos de reserva operando en los distritos respectivos, pero ligados al sistema de reserva federal de Washington, se había unificado la política monetaria de toda la federación, respetando sin embargo la autonomía estatal; además, con la posibilidad de variar el porcentaje de dinero en efectivo que los bancos tenían obligatoriamente en sus cajas en los bancos de reserva, el gobierno de los Estados Unidos se había asegurado siempre con la aprobación del congreso, un instrumento eficaz para combatir, tanto la depresión como la prosperidad.

La historia de la banca en el mundo es sumamente extensa, pero he mencionado los aspectos más sobresalientes en una forma muy general, para tener una idea sobre lo que ha sido la evolución de la actividad bancaria.

3.1.2 Historia de la banca en Guatemala

A) De la Independencia hasta 1924

En este tema no se puede ser innovadores por lo que seguiremos en primer lugar los Apuntes Sobre el Desarrollo Monetario en Guatemala, del distinguido autor don Roberto R. Quintanilla, publicado por el Banco de Guatemala con ocasión de su 25 aniversario, y en segundo lugar la colección de libros intitulada MEMORIAS DE LA CASA DE MONEDA de Ignacio Solís, publicación del Ministerio de Finanzas en su colección de historia económica de Guatemala, que comprende 6 tomos.

Según Young Parke, citado por Roberto Quintana, el clero era fuerte en Guatemala y constituía un factor de la situación política, había acumulado riquezas por muchos años y contaba con haberes valiosos cuando se le confiscaron sus propiedades en 1875. “Acostumbraba dar dinero prestado más o menos al 6% de interés, con garantía



hipotecaria sobre fincas, esto último no era nada nuevo ni exclusivo del clero guatemalteco, la iglesia fue la gran prestamista durante muchos siglos en varios países antes de que aparecieran la burguesía mercantil, y es posible que el rompimiento de las reformas (revolución protestante) tenga mucho que ver con el problema ético que representaban las opiniones de Santo Tomás de Aquino y San Agustín, entre otros, frente a la realidad terrenal de la iglesia como institución beligerante en la vida política y económica.”⁶³

Roberto Quintana cita a Marure y Fuentes Franco, quienes según el hace referencia a dos proyectos para organizar un banco durante la vigencia de la federación, el primero corresponde al año 1829 cuando se considero fundar un banco de estado mediante la capitalización que permitiría utilizar 200,000 pesos tomados del tristemente famoso empréstito inglés, el segundo, corresponde al año 1839, cuando se permitió algunos comerciantes de Londres establecer un “Banco de Guatemala”.⁶⁴

El primer proyecto oficial de banco de emisión fue realizado el decreto gubernativo No. 105 el 27 de agosto de 1873, por medio del cual se fundo el Banco Agrícola Hipotecario y acto seguido se organizó una comisión compuesta de 10 miembros encargada de formular los estatutos del banco. Por estudios y sugerencias hechas por dicha comisión, se consideró oportuno que se sustituyera el banco agrícola hipotecario por uno de emisión y descuento.

Consecuente con estas ideas, se emitió el Decreto 121 del 23 de marzo de 1874, por medio del cual se decretó la sustitución al banco agrícola hipotecaria por uno de emisión y de descuento que se denominaría Banco Nacional de Guatemala.

El 24 de noviembre de 1876 se acordó la liquidación del Banco Nacional de Guatemala, el 3 de marzo de 1876 se emitió el decreto 150 que vino a ser la primera disposición que decretaba al curso forzoso de los billetes.

⁶³ Quintana, Roberto. *Apuntes sobre el desarrollo monetario de Guatemala*. Pág. 158

⁶⁴ *Ibid.* Pág. 175



El 3 de septiembre de 1877 fue fundado el Banco Internacional y sus reformas fueron aprobadas por acuerdo del 12 de marzo de 1884. La sociedad tendría una duración de 30 años a partir del 1º de octubre de 1877 y podría liquidarse previa resolución de la junta directiva.

El banco colombiano fue fundado el 2 de agosto de 1878 y sus estatutos fueron firmados por sus accionistas el 12 del mismo mes y año, este era un banco de emisión y de operación generales de banca.

Con el objeto de que la circulación de billetes fuera lo mas corriente y el público se acostumbrara a ello, el gobierno consideró conveniente relevar a los bancos internacionales, colombiano y de occidente, legalmente organizados y conocidos en el país, de la obligación de realizar sus pagos en moneda corriente de plata u oro, quedando en facultad de hacerlo con sus propios billetes.

Las concesiones otorgadas a dichos bancos se limitarían a los pagos y operarios que practicasen los mencionados establecimientos que desde el 6 de abril hasta el 31 de diciembre de 1875, de tal manera que el 1º de enero de 1876, quedarán establecidos sus pagos en monedas de oro o plata.

“Un curioso ejemplo del estado en que se encontraban los bancos, retrata la disposición gubernativa del 4 de septiembre de 1875, que ordenaba devolver de parte de la tesorería nacional y a favor del director del banco colombiano, la cantidad de 1,800.00 pesos que había enterado de la tesorería de la universidad, como impuesto legal de la compra que hizo de la casa de pinol y atendiendo que eran muy escasos los fondos con que contaba este ultimo establecimiento. Los comentarios sobran, la medida de la pobreza esta dada aquí.”⁶⁵

⁶⁵ Quintana, Roberto. **Ob. Cit;** Pág. 201



El 19 de septiembre de 1888 se firmo el contrato para la fundación del Banco hipotecario de Guatemala entre el gobierno de la republica de Guatemala y don Crisanto Medina.

El 20 de abril de 1891 se aprobaron los estatutos del Banco Comercial de Guatemala.

Por Decreto Número 167 del 29 de abril de 1892 se autorizo la constitución del Banco de Occidente.

Por decreto legislativo Número 175 del 5 de mayo de 1892 se autorizo la constitución del Banco Americano de Guatemala.

El Banco Hipotecario de Guatemala fue autorizado para ser constituido por decreto de la asamblea legislativa Número 208 del 24 de abril de 1893.

Por acuerdo del presidente constitucional del 30 de agosto de 1893, se estableció en la capital de Guatemala un monte de piedad nacional con una caja de ahorros anexa, el monte de piedad prestaría dinero sobre prendas, cargándole un interés moderado. La junta directiva estaba encargada de señalar cada tres meses el tipo de interés para el trimestre siguiente.

Por Decreto 315 del 14 de abril de 1896, la asamblea nacional legislativa aprobó el Acuerdo del 15 de marzo de 1896, del organismo ejecutivo, por el cual se autorizaba la fundación del Banco Urbano, Sociedad Anónima.

Resumiendo: a fines del siglo XIX, de conformidad con la fecha de los decretos gubernativos que autorizaron el funcionamiento de institución bancaria, existían los bancos siguientes:



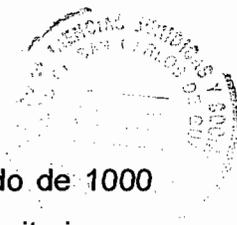
Bancos	fecha decretos
1. Banco internacional	3 de septiembre de 1977
2. Banco colombiano	2 de agosto de 1878
3. Banco de occidente	29 de abril de 1892
4. Banco americano	5 de mayo de 1892
5. Banco agrícola hipotecaria	24 de abril de 1893
6. Banco de Guatemala	15 de septiembre de 1894

En enero de 1902 fue celebrado en la ciudad de México la segunda conferencia interamericana, en la cual entre otras recomendaciones hemos de señalar la conformación de las instituciones internacionales bancarias, y la de organizar este instituto a nivel latinoamericano, ya que como se dice en su resumen no se puede negar la importante incidencia en la orientación de la política monetaria bancaria y crediticia de los países asociados, máxime de los encuadrados dentro del calificativo de subdesarrollados.

Se pensaba en ese entonces que si dicha institución llegaba a determinar normas comunes en la concepción de créditos y el cobro de comisiones, se proporcionará a la industria ventaja importante, ya que "una gran institución bancaria establecida en un gran centro comercial del continente, con sucursales en las principales ciudades de la republica americana, fomentaría entre estas sus relaciones mercantiles.

Prácticamente varias instituciones internacionales que se organizaron después de la guerra vinieron a satisfacer parte de las recomendaciones de dicha conferencia, tal como el Banco Interamericano y en forma mas restringida el Banco Centroamericano.

Por Decreto 530 del 2 de mayo de 1902 se dispuso crear la inspección de bancos sin embargo, una oficina formal no parece haberse organizado hasta el 1º de julio de 1919 cuando se ordenó mediante acuerdo gubernativo establecer con domicilio en la capital de Guatemala, la llamada oficina de inspección de bancos, con el personal siguiente: un



inspector con el sueldo de 3000 pesos, un oficial escribiendo con un sueldo de 1000 pesos, un portero con el sueldo de 500 pesos y 300 pesos para gastos de escritorio.

Por acuerdo del 18 de diciembre de 1920, el Presidente de la República organizó una comisión para que estudiara y formulara un proyecto de ley bancaria, el acuerdo tenía por objeto crear nuevas leyes, ya que se consideraba que había habido una gran ineficacia de las disposiciones bancarias vigentes a ese entonces.

La comisión fue formada por Julio Samayoa, Ignacio G. Saravia, Arturo Nottebohm, don Eduardo Lewonsky, don Jhon Ryerson y el Licenciado don Marcial Prem.

3.2. Concepto de la banca múltiple

Antes de dar un concepto o una definición de lo que es “la banca múltiple”, se debe tomar una idea clara de lo que se entiende por “banco” o por “instituciones bancarias”.

Según R. S. Sayers. “los bancos son instituciones cuyas deudas entendidas en el sentido de cualquier obligación, que se fija en términos de dinero generalmente conocidas como depósitos bancarios son aceptadas comúnmente como liquidación última de las deudas de otras personas.”⁶⁶

Para la legislación guatemalteca, de conformidad con lo que estipula el Artículo dos de la Ley de Bancos y Grupos financieros, en su parte conducente, “...la denominación “banco” comprende a los bancos constituidos en el país y a las sucursales de bancos extranjeros establecidas en el mismo”, asimismo, y con relación a la actividad que realizan los bancos en Guatemala, el Artículo tres del citado cuerpo legal, estipula que “Los bancos autorizados conforme a esta Ley o leyes específicas podrán realizar intermediación financiera bancaria, consistente en la realización habitual, en forma pública o privada, de actividades que consistan en la captación de dinero, o cualquier instrumento representativo del mismo, del público, tales como la recepción de depósitos, colocación de bonos, títulos u otras obligaciones, destinándolo al

⁶⁶ Sayers, Ruy. *La banca moderna*. Pág. 9



financiamiento de cualquier naturaleza, sin importar la forma jurídica que adopten dichas captaciones y financiamientos”.

En breve síntesis, se puede vislumbrar que en la legislación guatemalteca se entiende por institución bancaria una entidad que se dedica a la intermediación financiera, consistente en la realización habitual, en forma pública o privada, de actividades que consisten en la captación de dinero; y que además, debe obtener la autorización de la Junta Monetaria, para poder operar dentro del territorio de la república de Guatemala; y realizar negocios de préstamo de fondos obtenidos de diversas formas. (Artículos 3, 7 y 14 de la ley de Bancos y Grupos Financieros)

Por otra parte, el artículo 1o. de la Ley de Sociedades Financieras Privadas establece: “Las sociedades financieras son instituciones bancarias que actúan como intermediarios financieros especializados en operaciones de banco de inversión, promueven la creación de empresas productivas mediante la captación y canalización de recursos internos y externos de mediano y largo plazos; los invierten en estas empresas, ya sea en forma directa adquiriendo acciones o participaciones; en forma indirecta, otorgándoles créditos para su organización, ampliación y desarrollo, modificación, transformación o fusión, siempre que promuevan el desarrollo y diversificación de la producción” Solamente las instituciones autorizadas conforme esta ley podrán operar como sociedades financieras y usar en su denominación, en su nombre comercial o en la descripción de sus negocios, la palabra “Financiera” u otras denominaciones derivadas de dicho término, que califiquen sus actividades como de esta índole.

