

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



**LOS CONTRATOS COMERCIALES INTERNACIONALES: ANÁLISIS DE LA
COMPRVENTA DESDE EL DERECHO COMPARADO**

DEIVID JONATHAN ALDANA CÁCERES

GUATEMALA, OCTUBRE DE 2011

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

**LOS CONTRATOS COMERCIALES INTERNACIONALES: ANÁLISIS DE LA
COMPRAVENTA DESDE EL DERECHO COMPARADO**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

DEIVID JONATHAN ALDANA CÀCERES

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Y los títulos profesionales de

ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, octubre de 2011

**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. Avidán Ortiz Orellana
VOCAL II: Lic. Mario Ismael Aguilar Elizardi
VOCAL III: Lic. Luis Fernando López Díaz
VOCAL IV: Br. Modesto José Eduardo Salazar Diéguez
VOCAL V: Br. Pablo José Calderon Gálvez
SECRETARIO: Lic. Marco Vinicio Villatoro López

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente: Lic. Jorge Mario Yupe Cárcamo
Vocal: Lic. Rodrigo Enríquez Franco López
Secretario: Licda. Mirza Eugenia Irungaray López

Segunda Fase:

Presidente: Lic. Otto Marroquín Guerra
Vocal: Licda. Ileana Noemí Villatoro Fernández
Secretario: Lic. Jorge Mario Yupe Cárcamo

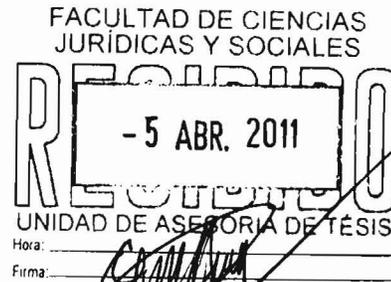
RAZÓN: “Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas y contenido de la tesis”. (Artículo 43 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Publico).

EDWIN LEONEL LOBOS CHINCHILLA.
ABOGADO Y NOTARIO, COLEGIADO 9,240
BUFETE JURIDICO PROFESIONAL
24 Av. 16-80 zona 10, casa 3 condominio residencial diez



Guatemala, 05 de abril de 2011.

Licenciado
Carlos Manuel Castro Monroy
Jefe de Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Ciudad Universitaria
Su Despacho



Licenciado Castro Monroy:

Por este medio me dirijo a usted, deseándole éxitos en sus labores cotidianas y profesionales.

1. El motivo de la presente es para informarle que en cumplimiento a la resolución en la que fui nombrado como Asesor del trabajo de tesis del bachiller DEIVID JONATHAN ALDANA CÁCERES, intitulado: **“LOS CONTRATOS COMERCIALES INTERNACIONALES: ANÁLISIS DE LA COMPRAVENTA DESDE EL DERECHO COMPARADO”**, por lo que considero procedente dictaminar que el contenido, objetivo desarrollado, análisis, aportaciones y teorías sustentadas por el autor, ameritan ser calificadas de sustento importante y valederas al momento de la asesoría efectuada del presente trabajo de investigación de tesis.
2. El tema seleccionado por el autor y el trabajo de investigación realizado reviste de suma importancia, ya que se pretende establecer los orígenes de los contratos comerciales especialmente el contrato de compraventa, así como hacer un análisis de este último desde el punto de vista de las diferentes legislaciones de los países en que es utilizado, diferenciarlo con otros contratos con los que tiene cierta similitud y desarrollar la forma en que a través de la historia ha evolucionado; por lo que indico que el trabajo de investigación efectuado por el Bachiller DEIVID JONATHAN ALDANA CÁCERES, es un punto relevante en el contenido analítico inserto en todo el presente trabajo de investigación.
3. Estableciendo que el trabajo se efectuó apegado a la asesoría prestada, cumpliéndose con los presupuestos de forma y fondo, exigidos por el Normativo para elaboración de Tesis de Licenciatura de Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, Artículo 32, el cual literalmente

EDWIN LEONEL LOBOS CHINCHILLA.
ABOGADO Y NOTARIO, COLEGIADO 9,240
BUFETE JURIDICO PROFESIONAL
24 Av. 16-80 zona 10, casa 3 condominio residencial diez



dice: "Tanto el asesor como el revisor de tesis, harán constar en los dictámenes correspondientes, su opinión al 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", indicando que en el presente dictamen se determina expresamente que el trabajo de investigación cumple satisfactoriamente con los requisitos establecidos anteriormente, verificando el contenido científico y técnico en la elaboración del tema, su método y técnicas de investigación los cuales fueron los indicados, habiendo dado una idea de cómo mejorar la redacción, verificando las conclusiones y las recomendaciones estuvieran buscando el objeto del tema del presente trabajo.

