

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

**LA OPERATIVIDAD DE UNA ENTIDAD ASEGURADORA EXTRANJERA EN EL PAÍS
DE CONFORMIDAD CON LA LEGISLACIÓN INTERNA**



ELENA ELIZABETH VÁSQUEZ RÍOS

GUATEMALA, NOVIEMBRE 2010

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

**LA OPERATIVIDAD DE UNA ENTIDAD ASEGURADORA EXTRANJERA EN EL PAÍS
DE CONFORMIDAD CON LA LEGISLACIÓN INTERNA**



TESIS

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

ELENA ELIZABETH VÁSQUEZ RÍOS

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Guatemala, noviembre de 2010.

**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. Luis Fernando López Díaz
VOCAL IV:	Br. Mario Estuardo León Alegría
VOCAL V:	Br. Luis Gustavo Ciraiz Estrada
SECRETARIO:	Lic. Avidán Ortiz Orellana

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



Guatemala, 24 de octubre de 2008



Licenciado

Carlos Manuel Castro Monroy

Coordinador 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 providencia emitida por esa unidad, mediante nota del 07 de octubre de 2008, en donde se me designa como asesor del trabajo de tesis de la estudiante **Elena Elizabeth Vásquez Ríos**, cuyo tema es intitulado: "**LA OPERATIVIDAD DE UNA ENTIDAD ASEGURADORA EXTRANJERA EN EL PAIS DE CONFORMIDAD CON LA LEGISLACIÓN INTERNA**". A efecto de lo anterior me permito emitir el dictamen solicitado:

- 1 El tema objeto de investigación es bastante meritorio y de interés; la función social del seguro es garantizar a las personas individuales o jurídicas la subsistencia de los beneficiarios o la reposición del patrimonio objeto de destrucción o pérdida, como consecuencia de eventualidades fortuitas o en las que no interviene la voluntad del asegurado o beneficiario.
- 2 Este trabajo, adquiere importancia puesto que es una temática sobre la cual no se ha profundizado, además que la globalización nos ha impuesto formas y mercados a los que debemos estar preparados y permitir que otros sectores tengan acceso a los seguros, mejorando su nivel de vida.



- 3 Se le brindó a la estudiante la asesoría que se requiere para realizar la investigación, fue un proceso de varias cesiones hasta llegar a la versión final; el trabajo de tesis se ajusta a los requerimientos científicos y técnicos, la metodología y técnicas de investigación utilizadas, la redacción y conclusiones, recomendaciones y bibliografía utilizada son congruentes con los temas desarrollados en la investigación. Se han llenado los requisitos establecidos en el artículo 32 del normativo para la elaboración de tesis de licenciatura en la facultad de ciencias jurídicas y sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala.

- 4 Considerando que en el trabajo indicado se observan todos los requisitos que el reglamento de la facultad establece, no tengo inconveniente en emitir el **Dictamen Favorable**, dando mi aprobación del trabajo de tesis que he asesorado para que continúe con la etapa del trámite administrativo para su conclusión.

Atentamente,

Lic. Estuardo Castellanos Venegas
Asesor
Colegiado 7,706

Lic. Estuardo Castellanos Venegas
ABOGADO Y NOTARIO



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

Atentamente, pase al (a la) LICENCIADO (A) ARMANDO CONTRERAS GARCÍA, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante ELENA ELIZABETH VÁSQUEZ RÍOS, Intitulado: "LA OPERATIVIDAD DE UNA ENTIDAD ASEGURADORA EXTRANJERA EN EL PAÍS DE CONFORMIDAD CON LA LEGISLACIÓN INTERNA".

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/ragm

LIC. ARMANDO CONTRERAS GARCÍA
Abogado y Notario

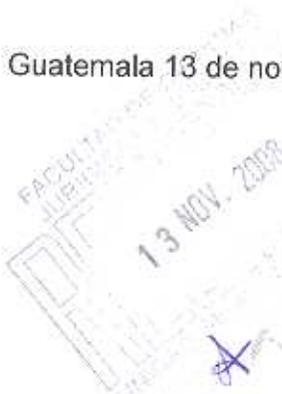


Guatemala 13 de noviembre de 2,008.

Licenciado

Carlos Manuel Castro Monroy

Coordinado de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas Y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Presente.



Lic. Castro Monroy:

Atentamente me dirijo a usted, para informarle que en cumplimiento de lo dispuesto en la resolución de fecha siete de octubre de dos mil ocho, procedí a revisar el trabajo de tesis de la estudiante **ELENA ELIZABETH VASQUEZ RIOS**, el cual se denomina: **"LA OPERATIVIDAD DE UNA ENTIDAD ASEGURADORA EXTRANJERA EN EL PAIS DE CONFORMIDAD CON LA LEGISLACIÓN INTERNA"**.

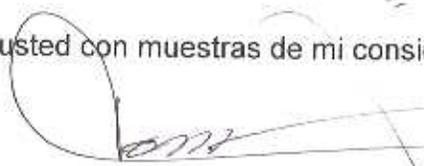
La Estudiante, desarrolla un tema de mucho interés social su importancia radica en que va enfocado al incremento de la oferta de seguros en el país, incentivando y promoviendo la competencia; por ende la reducción de costos, con lo cual otros niveles o sectores de la población puedan tener acceso a este tipo de servicios; para nuestra rama de conocimiento como lo es el derecho, tiene vital importancia ya que es una temática aun poco explorada, también tiene incidencia en otras áreas, como lo es la economía. 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 informe, el mismo se ajusta a los requerimientos científicos y técnicos, la metodología y técnicas de investigación utilizadas llenan los requisitos establecidos en el Artículo 32 del Normativo para la elaboración de tesis de Licenciatura en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala.

Dado lo anterior, 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,


Lic. Armando Contreras García
Revisor
Colegiado 3,828





DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Guatemala, once de marzo del año dos mil nueve.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del trabajo de Tesis del (de la) estudiante ELENA ELIZABETH VÁSQUEZ RÍOS, Titulado LA OPERATIVIDAD DE UNA ENTIDAD ASEGURADORA EXTRANJERA EN EL PAÍS DE CONFORMIDAD CON LA LEGISLACIÓN INTERNA. 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/nnmr.



DEDICATORIA

A DIOS: De quien soy deudora por todos los triunfos alcanzados y por alcanzar, y, a quien atribuyo toda la gloria, la honra. Por su grandeza y poder mi gratitud, por permitirme culminar con éxito mi carrera profesional.

A MIS PADRES: Teodulo Julián Vásquez Beltetón (+) por inculcarme la superación profesional, por sus sabios consejos, aunque ahora ya no este presente su recuerdo perdurará por siempre y a Maria Elena Ríos Ramírez por todo su amor, comprensión y su apoyo incondicional en todos los momentos de mi vida, los adoro son parte de este éxito.

A: Aparicio Villatoro, le doy gracias infinitas a nuestro Dios por haberme dado el mejor esposo, porque durante todo este tiempo de esfuerzo ha sido mi soporte moral, por su paciencia, comprensión, en agradecimiento por su ejemplo, amor y sobre todo por sus palabras de fortaleza, te amo.

A MIS HIJOS: Andy Alfredo, Nathalie Stephanie, Aparicio Julián, a quienes dedico y entrego todos mis logros y metas, ustedes constituyen mi principal tesoro, me alientan a esforzarme cada día más. Los amo.

A MIS HERMANOS: Gilma Friné y Julio Alberto, por demostrarme que soy una persona importante en sus vidas acompañándome incondicionalmente en mis anhelos e ideales, porque en todos los momentos de mi vida han compartido mis alegrías y tristezas, por ser grandes, mejores y sinceros amigos de mi vida.

A MIS SOBRINOS: Bryan Estuardo, Victoria Friné y Jared Julio con mucho cariño.

A MIS TIAS Y PRIMAS (OS): Gracias por el cariño que siempre me han brindado.

A: Ninfa y Angélica Villatoro, Luis Carlos Villatoro, Evelyn Vásquez, gracias por su cariño, apoyo incondicional y por sus oraciones.

A LAS FAMILIAS: RÍOS RAMIREZ, VÁSQUEZ BELTETÓN, VILLATORO VILLATORO, por todo el apoyo moral y constante, gracias por su cariño.

A los profesionales: Marisol Morales Chew, Ricardo Alvarado, Héctor Marroquín, Erick Santiago De León, Carlos Castro, Estuardo Castellanos Venegas, Armando Castillo Ayala, Armando Contreras García, por los conocimientos transmitidos para desempeñar tan honrosa profesión.

A CAN AM: Gracias por todo el apoyo que se me brindó para culminar este logro, en especial al Ingeniero Rodolfo Roulet.

A MIS AMIGAS: Por su amistad y cariño en todo momento. Hago extensiva esta dedicatoria a todas las personas que de alguna u otra manera me han ayudado a llegar a donde estoy. Gracias por su confianza y apoyo. En especial a Mayra Arenas, Nancy Paola, Mavis Olinda, Alma Lily, Madeleine Lopez, Ingrid de Sarti, Norma Santos, Lorena de Villatoro, Karleny Morfin, Mildred Martínez y Patricia Rodríguez.

A:

LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA por ser formadora de hombres y mujeres íntegros y de espíritu fuerte, en especial a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.

ÍNDICE

Introducción	i
--------------------	---

CAPÍTULO I

1. Comercio.....	1
1.1 Antecedente	1
1.1.1 Edad Antigua.....	1
1.1.2 Derecho romano.....	2
1.1.3 Edad Media.....	2
1.1.4 Edad Moderna.....	3
1.2 Concepto.....	5
1.2.1 Tipo de comercio.....	6
1.3 El comercio como actividad humana.....	7
1.4 La libertad de comercio en el derecho guatemalteco.....	9
1.4.1 Definición.....	10
1.4.2 Regulación del comercio internacional.....	12
1.4.3 Orígenes del comercio internacional moderno.....	13

CAPÍTULO II

2. El derecho mercantil.....	15
2.1 Antecedentes.....	15
2.2 Codificación del derecho mercantil	16
2.2.1 Edad Antigua.....	16
2.2.2 Edad Media.....	17
2.2.3 Edad Moderna.....	19
2.2.4 La nueva España.....	21
2.3 Concepto.....	21
2.4 Naturaleza jurídica.....	22
2.5 Principios del derecho mercantil.....	22
2.6 Características del derecho mercantil.....	23

2.7	Sujetos del derecho mercantil.....	24
2.7.1	Comerciante individual.....	25
2.7.1.1	Características.....	25
2.7.1.2	Requisitos.....	25
2.7.1.3	¿Puede el extranjero ser comerciante individual?.....	26
2.7.1.4	Exclusiones para ser comerciante.....	26
2.7.1.5	Obligaciones profesionales del comerciante.....	27
2.7.2	Comerciante social.....	27
2.7.2.1	Definición.....	27

CAPÍTULO III

3.	La sociedad mercantil.....	29
3.1	Aspectos históricos.....	29
3.2	Concepto.....	29
3.2.1	Concepto legal.....	30
3.3	Personalidad jurídica.....	31
3.4	Tipos de sociedades.....	33
3.4.1	Atendiendo a la importancia del capital aportado.....	33
3.4.1.1	Sociedades de personas.....	33
3.4.1.2	Sociedades de capital.....	33
3.4.2	Atendiendo al grado de responsabilidad del socio frente a las obligaciones de la sociedad	34
3.4.2.1	Sociedades de responsabilidad ilimitada.....	34
3.4.2.2	Sociedades de responsabilidad limitada.....	34
3.4.3	Por la forma de representar el capital.....	35
3.4.4	Sociedades por acciones.....	35
3.4.5	Sociedades por aportaciones, partes de intereses o cuotas.....	35
3.4.6	Sociedades de capital fijo y capital variable.....	36
		Pág.
3.4.6.1	Sociedades de capital fijo.....	36
3.4.6.2	Sociedades de capital variable.....	36
3.4.7	Sociedades irregulares y sociedades de hecho.....	36
3.4.7.1	Sociedad irregular	36

3.4.7.2 Sociedades de hecho.....	37
3.5 La sociedad anónima.....	37
3.5.1 Características que le asigna la doctrina.....	37
3.5.2 Capital.....	38
3.5.3 Accionistas.....	38
3.5.4 Otros títulos que puede emitir la sociedad anónima.....	40
3.5.4.1 Bonos de fundador.....	40
3.5.4.2 Cupones.....	40
3.5.5 Administración.....	40
3.5.5.1 Los gerentes.....	42
3.5.5.2 Impugnaciones.....	43
3.5.6 Asambleas.....	43
3.5.6.1 Asamblea general ordinaria.....	43
3.5.6.2 Asamblea general extraordinaria.....	44
3.5.7 Fiscalización.....	45

CAPÍTULO IV

4. La actividad aseguradora.....	47
4.1 Limitaciones.....	48
4.2 Antecedentes históricos del seguro.....	49
4.3 El seguro, conceptos y funciones.....	56
4.4 Concepto.....	56
4.5 Función del seguro.....	59
4.6 Elementos de las operaciones de seguro.....	61
4.7 Las sociedades aseguradoras.....	61
4.7.1 Características.....	63
4.7.2 Operaciones que realiza.....	64
4.7.3 Los procesos que se desarrollan en las entidades de seguros.....	65
4.8 Constitución y autorización de una empresa de seguros.....	65
4.8.1 Trámite.....	67

4.9 Sociedades aseguradoras extranjeras.....	70
4.9.1 Agencias.....	71
4.9.2 Sucursales.....	72

CAPÍTULO V

5. Análisis sobre la viabilidad de operaciones en Guatemala de una empresa aseguradora constituida en el extranjero.....	75
5.1 Generalidades.....	75
5.2 La Constitución Política de la República y las agencias o sucursales de las empresas aseguradoras.....	76
5.3 Las agencias o sucursales de empresas aseguradoras constituidas en el extranjero y el ordenamiento legal ordinario.....	82
5.4 Las agencias o sucursales de empresas aseguradoras constituidas en el extranjero, distancia entre ley y realidad.....	83
CONCLUSIONES.....	85
RECOMENDACIONES.....	87
BIBLIOGRAFÍA.....	89

INTRODUCCIÓN

Este trabajo de investigación refleja las inquietudes surgidas con relación a la oferta de productos que en el ramo de seguros presentan las agencias extranjeras; a las cuales los guatemaltecos no tienen acceso, pues la normativa vigente prohíbe el funcionamiento de agencias o sucursales de empresas aseguradoras extranjeras en Guatemala.

Ante el planteamiento anterior y con el fin de establecer la viabilidad jurídica para operar una agencia o sucursal de empresa aseguradora extranjera en el país, en este trabajo se aportan elementos de conocimiento, teóricos, legales y sociales mediante los cuales se analiza la citada problemática.