Las instituciones a que se refiere la presente ley, no podrán otorgar créditos, ni de otro modo financiar a empresas domiciliadas fuera de los países que forman la Comunidad Económica Centroamericana.”

En Estados Unidos de América si un banco no abre cuentas de cheques, pero sí da préstamos comerciales, no es un banco; porque interpretando legalmente el acta de



tenencia de compañía bancarias establece que un banco no es un banco, a menos que ofrezca cuentas de cheques y haga préstamos comerciales.

3.3 Naturaleza jurídica

En lo que va del presente siglo, ha habido dos reformas trascendentales en la vida económica y bancaria en Guatemala.

“La primera reforma, de 1924 a 1926, en la que con el objeto de rehacer y estabilizar la moneda guatemalteca, se cancelaron las convecciones dadas a varios bancos para convertir papel moneda inconvertible y en vez de ello se creo el Banco Central de Guatemala, con el atributo de único emisor de moneda.”⁶⁷

La otra reforma trascendental es la reforma de 1945 en la cual “el objeto principal era apartarse de la rigidez del sistema anterior, y promover una política monetaria y crediticia, acorde con la estructura de la economía nacional”.⁶⁸

En la memoria del Banco de Guatemala de 1946 se indica que “el propósito era de adaptar al sistema monetario y bancario los postulados de una técnica moderna procurando estabilizar y facilitar el desarrollo del país.”⁶⁹

Así se concibió una reforma con una concepción unitaria, con la cual se pretendían los resultados siguientes:

- a) “Un régimen monetario más flexible y funcional.
- b) Crear una institución central encargada de aplicar la política monetaria, cambiara y crediticia.
- c) Asegurar los intereses de los depositantes, por medio del establecimiento de limitación y reglas propias a los bancos.”⁷⁰

⁶⁷ Banco de Guatemala. Memoria de labores de julio a diciembre de 1946. Págs. 17-19

⁶⁸ *Ibid.* Pág. 17

⁶⁹ *Ibid.* Pág. 23

⁷⁰ *Ibid.* Pág. 45



Con la reforma de 1945 se creó el nuevo banco central, el Banco de Guatemala, como institución netamente estatal por virtud de la suprema calidad de servicio público que significa la dirección monetaria del país, que pueda cumplir, sin los defectos estructurales del ex-banco central, la función de adaptar los medios de pagos a las legítimas necesidades del país y promover la creación y el mantenimiento de las condiciones monetarias, cambiarias y crediticias más favorables al desarrollo ordenado de la economía guatemalteca.

La parte fundamental de la transformación realizada en 1945 está incorporada en las 3 leyes básicas siguientes:

- a) Ley Monetaria, emitida por decreto 203 del congreso de la republica;
- b) Ley Orgánica del Banco de Guatemala, emitida por el decreto 215 del congreso de la republica;
- c) Ley de Bancos, emitida por decreto 315 del Congreso de la República.

En esta última reforma, se dejó prevista la posible necesidad de implantar un control de cambios o un régimen de emergencia en las transferencias internacionales por movimientos de capital; las normas quedaron previstas, y un procedimiento específico delineado, es así como vemos que en la década de 1960 hasta principios de 1971 estuvo vigente dicho régimen; y nuevamente se implantó en 1984.

Actualmente la Ley de Bancos y Grupos Financieros está contenida en el Decreto número 19-2002 del Congreso de la República de Guatemala.

3.4 Tipos de operaciones bancarias

Sería pretencioso querer dar un concepto o definición, que dejara satisfecho a todo el mundo, de lo que es la operación bancaria, ya que ni aun los más distinguidos tratadistas del tema se han puesto de acuerdo sobre el mismo.



Por ello, hay que diferenciar la operación bancaria en general bajo un sistema moderno, de la operación bancaria bajo un sistema tradicional, entendiendo el primero como el sistema en el que los bancos puedan realizar una serie de actividades sin tener más limitaciones que las normales, derivadas de una actividad tan delicada y tan importante como la bancaria; y el segundo como el sistema en que se ha concebido a los bancos simplemente como intermediadores del crédito.

Con este deslinde, se puede afirmar que las operaciones bancarias pueden variar, dependiendo de si las mismas están sujetas a un régimen de legalidad tradicional o rígida, o están sujetas a un sistema moderno o flexible.

Normalmente, según el sistema tradicional o rígido la ley establece expresamente cuales son las actividades que puede realizar un banco, circunscribiéndose a la actividad de intermediación crediticia.

En cambio, según el sistema moderno o flexible la ley enuncia algunas de las operaciones o actividades que pueden realizar los bancos, y deja abierta la posibilidad de que se den otras no previstas inicialmente o que los requerimientos del mundo moderno vayan demandando.

Bajo un sistema tradicional, si la ley no establece expresamente que un banco puede realizar operaciones de arrendadora financiera, este no podrá realizarlas.

En cambio, en un mismo sistema moderno, un banco si podrá realizarlas, aunque no este así establecido expresamente por la ley.

El actual sistema bancario guatemalteco es según las autoridades gubernamental tradicional o rígido; y, en consecuencia, los bancos solo pueden realizar las actividades que expresamente establece la ley.



3.4.1. Operaciones e intermediación

Según el autor Roberto Marcase, las operaciones de intermediación pueden ser puras o mixtas, cuando la intervención del banquero es un servicio de intermediación que no hace asumir ningún riesgo crediticio, estamos hablando de una intermediación pura, por ejemplo, la cobranza.

Cuando la intervención del banquero representa a la vez un servicio y crédito (aunque no sea por caja), sino por firma (por ejemplo el aval), se trata de una intermediación mixta.

Hay riesgos en ambas intermediaciones. Los principales son:

- a) “Eventual mala fe de las partes;
- b) El error propio.”⁷¹

Se puede decir que la intermediación crediticia y financiera de un banco, es esa actividad que realiza de captar recursos financieros y de conceder créditos con esos mismos recursos.

La posibilidad que un sistema bancario pudo realizar su importante labor y objeto de intermediario crediticio y financiero, depende directamente de los medios e instrumentos que tenga para operar en relación a la captación de recursos y a la concesión de créditos, es decir, que los bancos deben tener la mayor posibilidad de captar recursos externos y la mayor facilidad para conceder créditos necesarios e indispensables para el desarrollo de su comunidad y de la comunidad internacional.

Hace muchos años, cuando la población era mucho menor e iniciaban sus actividades las personas que fueron precursoras de la banca de hoy, los tenedores de recursos los daban a los bancos muchas veces en razón de la seguridad que les ofrecía el poderlos tener depositados en ellos, conforme fueron evolucionando los pueblos fueron dándose

⁷¹ Marcase, Roberto. *El banco nuestro de cada día*. Págs. 83-87



otras muchas razones para entregar sus recursos a la banca, si es que así pueden llamárseles; por ejemplo, unas instituciones empezaron a prestar el servicio de transferencia de fondos o emisiones de cheques, principalmente derivados de los peligros de trasladar grandes cantidades de valor (monetarios) de un lugar a otro, especialmente por los robos y asaltos.

En la actualidad, esos riesgos relativamente se siguen dando en otro contexto, pero hay muchas y grandes diferencias económicas, políticas y sociales; por ejemplo, más población, más recursos, más actividades, más fuentes de recursos, etc.

Los bancos actualmente cumplen una función muy importante al igual que antaño y aún así en Guatemala igual que en muchos otros países, no todos los fondos del mercado (excluyendo los destinados al consumo) son trasladados a su disposición directamente.

Se habla de directamente, porque indirectamente casi todos los fondos del mercado si llegan a ellos. lo importante es resaltar que los bancos no captan directamente todos los recursos porque existen otras persona que los captan, dado que por diferentes medios de captación que no son el depósito, atraen fondos para ellas. (Ejemplo: venta de debentures).

Como se sabe, los depósitos en los bancos están sujetos a “encajes bancarios”, que quiere decir que por cada cien unidades monetarias que se depositan en una institución bancaria, ésta está facultada para disponer de un porcentaje de ella y concederla en crédito a un X o Y personas que la necesitan y quien pagará un precio (interés) por esas unidades monetarias que le fueron concedidas en calidad de crédito.

La diferencia entre lo que la institución bancaria percibió en pago por la utilización de dichas unidades monetarias concedidas como crédito y lo que el banco mismo pagó al propietario de dichas unidades monetarias, se le llama margen de intermediaciones, o sea, es la diferencia entre la tasa de interés percibida del deudor y la tasa pagada al depositante.



Actualmente las personas pueden disponer de sus recursos monetarios dándolos a instituciones bancarias o no bancarias, con el objeto de percibir algunas ganancias, la decisión de a quien entregárselos dependerá del precio que le pagaran por su dinero y el riesgo que tendrá; así la persona podrá depositar sus fondos en un comercial, comprar un bono de una financiera, o dar sus fondos a una institución no bancaria que le pague una mayor tasa de interés, probablemente tomando un mayor riesgo.

La institución bancaria, en su caso, podrá disponer de dichos fondos, concederlos en calidad de créditos, de conformidad con regulación expresas para la banca, mientras tanto que las entidades no bancarias también dispondrán de dichos fondos para distintas actividades y entre otras pudieran ser las mismas las de conceder créditos o financiamientos por algunos medios no tradicionales en la banca, teniendo mayores ganancias que la que está pagando a su acreedor y con la consecuencia de un encarecimiento del costo financiero del usuario de dicho fondo.

Para que los bancos puedan captar todos los recursos disponibles en el mercado, deben tener la adecuada flexibilidad para ofrecer diversas opciones con diversa calidad de riesgos y ganancias, para poder captar una mayor cantidad de recursos y poderlos devolver a esos mercados en calidad de créditos u otros mecanismos financieros, para estar en capacidad de apoyar el desarrollo de cualquier país.

El hecho de que los bancos tengan que ser especializados, generalmente implica mayores gastos administrativos que los que generaría o causaría una sola institución bancaria que pudiera realizar las distintas operaciones especializadas, ya que como dijo el Licenciado Miguel Mancera Aguayo, en el primer ciclo de conferencia de alto nivel de la comisión nacional bancaria y seguros de México, los asuntos administrativos elevados propician un diferencial grande entre tasa pasiva y tasas activas; ahora bien, una imagen de intermediación amplio conduce a la pérdida de captación bancaria en favor de otros mecanismos financieros más atractivos en esas circunstancias para los demandantes y oferentes de fondos en el mercado de dinero y de capital”.



Un alza en el margen de intermediación, es decir, un aumento en las tasas de interés que cobren los bancos de crédito, puede llevar consigo que las empresas no bancarias emitan obligaciones tales como los debentures, pagares o algún otro documento por medio del cual puedan captar fondos a un costo menor, con el relativo riesgo para los que inviertan en dichos documentos de no tener generalmente como deudora a una entidad con una solidez similar a la de un banco debidamente manejado y que tiene tras de él la supervisión del Estado a través de la Superintendencia de Bancos.

Según el autor Mancera Aguayo el nivel absoluto de las tasas de interés, depende principalmente de factores ajenos en todo o en parte a las instituciones de crédito, "tales como la disposición del público al ahorro, la incertidumbre, el índice de inflación, las tasas de interés extranjeras, la política monetaria cambiara y las disposiciones legales en vigor. Por otra parte, también recuerda que las tasas de interés elevadas en términos reales son favorables para los ahorradores, en esas condiciones, la consecuencia de la eficiencia en materia de precios, en la industria bancaria no puede verse simplemente como un proceso de disminución o de elevación de las tasas de interés, debe verse más bien, como bien de una tendencia a reducir margen de intermediación."⁷²

Las instituciones de crédito se enfrentan a una fuerte concurrencia para captar depósitos, y no solo tienen que luchar entre sí, sino también tiene que hacerlo contra una gran variedad de competidores.

Uno de ellos, quizás el más temible, es el consumismo, opción de fuerte atractivo para el público, especialmente en países en donde la frugalidad por excepción, se considera virtud y en donde se invita al consumo superfluo a través de toda clase de medidas.

Probablemente el consumo sea el competidor más fuerte del depósito bancario, pero no el único, existen otras opciones de inversión financiera, en el país y en el exterior, así como la posibilidad de inversión en activos físicos, por ejemplo, la construcción de bienes raíces.

⁷² Ibid. Pág. 42



Finalmente, se dice, que si los bancos por una o por otra razón no pueden ofrecer en sus operaciones pasivas, rendimientos suficientes para lograr la captación de recursos líquidos, seguramente estos se dirigirán a destinos alternativos, se producirá en tal caso el fenómeno llamado desintermediación con graves consecuencias para la economía de un país. "Trae consigo la contracción de la oferta de financiamiento bancario en perjuicio de todos los sectores que directa o que indirectamente requieren del crédito institucional por no tener acceso en lo absoluto o en lo suficiente, a otras fuentes de recursos." ⁷³

3.4.2. Actos y operaciones prohibidas para los bancos.

Los actos y operaciones prohibidas para los bancos estarán más o menos expresados, según el sistema bancario que los rija, ya que en un sistema rígido los bancos solo podrán realizar las actividades que expresamente establezca la ley; a contrario sensu, cualquier actividad que no está prevista por la ley les estará prohibida.

En cambio, en el sistema moderno o flexible, la ley enuncia las actividades que puede realizar un banco, y da los parámetros bajo los cuales, en un momento dado, se puede establecer si tal o cual actividad son un acto u operación permitidos por la ley o si de alguna manera están prohibidos.

Se pueden agrupar las prohibiciones a que están sujetos los bancos con el siguiente criterio:

- a) **En relación con la materia.** Se refiere a aquellos actos y operaciones, que debido a la naturaleza de la actividad bancaria, no le son permitidos a los bancos. Por ejemplo, en un sistema rígido, obviamente no pueden realizar operaciones que no estén expresamente permitidas.

En un sistema flexible, no pueden intervenir en negocios que no sean financieros.

⁷³ **Ibid.** Págs. 64-66



b) **En relación con la seguridad y liquidez de la institución.** Generalmente es el Estado el partícipe, en mayor o menor grado, en la actividad y control de las actividades de las instituciones bancarias.

En la legislación guatemalteca, se puede mencionar las prohibiciones siguientes:

- a) Admitir en garantía o adquirir sus propias acciones, y conceder créditos que tengan por objeto capacitar a una persona o entidad para pagar, total o parcialmente, la suscripción de tales acciones;
- b) Adquirir o conservar la propiedad de bienes raíces o muebles que no sean necesarios para el uso de la institución;
- c) Los gastos de organización e instalación de un nuevo banco no podrá exceder del 20o/o de su capital inicial, tales gastos deben quedar amortizados dentro de un periodo no mayor de cinco años, con el objeto de evitar una reducción de capital durante dicho periodo, los estatutos de los bancos podrán permitir hacer figurar al final de cada ejercicio como un activo, la parte que se halla pendiente de amortización.

Con este tipo de prohibición lo que se persigue básicamente es que las instituciones bancarias sean estables y tengan siempre disponibilidad para entender a todos los depositantes e inversionistas que han confiado en ellas; por otra parte, también se persigue la propia seguridad del país, ya que, en este mundo moderno, la actividad mundial, y los bancos nacionales son instituciones fundamentales de cada país.

Así se dice que para acertar en cierta forma sobre cual es la estabilidad de un país hay que conocer sus instituciones bancarias y tener una idea o noción de cuál es su situación financiera y su estado de liquidez, en relación con las instituciones extranjeras de la misma naturaleza.



3.5 Clasificación de los bancos

Debido a la diversidad de actividades que se desarrollan en la banca guatemalteca, los bancos se clasifican de acuerdo a la función específica, o prestación de servicios de cada uno de ellos; inicialmente el Banco de Guatemala, por mandato constitucional tiene sus funciones propias así como la Junta Monetaria y la Superintendencia de Bancos, con respecto a la clasificación de los bancos de acuerdo a la función que realizan, se pueden mencionar los siguientes:

- a) Bancos Comerciales
- b) Bancos Hipotecarios
- c) Bancos de Capitalización
- d) Bancos Comerciales e Hipotecarios o Mixtos
- e) Bancos Fiduciarios
- f) Sociedades Financiera Privadas
- g) Almacenes Generales de Depósito
- h) Empresas de Seguros
- i) Compañías Afianzadoras
- j) Casas de Bolsa
- k) Tarjetas de Crédito
- l) Entidades Fuera de Plaza (Off Shore)
- m) Instituto de Fomento de Hipotecas Aseguradas FHA



11



CAPÍTULO IV

4. El contrato de factoring

Para las empresas es común enfrentarse a problemas de diversa índole, en un principio están: el alto porcentaje de financiación de las entidades; las dificultades para acceder a otras fuentes de recursos; la tradicional organización administrativa en las unidades de producción; las prácticas clásicas y en ocasiones anticuadas que se conservan en las ventas y en las relaciones con los clientes.

A esto hay que sumarle lo que trae consigo las ventas al crédito, o sea, el alargamiento de los ciclos de cobro, la falta de liquidez inmediata, la posibilidad del no cobro, la necesidad de mantener personal encargado del conocimiento permanente de la solvencia de los deudores.

Todo esto constituye una amenaza para lograr el equilibrio financiero, por lo que se hace necesario la búsqueda de variantes de financiamiento, una de ellas es el factoraje (factoring) que se convierte en el medio para prevenir y controlar dichas dificultades.

A) Elementos que Intervienen en el contrato de factoring

Elementos personales:

a) El adherente:

Es el comerciante o industrial que en el contrato de factoring, aparece como deudor primitivo, tiene la obligación de "informar al factor sobre determinadas cuestiones, tales como por ejemplo: el estado y la solvencia crediticia de sus deudores: para determinar la movilización de las cartera: sus estados contables: el número de crédito vencidos: el número de créditos por vencerse; entre otros."⁷⁴

⁷⁴ Barrenechea, Ferrer e Iriarte. *Los contratos más utilizados en la empresa*. Pág.229

**b) El factor:**

Es la entidad comercial o bancaria, que por virtud de este contrato asume el carácter de nuevo acreedor: quien puede prestar cierto servicio al adherente, y responde incluso por el impago de los créditos.

c) Los deudores:

Son los compradores que aún no ha pagado lo que se les vendió; siendo su solvencia económica lo que es más importante al factor, tanto que depende de ella la celebración del contrato, toda vez que es quien tiene que asumir el riesgo del impago de los créditos; sin embargo, en sentido estricto, no los consideramos como parte integrante de los elementos personales de este tipo de contrato, toda vez no figuran en el texto del documento en que se debe dejar constancia del mismo.

Elementos reales

“Los elementos reales en el factoring son todos aquellos bienes que se encuentran dentro del libre comercio de los hombres, siendo su enumeración del todo imposible, y de ninguna utilidad para el presente trabajo de investigación.”⁷⁵

B) Diferentes tipos de contrato de factoring

Para lograr una clasificación de los diferentes tipos de factoring existentes, debemos tomar en cuenta varios puntos de vista: la clase de sociedad que constituye el factor, su forma de ejecución, financiamiento y, su ámbito territorial: a continuación procedo a efectuar su análisis.

⁷⁵ Barrenechea, Ferrer e Iriarte. **Ob. Cit.** Pág. 230



Según la clase de sociedad de factoring

a) **Old line factoring:** Representa la forma básica factoring. Consiste en que el factor adquiere y paga los créditos al adherente (comerciante o industrial asume el riesgo del impago de los mismos).

b) **New style factoring:** Comprende la figura anterior: además presta al adherente una amplia gama de servicios, al respecto podemos indicar que se trata de la modalidad que se encuentra actualmente en auge.

Según su ejecución

a) **Notificación factoring:** Tipo de factoring en que el adherente (comerciante industrial) por medio de sus facturas, hace saber a los deudores que para liberarse validamente de su obligación, todo pago deberá realizarlo al factor.

b) **Non notificación factoring:** A diferencia del anterior, los deudores no se enteran de la existencia del factor: es el adherente quien como de costumbre se encarga de cobrar sus créditos; pero cuando le son éstos cancelados, tiene la obligación de pagárselos al factor de inmediato.

Según su financiamiento

a) **Maturity factoring.** El factor no proporciona financiamiento al adherente, es decir, no le entrega por adelantado el importe de las facturas: pudiendo pagar estas el día de su vencimiento, o si así lo conviene previamente debe satisfacerse su obligación a cierto plazo, promedio de todos los vencimientos.

b) **Credit cash factoring:** El factor proporciona financiamiento al adherente, ya que paga a éste valor total de las facturas que previa aceptación le envía, debiendo interesar al cliente las fechas de vencimiento de éstas, únicamente para calcular y



satisfacer al factor un determinado interés sobre el monto total de la facturación cuyo importe hubiere satisfecho.

- c) **Drop shipment factoring mill agent factoring:** Este contrato es utilizado por aquellos empresarios que quieren fabricar y poner a la venta un producto, pero que no disponen de medios financieros para la fabricación y comercialización del mismo, el factor financiero, en virtud del contrato afirmando con su cliente, el pago de todos "los productos terminados a la empresa fabricante, como consecuencia de pedidos previamente aprobados, siempre que aquellos cumplan los requisitos de calidad y condiciones de entrega estipulados, aparece así un doble contrato, uno del cliente con el fabricante, y otro del cliente con el factor, en virtud del primero el fabricante remite directamente a los compradores los productos elaborados, pero en nombre del cliente, en virtud del segundo, el factor al recibir la copia de las facturas de venta, procede a abonar al fabricante el importe del costo de la operación y a su cliente la diferencia hasta el precio de venta, si se utiliza la fórmula del "credit cash factoring"⁷⁶; o espera al vencimiento de las facturas para abonar a su cliente, en el caso del "maturity factoring".

Según su ámbito territorial

- a) **Domestic factoring:** Corresponde esta modalidad al hecho de que, tanto el adherente (comerciante o industrial). Como sus compradores, se encuentran en el mismo país, o sea que la operación comercial no trascienda fronteras.
- b) **International factoring:** Cuando el adherente o sus comparadores no se encuentren en el mismo país.

Al respecto se pueden observar dos modalidades, a saber:

- a) **Export factoring:** El adherente exporta sus productos, su cliente radica en el extranjero; el factor, previa calificación de la lista de deudores, adquiere las

⁷⁶ Barrenechea, Ferrer e Iriarte. Ob. Cit. Pág. 230



facturas, en esta modalidad, es necesario que el factor (si no tiene sucursales en el extranjero), se asocie con un factor del lugar donde se encuentren los deudores, a efecto de que la garantice el éxito de la operación.