Se tomaron como base los métodos inductivo, sintético y analítico; así como la técnica de investigación bibliográfica; se arribó a la conclusión que confirma la hipótesis planteada, en el sentido que la investigación arroja datos reales y objetivos que demuestran que en la realidad, la limitación contenida en la Ley Sobre Seguros no es congruente con la apertura democrática que vive actualmente Guatemala, así como a los cambios que exige la globalización; siendo necesaria una adaptación y homogenización de las normas jurídicas internas que rigen el comercio y tráfico mercantil en Guatemala.

Este estudio se estructuró en cinco capítulos, de la siguiente manera: El primero, se refiere al comercio, sus antecedentes, conceptos y formas de comercio; el segundo, se circunscribe específicamente al derecho mercantil, sus orígenes, definiciones, principios y características. En el tercero, se hace un estudio de la sociedad mercantil, antecedentes, conceptos, clases, elementos, la sociedad constituida en el extranjero; el cuarto capítulo trata la actividad aseguradora, sus funciones, su concepto, regulación nacional e internacional y las empresas que prestan el servicio de seguro; y, en el último y quinto capítulo, se hace un análisis de la viabilidad de operaciones en Guatemala de una empresa aseguradora constituida en el extranjero.

Se espera que este trabajo cumpla con las expectativas, fines y objetivos buscados y que sirva como material de apoyo y consulta a quien investigue este tema.

CAPÍTULO I

1. Comercio

1.1 Antecedentes

En la antigüedad no existían sistemas jurídicos en virtud de carecer de normas que regularan el comercio y a los comerciantes, a lo largo de la historia se fueron sentando las bases de las instituciones que se consideran hoy en día como comercio; esto debido a que las circunstancias políticas, económicas, sociales y culturales de la época eran distintas a las actuales y de esa cuenta no se consideraba necesario la existencia de una rama especial para regularlos, toda vez que tales actos constituían una especie indiferente a la totalidad de los actos jurídicos. Las normas reguladoras de los actos considerados ahora como de comercio carecían de autonomía y se encontraban dentro del ámbito de las normas jurídicas generales o, cuando más dentro del derecho privado.

1.1.1 Edad Antigua

En la Edad Antigua se presenta el comercio, como fenómeno económico y social, en todas las épocas y lugares. Aún en los pueblos más antiguos pueden encontrarse normas aplicables al comercio, o más bien, a algunas de las relaciones e instituciones que aquella actividad da origen. Así sucede en los sistemas jurídicos de Babilonia, Egipto, Grecia, Fenicia, Cartago, etc. Sin embargo, en esos sistemas jurídicos no existió un derecho especial o autónomo, propio de la materia mercantil. Es decir, no existió un

derecho mercantil como hoy lo entendemos, sino tan sólo normas aisladas relativas a determinados actos o relaciones comerciales.

Leyes rodias (de la isla de Rodas), que en realidad constituyeron una recopilación de un conjunto de usos sobre el comercio marítimo. Esas leyes alcanzaron fama a través de su incorporación al derecho romano.

1.1.2 Derecho romano

Tampoco puede hablarse de la existencia de un derecho mercantil –especial o autónomo- en el sistema jurídico de Roma. Roma no conoció un derecho mercantil como una rama distinta y separada en el tronco único del derecho privado (*ius civile*), entre otras razones, porque a través de la actividad del pretor fue posible adaptar ese derecho a las necesidades del tráfico comercial.

1.1.3 Edad Media

El derecho mercantil como derecho especial y distinto del común, nace en la Edad Media, y es de origen consuetudinario. El auge del comercio en esa época, el gran desarrollo del cambio y del crédito, fueron entre otras las causas que originaron la multiplicación de las relaciones mercantiles, que el derecho común era incapaz de regular en las condiciones exigidas por las nuevas situaciones y necesidades del comercio.

El nacimiento del derecho mercantil como tal, está ligado íntimamente a la actividad de los gremios o corporaciones de mercaderes que se organizan en las ciudades comerciales medievales para la mejor defensa de los intereses comunes de la clase. Las corporaciones perfectamente organizadas, no solo estaban regidas por sus estatutos escritos, que en su mayor parte recogían prácticas mercantiles, sino que además instituyeron tribunales de mercaderes (jurisdicción consular), que resolvían las cuestiones surgidas entre los asociados, administrando justicia según usos o costumbres del comercio.

Es así que, en el seno de los gremios y corporaciones principalmente en las florecientes ciudades medievales italianas, va creándose un conjunto de normas sobre el comercio y los comerciantes, tendientes a dirimir las controversias mercantiles, normas de origen consuetudinario, que son aplicadas por los cónsules, órganos de decisión de aquellos gremios o corporaciones.

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

1.1.4 Edad Moderna

Fue en Francia donde propiamente se comenzó no solo a comprender y sentir la necesidad reclamada por la actividad del comercio, sino también se satisfizo cumplidamente, asentando la piedra angular sobre la que se ha levantado el edificio del

moderno derecho mercantil, el que desde entonces, emancipándose completamente del derecho romano, del derecho común y de los derechos forales, no solamente ha adquirido una verdadera autonomía jurídica, sino que tiende a obtener un carácter de universalidad internacional, llegando su influencia, como es natural, hasta modificar los preceptos del derecho civil de cada pueblo, pues el cotejo de los diversos códigos mercantiles, su estudio comparativo por los jurisconsultos y su perfeccionamiento constante, conducen inflexiblemente a correcciones del derecho civil, que de todas maneras tiene que estar en armonía con el derecho mercantil de cada Estado.

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

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

1.2 Concepto

“El término comercio proviene del concepto latino commercium y se refiere a la negociación que se entabla al comprar o vender géneros y mercancías. También se denomina comercio a la tienda, almacén o establecimiento comercial y al conjunto o clase de comerciantes.”¹

Debemos entender al comercio como la actividad lucrativa que ejerce cualquier persona física o jurídica, sea en forma individual o colectiva, intermediando directa o indirectamente entre productores y consumidores, con el objeto de facilitar y promover la circulación de la riqueza, se encuentra especialmente reconocido y protegido.

El comercio, en su aceptación económica original, consiste esencialmente en una actividad de mediación o interposición entre productores y consumidores, con propósito de lucro. La conveniente división del trabajo impuso la necesidad de que esa acción

¹www. Monografías. Com

mediadora fuera realizada por personas especializadas, los comerciantes. Así, desde el punto de vista económico es comerciante la persona que profesionalmente practica aquella actividad de interposición, de mediación, entre productores y consumidores.

Según Ossorio, Comercio es una “actividad lucrativa que consiste en intermediar directa o indirectamente entre productores y consumidores, con el objeto de facilitar y promover la circulación de la riqueza.”²

“Se denomina comercio a la actividad socioeconómica consistente en la compra y venta de bienes y servicios, 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.”³

“El comerciante es la persona física o jurídica que se dedica al comercio en forma habitual, como las sociedades mercantiles. También se utiliza la palabra comercio para referirse a un establecimiento comercial o tienda.”

1.2.1 Tipos de comercio

- “Se entiende por comercio mayorista (conocido también como comercio al por mayor o comercio al mayor) la actividad de compra-venta de mercancías cuyo comprador no es consumidor final de la mercancía; la compra con el objetivo de vendérsela a otro comerciante o a una empresa manufacturera que la emplea como materia prima para su transformación en otra mercancía o producto.

² Ossorio, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**. Pág.136

³ es.wikipedia.org/wiki/**Comercio**

- Se entiende por comercio minorista (conocido también como comercio al por menor, comercio al menor, comercio detallista o simplemente al detalle) la actividad de compra-venta de mercancías cuyo comprador es el consumidor final de la mercancía, es decir, quien usa o consume la mercancía.
 - Comercio interior, es el que se realiza entre personas que se hallan presentes en el mismo país, sujetos a la misma jurisdicción; comercio exterior es el que se efectúa entre personas de un país y las que viven en otro.
 - Comercio terrestre, marítimo, aéreo y fluvial, todos hacen referencia al modo de transportar la mercancía y cada una es propia de una rama del derecho mercantil, que llevan el mismo nombre.
 - Comercio por cuenta propia, el que se realiza por cuenta propia, para sí mismo.
 - Comercio por comisión, es el que se realiza a cuenta de otro.
- Comercio de talentos, es el comercio de los dones o habilidades, los comerciantes cambian a un reconocido talento por dinero o por otro talento, ya sea de igual valor o de mayor.”

1.3 El comercio como actividad humana

A lo largo de la historia, el comercio ha sido una actividad que ha acompañado al hombre en esta tierra, pues el individuo presenta una serie de necesidades denominadas satisfactores en términos económicos, los cuales requiere para su desarrollo, mismos que le serán proporcionados a cambio de otorgar el precio fijado para adquirirlos. Por tanto, existe un individuo y una actividad primordial que consiste

poner a disposición del público una serie de satisfactores que pueden ser bienes, mercancías o servicios, con el deseo de obtener una ganancia.

En este contexto, por un lado, se tiene al consumidor, cliente o adquirente, sea persona física o moral que hará uso de los bienes o servicios para satisfacer sus necesidades o deseos y, por el otro se tiene al comerciante o intermediario que funge como un puente entre los bienes y servicios realizando tal actividad con la intención de obtener una ganancia mayor al costo de los mismos. Así, el comercio es la actividad humana caracterizada por la intervención de dos o más partes, el productor, el intermediario y el consumidor con la finalidad de intercambiar un bien, mercancía o servicio mediante la recepción del pago correspondiente.

En la época actual, el comercio ha evolucionado y se realiza a través de medios electrónicos, siendo la Internet la vertiente del ciberespacio que ha impactado en los ámbitos económico, social, cultural, productivo y tecnológico, generando una revolución tecnológica difícil de aplicar y adecuar a una reglamentación electrónica, donde la tecnología influye en los hábitos de comprar, informar, educar, asesorar, utilizando tanto el tiempo de trabajo como de ocio, organizar nuestras vidas, ocasionando con ello una forma de producir que traspasa el poder del vendedor al comprador o del productor al consumidor. Por ello, la velocidad y la precisión en la que se transmite la información, la capacidad de almacenamiento de la misma y la flexibilidad de la organización de la

actividad productiva en forma de red, permite e incrementa a la vez, de manera simultánea, la producción, la productividad y el empleo.”⁴

1.4 La libertad de comercio en el derecho guatemalteco

“El comercio libre es un concepto económico, referente a la venta de productos entre países, libre de aranceles y de cualquier forma de barreras comerciales. El libre comercio supone la eliminación de barreras artificiales (reglamentos gubernamentales) al comercio voluntario entre individuos y empresas de diferentes países.

En una zona de libre comercio los países firmantes del tratado se comprometen a anular entre sí los aranceles en frontera, es decir, los precios de todos los productos comerciales entre ellos serán los mismos para todos los integrantes de la zona, de forma que un país no puede aumentar (mediante aranceles a la importación) el precio de los bienes producidos en otro país que forma parte de la zona de libre comercio.”⁵

“El comercio, entendido como la actividad lucrativa que ejerce cualquier persona física o jurídica, ya sea en forma individual o colectiva intermediando directa o indirectamente entre productores y consumidores, con el objeto de facilitar y promover la circulación de la riqueza se encuentra especialmente reconocido y protegido”⁶ a nivel constitucional por el Artículo 43 de la Carta magna, norma que preceptúa que “el mismo puede

⁴ www.tuobra.unam.mx/publicadas/051005110814-__191_Ex.html - 45k -

⁵ [es.wikipedia.org/wiki/Comercio libre](https://es.wikipedia.org/wiki/Comercio_libre)

⁶ Corte de Constitucionalidad, **Gaceta No. 50**, Pág. 290

ejercerse libremente, salvo-reza la norma- las limitaciones que por motivos sociales o de interés nacional impongan las leyes. (...)”⁷

El comercio internacional

El origen se remonta al intercambio de riquezas o productos de países tropicales por productos de zonas templadas o frías. Conforme se fueron sucediendo las mejoras en el sistema de transporte y los efectos del industrialismo fueron mayores, el comercio internacional fue cada vez mayor debido al incremento de las corrientes de capital y servicios en las zonas más atrasadas en su desarrollo.

1.4.1 Definición

Se define como comercio internacional al intercambio de bienes, productos y servicios entre dos países (uno exportador y otro importador).

Así mismo el comercio exterior se define como el intercambio de bienes y servicios entre dos bloques o regiones económicas. Como por ejemplo el intercambio de bienes y servicios entre la Unión Europea y Centroamérica. Las economías que participan de éste se denominan abiertas. Este proceso de apertura externa se produce fundamentalmente en la segunda mitad del siglo XX, y de forma espectacular en la década de los años 90 al incorporarse las economías latinoamericanas y de Europa del Este.

⁷ Ibid. Pág. 9

Se diferencia el comercio internacional de bienes, mercancías, visible o tangible y el comercio internacional de servicios invisible o intangible. Los movimientos internacionales de factores productivos y, en particular, del capital, no forman parte del comercio internacional aunque sí influyen en este a través de las exportaciones e importaciones ya que afectan en el tipo de cambio.

El intercambio internacional es también una rama de la economía. Tradicionalmente, el comercio internacional es justificado dentro de la economía por la teoría de la ventaja comparativa o por la mayor existencia de productos o bienes intercambiados tendientes a incrementar la oferta en el mercado local.

“El comercio internacional es a menudo restringido por diferentes impuestos nacionales, aranceles, impuestos a los bienes exportados e importados, así como otras regulaciones no monetarias sobre bienes importados. El libre comercio se opone a todas estas restricciones.

Su premisa básica es que las restricciones impuestas por los gobiernos al intercambio voluntario de bienes y servicios perjudican a la economía y disminuyen el volumen de comercio.

Sus defensores se dividen entre los Utilitarios, que defendían el pragmatismo y las ventajas de incrementar el comercio, y los Manchesterianos (o liberales) que defendían

el derecho fundamental de todo hombre a intercambiar libremente su propiedad con nacionales y extranjeros.”⁸

1.4.2 Regulación del comercio internacional

Tradicionalmente, el comercio era regulado mediante acuerdos bilaterales entre dos países. Bajo la creencia en el Mercantilismo, por muchos siglos de que los países imponían altos aranceles y otras restricciones severas al comercio internacional. En el siglo XIX, especialmente en Gran Bretaña, la creencia en el libre comercio tomó fuerza y esta perspectiva ha dominado el cálculo político entre los países occidentales hasta la actualidad. Desde el final de la segunda Guerra Mundial, varios tratados multilaterales han intentado crear una estructura global de regulación comercial.

La mayoría de los países comunistas y socialistas creen en la autarquía, la cual supone la ausencia completa de comercio internacional y la satisfacción de las necesidades económicas mediante la autosuficiencia. A pesar de estas creencias, todos los países se involucran en algún tipo de comercio internacional, ya que es muy difícil para un sólo país satisfacer todas sus necesidades económicas.