- b) **Import factoring:** El adherente radica en el extranjero, su clientela en el país donde reside el factor, quien paga las facturas que previa aceptación le hubiesen remitido; debe enviar su importe y proceder al cobro de las mismas.
- c) **Diferentes contratos de factoring utilizados en Guatemala:** Luego de una exhaustiva investigación, me atrevo a decir que las instituciones bancarias guatemaltecas, utilizan diferentes contratos de factoring, ya que cada banco posee internamente una minuta propia de dicho contrato, el cual sujetan a las condiciones propias de cada caso en particular; lo cual hace necesaria la implementación de un contrato tipo, que contenga los derechos y obligaciones de los contratantes, como una garantía contractual, ya que a través de dicho contrato, se lograría uniformidad de derechos y obligaciones de las instituciones bancarias, quienes deberán celebrar el contrato de factoring bajo un mismo régimen jurídico, llenando los requerimientos las personas individuales o jurídicas que intervengan en la relación contractual.

En tal virtud, se puede afirmar que en Guatemala las entidades bancarias utilizan diferentes contratos de factoring, pero por la falta de regulación legal y la carencia de un contrato tipo, no existe uniformidad en cuanto a los derechos y obligaciones que surgen de la celebración del mismo; ya que cada entidad bancaria impone en forma unilateral, las condiciones y requisitos que deben cumplir las personas individuales o jurídicas que deseen celebrarlo.

4.1. Origen

El factoring, tal y como se le conoce hoy en día ha sido el producto de una evolución. “Se remontan los orígenes del mismo hasta la cultura neo-babilónica de los caldeos (en



cuyo seno apareció también la actividad bancaria) y revestía la forma de un comisionista que mediante el pago de una comisión, garantizaba a su comitente el pago de los créditos”, según indica Hurd Hillyer William, citado por José Luis Sánchez Fernández Valderrama.⁷⁷

Juan Gerbier, establece que el factoring hay que remontarlo a la época en que aparecen los primeros medios de transporte organizado.

Algunos autores sostienen que el antecedente directo de esta forma contractual fueron los encargos de los productos ingleses, en especial de textiles, que formulaban a sus factores en los Estados Unidos para que les prestara ciertos servicios, comprendiendo en ellos avances sobre las facturas en su poder y a cargo de los compradores estadounidenses: prestación de servicios que produjo una rápida evolución en la estructura organizativa del factor para reemplazar su función de agente almacenador y vendedor por la entidad financiadora de los productos ingleses.⁷⁸

El autor, Susffeld citado por Sánchez Fernández, menciona que a principios del siglo XX los factores han abandonando casi completamente sus actividades comerciales de comisionistas y se han especializado en funciones crediticias, “proveyendo de servicios financieros diversos que van desde anticipos sobre las ventas realizadas por sus clientes, hasta adelantos de créditos sobre el producto terminado que es afectado en garantía de la operación, en ocasiones también proveían el factor facilidades de almacenamiento, manejaba seguro, se encargaba de las facturas y de las expediciones y entregas locales, estos servicios eran designados por el factor como “house accounts” y podía también incluir el asesoramiento en materia de finanzas y búsqueda de productos y mercados.”⁷⁹

Susffeld indica que el desarrollo se acrecienta a partir de 1935 como “consecuencia de la parálisis sufrida por los bancos comerciales por la crisis monetaria de 1931 y la

⁷⁷ Sánchez Fernández Valderrama, José Luis. **El factoring. Tesis doctoral.** Pág. 17

⁷⁸ Garrigues, Joaquín. **Contratos bancarios.** Pág. 507

⁷⁹ Sánchez Fernández Valderrama, José Luis. **Ob. Cit;** Pág. 23



bancaria de 1933, ya que, al no recibir depósitos del público, el factor escapa de la reglamentación bancaria y a las normas impuestas a los bancos por la legislación federal de los diversos Estados, y puede fijar normas más flexibles en la concesión de crédito y establecimiento de los tipos de interés que, aunque son más elevados que los bancarios, son calculados día por día.”⁸⁰

Hasta 1930 los factores realizaban sus actividades principales y casi exclusivamente dentro de la industria textil, a partir de esta época, aproximadamente, los factores deciden ampliar su campo de actuación y tratan de aumentar sus operaciones fuera del campo textil, interesándose en otros bienes de consumo, como los juguetes, muebles, y aparatos electrodomésticos, entre otros, al mismo tiempo inauguran nuevos programas de negocios sobre una base permanente, con un enfoque más flexible respecto al propósito y a la naturaleza de las instalaciones.

El factoring ha cobrado auge principalmente en los Estados Unidos de América, Europa y en sur América; es en Argentina donde más se utiliza.

En Guatemala, debido principalmente a su falta de difusión y regulación legal, es prácticamente desconocida esta figura que podría ser de mucha utilidad para el desarrollo, tanto del comercio como de la industria, proporcionando a la postre beneficios económicos para muchas personas.

4.2. Concepto

No es tarea sencilla y probablemente tampoco aconsejable intentar en una sola frase la definición del contrato de factoring, lo que sin duda, ha de deberse a la gran complejidad de este contrato, por ello, no faltan los autores que evitan exponer definiciones propias del contrato de factoring y prefieren en cambio citar las de otros autores o entrar directamente a describir las características de este contrato, sin

⁸⁰ **Ibid.** Pág. 24



embargo, se deben citar algunas de las definiciones que en la doctrina se han expuesto.

Max Arias Schreiber Pezet, se refiere a este contrato como: “aquél por el cual un comerciante o empresa encarga a otra entidad (llamada ‘factor’) el manejo de su facturación, mediante la transmisión de sus créditos frente a terceros.”⁸¹

El tratadista Guillermo Cabanellas, define el contrato de factoring indicando lo siguiente: “Es una operación de crédito, de origen norteamericano, que consiste en la transferencia de un crédito mercantil del titular a un factor que se encarga, contra cierta remuneración o comisión, de obtener el cobro, cuya realización se garantiza, incluso en el caso de quiebra temporal o definitiva del deudor. Constituye, pues, una comisión de cobranza garantizada.”⁸²

En la legislación guatemalteca, el factoring carece de una regulación legal expresa, por lo tanto, se considera como un contrato atípico e innominado, existen sin embargo, ciertos contratos contemplados en la ley, tales como: el descuento comercial y la comisión mercantil que encierran más de una característica, de las que comprende el factoring.

4.3. Naturaleza jurídica

Se considera preciso tratar sobre la naturaleza jurídica del factoring, a efecto de lograr un mejor análisis, que en suma dará una mejor comprensión sobre el tema.

Jiménez de Parga, citado por Sánchez Fernández Valderrama señala que: “el factoring es un contrato mercantil, más aún: es un contrato de empresa, es un contrato en el que la participación de dos empresarios es de esencial, utilizando una terminología en dogma, podemos afirmar que es un contrato antológicamente de empresa: su calificación

⁸¹ Arias Schreiber Pezet, Max. *Contratos modernos*. Pág. 57

⁸² Cabanellas, Guillermo. *Ob. Cit*; Pág. 6

mercantil proviene, ante todo, de su vinculación a la empresa, eje y horizonte del actual Derecho Mercantil.”⁸³

Sánchez Fernández Valderrama, comparte el criterio de tratadista Jiménez de Parga, al señalamiento que, “el contrato de factoring se integra dentro del campo del derecho Mercantil. Efectivamente se trata de un contrato de empresa, surgido como consecuencia de las nuevas necesidades económicas y su falta de tipificación es laica constante en el continuo devenir de las mismas y del más lento caminar de las instituciones jurídicas encargadas de darles contenido dentro del marco general del Derecho Mercantil”.⁸⁴

“El factoring comprende prestaciones de variada índole: transmisión de créditos y prestaciones de servicios que, por separado, podría subsumirse dentro de distintos contratos típicos, además, según la modalidad, varían las prestaciones estipuladas.

En ocasiones se está ante una simple transmisión de créditos sin derechos de regreso. En otras modalidades del factoring, la transmisión de créditos en firme viene acompañada de otras prestaciones de variadas características, principalmente, la prestación de servicios, que oscilan desde el tratamiento contable de la información hasta la elaboración de estadísticas o prestaciones de gestión de cobro.

La transmisión de los créditos al factor constituye el cause mas adecuado para conseguir la finalidad económica perseguida y nos permite considerar la prestación principal de contrato de factoring, sin olvidar las demás prestaciones derivadas, es la interpretación de la voluntad de las partes el ultimo criterio que matizará el criterio elegido”.

Al estudiar la legislación guatemalteca, con respecto a la naturaleza jurídica del contrato de factoring, encontramos que no lo regulan en forma expresa, sin embargo aparecen

⁸³ Sánchez Fernández Valderrama, José Luis. **Ob. Cit;** Págs. 57 y 58

⁸⁴ **Ibid.** Págs. 57 y 58

figuras que se encuentran comprendidas dentro de los servicios que comprenden el contrato de merito, tales como: el descuento y la comisión mercantil.

4.4. Características

De los distintos tratadistas consultados, es el doctor José Luis Sánchez Fernández Valderrama quien mejor expone sus caracteres, estando en su mayoría regulados por la legislación guatemalteca en forma expresa.

- a) **Consensual:** El contrato de factoring es un contrato consensual que se perfecciona por el solo consentimiento de las partes. Supone un acuerdo de voluntades.
- b) **Bilateral:** Es bilateral o sinalagmático porque en el nacen en reciprocidad obligaciones fundamentales, el cobro y garantía de los créditos y el pago de la comisión de factoring, de modo que cada parte se obliga porque la otra sume la obligación.
- c) **Oneroso:** A título oneroso, ya que ambas partes factor y cliente, pretenden obtener una prestación de la parte contraria.
- d) **Conmutativo:** Porque ambas partes conocen en el momento del contrato, de forma cierta, las obligaciones y prestaciones a realizar, proporcionales a los beneficios derivados del contrato.
- e) **De tracto sucesivo:** Porque obliga a ambas partes a prestaciones repetidas. Los convenios de factoring estipulan una cláusula de exclusividad sobre todas las operaciones surgidas dentro de un periodo determinado; precisamente ésta es una de las características que dan lugar a la fisonomía de operaciones compleja.
- f) **De adhesión:** Es también, como ya hemos señalado, un contrato de adhesión porque el cliente se limita a aceptar las condiciones que impone el factor, sin

proponerlas ni modificarlas, sin entrar en la discusión sobre la naturaleza de esta clase de contratos, el consentimiento prestado por el cliente basta para la perfección del contrato y responde a las necesidades de funcionamiento que imponen la estandarización del mismo.

También tiene ciertas características que le son propias, tales como:

- a) **Es principal:** El contrato de factoring no tiene por objeto el cumplimiento de otra obligación, por lo que subsiste por si solo.
- b) **Es absoluto:** Se realiza independientemente de toda condición.
- c) **Es atípico:** Por no encontrarse regulado en nuestra legislación.
- d) **Es innominado:** Ya que por falta de regulación de nuestra legislación no le asigna nombre alguno a este contrato.
- e) **Escrito:** es conveniente, para una mayor certeza jurídica, que el contrato de factoring se celebre por escrito. Debe constar por escrito siempre, dada su falta de regulación legal, a fin de evitar errores, equivocaciones o malos entendidos; para que conste en forma expresa e irreversible la voluntad de ambas partes.

4.5. Precisiones

El factoring sólo puede ser oneroso, así se diferencia de la cesión de derechos que puede ser onerosa o gratuita. Luego el factoring es de tracto sucesivo a diferencia de la cesión de derechos que es de ejecución instantánea. Finalmente el factoring puede darse con o sin financiación lo que lo distingue de la cesión de derechos en la que nunca hay financiación. José Benito Fajre precisa también que “en la cesión de créditos (derechos) el cedente de buena fe no garantiza la solvencia, mientras que en el



factoring, si no hay asunción de riesgos, el factoreado debe reembolsar al factor el importe de los créditos incobrables”.⁸⁵

El contrato de factoring se diferencia del contrato de descuento de documentos en que si bien en ambos se otorga un financiamiento basado en la cesión de créditos, en el factoring existe una mayor participación del factor en la gestión de los mismos. Por otro lado, Zaida Osorio Ruiz comenta que el contrato de descuento se “acuerda por un título negociable que entrega el descontado al banco descontante; mientras que en el factoring los documentos cedidos por el factoreado no siempre son efectos negociables, pues son simples facturas comerciales.”⁸⁶

a) El descuento

El Código de Comercio, contenido en el Decreto 2-70 del Congreso de la República, en el Artículo 729 estipula que: “Se entenderá por descuento la operación mercantil en la que el descontatario transfiere al descontador un crédito de vencimiento futuro, y éste pone a su disposición el importe del crédito, previa deducción de una suma fijada de común acuerdo. El descontatario deberá responder del pago del crédito transferido, a menos que se hubiere acordado expresamente lo contrario.”

Es innegable a primera vista, la similitud existente con el contrato de factoring, ya que en ambos existe la transferencia de un crédito, amortizando su importe tanto el descontador como el factor y casi siempre mediante la previa deducción de una suma fijada de común acuerdo; sin embargo, podemos apreciar substanciales diferencias, a saber:

- a) En el descuento, por regla general, el descontatario responde del pago del crédito transferido, salvo que; expresamente se estipule lo contrario.

⁸⁵ Benito Fajre, José. **Contratos financieros, factoring**. Pág. 161

⁸⁶ Osorio Ruiz, Zaida **Contratos comerciales, empresariales y el arbitraje**. Pág. 295



- b) En el factoring existe una transmisión de créditos al factor quien no tiene, en ningún caso, acción legal contra el adherente por la falta de pago de alguno o algunos de los créditos obtenidos.
- c) En el descuento es necesario que exista la previa deducción de una suma de dinero a favor de los descontados, quien hace la gestión de cobro.
- d) En el factoring no es necesaria esta deducción de una suma de dinero a favor del factor; es mas, si se desea puede no existir.
- e) En el descuento a los descontados le importa el crédito y la solvencia del descontatario, pues por reglas generales es este quien paga en última instancia.
- f) En el factoring al factor no le interesa el crédito y la solvencia del adherente (comerciante o industrial), sino el de los deudores cuyos créditos ha obtenido, ya que de haber uno o más insolventes, va en detrimento de su propio pecunio.

Se puede apreciar en el Código Civil, en el capítulo referente a la cesión de derechos, que el Artículo 1444 en su parte conducente, establece que: "Cuando la cesión hubiere sido por menor valor del monto de crédito, el deudor podrá extinguir su obligación reembolsando al cesionario la cantidad que haya pagado por la cesión y los gastos que la misma le hubiere ocasionado".

Se puede observar que aparentemente la disposición legal citada limita los alcances del Artículo 729 del Decreto 2-70 del Congreso de la República; sin embargo si lo analizamos atendiendo a las reglas de una estricta hermenéutica jurídica, notamos que el Código de Comercio fue promulgado con posterioridad al Código Civil, y de acuerdo al Artículo 8, Literal b) de la Ley del Organismo Judicial, "Las leyes se derogan por Leyes posteriores, b) Parcialmente, por incompatibilidad de disposiciones contenidas en las leyes nuevas con las precedentes".

En tal virtud, tenemos que considerar que cuando se trate de asuntos mercantiles, no puede regir lo preceptuado en el Artículo 1444 del Código Civil, en lo atinente al menor valor reembolsable del monto del crédito; rigiendo para el factoring lo preceptuado en el Artículo 729 del Código de Comercio.



b) El Contrato de comisión

Tomando en consideración lo preceptuado por los Artículos 303 y 306 del Código de Comercio, se puede deducir que en virtud del contrato de comisión, una persona denominada comisionista realiza actividades mercantiles por cuenta de otra denominada comitente, quedando obligado directamente hacia las personas con quienes contrata, como si el negocio fuere propio.

Se encuentra cierta semejanza con el factoring, toda vez que el factor al igual que el comisionista, realiza una actividad mercantil encomendada por cuenta ajena, recibiendo a cambio una suma de dinero, pero, no obstante, existen determinadas diferencias, a saber:

- a) Por el contrato de comisión, el comitente no transfiere la propiedad del crédito.
- b) Por el contrato de factoring, el adherente (comerciante o industrial) transfiere la propiedad del crédito al factor.
- c) El comisionista debe informar al comitente de su gestión y rendirle cuentas sobre la misma.
- d) El factor no tiene por qué informar a su cliente de su gestión ni rendirle cuentas.
- e) Sin previa autorización del comitente el comisionista no puede delegar su gestión en otra persona.
- f) El factor no necesita autorizaciones de ninguna persona para, si a su vez desea, delegar su gestión en otra persona.

Tomando en consideración todo lo anteriormente estudiado, podemos concluir que:

- a) El factoring, si bien es considerado por varios tratadistas como un contrato eminentemente mercantil o de empresa, no existe impedimento para considerarlo también como un contrato bancario activo.
- b) Como hemos podido apreciar, a pesar que el factoring no se encuentra expresamente regulado por nuestra legislación, existen otras figuras jurídicas con



las cuales tiene cierta semejanza, como el descuento y el contrato de comisión, que si las encontramos reguladas; sin embargo, ya analizadas las substanciales diferencias, hemos encontrado que el contrato objeto de nuestro estudio tiene características que le son propias, lo que le hace un contrato con naturaleza jurídica sui géneris innominado en nuestra legislación.

- c) Por ultimo, acogiéndonos a los preceptos constitucionales de que: “se garantiza el libre ejercicio de los derechos que establece la constitución”. Y “toda persona tiene derecho a hacer lo que la ley lo prohíbe”, el contrato de factoring está permitido por nuestra legislación, ya que en la misma no se encuentra ninguna prohibición al respecto.

4.5.1. Derechos y obligaciones del contrato de factoring

A continuación un análisis de los distintos derechos y obligaciones que de los diferentes contratos de factoring pueden surgir para las partes que en el intervienen.

1. Derechos y obligaciones del factor

Estos dependen del número de servicios que en el factor preste al adherente (comerciante o industrial), la cantidad de derechos y obligaciones que aquel tenga para con este, a continuación estudiaremos las que a nuestro juicio revisten una mayor importancia.

A) Pago de los créditos

El factor tiene la obligación de pagar al adherente el monto de las facturas que ha adquirido; debiendo hacer el pago, si se trata del “maturity factoring”, en la fecha del vencimiento de los créditos o en el plazo promedio de todos los vencimientos, en cambio, si se hubiere contratado un “credit cash factoring”, el factor deberá cancelar de inmediato al adherente el valor total de las facturas que hubiere aceptado, cobrándole en este caso una tasa de interés por el financiamiento del crédito, se debe tomar en



cuenta que en ambos casos el factor deduce la prima convenida, que considero constituyen los honorarios del factor, del valor que tiene que pagar al adherente.

B) Asumir siempre el impago de las facturas:

Al adquirir el factor los créditos del adherente (comerciante o industrial), lo hace siempre por su cuenta y riesgo: es decir, que si los deudores, bajo las condiciones estipuladas y por causas imputables a ellos, no pagan sus facturas, ello implican pérdida únicamente para el factor, ya que su principal función es garantizar al adherente la cancelación efectiva de sus créditos.

C) Recuperar el crédito dentro de ciertas normas:

Si bien es cierto que al actuar como propietario tiene el derecho a cobrar por todos los medios las sumas debidas, en los contratos de factoring puede practicarse que, en ciertos casos y respecto a determinados clientes, el factor, antes de ejercitar una acción judicial, consulte con la sociedad adherente, la cual podrá, según lo estime del caso, reembolsar la suma correspondiente, recibir en retorno la factura y tomar la decisión de adelantar directamente el cobro y ello porque en ciertos momentos y frente a algunos clientes de mucha importancia para la sociedad adherente, esta puede preferir manejar en forma directa el problema, antes que ver a su cliente embargado por un tercero, con consecuencias que podrían ser funestas para su relación comercial.

2) Derechos y obligaciones del adherente (comerciantes o industriales)

A) Someter sus pedidos previamente a la consideración del factor:⁸⁷

Su objeto es reafirmar el principio de globalidad en que se inspira el factoring: así tenemos que todas las transacciones comerciales llevadas a cabo por el adherente, se encuentren protegidas debidamente por el factor, sucede, sin embargo, en algunos

⁸⁷ Garrigues, Joaquín *Contratos bancarios*. Pág. 517



casos, que primero se efectúa la operación y luego se someten las distintas facturas a consideración del factor, adquiriendo este únicamente los créditos que a su juicio puede cobrar como un riesgo mínimo; empero, ello obstaculiza, a nuestro modo de ver, la rapidez, seguridad y simplicidad que informan al Derecho Mercantil.

B) Existencia cierta del crédito:

El adherente tiene la obligación de garantizar al factor, que vendió y entregó la mercancía con absoluta conformidad de parte del deudor, quien por lo tanto no tiene derecho de reclamo, no debemos, pues, confundir esta garantía de la que solamente el adherente responde, con la asunción por parte del factor, del riesgo del crédito.

C) Notificar a los deudores:

Esta obligación la tiene el adherente en el caso de haber contratado un “notification factoring”; consiste en hacer saber al deudor, generalmente por cláusula inserta en las facturas, que existe un contrato de factoring, que su crédito lo ha adquirido determinado factor, razón por la cual para liberarse válidamente de la obligación, deberá pagar a este el importe de su crédito.

D) Cuando hubiere contratado un “non notification factoring”, tiene la obligación de cobrar los créditos que hubiere otorgado con la previa aprobación del factor, pagárselos a este de inmediato. Los deudores no se enteran de la existencia del contrato de factoring.

4.5.2. Extinción del contrato de factoring

No existe ninguna causal propia de extinción del contrato de factoring, por lo que analizaremos las causas compatibles con nuestra legislación que le son aplicables a los contratos sinalagmáticos en general. Para el efecto nos permitiremos esbozar el cuadro sinóptico de una pequeña clasificación, a fin de lograr una mejor comprensión.



Extinción del contrato de factoring

A) Rescisión Extrajudicial

1. Mutuo consentimiento
2. Por condición resolutoria convenida por los contratantes.
3. Por vencimiento del plazo.

B) Rescisión judicial

1. Por su inexecución o contravención por culpa o dolo
2. Por disminución del patrimonio del factor

A) Por incumplimiento de una condición a la que estuviera sujeto el contrato.

B) Rescisión extrajudicial

1. Mutuo consentimiento

Cuando ambas partes, factor y adherente (comerciante o industrial), deciden de común acuerdo ponerle fin a la relación contractual, antes del advenimiento del plazo en que finalizaría el contrato, constituye esto un derecho innegable consagrado por el principio soberano de la autonomía de la voluntad.

2. Por condición resolutoria convenida por los contratantes:

La condición resolutoria convenida por ambos contratantes, factor y adherente, deja sin efecto el contrato desde el momento en que se realiza esta, sin necesidad de declaración de juez competente.

3. Por vencimiento del plazo:

Regularmente el plazo que se estipula es este tipo de contrato es de un año y se prorroga tácitamente por idénticos periodos de tiempo, siempre y cuando ambas partes estén de acuerdo: basta que una de ellas, adherentes o factor, decida ponerle el fin, para que no se efectúe la prorroga.