Se han utilizado varios instrumentos para operar el comercio internacional. Estos incluyen el arancel, las salvaguardias, las cuotas de exportación e importación y las barreras no arancelarias. Un componente esencial del comercio internacional es el

⁸www.wikipedia.com

transporte internacional de mercancías. Las condiciones y términos del mismo están regulados por los INCOTERMS.

1.4.3 Orígenes del comercio internacional moderno

Aunque el comercio internacional siempre ha sido importante, a partir del siglo XVI empezó a adquirir mayor relevancia; con la creación de los imperios coloniales europeos, el comercio se convirtió en un instrumento de política imperialista. La riqueza de un país se medía en función de la cantidad de metales preciosos que tuviera, sobre todo oro y plata. El objetivo de un imperio era conseguir cuanta más riqueza mejor al menor coste posible. Esta concepción del papel del comercio internacional, conocida como Mercantilismo, predominó durante los siglos XVI y XVII.

El comercio internacional empezó a mostrar las características actuales con la aparición de los Estados nacionales durante los siglos XVII y XVIII. Los gobernantes descubrieron que al promocionar el comercio exterior podían aumentar la riqueza y, por lo tanto, el poder de su país. Durante este periodo aparecieron nuevas teorías económicas relacionadas con el comercio internacional, las cuales no desarrollan pues no constituyen el objeto principal de este trabajo.

CAPÍTULO II

2. El derecho mercantil

2.1 Antecedentes

El surgimiento del derecho mercantil lo podemos ubicar en el Código de Hammurabi (1691 a. C.), que entre otras cosas regula la asociación, el crédito y la navegación.

La actividad comercial de los fenicios dio nacimiento a las modalidades sociales de los puertos y a un gran avance en el derecho mercantil marítimo.

Los romanos crearon figuras de derecho mercantil que se mantienen hasta nuestros días, como la actio institoria, por medio de la cual se permitía reclamar al dueño de un negocio mercantil el cumplimiento de las obligaciones contraídas por la persona que se había encargado de administrarla.

En la Edad Media el derecho mercantil fue regulado por varios fueros y ordenanzas sin tener un carácter especial, pero en el siglo XI, en Italia, algunos juristas comenzaron a estudiarlo de manera autónoma, creándose así un incipiente Diritto Commerciale Italiano.

La primera disciplina completa del derecho mercantil nació en Francia, y fue la "Ordenanza del Comercio" de 1673, dictada bajo el régimen de Luis XIV.

Uno de los documentos históricos más importantes es el Código de Comercio Napoleónico, de 1802, que se extendió a todas las naciones conquistadas, llegando incluso su influencia a América Latina.

2.2 Codificación del derecho mercantil

2.2.1 Edad Antigua

“El nacimiento del derecho mercantil, el cual casi nada debe ni a la antigüedad ni a la legislación romana, debiendo considerarse más bien como una creación de los tiempos modernos, apenas preparadas por algunas costumbres introducidas en la Edad Media.

El comercio, como fenómeno económico y social, se presenta en todas las épocas y lugares, aun en los pueblos más antiguos pueden encontrarse normas aplicables al comercio, así sucede en los sistemas jurídicos de Babilonia, Egipto, Grecia, Fenicia, Cartago, etc. Sin embargo en estos pueblos solo se encontraron normas aisladas relativas a determinados actos o relaciones comerciales.

El primer cuerpo de derecho mercantil de que relata la historia, son las leyes marítimas de los Rhodios. Estas leyes que llegaron a formar un cuerpo de legislación reguladora del comercio marítimo, en el que ocupa el primer lugar tres siglos antes de Cristo en todo el mediterráneo, por este motivo, esta legislación debió haber ejercido grande influencia sobre la de los demás pueblos marítimos y muy particularmente en el Derecho

de los romanos, con quienes los rhodios cultivaron relaciones pacíficas, hasta que la isla fue reducida a provincia romana, sin embargo, fuera de los fragmentos que de esa legislación Rhodia existen en los monumentos del Derecho Romano, ningún otro documento se creó.

2.2.2 Edad Media

Derrumbado el imperio romano de occidente y durante toda la era de las invasiones, la anarquía más espantosa se enseñoreó de Europa y ante las nuevas condiciones de vida (como el feudalismo) el magistral Derecho Romano, resulto insuficiente; surgió entonces, un nuevo derecho, constituido primero por la costumbre, cristalizado después en ciertas leyes escritas, que recibieron el nombre de estatutos y cuyo conjunto forma el llamado derecho estatutario el cual sentó algunas de las bases sobre las cuales se cimentó más adelante el derecho mercantil como tal.

La necesidad de someter las costumbres a las formas precisas del derecho escrito, se dejó sentir principalmente en el comercio de mar, y ello explica que a éste se refieran las compilaciones más importantes y de observancia más general que entonces se formaron.

El Consulado del Mar es un conjunto de reglas a que los cónsules, o sea los jueces en asuntos marítimos debían ajustar sus decisiones, esta compilación alcanzó una autoridad célebre. No se conoce a punto fijo, la fecha en que esta colección fue redactada, aunque los más suponen que lo fue en el siglo XIII. Marsella y Barcelona se

disputan el lugar de su nacimiento, pero es muy probable que su origen sea barcelonés; esta obra en definitiva fue una reproducción de las costumbres vigentes en todos los países ribereños del mediterráneo y por esto fue aplicado por largos años en los puertos del mediterráneo occidental.

Si el Consulado del Mar contenía el derecho vigente en el mediterráneo, el del océano se consignó en los Juicios o Roolos de Olerón, escritos al parecer en el siglo XII por un escribano del tribunal marítimo de la isla de Olerón que tenía a su cargo registrar las sentencias del tribunal en rollos de pergamino (de ahí viene el nombre de rooles con que esta colección es designada) y aunque si regularon el comercio marítimo, sobre todo en la costa atlántica francesa, dista mucho en importancia con el Consulado del Mar.

Durante el siglo XV surgió una compilación con el nombre de Leyes de Wisby aparentemente escrita en la isla de Gothland, cuya influencia se limitó a los mares del Norte, más específicamente a los de Suecia y Dinamarca, esta obra realizada por los negociantes y patronos de barcos de esa isla dista de ser original ya que mas bien es una adaptación o traducción de los Roolos, y por esto su importancia es mínima en comparación con estos y con el Consulado.

Ya para finales de la Edad Media en el siglo XVI un autor desconocido redactó en Ruán una compilación conocida como el Guidon de la Mer; esta obra no es como las anteriores una exposición integral concerniente al derecho marítimo, pues tiene como especial objeto reglamentar el contrato de seguro, que sin duda había adquirido un gran

desarrollo después de las compilaciones antes referidas, que no lo mencionan para nada.

En España surgieron legislaciones en esta materia a manera de ordenanzas, como son las de Burgos (1538), Sevilla (1554) y más tarde las de Bilbao (1737).

Ninguna de las compilaciones antes mencionadas tuvo fuerza obligatoria, en cuanto a que no eran sancionadas por el poder público. El derecho, aunque ya formulado por escrito, sigue siendo consuetudinario, como lo demuestra la forma misma de redacción de estas colecciones. La principal de ellas el Consulado del Mar, solo contiene definiciones, ejemplos, razones, como una obra doctrinal en que se consignan y explican al mismo tiempo los usos existentes. No hay allí ninguna regla con carácter de mandato.

2.2.3 Edad Moderna

Con el descubrimiento de América y el paso hacia las Indias Occidentales por el Cabo de Buena Esperanza la actividad comercial abandona el mediterráneo la prosperidad de las repúblicas italianas declina rápidamente y los estados occidentales (España, Portugal, Francia, Holanda y Gran Bretaña) pasan a ocupar en los vastos dominios del comercio un lugar de primer orden gracias a los felices atrevimientos de sus navegantes.

Francia se preocupó con este movimiento para encauzarlo y protegerlo por medio de sus leyes; así lo atestiguan sus ordenanzas principalmente las de Colbert (Code

Merchant) las cuales en 1673 comenzaron a regular el comercio terrestre y a partir de 1681 la segunda parte de estas ordenanzas rigió el comercio marítimo, siendo ambas verdaderos códigos de derecho mercantil. Estas grandes obras trajeron consigo que los demás estados comenzaran a legislar en materia mercantil surgiendo así los primeros pasos firmes de la codificación en este ramo.

La promulgación del Código de Comercio francés (Code Napoleón) de 1807 cambia radicalmente el sistema del derecho mercantil porque, inspirado en los principios del liberalismo, lo concibe no como un derecho de una clase determinada (la de los comerciantes), sino como un derecho regulador de una categoría especial de actos: los actos de comercio. Esto es, ese ordenamiento pretende dar al derecho mercantil una base objetiva, que deriva de la naturaleza comercial intrínseca de los actos a los que se aplica.

A imagen y semejanza del Código francés, los demás estados europeos promulgaron sus respectivos Códigos de Comercio, también sobre una base objetiva. Este Código francés fue un "Código de Exportación", como todas las leyes napoleónicas.

España en 1829, promulgó el Código obra de Pedro Sainz de Andino el cual refleja una clara influencia del Código de Napoleón; este fue sustituido en 1885.

En Italia, el Código Albertino de 1829 fue sustituido por el de 1865, y este por el de 1882, derogado por el Código Civil de 1984 que consagra la unificación del derecho privado italiano.

En Alemania, al Código de Comercio de 1861 sigue el de 1900, que vuelve en cierta forma al sistema subjetivo, para configurar nuevamente al derecho mercantil tomando como base al comerciante.

Por último merece citarse el Código de las obligaciones suizo de 1911, que regula conjuntamente las materias civil y mercantil.

2.2.4 La Nueva España

El consulado de la ciudad de México (1592) tuvo una gran importancia en la formación del derecho mercantil en esta etapa. Al principio fue regido por las ordenanzas de Burgos y Sevilla, pero en 1604 fueron aprobadas por Felipe III las ordenanzas del Consulado de la Universidad de Mercaderes de la Nueva España. En la práctica, las ordenanzas de Bilbao tuvieron aplicación constante ya que este fue un ordenamiento más completo y técnico que solo regulaba la materia mercantil.”⁹

2.3 Concepto

No existe unanimidad en la doctrina en relación al concepto del derecho mercantil ya que según explica el doctor Villegas Lara “para elaborarlo se han tomado en cuenta diferentes elementos que se encuentran en las relaciones de comercio y que caracterizan la forma en que se desarrollan el sujeto comerciante, los actos objetivos de

⁹ www.monografias.com

comercio, la organización empresarial, la cantidad de negocios jurídicos mercantiles que se dan el en tiempo y en el espacio han servido de base para presentar diferentes conceptos de este derecho“.¹⁰

Para efectos del presente trabajo compartiendo el concepto esgrimido por el doctor Villegas Lara diremos que 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 jurídico mercantil.”¹¹

2.4 Naturaleza jurídica

El derecho mercantil es eminentemente de naturaleza jurídica privada en virtud de que se materializa única y exclusivamente con la intervención de particulares, no obstante en muchos casos el sujeto que los realiza no tenga la calidad de comerciante.

2.5 Principios del derecho mercantil

Dentro de los principios que inspiran al derecho mercantil y que podemos apreciar que su función debe ser ejercida conjuntamente con las características pero podemos considerar los descritos a continuación:

¹⁰ Villegas Lara. Rene Arturo. **Derecho mercantil guatemalteco**. Pág. 37

¹¹ Ibid. Pág. 38

- La buena fe: Que constituye un patrón de conducta arreglada a los imperativos éticos exigibles con la conciencia social imperante.
- La verdad sabida: Se refiere este principio a la palabra dada por las partes, que se considera como verdad sabida.
- Toda prestación se presume onerosa: Ya que debido al mismo carácter del derecho mercantil en que es el interés de lucro el que motiva a los comerciantes a realizar los actos comerciales, por lo que se presume que ninguna prestación se realiza en forma gratuita.
- Intención de lucro: Se refiere a la motivación de los comerciantes para ejercer el comercio, es decir perseguir una ganancia siempre.
- Ante la duda deben favorecerse las soluciones que hagan más segura la circulación.

2.6 Características del derecho mercantil

Es poco formalista: Para que la circulación sea fluida, salvo en los casos en que su ausencia podría sacrificar la seguridad jurídica. Los negocios mercantiles se concretan con simples formalidades.

Inspira rapidez y libertad en los medios para traficar: El comerciante debe de negociar en cantidad y en el menor tiempo posible. Debe de imaginar fórmulas que le permitan resultados empresariales exitosos por medio de novedosas modalidades de contratar. Ej. Un juez no puede negarse a resolver un conflicto porque un negocio no esta regulado (contrato atípico).

Adaptabilidad: El Profesor Edmundo Vásquez Martínez lo 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. Debe de irse adaptando a las condiciones reales del mismo fenómeno comercial.

Tiende a ser internacional: La producción de bienes y servicios se produce para un mercado interno y para el mercado internacional. Todos los países en menor o mayor escala, tienden a abarrotar el mercado extranjero con sus mercancías, y de ahí que organismos internacionales, como Naciones Unidas, fomenten el estudio y sistematización del derecho mercantil internacional.

Posibilita la Seguridad del tráfico Jurídico: Debido a que se observa estrictamente que la negociación mercantil esta basada en la verdad sabida y la buena fe guardada, de manera que ningún acto posterior pueda desvirtuar lo que las partes han querido al momento de obligarse.

2.7 Sujetos del derecho mercantil

Son sujetos del derecho mercantil los comerciantes individuales y comerciantes sociales, ahora bien conviene saber quienes integran dicha clasificación.

2.7.1 Comerciante individual

Es aquella persona nacional que teniendo capacidad legal para ejercer el comercio, hace de él su ocupación ordinaria.

2.7.1.1 Características

- a) Ejercer en nombre propio: Actuar para si y no para otro;
- b) Actúa con fines de lucro;
- c) Dedicarse a actividades calificadas como mercantiles y;
- d) Ser hábil (capacidad de ejercicio) Ser mayor de 18 años.

2.7.1.2 Requisitos:

- a) Las personas que según el Código Civil sean hábiles para contratar y obligarse;
- b) Las personas a quienes la ley no prohíbe expresamente la profesión del comercio (insolventes) y;
- c) Las personas quienes no se encuentren comprendidos en los motivos de incapacidad regulados en la ley (menores, interdictos, etc.).

2.7.1.3 Puede el extranjero ser comerciante individual?

De conformidad con el ordenamiento jurídico guatemalteco, el extranjero si puede dedicarse al comercio en Guatemala pero para ello debe tener residencia en el país y obtener autorización del Organismo Ejecutivo. Luego de obtener la residencia el extranjero debe seguir otro procedimiento administrativo en el Ministerio de Economía para recibir el permiso de dedicarse al comercio. Cubiertos ambos requisitos se inscribe en el Registro Mercantil y entonces se equipara en derechos y obligaciones al comerciante guatemalteco, salvo lo que disponga alguna ley especial.

2.7.1.4 Exclusiones para ser comerciante

- a) Quienes no están en el ejercicio de sus derechos civiles. (Artículo 42 Código Penal);
- b) El quebrado o concursado (Artículo 398 Código Procesal Civil y Mercantil);
- c) Corredores (Artículo 296 Comercio);
- d) Extranjeros que no hayan cumplido con las formalidades que la ley indica. (Artículo 8 Código de Comercio);
- e) Los que ejercen profesiones liberales;
- f) Los que desarrollen labores agropecuarias y similares en cuanto se refiere al cultivo y transformación de los productos por su propia empresa y;
- g) Los artesanos que solo trabajan por encargo o que no tengan almacén o tienda para el expendio de sus productos. (Artículo 9 Código de Comercio).

2.7.1.5 Obligaciones profesionales del comerciante

- a) Obligación de Inscribirse en el Registro Mercantil;
- b) Protección a la libre competencia;
- c) Obligación de llevar contabilidad y correspondencia mercantil y;
- d) Otras obligaciones: obtener un registro sanitario, inscribirse en las dependencias respectivas, etc.

2.7.2 El comerciante social

Al tenor del Artículo tres del Código de Comercio Todas las sociedades organizadas bajo forma mercantil tienen la calidad de comerciantes, cualquiera que sea su objeto.

2.7.2.1 Definición

La sociedad puede ser definida como una agrupación de personas, permanente o transitoria, voluntaria u obligatoria, la cual se organiza para aportar bienes o servicios destinados a la realización de un fin común, y a la que el derecho atribuye o niega personalidad jurídica.

CAPÍTULO III

3. La sociedad mercantil

3.1 Aspectos históricos

La primera forma de sociedad que pudo darse en la antigüedad fue la copropiedad que existía sobre los bienes dejados por un jefe de familia, lo que a su fallecimiento eran explotados comunitariamente por los herederos. El Código de Hammurabi, identificado como el cuerpo legal de Babilonia, contiene una serie de normas para una especie de sociedad en la que sus miembros aportan bienes para un fondo común y se dividen las ganancias.

En Roma la primera forma de sociedad que se dio fue en la copropiedad familiar, la que tenía una proyección universal en cuanto a la responsabilidad frente a los terceros, porque comprendía o comprometía la totalidad de los bienes patrimoniales.

En la Edad Media apareció institucionalmente la sociedad mercantil, y es usual el contrato de commenda, origen de las sociedades comanditarias.

3.2 Concepto

Señala el doctor Villegas Lara que para conceptuar la sociedad mercantil cada tratadista ha buscado los elementos que contribuyan a delimitar el perfil de esta institución

jurídica, así Vicente y Gella conceptúa a la sociedad mercantil como “ la unión de personas, bienes o industrias para la explotación de un negocio, cuya gestión produce, con respecto de aquéllas, una responsabilidad directa frente a terceros, por su parte el profesor Edmundo Vásquez Martínez al referirse a la sociedad afirma que “ la sociedad mercantil es la agrupación de varias personas que mediante un contrato se unen para la común realización de un fin lucrativo, crean un patrimonio específico y adoptan una de las formas establecidas por la ley “. ¹²

3.2.1 Concepto legal

El Código de comercio guatemalteco no define que debe entenderse por sociedad mercantil, y es únicamente el Código Civil el que de forma genérica establece el concepto de sociedad, razón por la cual se hace necesario establecer la diferencia entre ambas, de manera que ese concepto genérico sea aplicable tanto a la sociedad civil como a la sociedad mercantil. Para ello se establecen tres criterios en la doctrina los cuales son:

a) Criterio profesional: Conforme a este criterio, una relación jurídica tiene naturaleza mercantil cuando el sujeto que interviene tiene la calidad de comerciante según cada sistema jurídico. Una sociedad es mercantil porque tiene la calidad profesional de comerciante, en cambio, la civil, no la tiene.

¹² Vásquez Martínez. Edmundo. **Derecho mercantil**. Pág. 65

b) Criterio objetivo: Según este criterio la diferencia entre la sociedad civil y la sociedad mercantil depende de la naturaleza jurídica de los actos que cada una realice. Si en una sociedad su objeto social lo constituyen actos calificados por la como actos de comercio la sociedad es mercantil, en caso contrario, la sociedad es civil.

c) Criterio formal: La ley mercantil establece una serie de tipos de sociedades consideradas de naturaleza mercantil fuera de cualquier otra calificación o circunstancia especial. Al celebrarse el contrato de sociedad, si en el contexto del instrumento público se adopta una de las formas establecidas en el Código de Comercio, la sociedad es mercantil, de lo contrario la sociedad será civil. Se debe de buscar la diferencia en la constitución de la sociedad, si es conforme el Código de Comercio o al Código Civil, siendo irrelevante la actividad a la que se dedique.

El derecho mercantil guatemalteco sigue esta tendencia, la cual se traduce en el Artículo 3 del Código de Comercio y se complementa con el Artículo 10. Asimismo esto tiene efectos en el ámbito registral pues las sociedades mercantiles se inscriben en el Registro Mercantil y las civiles en el Registro Civil.

3.3 Personalidad jurídica

Existe discrepancia muchas veces en cuanto a las definiciones de una sociedad mercantil y si esta si es un contrato o si la sociedad es una persona jurídica y el contrato es el medio para crearla.

De conformidad con Ernesto Viteri la sociedad en general es una persona jurídica al tenor del Artículo 15 inciso 4 del Código Civil; pues dicha norma regula: “son personas jurídicas: ... 4) las sociedades...”

Así mismo expone el citado autor que si las sociedades son personas jurídicas, no puede a su vez ser contratos, si las sociedades son o pueden ser sujetos de derecho, no pueden ser también “un convenio que produce o transfiere obligaciones y derechos” No se puede confundir un sujeto de derecho (sociedad), con un medio jurídico del que disponen los sujetos para adquirir o transferir obligaciones y derechos (contrato).

En tal sentido es más razonable considerar a la sociedad como persona jurídica, creada en virtud de un contrato, ya que mediante la convención de las partes e intervención del Estado, ese particular contrato no sólo tiene efectos creadores de obligaciones y derechos, sino resulta también en el nacimiento de un nuevo sujeto de derecho (persona jurídica).

El Código de Comercio es claro en su Artículo 14 al preceptuar: “La sociedad mercantil constituida de acuerdo a las disposiciones de este Código e inscrita en el Registro Mercantil, tendrá personalidad jurídica propia y distinta de la de los socios individualmente considerados” Es decir que de acuerdo a la norma citada la personalidad jurídica de la sociedad es resultante de un contrato.

3.4 Tipos de Sociedades

3.4.1 Atendiendo a la importancia del capital aportado

Se clasifican en sociedades de personas y sociedades de capital. Esta clasificación ha sido criticada por que no puede concebirse una sociedad sólo de personas o una sociedad sólo de capital, los dos elementos son importantes, pero no debe entenderse que la persona o el capital sean lo importante, porque ambos elementos son, sino en la medida de que hay preeminencia del uno u otro factor.

3.4.1.1 Sociedades de personas

Dentro de este tipo de sociedades se encuentran la colectiva y las comanditarias; y una de sus características es que se identifican con razón social, lo que permite que el público las conozca por medio de los nombres o apellidos de sus socios. Este elemento denota su naturaleza personalista.

3.4.1.2 Sociedades de capital

En esta clasificación se encuentra la sociedad anónima, y resalta el hecho de que en estas no importa el crédito personal del socio, no importa si tiene o no fama comercial, lo que cuenta es el capital que aporte, la cantidad de acciones que compra; y ese volumen de capital va a determinar su influencia dentro de la sociedad. Existe también la

sociedad de naturaleza mixta en la que es importante la persona y el capital. Por ejemplo la Sociedad de responsabilidad limitada.

Las sociedades de personas son *intuitu personae*, y las sociedades de capital *intuitu pecuniae*.

3.4.2 Atendiendo al grado de responsabilidad del socio frente a las obligaciones de la sociedad

Las sociedades se clasifican en sociedades de responsabilidad limitada y sociedades de responsabilidad ilimitada.

3.4.2.1 Sociedades de responsabilidad ilimitada

Son aquellas en que el socio, por las obligaciones de la sociedad, responde con lo que haya aportado el capital social y con su patrimonio particular. Ejemplo: la sociedad colectiva

3.4.2.2 Sociedades de responsabilidad limitada

Son aquellas en las que, por las obligaciones sociales, únicamente el socio responde con lo que aportó al capital social, excluyendo el patrimonio particular. Ejemplo: la sociedad anónima y la de responsabilidad limitada.

También existe una sociedad mixta que tiene socios que responden en forma ilimitada y socios que responden en forma limitada, se trata de las sociedades comanditarias. Es en razón de la responsabilidad del socio frente a las obligaciones sociales, ya que todas las sociedades, como personas jurídicas tienen responsabilidad ilimitada, pero se trata de su responsabilidad y no la de los socios.

3.4.3 Por la forma de representar el capital

Las sociedades se clasifican en: sociedades por acciones y sociedades por aportaciones.

3.4.4 Sociedades por acciones

En estas sociedades el aporte del socio se representa por un documento o título valor llamado "acción", el que representa y le da calidad de socio, ejemplo: sociedad anónima y comandita por acciones.

3.4.5 Sociedades por aportaciones, partes de interés o cuotas

Son aquellas en las cuales el capital se divide en aportaciones cuyo monto consta en la escritura constitutiva; siendo prohibido representar estos aportes por acciones o títulos semejantes, ejemplo: sociedad de responsabilidad limitada, colectiva y comandita simple.

3.4.6 Sociedades de capital fijo y capital variable

Estas sociedades sirven para diferenciarlas de otras organizaciones sociales. Ejemplo: las cooperativas.

3.4.6.1 Sociedades de capital fijo

Son aquellas que para modificar su capital, necesitan modificar su escritura constitutiva. Ejemplo: todas las sociedades mercantiles.

3.4.6.2 Sociedades de capital variable

Se entiende por estas aquellas sociedades que pueden modificar su capital sin alterar su instrumento constitutivo. Ejemplo: la cooperativa, ya que en esta el ingreso de un nuevo socio altera el capital, pero no hay necesidad de modificar el acta de fundación.

3.4.7 Sociedades irregulares y sociedades de hecho

3.4.7.1 Sociedad irregular

Una sociedad es irregular por dos motivos: primero, por tener fin lícito, aunque sea inscrita, debe disolverse y liquidarse de inmediato. Los socios son responsables de las obligaciones de la sociedad irregular, y segundo cuando una sociedad se exterioriza

frente a terceros y no está inscrita en el Registro Mercantil. La sociedad es irregular porque no tiene personalidad jurídica, ya que esta deviene de la inscripción registral, la ley establece la responsabilidad solidaria e ilimitada de los socios frente a las obligaciones contraídas en nombre de la sociedad irregular.

3.4.7.2 Sociedad de hecho

Es aquella que aparentemente se manifiesta frente a terceros, sin que en su formación se hayan observado las solemnidades que la ley prescribe para la fundación de sociedades mercantiles o sea la celebración del contrato mediante escritura pública. Contraria a derecho. Esta situación también genera responsabilidad limitada y solidaria de los presuntos socios de la sociedad de hecho.

3.5 La sociedad anónima

Es una sociedad formalmente mercantil, de carácter capitalista, se identifica con denominación, tiene un capital dividido y representado en títulos llamados acciones, y los socios limitan su responsabilidad hasta el monto total de las acciones que son de su propiedad.

3.5.1 Características que le asigna la doctrina:

Es una sociedad capitalista;

El capital se divide y representa por títulos valores llamados acciones;

La responsabilidad del socio es limitada;

Hay libertad para transmitir la calidad de socio mediante la transferencia de las acciones, pero esa libertad se puede limitar contractualmente cuando se trata de títulos nominativos;

Los órganos de la sociedad funcionan independientemente y cada uno tiene delimitadas sus funciones y;

La voluntad de la mayoría es la que da fundamento a los acuerdos sociales, sin perjuicio de los derechos de las minorías.

3.5.2 Capital

El capital puede presentarse en tres formas: autorizado, suscrito y pagado. El capital autorizado, es la suma hasta donde la sociedad puede emitir acciones sin modificar el capital social. Este capital puede estar parcial o totalmente suscrito. En consecuencia, el capital suscrito sería el valor total de las acciones suscritas o sean aquellas que se han tomado para si o para un tercero. Este capital suscrito puede pagarse también total o parcialmente, la ley establece que debe pagarse un mínimo del 25% del capital suscrito, porcentaje que no debe ser menor de cinco mil quetzales.

3.5.3 Accionistas

Según Manuel Ossorio es: “El sujeto de derecho que integra una sociedad anónima o una en comandita por acciones y que en tal concepto posee una parte del capital accionado”.

En el caso de la sociedad anónima la ley confiere al titular de la acción un mínimo de derechos, además de conferirle la condición de socio, estos derechos son los siguientes:

- a) El de participar en el reparto de utilidades sociales y del patrimonio resultante de la liquidación;
- b) El derecho de suscripción preferente: es aquel por el cual el socio tiene derecho a adquirir las nuevas acciones que se emitan, antes de que sean suscritas por terceros extraños a la sociedad;
- c) El de votar en asambleas generales. (sindicación de votos: pacto que celebran los socios para comprometerse a ejercitar su voto en determinadas directrices, contenido en el Artículo 116 Código de Comercio);
- d) Derecho de minorías;
- e) La finalidad de estos derechos es evitar que la mayoría actúe sin tomar en cuenta a los que poseen la menor parte del capital social;
- f) Facultad de pedir que se convoque a asamblea, Artículo 141 del Código de Comercio;
- g) Permite deducir acción de responsabilidad contra los administradores, Artículo 175 del Código de Comercio y;
- h) Establece el derecho de nombrar auditor o comisario para la fiscalización. Artículo 186 del Código de Comercio.

3.5.4 Otros títulos que puede emitir la sociedad anónima

3.5.4.1 Bonos de fundador

Son aquellos títulos que se le extienden, a los fundadores, los cuales les da derecho de percibir un dividendo no mayor del 10% de las utilidades netas anuales y por un término que no exceda de diez años, limitación que se establece para no colocar a los socios fundadores en una posición de privilegio permanente. Este dividendo solo puede cubrirse después de haber pagado a los socios un dividendo del cinco por ciento por lo menos sobre el valor nominal de sus acciones. El bono de fundador puede extenderse en forma nominativa o al portador.

3.5.4.2 Cupones

Es un documento accesorio que se desprende de la acción y se entregan a la sociedad contra el pago de dividendos. Viene a ser el cupón una especie de recibo y pueden emitirse al portador, aun cuando el documento principal sea nominativo.