C) Rescisión judicial

a) Por su inejecución o contravención por culpa o dolo

El Código Civil vigente, establece que los que celebren un contrato están obligados a concluirlo y a resarcir los daños y perjuicios resultantes de la inejecución o contravención por culpa o dolo, se entiende por daños: las pérdidas que el acreedor sufre en su patrimonio; por perjuicios; las ganancias lícitas que deja de percibir el acreedor: ambos como consecuencias inmediata y directa de la contravención, ya que se hayan causado o que necesariamente deban causarse, la culpa no es más que una acción u omisión, perjudicial a otro, en que se incurre por ignorancia, impericia o negligencia, pero sin propósito de dañar; y el dolo: toda sugestión o artificio que se emplea para inducir a error o mantener en él a alguna de las partes.

b) Por disminución del patrimonio del factor

Si después de la celebración del contrato de factoring sobreviniere al factor disminución en su patrimonio, capaz de comprometer o hacer dudosa la prestación que le incumbe, puede el adherente (comerciante o industrial) rehusar su ejecución, hasta que aquel satisfaga la que la concierne o de garantías suficientes.

c) Por incumplimiento de una condición a la que estuviera sujeta el contrato

Desde un punto de vista general, Guillermo Cabanellas al tratar la condición, la define como: "cualquiera de las circunstancias, calidades o requisitos que están unidos a la substancias de algún hecho, acto o contrato."⁸⁸ De tal forma que la condición íntegra el acto jurídico, es parte interior de él, pertenece a su objeto, forma parte del precepto de autonomía privada que los sujetos producen mediante el acto jurídico, modificando las consecuencias corrientes de dicho acto; el rigor doctrinario llega al extremo con autores como Betti y Coviello, quienes la consideran como uno de los elementos principales del acto.

⁸⁸ Cabanellas, Guillermo. *Ob. Cit*; Pág. 421



El negocio jurídico requiere para su validez una manifestación de voluntad tendiente a dar, hacer alguna cosa, o no hacer alguna cosa; de tal forma que en el supuesto de incumplir alguna o algunas de las condiciones del contrato de factoring a las que se encuentran obligados los sujetos, a saber: la no prestación de algunos de los servicios a los que se encuentra obligado el factor; o porque el adherente (comerciante o industrial) dejarse de remunerar al factor en la forma convenida; etc. En estos casos habría necesidad de una declaratoria judicial tendiente a rescindir el contrato.

Para una mejor comprensión de tema, se incluyen dos minutas del contrato mercantil de factoring, para dar a conocer los derechos y obligaciones de los contratantes; mismas que figuran como anexo en el presente trabajo de investigación.



CONCLUSIONES

1. Las normas mercantiles, principalmente las contenidas en el Código de Comercio regulado en el Decreto 2-70 del Congreso de la República, no responden a la realidad comercial y mercantil guatemalteca, tomando en consideración los cambios en la sociedad y sobre todo en los negocios mercantiles.
2. El contrato de factoring tiene aplicación práctica en el ámbito bancario guatemalteco, pero no existe uniformidad de criterios entre los distintos bancos del sistema, en cuanto a la celebración del mismo, ya que cada banco posee su propia minuta de contrato de factoring.
3. El contrato de factoring generalmente se celebra dentro de un mismo grupo financiero, o entre dos o más bancos; siendo poco usual que dentro de esa relación contractual figure una persona individual o jurídica distinta a un banco o grupo financiero.
4. Cuando se celebra un contrato de factoring, la entidad bancaria que figura en la relación contractual como factor, asume el riesgo del impago de los créditos adquiridos.
5. Aunque las entidades bancarias que actúan como factores, sean estrictas al verificar la solvencia económica de los titulares de los créditos adquiridos, existe la posibilidad de que algunos créditos se tornen incobrables.





RECOMENDACIONES

1. El Congreso de la República de Guatemala debe realizar reformas al Código de Comercio, ya que entró en vigencia desde el año 1970, y no es acorde a los cambios comerciales y mercantiles que se han suscitado en el mundo actual.
2. Los bancos del sistema deben unificar criterios para la celebración del contrato de factoring, lo cual permitirá que los contratantes conozcan de antemano, los derechos y obligaciones que se originarán de dicha contratación.
3. Los bancos y grupos financieros, deben ofrecer a personas individuales y jurídicas ajenas a dichas entidades bancarias, los beneficios del contrato de factoring, entre los que se pueden mencionar, la recuperación inmediata del capital invertido; y la despreocupación del impago de los créditos, ya que dicho riesgo corre por cuenta del factor.
4. Las entidades bancarias y grupos financieros deben ser muy precavidos al celebrar un contrato de Factoring; debiendo tomar en cuenta, principalmente la solvencia económica de los deudores de los créditos objeto de dicho contrato, para evitar fraudes y pérdida de capital.
5. Los bancos factores deben asociarse con una entidad aseguradora, para convenir la creación de un seguro que les permita cubrir el riesgo del impago de los créditos adquiridos.





ANEXO





NUMERO DIEZ (10) Contrato de Factoraje. En la Ciudad de Guatemala, el día de octubre del año dos mil ocho, ANTE MI, el Infrascrito Notario, comparecen: por una parte el Licenciado **PAUL ARMANDO PEREZ PEREZ**, de cincuenta y cinco años de edad, casado, guatemalteco, Administrador de Empresas, de este domicilio, persona de mi conocimiento quien actúa en su calidad de **MANDATARIO GENERAL CON REPRESENTACION**, de la entidad **BANCO Q, SOCIEDAD ANONIMA**, lo que acredita con el primer testimonio de la escritura pública número noventa (90) autorizada en esta ciudad el tres de diciembre de mil novecientos noventa y siete, por el Notario Manuel Arturo Soto Aguirre. Dicho mandato quedó inscrito en la Dirección del Archivo General de Protocolos bajo el número quinientos mil cuatrocientos (500,400) y en el Registro Mercantil General de la República bajo el número veinticuatro mil (24,000), folio doscientos (200) del libro dieciséis (16) de Mandatos, en adelante denominado indistintamente como "EL BANCO o EL BANCO FACTOR" y por la otra parte comparece el señor **JEAN CARLO GONZALEZ COTO**, de treinta y nueve años de edad, casado, guatemalteco, Ingeniero, de este domicilio, quien es persona de mi anterior conocimiento. El señor Aceña Villacorta, actúa en su calidad de **ADMINISTRADOR ÚNICO** de la entidad **LOS CRÉDITOS, SOCIEDAD ANONIMA**, en adelante también denominado "El Cliente", calidad que acredita con acta notarial en la que consta su nombramiento como tal, autorizada en esta ciudad el diez de agosto del año dos mil uno, por el Infrascrito Notario, el cual quedó inscrito en el Registro Mercantil General de la República bajo el número ochenta y tres mil noventa y seis (83,096), folio novecientos seis (906), del libro ciento (100) de Auxiliares de Comercio. Tengo a la vista los documentos relacionados, siendo las representaciones que se ejercitan suficientes de conformidad con la ley y a mi juicio para el presente acto, asegurándome los comparecientes ser de los datos de identificación indicados y encontrarse en el libre ejercicio de sus derechos civiles y que de acuerdo con resolución número emitida por el Consejo de Administración, la cual quedó contenida en acta número cero cero tres guión dos mi cinco (003-2005), punto segundo, numeral cero cero nueve de fecha veintidós de abril del año dos mil cuatro y manifiestan que por este acto otorgan **CONTRATO DE FACTORAJE**, de conformidad con las siguientes cláusulas: **PRIMERA:** Las entidades "BANCO Q, SOCIEDAD ANONIMA, bajo el



amparo de lo establecido en el artículo 41 de la Ley de Bancos y Grupos por medio de la resolución del Consejo de Administración, identificada anteriormente como "LOS CRÉDITOS, SOCIEDAD ANONIMA", a través de sus respectivos representantes legales, acuerdan celebrar este CONTRATO DE FACTORAJE hasta por un monto máximo de **DOSCIENTOS MILLONES DE QUETZALES EXACTOS (Q.200,000,000.00)** y por el plazo de un año contado a partir de la fecha del presente instrumento público, en el entendido que el Banco, autorizó celebrar operaciones de factoraje hasta por un monto máximo de **CUATRO CIENTOS MILLONES DE QUETZALES (Q 400,000,000.00)**, siendo que dicha cantidad representa la suma máxima que el Banco puede usar en actividades de factoraje sin necesidad de nueva autorización, pero que no debe entenderse como que el Banco se compromete, por existir la mencionada autorización, a gastar la misma en su totalidad. Desde esta perspectiva, Los Créditos, Sociedad Anónima, manifiesta por medio de su representante legal, que entiende, y es sabedor de esta circunstancia, y no puede obligar a El Banco a cubrir por medio de operaciones de factoraje dicho monto sino que comprende que esa suma se refiere a un monto máximo autorizado, que no implica, por ese solo hecho, la obligación por parte de El Banco de invertirlo en su totalidad en actividades de factoraje. **SEGUNDA:** El Cliente, advertido por el Infrascrito Notario de los efectos legales correspondientes, declara bajo juramento que es legítimo y único titular de los derechos personales de crédito (las acreduñas) que figuran en sus activos como cuentas por cobrar, los cuales son consecuencia de las operaciones comerciales con su clientela y se encuentran libres de cualquier limitación o gravamen, a la vez que son negociables conforme a los contratos que rigen las relaciones jurídicas que les han dado origen. De igual forma ambas partes acuerdan que (a) Las operaciones de factoraje que se realizarán de conformidad con este contrato, y que irán utilizando el monto máximo autorizado por El Banco mencionado en la cláusula anterior, se respaldaran con reportes emitidos por el sistema de computo de El Cliente, además el detalle de las cuentas por cobrar estará disponible en el momento que lo requiera El Banco. Este archivo contendrá las especificaciones de la operación de factoraje que sean necesarias para individualizar las acreduñas, como pueden ser entre otros: el nombre del deudor de El Cliente, número de tarjeta de



crédito, monto de su deuda, fecha desde la cual se realiza la operación, así como cualquier otro dato que las partes de común acuerdo consideren necesario agregar o eliminar. El Banco y El Cliente, tendrán acceso a la información por medio del sistema de computo y podrán imprimir el mismo cuando sea necesario que dicha información conste en un documento físico, ninguna de ellas por sí sola, puede modificar el archivo una vez esté aprobado por El Banco a menos que se tenga el acuerdo de ambas. (b) Para establecer el monto a pagar de las acreedurias factoradas, se tomará en cuenta el comportamiento de pagos de dichas acreedurias debiendo existir para el efecto los reportes de crecimiento de la cartera factorada emitidos por el sistema de computo de El Cliente **TERCERA:** Las acreedurías que a la fecha de este instrumento se encuentran pendientes de pago por sus deudores a El Cliente, derivan de varios contratos suscritos entre El Cliente y los deudores u otras personas (sus fiadores o codeudores), que generan saldos acreedores para El Cliente, de tiempo en tiempo. Las operaciones de factoraje se celebrarán únicamente en relación con las acreedurías adeudadas a determinada fecha, y a los consumos y cargos que en el futuro realice la cartera factorada, si el Banco Factor así lo decide, debiendo notificar previamente al cliente, la cual se hará constar en los reportes que emita el sistema de computo de El Cliente identificado en la cláusula segunda de este contrato, y no respecto a los contratos que les han dado origen, por lo tanto, la relación comercial generada en los contratos permanecen inalterable y El Cliente continúa con pleno derecho de cobrar cargos y comisiones pactados previamente con sus deudores. **CUARTA:** Como consecuencia de este contrato de factoraje, El Banco Factor es el propietario del saldo factorado y de los intereses que genere la cartera factorada desde la fecha en que se realice el pago de la misma de El Banco Factor a El Cliente, por consiguiente, El Cliente no deberá requerir, ni El Banco Factor deberá permitir, que la misma revierta su propiedad y regrese a El Cliente pues su titular es de El Banco Factor hasta su cobro total a los deudores de El Cliente. **QUINTA:** El Cliente trasladará a El Banco el saldo de la acreeduría detallada en los reportes que emite el sistema de El Cliente mencionado en la cláusula segunda de este contrato y El Banco pagará el valor factorado, al aceptar dicho reporte. Cualquier obligación, con excepción del monto del pago del saldo factorado y de los intereses que ésta devengue en el futuro, que tiene el deudor en