3.5.5 Administración

La administración de la sociedad puede estar confiada a una persona o a varias personas. En el primer caso se está ante una administración unipersonal y en el segundo ante una administración colegiada, que en la práctica se le denomina consejo de administración o junta directiva.

Los administradores pueden ser o no socios. Son electos en asamblea ordinaria generalmente, por un período de tres años, aunque pueden ser reelectos. Si cumplido el término no se nombra al sustituto, o si nombrado no toma posesión, se prorroga el período por el tiempo necesario en que se hiciere efectiva a la sustitución con el objeto de que la sociedad no quede acéfala. El hecho de que un administrador sea nombrado para un período específico, no significa que sea inamovible, ya que la asamblea puede sustituirlo si lo considera oportuno. Pueden también los socios nombrar administradores suplentes, si está previsto en la escritura.

Las facultades que los administradores tienen por el hecho de su nombramiento están reguladas por el Código de Comercio, pero la escritura debe especificar aquéllas que los socios otorguen con especialidad. Una función importante es la de representar judicial y extrajudicialmente a la sociedad y el uso de la razón social. En los casos de administración colegiada, el ejercicio de la representación puede ser delegada mediante la figura contractual del mandato; pero si se trata de administración unipersonal; la delegación sólo puede hacerse si está facultado en la escritura constitutiva o si precede autorización de la asamblea general.

Para que no exista abuso de la razón social se tiene como prohibición manifiesta la de que el administrador no puede participar en un acto que va a realizar la sociedad; si él tiene interés directo o indirecto en el mismo, bajo pena de responsabilidad por los daños y perjuicios que causare. En materia de responsabilidad los administradores la tienen frente a la sociedad, los socios y los terceros; si el ejercicio de su función causa daño o perjuicio. Esta responsabilidad es solidaria en el caso de administración colegiada, pero

lo tiene aquellos que votaron en contra del acto que origina el daño o perjuicio siempre que conste en el libro de actas del consejo.

Los administradores responden también de lo siguiente:

- de la efectividad y valor de las aportaciones;
- de la existencia de las utilidades a repartir;
- de la legalidad y veracidad de la contabilidad y;
- del cumplimiento de los acuerdos tomados en asamblea.

La acción de responsabilidad es un derecho de los socios y de los acreedores sociales, y su ejercicio provoca la automática remoción del administrador, quien solo puede ser reinstalado si los tribunales lo absuelven de los cargos que se le atribuyen.

3.5.5.1 Los gerentes

Pueden tener atribuciones de gestión o de representación, no es el órgano de la sociedad, como lo es la administración. Al gerente lo nombra la asamblea o la administración si tienen facultades para ese efecto. Es un cargo personal e indelegable y sus atribuciones deben fijarse en la escritura o en el acta de nombramiento.

3.5.5.2 Impugnaciones

Los acuerdos de las asambleas podrán impugnarse o anularse cuando se hayan tomado con infracción de las disposiciones de la ley o de la escritura social. Estas acciones, salvo pacto en contrario se ventilarán en juicio ordinario.

De conformidad con el Artículo 157 del Código de Comercio, esta acción caduca en el término de seis meses a partir de la fecha en que tuvo lugar la asamblea.

3.5.6 Asambleas

Es el órgano de soberanía de la sociedad anónima. Se entiende por asamblea, la reunión de los socios conforme las normas específicas del Código de Comercio y las que se hayan establecido en el contrato social. Su actividad es temporal, es el órgano supremo de la sociedad.

Las asambleas pueden ser: asamblea general ordinaria, asamblea general extraordinaria.

3.5.6.1 Asamblea general ordinaria

Se celebra por lo menos una vez al año, luego que se hayan practicado las operaciones contables que delimitan el ejercicio social. Su finalidad es de conocer temas que son propios de la vida ordinaria. Artículo 134 Código de Comercio.

-Quórum de presencia: la mitad de acciones con derecho a voto;

-Quórum de votación: es la mayoría simple de los votos presentes.

3.5.6.2 Asamblea general extraordinaria

Se celebra en cualquier tiempo y sus resoluciones generalmente, afectan la existencia jurídica de la sociedad. Artículo 135 Código de Comercio.

-Quórum de presencia: Se forma con el 60% de las acciones con derecho a voto, salvo que la escritura fije un porcentaje mayor.

-Quórum de votación: Se requiere más del 50% de las acciones con Derecho a voto, a menos que la escritura fije un porcentaje mayor.

a) Asambleas especiales: No son asambleas generales, ya que no reúnen a todos los socios. Es la reunión de un determinado grupo de accionistas en relación a la clase de acciones que tienen en propiedad.

b) Asamblea totalitaria: Llamada también universal en el derecho argentino, es aquella que se celebra sin convocatoria previa. Los socios deciden por unanimidad celebrar asamblea y aprueban la agenda por unanimidad, el funcionamiento del órgano es legal y sus decisiones vinculan a todos los socios. (Art. 136 C.Com).

3.5.7 Fiscalización

El órgano de fiscalización, tiene como fin controlar la función administrativa. Se puede dar en tres formas:

- a) fiscalización ejercida por los mismos socios;
- b) por medio de uno o varios contadores o auditores; y
- c) por medio de uno o varios comisarios.

La escritura social debe determinar que forma se adoptará.

Según Villegas Lara, la mejor forma para una correcta política empresarial es la de adoptar la segunda forma en materia de sociedades anónimas sin perjuicio de que los socios tengan derecho a fiscalizar, pero como un derecho de orden corporativo.

CAPÍTULO IV

4. La actividad aseguradora

Podemos decir que la actividad aseguradora atañe a una necesidad de protección frente al riesgo, o posibilidad de que ocurran hechos que produzcan consecuencias económicas negativas, que son las que motivan a individuos y a la sociedad, en general, a contratar un seguro, con la finalidad de compensar o disminuir sus posibles repercusiones desfavorables.

Señala Albarran Lozano que: “Actualmente la transferencia, reparto y agrupación de riesgos justifican la existencia del seguro, que está alcanzando mundialmente un volumen extraordinario...”.¹³ Así mismo manifiesta la citada autora, que la importancia como sector canalizador de ahorro e inversión y su especial característica de relacionarse con tomadores, asegurados y beneficiarios mediante contratos de adhesión, determinan que el acceso, ejercicio y control financiero de la actividad estén intervenidos por los gobiernos de casi todos los países. No obstante, en los últimos años, se ha ido liberalizando el intervencionismo estatal, centrándose éste en la vigilancia e inspección del cumplimiento de las normas legales.

¹³ Albarrán Lozano. **La actividad aseguradora: importancia, revisión e integración de conceptos fundamentales.** ialozano@ccee.ucm.es

Conviene resaltar aquí que la sociedad y la industria (apareciendo nuevos riesgos) han evolucionado en correlación con el desarrollo del seguro (que prepara productos para su cobertura). Pues durante el presente siglo la humanidad ha emprendido una carrera vertiginosa, casi desenfrenada en los sectores técnicos y económicos, una mecanización moderna acelerada por la que de la noche a la mañana surgen gigantescas industrias, tales como el violento desarrollo de la industria petroquímica, industria siderúrgica y otras muchas, agregando a éste el desarrollo atómico y últimamente la carrera espacial, todo este tremendo movimiento ha dado lugar al apareamiento de nuevos peligros y nuevas necesidades que es necesario amparar con el seguro, además la madre naturaleza golpea con terribles terremotos, inundaciones, huracanes etc., que dejan una cauda gigantesca de daños y pérdidas.

A lo anterior también hay que agregar las fatales consecuencias de las guerras mundiales y las guerras internas, las guerras entre naciones, provocando cada una de ellas la muerte de millones de personas y la destrucción de bienes materiales y servicios esenciales que después hay que reconstruir en forma acelerada para lograr recuperaciones económicas rápidas, lo que también ha creado peligros y necesidades antes no conocidos.

4.1 Limitaciones

El ordenamiento jurídico guatemalteco, limita el ejercicio de la actividad aseguradora de agencias o sucursales de empresas extranjeras, otorgando una posición preferente a las empresas aseguradoras establecidas en el país, tal limitación se encuentra preceptuada

en el Artículo 1 del Decreto 473, el cual establece: “Queda prohibido el funcionamiento en el país de agencias o sucursales de empresas aseguradoras extranjeras.”

Al modesto criterio de la sustentante y la limitación regulada en el Artículo uno del citado Decreto únicamente fortalece la posición dominante que ejerce el sector asegurador en Guatemala y constituye un obstáculo para el desarrollo comercial del país e impide la libre competencia, contraviniendo los movimientos comerciales que se gestan en todo el hemisferio.

4.2 Antecedentes históricos del seguro

“Desde la aparición del hombre sobre la tierra, el ser humano ha buscado, además de su sustento, la protección de sus bienes y de su entorno familiar y social,”¹⁴, en tal sentido, la noción de seguridad es consustancial a la del ser humano. El seguro es una actividad que disminuye el temor del hombre y la mujer ante la inseguridad que le rodea tanto en relación a su integridad personal como a sus bienes. En cuanto a sus antecedentes históricos se distinguen las siguientes etapas:

a) Primera etapa

A esta etapa se le llama la Pre-historia del seguro, la cual abarca desde los orígenes del ser humano hasta el siglo IV. Algunos autores hacen referencia a los siguientes hechos y fechas que han ido quedando registrados con la historia:

¹⁴ Maslow Ah. **Hacia una psicología del ser.** Pág. 61

- **El Código Hammurabi de Babilonia**

Escrito entre los años 1955 y 1912 A. de J.C. y descubierto hasta el siglo XIX, por J. J. Morgan en Susa, Mesopotamia, dice que ya existían organizaciones de socorro mutuo, que preveían indemnizaciones por accidentes de trabajo, para cubrir a sus trabajadores.

Autores como Donati y Harper, señalan en relación a ésta lo siguiente: que tanto en el Código Hammurabi, como en el Talmud, se ordenaba a los propietarios de bienes tales como: barcos, asnos y mercancías, que se asociaran para contribuir económicamente a pagar a quien perdiera un barco hundido, o un asno muerto, robado o extraviado durante un viaje comercial, sustituyéndolos con una nueva nave o con un nuevo asno. Así mismo que en las caravanas los propietarios de las mismas y los propietarios de las mercancías transportadas, compartían las pérdidas cuando fueran asaltados por bandidos. Por su parte González, Gale confirmó la existencia del seguro en Babilonia, ya que las caravanas respondían por valores robados o perdidos. El alemán Mannes confirmó que los que iban en las caravanas pagaban entre todos, los daños de la aventura o viaje, ya fuera por robo o por asalto.

- **En el derecho indú**

Aparece que en la India, estaban obligados todos los familiares a sostener al que quedara incapacitado por un accidente de viaje, bajo las normas de un interés del 10%, si viajaba por la selva o en despoblado y de un interés del 20%, si el viaje lo hacía por mar.

En Egipto existían los legados cooperativos para ayudar a las familias por la muerte de algún miembro que fuera del clan religioso.

- **El Talmud de Babilonia**

Ofrecía seguros que efectuaban los hebreos, tales como la reposición de un burro por otro, cuando éste muriera sin negligencia o culpa del propietario y se le entregaba otro por cuenta de todos. La reparación del daño debía ser siempre en especie y nunca en dinero. Los antiguos hebreos practicaban estas operaciones que son de hecho un principio de seguro, por sus fundamentos, que cubrían riesgos comunes a cargo de la comunidad y que servían para el pago del daño sin constituir fuente de enriquecimiento.

- **En la Biblia, en el Antiguo Testamento**

Aparece un suceso de prevención, cuando José sucesor de Moisés, hace constar que éste último hizo almacenar granos durante un año, para prever años de escasez.

- **El Emperador León Ysaurio**

En Grecia, legisló sobre la avería común y sobre el seguro mutuo. En el derecho griego ya existía la echazón como tipo de avería común.

- **Los jurisconsultos**

En Roma habían dado validez a las estipulaciones cum moriar como contratos sobre la vida, con cierta similitud al seguro en que el dinero se pagaba a los herederos al fallecer el titular.

El seguro de accidentes indemnizaba en dinero los gastos de enfermedad, los daños que causara la cesación del trabajo, pero no se cubrían ni las cicatrices ni las deformidades que resultaran de un accidente, además los esclavos no eran elegibles para esta clase de seguro.

- **Los Gildes o Gildes**

En Alemania, Francia, Dinamarca y en otros países de Europa se crearon las Gildes o Gildes, generalmente de tipo social, para ayudas y socorros. Hasta después del siglo XI, la gilde tomó el carácter de profesional en Alemania, Francia e Inglaterra, organizando y regulando el trabajo en ellas, aunque su máximo desarrollo fue entre los siglos del XIII al XIV, cuyos auxilios económicos comprendían: Alimentación de los viejos cofrades, gastos de inhumación, ayuda económica para evitar que un miembro de la Gilde quedara en la miseria, cuando fuera víctima de un siniestro, siempre que dicho siniestro fuera de carácter fortuito y accidental sin la intervención de la víctima, es decir que ya se calificó el riesgo moral.

b) Segunda etapa (desarrollo y formación del seguro)

A partir del siglo XIV hasta la primera mitad del siglo XIX, el seguro se desarrolló y evolucionó, así:

- **Desde su inicio hasta mediados del siglo XIV**

En la antigüedad hubo “suposiciones” de protección y aseguramiento de bienes en Rodas y Roma. En la alta Edad Media existieron instituciones semejantes al seguro

gestionadas por los gremios. Sin embargo, entendido éste como negocio -actividad lucrativa- surgió, a mediados del siglo XIV, vinculado al transporte marítimo de la floreciente industria italiana.

- **Desde mediados del siglo XIV al XVII**

Paralelos al desarrollo del comercio nacen y se desarrollan: el contrato de aseguramiento y la organización de la actividad aseguradora validándose en la publicación de sucesivas ordenanzas. Al principio el asegurador era una persona individual, después aparecieron agrupaciones de personas y las sociedades anónimas. A partir del siglo XVII, el seguro privado evolucionó con características especiales de protección a sus asegurados mediante el pago de una prima, basada en la magnitud y frecuencia del riesgo que se protegía. El seguro privado tuvo un gran éxito entre los sectores sociales con posibilidades económicas. Protegía los campos personal y patrimonial.

c) Tercera etapa (desde el siglo XVIII hasta a mediados del siglo XIX).

La abolición del proteccionismo, la inhibición de los poderes públicos en estos asuntos y la decadencia de los gremios motivaron el aislamiento y desamparo de los individuos, forzando la necesidad de asociarse para conseguir fines de protección comunes. Iniciándose durante esta etapa los seguros personales.

d) Cuarta etapa (desde mediados del siglo XIX hasta la actualidad),

Se puede decir que es en esta época, en la que el seguro adquiere su verdadero desarrollo, principalmente en el siglo XX, con la creación de las más fuertes, mayores y

poderosas empresas aseguradoras y reaseguradoras en el mundo, sobre bases altamente técnicas y científicas, y usando los elementos y conceptos más modernos conforme se les fue descubriendo, tales como la ley de los grandes números, el cálculo de probabilidades, las tablas de mortalidad, los cálculos actuariales, etc.

En Guatemala, aunque no se conoce con certeza como se desarrolló esta industria, empero sí existen algunas referencias tales como que en los años 1930 a 1945 el seguro existía en el mercado, pero sólo había compañías extranjeras con oficinas representativas que atendían las necesidades de los habitantes. En 1945 aparece la primera compañía nacional de seguros.

Se ha llegado a tal grado de desarrollo, que se hizo necesaria la creación de un órgano fiscalizador gubernamental. En Guatemala el ente fiscalizador es el Departamento de Inspección de Seguros y Fianzas de la Superintendencia de Bancos, adjunta al Banco de Guatemala, medida necesaria por la gran cantidad de compañías que surgieron en el mercado. Estas oficinas vigilan el comportamiento y el fiel cumplimiento de las obligaciones derivadas de los contratos de seguro, ya que como se sabe el público usuario entrega su dinero (prima), a cambio de un papel, contrato que es una promesa, que dice que en caso de suceder una pérdida o daño de los bienes identificados en la póliza, la compañía aseguradora va a responder con el pago de este daño o pérdida siempre que se cumplan los términos del contrato de seguro.

Es durante el mes de mayo del año 1966, durante el Gobierno de facto de Enrique Peralta Azurdia, que fue emitida la actual Ley Sobre seguros, contenida en el Decreto

Ley número 473, cuyo reglamento fue creado con posterioridad mediante Acuerdo Gubernativo de fecha 14 de enero de 1969.

La citada ley ha regulado la actividad aseguradora desde el siglo pasado hasta el presente. Sin embargo la necesidad de su modernización o creación de una nueva ley de Seguros para ajustarla a los retos del siglo XXI y a la existencia de tratados aceptados y ratificados por el Estado a originado una iniciativa de ley, la cual ha sido denominada Ley de la Actividad Aseguradora, la cual en el Congreso de la República esta pendiente de ser aprobada por artículos y redacción final.

En relación a la referida iniciativa de ley, cabe comentar que: de conformidad con el Diario Prensa Libre edición electrónica, de fecha 13 de octubre del presente año “La Asociación de Corredores de Seguros y Fianzas y la Asociación Guatemalteca de Agentes Profesionales del Seguro¹⁵ “pidieron al Congreso de la República mediante un comunicado que la ley que esta siendo aprobada permita¹⁶ al consumidor escoger la aseguradora y el intermediario a su libre albedrío y conveniencia, sin restricciones, presiones o coacción de ningún tipo”. Así mismo en relación al “artículo que se refiere al delito de intermediación piden que se elimine o en todo caso sea modificado para que sea una falta. Además, solicitan que se permita la venta de seguros de vida y gastos médicos de aseguradoras del exterior, con ciertas condiciones”.¹⁷

¹⁵ wwwPrensa libre. Com (14-10-2008)

¹⁶ Ibid

¹⁷ Ibid

4.3 El seguro concepto y funciones

4.4 Concepto

Pueden considerarse varias acepciones del término seguro. Este, en general, puede definirse como una prestación eminentemente personal. En el caso de Guatemala la Ley sobre seguros no define que debe entenderse por seguro.

Irving Pfeffer citado por Albarrán Lozano propone una definición generalista: “mecanismo para reducir la incertidumbre de una parte llamada el asegurado, por medio de la transferencia de ciertos riesgos a otra parte, llamada el asegurador, quien ofrece una reposición, al menos parcial, de las pérdidas económicas sufridas por el asegurado”. De la citada definición se desprenden tres elementos básicos que componen el seguro y una finalidad principal. La reducción de la incertidumbre, la transferencia de ciertos riesgos (aunque no todas las causas de pérdida son trasladables al asegurador) e indemnización de una pérdida económica (el asegurador no podrá -ni deberá- compensar el valor sentimental o de cualquier otra especie no pecuniaria). Su finalidad principal es transformar incertidumbre en certidumbre proporcionando seguridad al asegurado.

Jurídicamente “el seguro es un contrato por el cual una empresa se obliga a pagar determinada suma cuando ocurra un evento fortuito, mediante una prima, calculada según la probabilidad de que el evento suceda”.¹⁸

Desde una perspectiva económica y social señala la Doctora Albarrán la definición del Profesor Lasheras es la que “considera al seguro como una institución de carácter económico-social cuyo objeto es diluir, entre los individuos que constituyen un grupo, el valor económico de las pérdidas sufridas por alguno de ellos a consecuencia de un riesgo fortuito. De ahí que el aspecto social del seguro sea su capacidad de asociación de intereses individuales frente al riesgo para atender un siniestro (si se produce), es decir, la asociación de masas para el apoyo de los intereses individuales. Esta capacidad se puede interpretar como una fórmula colectiva de protección frente al riesgo”.¹⁹

Esta función de reparto le confiere carácter social y es uno de los principios básicos de la institución aseguradora: Principio mutuo o de compensación de riesgos que, como señala Garrigues siguiendo a Stein, “es el elemento económico constante en el seguro aunque varíe su forma jurídica, por eso, desde un punto de vista económico, sólo estamos ante un seguro cuando la finalidad indemnizatoria se alcanza distribuyendo el daño entre gran número de personas amenazadas por idénticos riesgos”.

Por su parte el profesor Fernández Ruiz, manifiesta que la relación entre economía y seguro es tal que actividad económica y riesgo son inseparables, llevando el propio

¹⁸ Marmol Marquis. Hugo. **El seguro de vida**. Pág. 22

¹⁹ Albarrán **Ob. Cit.** Pág. 11

desarrollo de la economía a la aparición de nuevos riesgos de carácter económico, cuyas consecuencias desfavorables pueden tener un doble coste para la economía: directo para el individuo o empresa que lo soporta e indirecto para la sociedad, al dificultar la producción de bienes, la realización de inversiones, la creación de empleo, etc.

Cabe resaltar que, “Toda operación del seguro comparte dos principios: el de solidaridad humana y el de contraprestación económica real.”

- Principio de solidaridad humana: basado en el reparto del coste del daño, ocurrido a uno o pocos sujetos, entre un número elevado de personas afectadas por el mismo riesgo.
- Principio de contraprestación económica real: por el que el titular o beneficiario del derecho se hace acreedor (mediante el pago de una prima) de una prestación que deberá satisfacerle el asegurador en el caso de que se produzca el hecho indemnizable previsto en el contrato suscrito. Esto le proporciona seguridad y le permite dar continuidad a su actividad.

Debido a esta actividad redistributiva que transforma riesgos de diversa naturaleza (cuyo valor es eventual) en uno o unos pagos periódicos presupuestables (valores ciertos) y fácilmente soportables por cualquier unidad patrimonial, el asegurador deberá rodearse de medios suficientes de solvencia (provisiones técnicas, márgenes de solvencia y reaseguro) para cubrir los riesgos que asegure.

4.5 Función del seguro

Por lo general la existencia de la persona esta sujeta a riesgos de carácter eventual o inciertos que en principio son susceptibles de ser asegurados; pues de llegar a ocurrir generan desequilibrio de diversa índole lo cual provoca que el hombre busque las formas más adecuadas a su alcance para prevenirse contra esos riesgos siendo una de esas formas el seguro el cual se describe gráficamente como “un cinturón de seguridad que protege a las personas, no del riesgo en sí, sino de los efectos que produce el siniestro. En ese sentido, el seguro da la posibilidad de convertir la incertidumbre en certidumbre, porque hay garantía de que se cuenta con satisfactores económicos para cubrir una posible necesidad”.²⁰ En la actualidad, no se concibe una sociedad desarrollada sin instituciones aseguradoras debido a los efectos estabilizadores que ejercen sobre los aspectos más importantes de la economía a través de la función de cobertura de riesgos permitiendo afrontar actuaciones y proyectos de interés general que de otro modo serían irrealizables.

1)- Función sociológica:

- Fomenta la protección de todos los miembros de una familia o individuos.
- Estimula el sentido de responsabilidad frente a terceros, esencial para: abrir nuevas empresas, realizar nuevas inversiones, crear empleo, etc.
- Contribuye a la estabilidad social protegiendo contingencias derivadas de la vejez y enfermedades o accidentes.

²⁰ Villegas Lara. **Ob. Cit.** Pág. 199

- Financia la prevención de riesgos mediante la reducción de primas. Así, aparte de la colaboración del seguro con otros sectores, en el aspecto individual se destaca el espíritu de previsión representada en el interés que muestra en la prevención de las consecuencias desfavorables de un evento.

2)- Función económica:

-Contribuye positivamente al desarrollo económico al eliminar riesgos y estabilizar los presupuestos económicos. Por esto, debe desarrollarse paralelamente al resto de las actividades económicas.

-El seguro es la única actividad económica que posee capacidad para generar ahorro y financiación de inversiones a largo plazo. Existen otras instituciones financieras que aportan ahorro a largo plazo pero sólo el seguro lo hace con un esquema de ahorro y financiando un tipo de inversión (global y sistemática) sustancialmente distintos a los utilizados habitualmente por otros intermediarios.

3)- Función laborales del seguro:

El seguro participa en la consecución de empleo directo e indirecto a un gran número de familias en todo el mundo.

En resumen, podríamos afirmar que el seguro se fundamenta, básicamente, en las ideas de previsión, estabilidad y protección futura. Se materializa en el fomento al ahorro e inversión a largo plazo, que proporcionan creación de empleo y aumento de la productividad colectiva. Se cumple con la acumulación de suficientes reservas

económicas por medio de la aplicación del sistema actuarial y la cobertura real de pasivos, con las que se garantiza la superación de cualquier acontecimiento adverso en el futuro.

4.6 Elementos de las operaciones de seguro

En toda operación de seguros suelen distinguirse elementos personales, formales y reales.

- a) Elementos personales o contratantes del seguro. Destacan el asegurador y el asegurado aunque también pueden existir: tomador y beneficiario, que coinciden –a veces- con las personas aseguradas.
- b) Elementos formales o relativos al contrato. De éstos los más importantes son la póliza y la prima.
- c) Elementos reales o correspondientes a la operación. El fundamental es el riesgo que origina la operación del seguro.

4.7 Las sociedades aseguradoras

En Guatemala las empresas privadas de seguros de naturaleza mercantil, son sociedades anónimas especiales, las cuales en virtud de tal carácter son sociedades que además de regirse por el Código de Comercio se rigen por su ley especial que es el Decreto Ley número 473; dichos entes se organizan para operar empresas de seguros con fines de lucro, constituidas con arreglo a lo que dispone la legislación vigente ya

citada y a las cuales nos referimos al tratar los requisitos para constituir y operar una empresa aseguradora.

Por su parte la Doctora Albarrán Lozano, al referirse a las empresas aseguradoras señala que, "Una empresa de seguros es, ante todo, empresa. Es decir, puede ser considerada -genéricamente- como una unidad económica organizada para combinar un conjunto de factores de producción con el fin de elaborar bienes o servicios destinados a su venta o distribución en el mercado. Por tanto -y en sentido amplio-, puede definirse como un conjunto de bienes patrimoniales y de relaciones (de hecho y organizativas) necesarias para realizar la actividad económica con la que se identifica, valiéndose de poderosos instrumentos de gestión e informáticos con el fin de suscribir riesgos, emitir pólizas, gestionar cobros y siniestros, contabilizar la gestión patrimonial y detectar clientes potenciales".²¹

Así mismo continúa expresando la referida autora que, no puede concebirse una empresa como algo aislado -fuera de su entorno económico, jurídico y social- sino que está inmersa en una sociedad en la cual influye y es influida por varios aspectos que la condicionan y delimitan en la mayoría de sus gestiones. Si esto puede decirse de cualquier empresa, con más fundamento debe afirmarse de las empresas de seguros -entidades aseguradoras o compañías de seguros-, cuyos outputs se integran en todos los sectores de la economía y cuyos inputs -esencialmente las primas- son aportados desde la totalidad de los sectores económicos que la rodean.

²¹ Albarrán Lozano. **Ob. Cit.** Pág. 18

4.7.1 Características

Son características de las empresas de seguros su actuación exclusiva y la singularidad de su gestión. Ahora bien conoceremos someramente que comprende cada una de ellas.

- **Actuación exclusiva**

Esta característica esta compuesta por la obligación que tienen las empresas de seguros de cumplir ciertos requisitos: como el sometimiento a un organismo de control oficial (Departamento de Inspección de Seguros y Fianzas de la Superintendencia de Bancos, adjunta al Banco de Guatemala), exigencias de tipo económico (capital mínimo, capital complementario margen de solvencia, fondo de garantía, inversión de reservas técnicas en productos no demasiado arriesgados para garantizar la solvencia y cumplimiento de los compromisos económicos contraídos con los asegurados) y operaciones en masa (por propia exigencia técnica, cuyo objetivo es la consecución del mayor número de asegurados).

- **Singularidad de la gestión aseguradora**

Característica específica que puede concretarse en los siguientes elementos que la diferencian:

- a) El seguro es una actividad de servicios y no productiva en sentido estricto.
La producción de servicios es una prestación personal que elimina -en el

que la recibe- la necesidad de desarrollar una actividad particular para conseguir determinados fines.

- b) Es un servicio con un marcado componente financiero y económico.
- c) Es un sector regulado tendente a internacionalizar y liberalizar las normativas nacionales.
- d) El seguro es internacional por definición, siendo la internacionalización la vía de crecimiento de las grandes aseguradoras mundiales.
- e) Y, finalmente, su razón de ser está en la transformación del riesgo.

4.7.2 Operaciones que realiza

La necesidad de toda empresa de nacer para perdurar y prolongar su actuación en el tiempo, “constituye en el sector asegurador la condición más oportuna y técnicamente necesaria que justifica la propia existencia de la empresa. La actividad empresarial”.²²

Respecto a la función de producción, la empresa de seguros constituye una unidad técnico-aseguradora que produce el servicio de seguridad al asumir riesgos de las personas y a las empresas. El empresario decide qué riesgos asumirá y aceptará, en definitiva, las modalidades de seguro que producirá. Obtiene beneficio o pérdida según la aceptación de riesgos realizada y su capacidad financiera para pagar las prestaciones con las primas recaudadas. La diferencia entre sus ingresos de primas y el coste de las prestaciones y los otros gastos de gestión, si es positiva, es su beneficio técnico-asegurador; y si es negativa, determina su pérdida.

²² Martínez Martínez: M.A. **Organización y estrategia en la empresa aseguradora**. Pág. 79

Las primas que percibe por las pólizas suscritas son para la cobertura de riesgos dando lugar al pago de prestaciones (y los otros gastos). Los valores que éstas pueden tomar están limitados al capital o suma asegurada en cada póliza de seguro, pues es la responsabilidad máxima que tiene la empresa en caso de siniestro.