virtud de su contrato con El Cliente, se mantiene entre El Cliente y su deudor en igual forma, cualquier beneficio adicional que el deudor en virtud de su contrato tiene con El Cliente se mantiene entre el deudor y El Cliente pudiendo el deudor exigir dicho compromiso únicamente a El Cliente. Sin perjuicio de lo anterior, El Banco puede, siempre que lo considere oportuno y acuerde así con El Cliente, ceder a éste el servicio de cobro de las acreduías, emisión, ensobrado y envío de un estado de cuenta mensual a cada deudor, gestiones de cobro administrativo y judicial que se requiera para la recuperación del saldo factorado. Estos servicios podrían ser cobrados por EL CLIENTE al BANCO FACTOR si así lo consideran conveniente, situación que sería acordado a través de un cruce de carta. En todo caso, El Cliente siempre conserva la obligación de continuar emitiendo el estado de cuenta que envía mensualmente a cada uno de sus deudores, avisarles a quién deben éstos hacer sus pagos y llevar el control de los saldos de las acreduías. **SEXTA:** Por el presente acto El Banco Factor se obliga a pagar a El Cliente, mediante abono a su cuenta de depósitos monetarios identificada con el número mil doscientos guión cinco mil guión seiscientos (1200-5000-600), las acreduías presentadas a determinada fecha, conforme a lo convenido por las partes en la segunda cláusula del presente instrumento. Por consiguiente, El Banco Factor asume el riesgo crediticio de esta operación, renunciando a los recursos legales que pudiera tener en contra de El Cliente por falta de pago de las acreduías y El Banco Factor queda automáticamente constituido en titular de los saldos, y se compromete a respetar el plazo y la fecha de pago de cada una de las acreduías adquiriendo los derechos, acciones y garantías de las obligaciones de los deudores respecto a los saldos de las acreduías pero limitado al cobro de las respectivas obligaciones en los mismos términos y condiciones y con los mismos cargos pactados entre el Cliente y los deudores. El Banco Factor por ministerio de ley, en virtud de los pagos efectuados a El Cliente, subroga todos los derechos accesorios, con excepción de la comisión por consumo de gasolina, reposición de tarjeta, comisión de retiro en efectivo, fotocopia de comprobantes, cargo por pago atrasado, fotocopia de estado de cuenta, cuota por membresía titular, cuota por membresía adicional, renovación anual de la tarjeta titular, renovación anual de la tarjeta adicional, protección contra fraude robo y extravío, cargos administrativos por cheques rechazados, cargos por envío de tarjeta, servicio de



asistencia beneficios Q, protección plus, compra protegida, beneficios Q, beneficios integral Q- DOS, seguro compra protegida, accidente personal plan amplio, accidente personal retención, accidente personal activación, seguro de desempleo, seguro saldo deudor, cargos por servicios, comisión por sobregiro y cualquier otro cargo y comisión que se pacte con los deudores de El Cliente los cuales deberán ser notificados en el estado de cuenta que se le envía al deudor y por consiguiente el derecho de cobrar el capital, los intereses, intereses sobre saldo de cheque rechazado, intereses por extrafinanciamientos e intereses moratorios. Se podrá agregar otras excepciones cuando las partes se pongan de acuerdo. **SEPTIMA:** El Cliente se obliga por este acto a prestar a El Banco Factor toda la ayuda necesaria y el suministro de información y documentación legal para el cobro efectivo de las acredurías, tales como, certificaciones contables, actas notariales de saldos deudores, o cualquier otro. Así mismo, si El Banco Factor lo considera conveniente, El Cliente se obliga por este acto a poner a disposición de El Banco Factor, total o parcialmente, su sistema de control de cobros sin cargo adicional alguno, el cual podrá también, a su sola discreción poner en conocimiento de terceras personas, debiendo en ese caso El Cliente proporcionar los documentos, registros, bases de datos e información necesaria para efectuar los cobros correspondientes a los deudores. **OCTAVA:** El Cliente, dada la naturaleza de la operación de factoraje, queda exento por este acto por parte de El Banco Factor de cualquier responsabilidad derivada a falta de pago parcial o total de cualquiera o todas las acredurías que corresponden a este contrato, excepto por lo que toca a la validez formal y material de los actos que dieron origen a las acredurías y a la existencia de las mismas, que en caso de no concurrir dará derecho a El Banco Factor a deducir a El Cliente las responsabilidades correspondientes. Por consiguiente, en caso el deudor de El Cliente no pague el saldo de su cuenta, El Banco podrá ejercer todos los medios y recursos legales a su alcance a efecto de cobrar dichos saldos y sus intereses a los deudores. **NOVENA:** El Cliente asume para sí la totalidad de los efectos y responsabilidades tributarias relacionadas con esta operación y las acredurías, obligándose a pagar al Banco Factor, cualquier suma que por tales conceptos aquél fuere obligado a cubrir. Esta obligación deberá de ser cumplida por el Cliente dentro del tercer día que el Banco le informe acerca de la existencia de cualesquiera de estas



responsabilidades tributarias. Por ello, ambas partes acuerdan que, El Cliente asume esta obligación de pago a El Banco sin que sea necesario que El Banco haya efectuado pago alguno. Sólo se requiere que El Banco demuestre a El Cliente, que alguna autoridad tributaria está haciendo un cobro de este naturaleza, para que El Cliente tenga la obligación de cubrir el mismo a El Banco, sin perjuicio que si posteriormente se demuestra que el cobro no procedía, El Banco se compromete de inmediato a devolver a El Cliente la suma, las partes acuerdan que no generará cobro alguno, ni de interés ni de comisiones, de ninguna clase. **DECIMA:** El Cliente se obliga a poner en ejecución procedimientos de análisis de crédito de las acreduñas que se sometan a operaciones de factoraje, conforme a este contrato, de manera tal que el Banco Factor y las autoridades fiscalizadoras legalmente autorizadas puedan, en todo momento, evaluar adecuadamente los riesgos crediticios y revisar los registros relacionados con las operaciones. Los procedimientos en cuestión, que actualmente aplica El Cliente, han sido aprobados por El Banco Factor, sin perjuicio de lo cual, durante el transcurso de este contrato, podrá este último exigir modificaciones a los procedimientos con el objeto de poder evaluar adecuadamente el riesgo de la cartera. Toda la información derivada de los análisis de crédito que efectuó El Cliente deberá proporcionarse al Banco Factor, en la medida y forma en que este último la solicite o requiera por escrito obligándose el Cliente por este medio a cumplir esta obligación a la mayor brevedad posible. No obstante lo anterior, el banco Factor es el único responsable ante la Superintendencia de Bancos de la información y de los expedientes de las diferentes acreduñas factoradas. **DECIMA PRIMERA:** El señor **JEAN CARLO GONZALEZ COTO**, en representación de la entidad Los Créditos, Sociedad Anónima, señala como lugar para recibir notificaciones, citaciones o emplazamientos la veinte calle número cinco guión cincuenta, zona catorce de esta ciudad capital; por otro lado el señor **PAUL ARMANDO PEREZ PEREZ**, en representación de Banco Q, Sociedad Anónima, señala como lugar para recibir notificaciones, citaciones o emplazamientos la dieciocho calle cinco guión cero seis, zona quince, Vista Hermosa II, de esta ciudad capital. Las partes también acuerdan que: a) renuncian al fuero de su domicilio sometiéndose a la jurisdicción y Tribunales del Departamento de Guatemala; b) reconocen que el presente contrato constituye título ejecutivo y en caso de no ser suficiente el Cliente, se



obliga a proporcionar al Banco cualquier documento que fuere necesario para ese efecto, c) aceptan como buenas y exactas las cuentas que Banco Q, Sociedad Anónima le presente a El Cliente acerca de este negocio y como cantidad líquida, exigible y de plazo vencido la que se le demande; d) Aceptan cualquier embargo que se trabé sobre los bienes que señale Banco Q, Sociedad Anónima, sin sujeción a orden legal alguno. Las partes contratantes, convienen que todos los conflictos que surjan del presente contrato, tanto durante su vigencia, como a la terminación del mismo, por cualquier causa, deberán ser resueltos a través de un proceso de conciliación, por un conciliador nombrado por el CENTRO DE ARBITRAJE Y CONCILIACION, (en adelante denominado "CENAC"). A este respecto pactan que si ya hubieren transcurridos treinta días sin llegar a un acuerdo, la controversia será resuelta mediante un arbitraje de equidad. Tanto la conciliación como el arbitraje acordados en esta cláusula, serán administrados por CENAC y se llevarán a cabo de conformidad con su Reglamento de Arbitraje y Conciliación, el cual las partes contratantes aceptan desde ya en forma irrevocable. **DECIMA SEGUNDA:** El señor **PAUL ARMANDO PEREZ PEREZ**, en representación de BANCO Q, SOCIEDAD ANONIMA y el señor **JEAN CARLO GONZALEZ COTO**, en representación de la entidad LOS CRÉDITOS, SOCIEDAD ANONIMA manifiestan su conformidad con todas y cada una de las cláusulas y estipulaciones de este contrato. Yo, el Notario autorizante **DOY FE:** De todo lo expuesto, de haber tenido a la vista la documentación relacionada en el presente instrumento público y que leí el contenido íntegro del contrato a los otorgantes quienes concederlos del contenido del mismo, su objeto, validez y advertidos de sus efectos legales, lo aceptan, ratifican y firman.