4.7.3 Los procesos que se desarrollan en las entidades de seguros son:

Tal y como señala el doctor Villegas Lara: “para que sea factible asumir riesgos por cuenta de otro, es necesario un estudio previo de los factores que pueden hacer viable o exitosa a la empresa, usando cálculos actuariales certeros, para ello existe la ciencia actuarial y sus profesionales específicos, quienes fundamentan sus estudios en la matemática y la estadística y aplican los principios de la probabilidad matemática y la ley de los grandes números con el fin de arribar a conclusiones aceptables sobre la factibilidad de un proyecto que contemple riesgos asegurables”.²³

4.8 Constitución y autorización de una empresa de seguros

a) Al tenor del Artículo uno del Decreto 473, las empresas privadas de seguros de naturaleza mercantil, que se constituyan en el país cualquiera que sea el origen de su capital, solo pueden constituirse y organizarse como sociedades anónimas, conforme a las leyes del país, y su denominación debe expresarse en idioma español.

²³ Villeras Lara, Rene Arturo. **Derecho mercantil guatemalteco**. Pág. 202, 203

b) Las empresas de seguros, deben constituirse con arreglo a lo que disponen el Código de Comercio en cuanto a las sociedades anónimas y las siguientes normas aplicables reguladas en el Artículo 2 de la Ley Sobre Seguros.

- 1) La sociedad debe tener por objeto exclusivo el funcionamiento como empresa de seguros, de reaseguros, o de ambas actividades;
- 2) La duración de la sociedad debe ser indefinida y su domicilio debe estar en Guatemala;
- 3) El capital pagado de la sociedad debe ser aportado en moneda de curso legal, de conformidad con los montos que fija la Ley de Empresas de Seguros;
- 4) Las asambleas generales deben celebrarse en el lugar de su domicilio y;
- 5) Tanto la escritura constitutiva como los estatutos de la sociedad deben sujetarse a estas reglas:

c) Además de lo anotado en párrafos precedentes ha de tomarse en cuenta lo siguiente:

- a) En estas empresas sólo se deben emitir acciones comunes o preferentes, con las formalidades que exijan la ley o los reglamentos;
- b) De las utilidades de cada ejercicio debe destinarse un cinco por ciento, por lo menos, para la constitución de una reserva ordinaria de capital, hasta que ésta iguale la mitad del capital social pagado; y
- c) Los dividendos deben acordarse exclusivamente de beneficios justificados y realizados, de conformidad con la técnica contable.

No se debe pagar dividendo alguno mientras exista déficit a la fecha del balance; ni cuando no esté debidamente constituida en el activo de la empresa de la inversión de las reservas obligatorias y acumuladas las respectivas reservas complementarias de activo.

4.8.1 Tramite

a) Solicitud para establecer una empresa aseguradora

El Decreto 473 en el Artículo 6 establece que: “Las personas interesadas en establecer una empresa de seguros, deben presentar solicitud a la Superintendencia de Bancos, manifestando el o los ramos en que desean operar y acompañando proyecto de escritura social y de estatutos; nómina de accionistas fundadores y promotores de la empresa.” A dicha solicitud también se deben acompañar:

Acta notarial en la que conste la decisión del grupo promotor de establecer la empresa así como la designación de las personas encargadas de actuar como gestores; en relación a los promotores, debe proporcionarse la siguiente información:

- 1) Curriculum vitae;
- 2) Vecindad y residencia;
- 3) Constancia de abono y arraigo y;
- 4) Cualquier otra información que se considere de utilidad.

b) Proyecto de escritura social y esta

Recibida la solicitud para establecer una empresa de seguros. La Superintendencia de Bancos, debe ordenar a costa de los interesados, la publicación por tres veces durante quince días en el Diario Oficial y en otro de los de mayor circulación en el país un aviso sobre la solicitud, con la indicación de los nombre de los promotores y posibles accionistas fundadores de la empresa, a efecto de que quien lo desee pueda hacer objeciones dentro de un plazo de treinta días a partir de la fecha de la última publicación. Las objeciones deben hacerse por escrito ante la Superintendencia de Bancos.

Concluidas las investigaciones y estudios la Superintendencia de Bancos debe elevar el expediente, con su dictamen al Ministerio de Economía para que se resuelva si, se autoriza el establecimiento de la empresa de seguros, una vez notificada dicha resolución a los interesados el expediente se devuelve a la Superintendencia de Bancos para la continuación del trámite.

c) La Superintendencia de Bancos

“Cuando se hubiere aprobado el proyecto de establecimiento de la nueva empresa de seguros y esta hubiere cumplido con los requisitos a que se refiere el párrafo primero del Artículo 9º. de la ley, la Superintendencia de Bancos deberá determinar :

- a) Si la escritura social y los estatutos se formularon de acuerdo con las disposiciones legales aplicables y con base en los textos aprobados por el

Ministerio de Economía al autorizar el restablecimiento de la nueva empresa.

- b) si la sociedad ha sido inscrita en el Registro Mercantil;
- c) Si se ha hecho efectivo por lo menos el veinticinco por ciento del capital mínimo requerido y si dicha suma ha sido depositada en un banco nacional.
- d) Si las erogaciones efectuadas con cargo al depósito indicado en el inciso anterior se refieren exclusivamente a los gastos necesarios para la constitución de la sociedad y al reconocimiento de su personalidad jurídica.

d) Aprobación de los estatutos

Comprobados los requisitos reseñados en el párrafo precedente el Ministerio de Economía emitirá el Acuerdo Gubernativo aprobando los estatutos y el reconocimiento de la personalidad jurídica de la nueva empresa. Con base en el citado acuerdo, la Superintendencia de Bancos deberá ordenar su inscripción en el Registro de Empresas de Seguros.

e) Inicio de operaciones

Las empresas de seguros, después de obtenida la aprobación a que se refiere el Artículo 10 de la Ley Sobre Seguros, deben presentar al superintendente de bancos las bases técnicas, tarifas, pólizas y demás documentos que se propongan utilizar en sus planes iniciales de seguros y convenios de reaseguro por ceder o por tomar.

Las empresas de seguros, al estar en condiciones de iniciar sus operaciones, deben comunicarlo al superintendente de bancos, para que autorice el comienzo de las mismas, previa verificación de los siguientes extremos:

1. Que los miembros de la Junta Directiva y funcionarios ejecutivos que en definitiva se nombren, llenan los requisitos de honorabilidad, responsabilidad y capacidad técnica, en su caso y;
2. Que la totalidad de los capitales mínimos y complementarios a que se refieren los Artículos 3º y 4º de la Ley Sobre Seguros están pagados y depositados a nombre de la empresa de seguros en un banco nacional, menos los gastos comprobados de organización e instalación. Las empresas de seguros no están sujetas a ningún otro trámite de registro ni de licencia para operar. (Artículo 11 de la Ley Sobre Seguros).

4.9 Sociedades aseguradoras extranjeras

De conformidad con la legislación actual dentro de las actividades económicas en que se encuentra la inversión extranjera restringida encontramos la actividad aseguradora, pues de conformidad con la legislación vigente existe prohibición para que en Guatemala funcionen agencias o sucursales de empresas aseguradoras extranjeras, pues el Artículo 1º. tercer párrafo del Decreto 473 preceptúa: “Queda prohibido el funcionamiento en el país de agencias o sucursales de empresas aseguradoras extranjeras”.

A manera de aclarar el tema reseñaremos de manera breve que se entiende por agencia y sucursal y sus principales características.

4.9.1 Agencias

“Una agencia es una entidad, física o moral, que ejerce sus actividades con independencia económica y administrativa de la casa matriz. Su función consiste en distribuir los productos de un tercero, al cual se conoce como casa matriz. Por tal razón el establecimiento de agencias representa un importante instrumento de desarrollo y crecimiento empresarial. “

Las características más importantes de una agencia o agente de ventas son las siguientes:

- a) Normalmente distribuye productos de diferentes marcas y fabricantes. Cuando no hay un contrato de exclusividad con la empresa el agente puede obtener un mayor ingreso, trabajando para varias compañías, las cuales incluso manufacturen productos similares.
- b) La característica distintiva de los agentes de ventas es que cobran una comisión por las mercancías vendidas. La facturación de las ventas la efectúa directamente la casa matriz, y el agente sólo registra contablemente el ingreso por las comisiones.

- c) En general no mantienen inventarios. Una de las funciones que cumplen es la de colocar pedidos, además de la de efectuar cobranzas y remitir el efectivo a la casa matriz. Hay casos en los que mantienen un lote de mercancías o muestrarios de los productos que distribuyen, sin embargo normalmente no les pertenecen, sino que les son entregados en consignación por la casa matriz”.²⁴

En relación a la estructura legal, el licenciado Othón Ruiz señala que esta “la constituye un contrato firmado entre el agente y la compañía fabricante o mayorista del producto. Este contrato puede incluir cláusulas en las que se especifique que una parte o todos los gastos que efectúe el comisionista y que sean necesarios para la obtención del ingreso le sean reembolsados por la casa matriz.”

4.9.2 Sucursales

Concepto: El establecimiento de sucursales consiste en crear extensiones de la misma compañía en aquellos lugares en los que se efectúen operaciones con los clientes.

- a) Desde el punto de vista jurídico, la principal característica de las sucursales es que son parte integrante de la misma casa matriz y operan bajo el mismo nombre o razón social.
- b) Existen dos tipos de sucursales: locales y foráneas.

²⁴ Othón Ruiz. Jorge. **Contabilidad avanzada** , Pág. 3

- **Sucursales Locales**

Son las que se ubican en la misma ciudad que la casa matriz. El establecimiento de este tipo de sucursales obedece a que en ocasiones es difícil para el cliente acudir a las instalaciones de la casa matriz, debido a la lejanía o dificultad para llegar a ella. Para proporcionar un mejor servicio y evitar que el cliente acuda a los competidores crea establecimientos en diversas partes de la misma ciudad.

- **Sucursales foráneas**

Se establecen para poder abarcar mercados ubicados fuera de la localidad en la que se encuentra la casa matriz. Funcionan de manera similar a las locales aunque la distancia que las separa de la oficina principal les permite una mayor independencia.

Al tenor del Artículo 1o. del Decreto 473 citado en párrafos precedentes en Guatemala esta prohibido el funcionamiento de agencias y sucursales de empresas aseguradoras extranjeras, pero no la constitución de subsidiarias es decir sociedades guatemaltecas cuyo capital sea cien por ciento extranjero.

Estimamos oportuno aclarar que entendemos que la restricción al funcionamiento de agencias o sucursales de empresas aseguradoras extranjeras establecidas en el actual Decreto 473 Ley Sobre Seguros, el cual data del año 1966 y las cuales aún están vigentes no se basan en un principio de reciprocidad internacional, sino más bien, en medidas establecidas de manera unilateral por motivo sociales o de interés nacional imperantes en la época de su promulgación.

CAPÍTULO V

5. Análisis sobre la viabilidad de operaciones en Guatemala de una empresa Aseguradora constituida en el extranjero

5.1 Generalidades

“Desde los inicios de la tierra y de la humanidad se han dado leyes que rigen o regulan su funcionamiento y conducta; así vemos como Dios dictó leyes a Adán y Eva, y posteriormente tenemos códigos de leyes como los Diez Mandamientos dados a Moisés para conducir al pueblo de Israel, el Código de Hammurabi que regía la civilización sumeria en la antigua Babilonia, cada una de las civilizaciones antiguas tenían sus propios cañones hasta llegar a Grecia y Roma, en cuyo derecho se basa la mayoría de las leyes que nos rigen en la actualidad.”²⁵

Las diferentes actividades que el hombre ha desarrollado a lo largo de la historia del planeta han tenido que ser reguladas a efecto de mantener una sana y pacífica convivencia entre países, sociedades e instituciones. A dicho fenómeno tal y como ya hemos visto no ha escapado la actividad aseguradora, misma que data y se desarrolla desde tiempos muy antiguos tal y como se relata en el capítulo precedente en el cual nos referimos a sus antecedentes, empero toca en el presente apartado ver hacia el futuro y nos referimos a un futuro inmediato pues dado que la globalización como fin del comercio internacional ha alcanzado y aventajado al mercado guatemalteco, deviene

²⁵ Viales Hurtado. Verrny. **Curso de seguro obligatorio de vehiculos automotores**, Pág. 58

necesario realizar un análisis de la viabilidad de operar en Guatemala agencias o sucursales de empresas aseguradoras constituidas en el extranjero.

La competencia en los mercados abiertos es un factor de desarrollo y más aun, es un tema de oportunidad para todos los niveles socioeconómicos; dados los niveles de inseguridad las familias cada día adquieren mayor conciencia de la función social del seguro convirtiéndolo paulatinamente en una necesidad y ya no un lujo como solía ser, cubrir o proteger tanto su patrimonio como el futuro de su familia a través de asegurar a la persona ante la ocurrencia de cualquier eventualidad o hechos fortuitos se torna indispensable, mas si este servicio es accesible a todos los niveles de la población.

5.2 La Constitución Política de la República y las agencias o sucursales de empresas aseguradoras constituidas en el extranjero

Constitucionalmente, Guatemala reconoce la libertad de industria, de comercio y de trabajo, salvo las limitaciones que por motivos sociales o de interés nacional impongan las leyes.” Es decir que al tenor de dicha norma en Guatemala puede cualquier persona física o jurídica realizar cualquier lícita actividad lucrativa, ya sea en forma individual o colectiva intermediando directa o indirectamente y dicha actividad únicamente puede ser limitada por razones o causas que afecten a la sociedad o bien por ganancia, utilidad o provecho nacional.

Ahora bien conviene destacar que el primer considerando del Decreto 473, Ley Sobre seguros la cual data desde el año 1966 señala: “La libertad de industria de comercio y

de trabajo se encuentran reconocidos y garantizados por el Estado y no tiene más limitaciones que aquellas que por motivos sociales y de interés nacional impongan las leyes, las cuales deben disponer lo necesario para el mayor estímulo e incremento de la producción, tal y como se puede ver pareciera que el texto constitucional al regular la libertad de industria y de comercio hubiera tomado como base el referido considerando, no obstante que la carta magna es mucho más reciente que la aludida. Llama la atención específicamente los motivos señalados en ambos cuerpos legales para limitar la libertad de industria, comercio y trabajo.

Ante dicha situación nos preguntamos ¿Será que ese conjunto de razones o causas que afectaban a la sociedad del pasado siglo, por las cuales podía limitarse la libertad de comercio e industria aún se encuentran vigentes?, modestamente estimamos que no, pues las circunstancias en las que se desarrollaba el comercio e industria en el país durante en los años 1966 y 1985, años durante los cuales entraron en vigencia el Decreto 473 y la actual Constitución Política de la Republica, en relación a las actuales han cambiado drásticamente y dado que la globalización como fin del comercio internacional ha alcanzado y superado al mercado Guatemalteco, deviene necesario una revisión de fondo a las causas por las cuales ha de limitarse tales actividades, pues de lo contrario estaremos obligando a realizar tales actividades en un ambiente discordante con la realidad internacional.

Es importante tener en cuenta que el modificar las normas jurídicas y reglamentarias que permitan el establecimiento de entidades aseguradoras extranjeras no significa perder o ceder el control, dado que el servicio de seguro es para el tomador un derecho

a futuro y para el asegurador una obligación anticipada cuyas primas son devengadas en la medida que se consume el plazo o vigencia del contrato, el ente supervisor debe permanecer vigilante en todo momento y velar por el cumplimiento de las obligaciones adquiridas por las agencias o sucursales de aseguradoras extranjeras, de la misma forma que lo hace con las entidades nacionales. Crear las condiciones de igualdad, en cuanto normativa y regulaciones, tiene como consecuencia una competencia sana y mayor cobertura hacia mercados que carecen de ésta oferta.

Por otro lado estimamos necesario preguntarnos ¿Será acaso que limitar el funcionamiento en el país de agencias o sucursales de empresas aseguradoras extranjeras produce provecho, ganancia o utilidad general o colectiva?, ante dicho cuestionamiento el criterio de la ponente es que la limitación establecida en la Ley Sobre seguros para el funcionamiento de agencias o sucursales de empresas aseguradoras en el país, únicamente fortalece la posición dominante que ejerce dicho sector lo cual discrepa con el interés nacional y se encuentra en abierta oposición a dicho fin, claro esta que dicha limitación deberá ser replanteada y reglamentada adecuadamente para que tales entidades puedan operar junto a las empresas nacionales dedicadas a la prestación de tales servicios.

Asimismo atendiendo a las funciones sociológicas de la actividad aseguradora, las cuales consisten en fomentar la protección y el futuro de todos los miembros de una familia o individuos y su patrimonio, estimular el sentido de responsabilidad frente a terceros, contribuir a la estabilidad social protegiendo contingencias derivadas de la vejez y enfermedades o accidentes, financiar la prevención de riesgos mediante la

reducción de primas, es necesario que dicha actividad no se encuentre limitada como hoy en día.

Por otro lado en relación a la limitación a que hacemos referencia es importante también tomar en cuenta la función económica del seguro pues este ha de desarrollarse paralelamente al resto de actividades, es decir que si existe libertad para negociar mercancías con otros bloques económicos, es necesario que exista libertad para contratar seguros como mínimo con dichos bloques, pues la actividad aseguradora como ya hemos visto ha necesitado desarrollarse paralelamente con los cambios de la sociedad.

La doctora Albarrán manifiesta que el seguro es la única actividad económica que posee capacidad para generar ahorro y financiación de inversiones a largo plazo, pues existen otras instituciones financieras que aportan ahorro a largo plazo pero sólo el seguro lo hace con un esquema de ahorro y financiando un tipo de inversión (global y sistemática) sustancialmente distintos a los utilizados habitualmente por otros intermediarios.

A lo anterior cabe agregar que mientras Guatemala no emita una ley que permita la apertura del mercado y regule la actividad aseguradora, independientemente si son capitales nacionales o extranjeros, estará incumpliendo con “ciertos requisitos derivados de la ratificación del DR-CAFTA”.²⁶

²⁶ Maul, R. Hugo. **No todos están contentos con lo que esta ley dice. El periódico.** Pág. 18 (6, diciembre 2006)

De conformidad con el contenido del Artículo 119 de la Constitución Política de la República, el cual establece dentro del capítulo de los derechos sociales, las obligaciones fundamentales del Estado en materia económico social, se establece en el inciso **n)**, que el Estado tiene la obligación de "crear las condiciones adecuadas para promover la inversión de capitales nacionales y extranjeros".

Al tenor del referido artículo, consideramos pertinente manifestar que es nuestro criterio que el Estado al mantener la limitación para el funcionamiento de las agencias o sucursales de empresas aseguradoras extranjeras, incumple con el mandato referido en el párrafo precedente, pues no crea las condiciones adecuadas para la inversión de capitales extranjeros, no queremos decir con esto que debe liberar el mercado y no intervenir en control de su desenvolvimiento sino por el contrario tal y como lo estatuye la norma constitucional debe crear las condiciones adecuadas para la inversión de capitales extranjeros y vigilar a través de mecanismos legales el correcto desenvolvimiento de todos los sujetos involucrados en tal actividad

A manera de aclarar los términos capitales, inversión, inversión extranjera e inversionista reseñamos las definiciones establecidas en la Ley De Inversión Extranjera Decreto 9-98 Del Congreso, de la República, Artículo uno.

“1. Inversión. Significa cualquier actividad destinada a la producción, intermediación o transformación de bienes, así como la prestación e intermediación de servicios mediante toda clase de bienes o derechos, siempre que ésta se haya efectuado de conformidad

con las leyes y reglamentos respectivos y comprenderá, en particular, aunque no exclusivamente:

- a) Acciones, cuotas sociales y cualquier otra forma de participación, en cualquier proporción, en sociedades constituidas u organizadas de conformidad con la legislación nacional;
- b) Derechos de crédito o cualquier otra prestación que tenga valor económico;
- c) Bienes muebles e inmuebles y demás derechos reales;
- d) Derechos de propiedad intelectual e industrial;
- e) Concesiones o derechos similares otorgados por ley o en virtud de un contrato, para realizar actividades económicas o comerciales.

2. Inversión Extranjera: Es cualquier clase de inversión que implique toda clase de transferencia de capital a la República de Guatemala proveniente del exterior, efectuada por un inversionista extranjero. Queda comprendido asimismo dentro de este concepto, la reinversión que pudiera hacer el inversionista extranjero en el territorio guatemalteco, de cualquier renta o capital generado en Guatemala a través de su inversión.

3. Inversionista Extranjero: Significará la persona individual o jurídica extranjera, así como entidades extranjeras sin personalidad jurídica, legalmente organizada de conformidad con la ley del país de su constitución, que realicen una inversión en el territorio guatemalteco, ya sea directamente o mediante cualquier forma de asociación o contratación con personas individuales o jurídicas guatemaltecas.

4. Capital: Significara toda clase de derechos, bienes y otros activos que tengan un valor económico para el inversionista extranjero“.

5.3 Las agencias o sucursales de empresas aseguradoras constituidas en el extranjero y el ordenamiento legal ordinario

A nivel ordinario de conformidad con la pirámide de Kelsen, en el que se encuentra la mayoría de leyes, tanto de aplicación general como las denominadas "leyes sectoriales" que se relacionan o regulan la participación de capital extranjero en actividades relacionadas con la inversión, encontramos: el Código Civil, el Código de Comercio, el Código de Trabajo, la Ley de Migración y Extranjería entre otras, empero en el presente apartado nos referiremos únicamente al Código de Comercio por ser este una de las leyes principales que fundamentan la actividad aseguradora en Guatemala.

El Artículo 214 del Decreto 2-70, Código de Comercio establece: "Agencias o sucursales" Las sociedades legalmente constituidas en el extranjero que deseen establecerse u operar en cualquier forma en el país o deseen tener una o varias sucursales o agencias, están sujetas a las disposiciones de este Código y de las demás leyes de la Republica, y deberán tener permanentemente en el país, cuando menos, un mandatario, de acuerdo con lo establecido en el artículo siguiente"

Del contenido del artículo precitado podría afirmarse que en Guatemala no existe limitación para la operación de agencias o sucursales de empresas aseguradoras legalmente constituidas en el extranjero que deseen establecerse u operar en cualquier forma, empero hemos de aclarar que el cuerpo legal al cual nos referimos regula de manera general la actividad profesional, los negocios jurídicos mercantiles y cosas mercantiles de comercio y que además dicho artículo en su parte final establece, que dichas agencias y sucursales "están sujetas a las disposiciones de este Código y de las

demás leyes de la República”, es decir que tal normativa regula el funcionamiento de agencias y sucursales de sociedades legalmente constituidas en el extranjero, siempre que en el país para dicha actividad no sea necesario ejercerla a través de una sociedad de las denominadas sociedades especiales, las cuales por haber sido ya conceptualizada en el presente trabajo no entramos a explicar.

Ahora bien, en el caso que nos ocupa como lo es el funcionamiento de agencias o sucursales de empresas aseguradoras extranjeras, es necesario atender lo regulado en el Decreto 2-70, y lo dispuesto en la ley especial contenida en el Decreto 473, la cual como ya se ha establecido limita tal actividad.

5.4 Las agencias o sucursales de empresas aseguradoras constituidas en el extranjero, dista entre ley y realidad

En efecto, una brecha percibida por la ciudadanía respecto del Orden Jurídico, es la distancia entre lo que dicen las leyes y la experiencia cotidiana de la aplicación de las mismas. Lo anterior se evidencia en el Artículo uno de la Ley Sobre Seguros pues a nuestro entender constituye un obstáculo para el desarrollo comercial del país e impide la libre competencia, siendo necesario y urgente que el organismo legislativo continúe con el proceso de La iniciativa de Ley de la Actividad Aseguradora, la cual se quedo en 2ª lectura en el Congreso, pues dicha normativa abre la oportunidad a compañías extranjeras para prestar este servicio en el país, mediante sucursales supervisadas por la Superintendencia de Bancos. De igual manera dentro de los avances de la nueva ley, se puede mencionar lo pertinente a:

- Gobierno Corporativo
 - Funcionamiento de sucursales locales y en el exterior
 - Canales de distribución, incluyendo banca-seguros
 - Administración de riesgos
 - Transferencia accionaria
 - Reservas técnicas individuales basadas en la prima no devengada de retención
 - Se consideraría como seguro de caución a la operación de fianza, actualmente bajo una figura jurídica diferente a los seguros tradicionales.
- De acuerdo con la normativa actual, las empresas de seguros deberán estar organizadas como sociedades anónimas; la mayoría de ellas operando en todos los ramos, es decir, de personas y seguros generales, con predominio de éstos últimos.
 - La ley regularía además la actividad de los corredores, la cual a criterio de los expertos es de alta importancia en el mercado.

CONCLUSIONES

1. La Ley Sobre Seguros, contenida en el Decreto Ley 473, no permite al consumidor contratar o escoger la agencia o sucursal de empresa aseguradora a su libre albedrío y conveniencia sino, por el contrario, le obliga a contratar a una entidad aseguradora nacional.
2. A pesar de que el ordenamiento legal vigente prohíbe el funcionamiento de agencias o sucursales de empresas aseguradoras extranjeras, algunos de estos entes, sin estar autorizados, ofrecen sus servicios a la población guatemalteca; incumpliendo en muchos casos los contratos celebrados.
3. La limitación que regula el ordenamiento legal vigente para el funcionamiento de agencias o sucursales de empresas aseguradoras extranjeras en el país, constituye un obstáculo para el desarrollo comercial, e impide la libre competencia, contraviniendo los movimientos comerciales que se gestan en todo el globo terráqueo.
4. La prohibición para el funcionamiento de agencias o sucursales de empresas aseguradoras extranjeras en Guatemala, limita a la población a acceder a la cobertura de bienes no asegurables en el país.

RECOMENDACIONES

1. El Estado de Guatemala debe permitir al consumidor de un seguro, escoger la agencia o sucursal de empresa aseguradora a su libre albedrío y conveniencia, sin ningún tipo de presión o coacción, pues ello únicamente promueve el monopolio de dicha actividad
2. En tanto, el Estado de Guatemala no apruebe el funcionamiento de agencias o sucursales de empresas aseguradoras extranjeras, la Asociación de Corredores de Seguros y Fianzas y la Asociación Guatemalteca de agentes Profesionales del Seguro, deben promover campañas para informar a la población, qué empresas están legalmente autorizadas para ello y el riesgo que significa contratar con entidades no autorizadas.
3. El Estado de Guatemala, a través del órgano correspondiente, debe promover el estudio profundo que revele las ventajas y desventajas que provoca al sector comercial e industrial, la limitación regulada en la Ley Sobre Seguros en relación al funcionamiento de agencias o sucursales de empresas aseguradoras extranjeras.

4. El Estado de Guatemala debe crear las condiciones necesarias para no limitar el acceso de la población a la cobertura de bienes no asegurables en el país, pues ello obliga a realizar tal actividad en un ambiente discordante con la realidad internacional y en condiciones no seguras.

BIBLIOGRAFÍA

BROSETA PONT, Manuel. **Manual de derecho mercantil**. 10ª. ed. Madrid, España: Ed. Tecnos, 1994.

CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario de derecho usual**. Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta. S.R.L. 1979.

GARCÍA RENDÓN, Manuel. **Sociedades mercantiles**. 4ª. ed.; México, D.F.: Ed. Oxford, 2003.

GHERSI, Carlos Alberto. **Contratos civiles y comerciales**. Buenos Aires, Argentina: Ed. Astrea, 1992.

MARTÍNEZ MARTÍNEZ M. A. **Organización y estrategia en la empresa aseguradora. Un ejemplo del sector asegurador en España**. Tesis doctoral. (s.l.i.) Ed. Universidad de Alcalá de Henares, 1994.

MORGAN SANABRIA, Rolando, **Material de apoyo para el curso de postgrado introducción a la investigación científica**. Guatemala: Ed. Universitaria, 2001.

OTHÓN RUIZ. Jorge. **Contabilidad avanzada**. (s.l.i.) Ed. Instituto de estudios superiores de Monterrey, mayo 2003.

OSSORIO Y FLORIT, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**. Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta, 1974.

Real Academia Española. **Diccionario de la lengua española**. 2t.; 22ª ed.; Madrid, Ed. Espasa Calpe, 2001.

VÁSQUEZ MARTÍNEZ, Edmundo. **Derecho mercantil**. Guatemala; Ed. Universitaria Universidad de San Carlos de Guatemala, 1966.

VILLEGAS LARA, René Arturo. **Derecho mercantil guatemalteco**. 4ª. ed.; Guatemala, Ed. Universitaria Universidad de San Carlos de Guatemala, 1999.

Legislación:

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

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

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

Acuerdo Sobre los Aspectos de Propiedad Industrial Relacionados con el Comercio (ADPIC).

Código Aduanero Uniforme Centroamericano. (CAUCA) y su reglamento.

Convenio de París Para la Protección de la Propiedad Industrial. Ratificado por el Congreso de la República, Decreto número 11-98, 1998.

Ley Sobre Seguros. Enrique Peralta Azurdia, Jefe de Gobierno de la República de Guatemala, Decreto Ley número. 473, 1969.

Ley de Inversión Extranjera. Congreso de la República de Guatemala, Decreto número 9-98, 1998.