NUMERO VEINTIUNO (21).- En la ciudad de Guatemala, el siete de noviembre de dos mil ocho, **ANTE MI**, la Suscrita Notaria, comparecen: **XENA GUTEMBERG STEL**, de treinta años de edad, casada, guatemalteca, Administradora de Empresas, de este domicilio, persona de mi anterior conocimiento, quien comparece en su calidad de Gerente General, y como tal, en representación legal de la entidad "**EQUIPOS MULTIPLES, SOCIEDAD ANONIMA**", personería que acredita con: a) la escritura constitutiva de dicha entidad, numero veinte, autorizada en esta ciudad por la Notaria María Eugenia Leonardo Paz, con fecha veinticinco de enero de mil novecientos noventa y dos, la cual se encuentra debidamente inscrita en el Registro Mercantil General de la República bajo el número mil, folio doce del libro trescientos de Sociedades Mercantiles y b) acta notarial en que consta su nombramiento, autorizada en esta ciudad por el Notario José Luis Rodríguez Ramos con fecha dos de septiembre de dos mil ocho, la cual se encuentra debidamente inscrita en el Registro Mercantil General de la Republica bajo el número siete, folio cuatrocientos del libro doscientos de Auxiliares de Comercio; y **JULIO CESAR IGLESIAS DEL CID**, de cuarenta años de edad, casado, guatemalteco, Economista, de este domicilio, persona de mi conocimiento, quien actúa en su calidad de Gerente General, y como tal, en representación legal de la entidad "**BANCO COMERCIAL, SOCIEDAD ANONIMA**", personería que acredita con: a) la escritura constitutiva número quince, de fecha trece de marzo de mil novecientos noventa y nueve, autorizada por el Notario Jorge Arana Portillo, en esta ciudad, la cual se encuentra debidamente inscrita en el Registro Mercantil General de la República bajo el número doscientos, folio trescientos, del libro diez de Sociedades Mercantiles, b) acta notarial en que consta su nombramiento como Gerente General, fraccionada por el Notario Álvaro Saúl Marzano Rivera el día quince de febrero de dos mil ocho, debidamente inscrita en el Registro Mercantil General de la República bajo el número siete, folio ocho del libro doscientos de Auxiliares de Comercio y c) acta en que consta la resolución de fecha siete de octubre de dos mil ocho, del Consejo de Administración de dicha entidad, por la cual faculta al compareciente, en la calidad con que actúa, para la celebración del presente acto. Como Notaria, **HAGO CONSTAR**: a) que tuve a la vista los documentos de



identificación personal y de acreditamiento de la personería antes relacionada; b) que las personerías que se ejercitan son suficientes a mi juicio y de conformidad con la ley para la celebración del presente acto; c) que ambos comparecientes me aseguran ser de las generales anteriormente mencionadas y encontrarse en el libre ejercicio de sus derechos civiles, manifestándome en español que por el presente acto comparecen a otorgar **CONTRATO DE FACTORING**, de conformidad con las siguientes cláusulas:

PRIMERA: Manifiesta la señora **XENA GUTEMBERG STEL**, en la calidad con que actúa, a quien en lo sucesivo se le denominara "el adherente", que el giro ordinario de su representada es la elaboración y venta al por mayor de artículos de oficina y papelería, motivo por el cual suscribe contratos de suministro de dichas mercaderías con diversas entidades que lo soliciten. **SEGUNDA:** Continúa manifestando el adherente, que por el presente contrato otorga al **BANCO COMERCIAL, SOCIEDAD ANONIMA** la calidad de "Factor", con el objeto de que este gestione por su cuenta y riesgo el cobro de los créditos adeudados al adherente por las entidades que se constituyan como sus clientes deudores, debiendo además prestar el servicio especial de producción de facturas, previo acuse de recibo de las mercaderías por parte de las entidades deudoras, las cuales se utilizaran para cobrar los referidos créditos.

TERCERA: El adherente se compromete a transmitir exclusivamente al **BANCO COMERCIAL, SOCIEDAD ANONIMA**, en su calidad de factor, la totalidad de los créditos presentes y futuros constituidos a su favor por sus clientes, con el objeto de que cumpla con las obligaciones que el presente contrato le impone. **CUARTA:** El plazo del presente contrato es de tiempo indefinido, pudiéndose dar por terminado por el incumplimiento de alguna de las partes de cualquiera de las obligaciones que les corresponden, o por la decisión de una de ellas, previa notificación a la otra con una anticipación de por lo menos treinta días. **QUINTA:** Manifiesta el señor **JULIO CESAR IGLESIAS DEL CID**, en la calidad con que actúa, que su representada expresamente acepta y se compromete a gestionar y cobrar, por su cuenta, los créditos concedidos por el adherente a sus clientes, adquiriendo el riesgo del impago. **SEXTA:** Además de las ya estipuladas, el factor tendrá las siguientes obligaciones: a) Realizar toda clase de diligencias necesarias para la obtención del pago de los créditos, incluso por la vía judicial de ser necesario; b) Faccionar las respectivas facturas para el cobro de los



créditos cedidos, previa aprobación de los mismos; c) Asumir el riesgo de insolvencia de los deudores, sin poder recurrir contra el adherente; d) Depositar dentro de los tres primeros días de cada mes, en la cuenta de depósitos monetarios número mil quinientos guión ochocientos mil guión tres, del Banco Comercial, Sociedad Anónima, el monto total de la amortización de los créditos que reciba mensualmente.

SEPTIMA: El adherente tendrá las siguientes obligaciones: a) Remunerar al factor con una comisión del siete por ciento sobre cada depósito efectuado en la cuenta de depósitos monetarios identificada en la cláusula anterior, la cual deberá hacerse efectiva dentro de los diez días siguientes de efectuarse dichos depósitos, en las oficinas centrales del factor, ubicadas en la quinta avenida veinte guión treinta y uno, zona trece de esta ciudad; b) Ceder al factor la totalidad de las facturas de sus operaciones comerciales con sus clientes; c) Permitir el control y verificación de su situación contable por parte del factor, en la forma que este lo considere conveniente; d) Notificar a sus clientes de la transferencia de los créditos al factor, con el objeto de que para que el pago se tenga por efectuado sea entregado directamente al factor.

OCTAVA: En caso de incumplimiento por parte del factor de las obligaciones que el presente contrato le impone, estará sujeto a las responsabilidades civiles provenientes de los daños y perjuicios que causare al adherente, sin perjuicio de poder dar por terminado el presente contrato. **NOVENA:** En cuanto al incumplimiento por parte del adherente: a) La omisión de las obligaciones pactadas en los contratos de suministro con sus clientes por parte del adherente, libera totalmente al factor de cualquier responsabilidad, dándose por terminado el presente contrato, sin eximir al adherente del pago de la comisión pactada sobre la cantidad dineraria aun pendiente de ser satisfecha por las entidades deudoras; b) El incumplimiento del adherente en la remuneración de los servicios prestados por el factor, le da derecho a este de resarcir su remuneración con el próximo cobro que efectúe. **DECIMA:** Todos los gastos que cause la presente negociación o que en forma directa o indirecta provengan de la misma, serán a cargo del factor. **DECIMA PRIMERA:** Ambos comparecientes, en la calidad con que cada uno actúa, aceptan todas y cada una de las cláusulas del presente instrumento público. Yo, la Notaria, **DOY FE:** a) de todo lo expuesto; b) que tuve a la vista la documentación antes relacionada; c) de haber dado íntegra lectura de

lo escrito a los comparecientes, quienes bien enterados de su contenido, objeto, validez y demás efectos legales, lo aceptan, ratifican y firman.





**BIBLIOGRAFIA**

ACOSTA, Miguel. **La banca múltiple**. México: Editorial Parma, 1981.

ARIAS-SCHREIBER, Max Pezet. **Contratos modernos**. Lima, Perú: Gaceta Jurídica editores, 1999.

Aspectos Generales para elaborar una tesis profesional o una investigación documental. Guatemala: Colección No, 11 USAC Facultad de Ciencias Económicas, febrero de 1991.

Banco de Guatemala. **Memoria de labores de julio a diciembre de 1946**. Guatemala: Imprenta Universitaria, 1946.

BARRENECHEA, Jon. IRIARTE, Ainoa y FERRER, Miguel. **Los contratos más utilizados en la empresa**. España: Ediciones Deusto, 2005.

BENITO FAJRE, José. **Contratos financieros. Factoring**. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1999.

CABALLERO, Gaspar. **Los consorcios públicos y privados**. Bogotá: Editorial Temis, 1985.

CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario de derecho usual**. Buenos Aires, 1977.

CABEZAS, Horacio. **Metodología de la investigación** Guatemala: 5ª. impresión. Editorial Piedra Santa, 2002

FARINA, Juan. **Contratos comerciales modernos**. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1993.

GARRIGUES, Joaquín. **Contratos bancarios**. 2ª. Ed. Madrid: Imprenta Aguirre, 1975.

GARRIGUES, Joaquín. **Curso de derecho mercantil**. Bogotá: Editorial Temis, 1987



- GHERSI, Carlos. **Contratos civiles y comerciales**. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1994.
- GOLDSCHMIED, Leo. **Historia de la banca**. México: Editorial U.T.E.H.A, 1961.
- GORDILLO CASTILLO, Enrique, **Guía general de estilo para la presentación de trabajos académicos**. Guatemala: Centro de Estudios Urbanos y Regionales, Universidad de San Carlos de Guatemala, 2002.
- GUTIÉRREZ, Luis. **Apuntes de derecho mercantil**. Tegucigalpa: Imprenta López, 1971.
- KIRKLAND, Edward. **Historia económica de los Estados Unidos**. México: Fondo de Cultura Económica, 1947.
- LONDOÑO Hoyos, Fernando y GLEN DE TOBON, Maricielo. **Naturaleza y estructura jurídica de la banca en América latina**. Colombia, Bogotá: Editorial Nelly, 1979.
- MARCASE, Roberto. **El banco nuestro de cada día**. Bogotá: Editorial AP, 1978.
- MONTILLA, Rafael. **Derecho mercantil**. México: Editorial Porrúa, 1963.
- OSORIO RUIZ, Zaida. **Contratos comerciales, empresariales y el arbitraje**. Lima, Perú: Editorial IDEMSA, 2002.
- OSSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**. Buenos: Editorial Heliasta, 2000.
- OTAEGUI, Julio. **De los contratos de colaboración empresarial. revista de derecho comercial y de obligaciones**. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1983.
- PAZ ÁLVAREZ, Roberto. **Teoría elemental del derecho mercantil guatemalteco**. Guatemala: Editorial Aries, 1998.



- PUENTE, Antonio y CALVO, Octavio. **Derecho mercantil**. México: Editorial Banca y Comercio, 1950.
- QUINTANA, Roberto. **Apuntes sobre el desarrollo monetario de Guatemala**. Guatemala: Banco de Guatemala, 1971.
- ROCCO, Alfredo. **Principios de derecho mercantil**. México: Editorial Banca y Comercio, 1966.
- RODRÍGUEZ Y RODRÍGUEZ, Joaquín. **Derecho mercantil**. México: Editorial Porrúa, 1980.
- SÁNCHEZ FERNÁNDEZ VALDERRAMA, José Luis. **El Factoring. Tesis Doctoral**. Madrid: Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 1972.
- STANCANELLI, Néstor. **Los consorcios en el derecho administrativo**. Madrid: Editorial Bosch, 1972.
- SAYERS, Ruy. **La banca moderna**. México: Fondo de Cultura Económico, 1968
- SUPINO, David. **Derecho mercantil**. Madrid: Editorial La España Moderna, 1965.
- THOM, John. **Money and bankin**. Estados Unidos de América: Editorial Appleton and Company, 1924.
- URIA, Rodrigo. **Derecho mercantil**. Madrid: Editorial Silverio, 1962.
- VÁSQUEZ, Reynerio. **Investigación documental (investigación científica)**. Impreso en Guatemala, Centroamérica. Ediciones Educativas, enero de 1997.
- VÁSQUEZ, Edmundo. **Instituciones del derecho mercantil**. Guatemala: Editorial Serviprensa, 1978.



VICENTE Y GELLA, Agustín. **Introducción al derecho mercantil comparado**. México: Editora Nacional, 1956.

VILLEGAS, Carlos. **Régimen legal de bancos**. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1978.

VILLEGAS LARA, René Arturo. **Derecho mercantil guatemalteco**. Guatemala: Editorial Universitaria, 2000.

VIVANTE, Cesar. **Tratado de Derecho Mercantil**. Madrid: Editorial Reus, 1932.

ZALDIVAR, Enrique y RAGAZZI, Guillermo. **Contratos de colaboración empresarial**. Buenos Aires: Editorial Abeledo-Perrot, 1986.

Legislación:

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

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

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

Ley Orgánica del Banco de Guatemala, Decreto número 16-2002 del Congreso de la República.

Ley de Bancos y Grupos Financieros, Decreto número 19-2002 del Congreso de la República.