4. En conclusión y en mi calidad de Asesor, me permito emitir **DICTAMEN FAVORABLE**, en el sentido de que el trabajo de tesis de grado del autor amerita seguir su trámite de revisión hasta su total aprobación.

Sin otro particular, me suscribo de usted, atentamente.

Lic. Edwin Leonel Lobos Chinchilla
Asesor de tesis, colegiado No. 9, 240

Lic. Edwin Leonel Lobos Ch.
ABOGADO Y NOTARIO



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

Atentamente, pase al (a la) LICENCIADO (A): **DANIEL HERNÁNDEZ CASTILLO**, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante: **DEIVID JONATHAN ALDANA CÁCERES**, Intitulado: **“LOS CONTRATOS COMERCIALES INTERNACIONALES: ANÁLISIS DE LA COMPRAVENTA DESDE EL DERECHO COMPARADO”**.

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 las 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 estime pertinentes”.


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



cc.Unidad de Tesis
CMCM/ brsp.

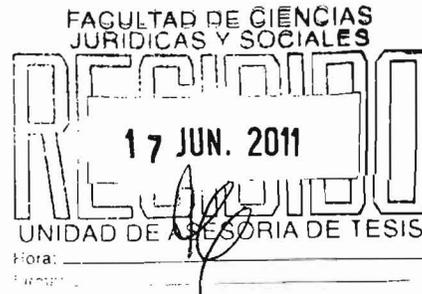
Lic. DANIEL HERNANDEZ CASTILLO.
ABOGADO Y NOTARIO, COLEGIADO 1,782
BUFETE JURIDICO PROFESIONAL 8ª Av. 9-21 Z.1 EDIFICIO ZADIK, OF.21
TEL: 57579030



Guatemala, 29 de abril de 2011

Licenciado
Carlos Manuel Castro Monroy
Jefe de Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Ciudad Universitaria
Su Despacho

Licenciado Castro Monroy:



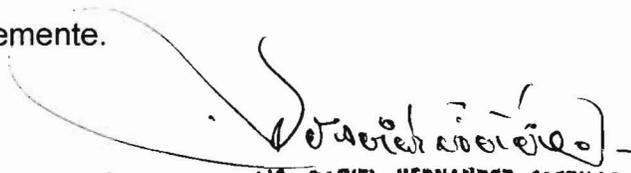
- a) Según lo manifiesta el oficio fechado 11 de abril de 2011, remitido por dicha Unidad de Tesis y firmado por usted, se me ha designado para Revisar el trabajo de tesis elaborado por el bachiller Deivid Jonathan Aldana Cáceres, cuyo carné es de número 2004-11242, el cual se intitula **“LOS CONTRATOS COMERCIALES INTERNACIONALES: ANÁLISIS DE LA COMPRAVENTA DESDE EL DERECHO COMPARADO”**.
- b) El trabajo de tesis abarca un amplio contenido científico y técnico relacionado con la importancia que tiene el tema de los contratos mercantiles en Guatemala.
- c) En la metodología utilizada en la presente investigación, se utilizó el método deductivo e inductivo, analítico y sintético así como la técnica de las fichas bibliográficas, para una mejor comprensión de los temas tratados.
- d) La redacción del presente trabajo, cuenta con una serie de contenidos doctrinarios que son de mucha importancia, así como aportes propios del estudiante, producto de la investigación que realizó, para poder visualizar la problemática planteada en el tema investigado.
- e) El bachiller ha aportado propuestas inclinadas desde el punto de vista documental descriptivo al hacer conclusiones y recomendaciones que son dignas de tomar en cuenta, al manifestar la importancia en la elaboración del presente trabajo de tesis, en que se proporciona información a profesionales del derecho sobre las diferentes formas en que se regulan los contratos comerciales internacionales; específicamente los de compraventa desde el derecho comparado.

Lic. DANIEL HERNANDEZ CASTILLO.
ABOGADO Y NOTARIO, COLEGIADO 1,782
BUFETE JURIDICO PROFESIONAL 8ª Av. 9-21 Z.1 EDIFICIO ZADIK, OF.21
TEL: 57579030



- f) Considero que el contenido del trabajo de tesis se ajusta a los requerimientos científicos y técnicos que deben cumplirse de acuerdo con la normativa respectiva; la metodología y técnicas de investigación esgrimidas; la redacción, las conclusiones y recomendaciones, así como las bibliografías utilizadas, son congruentes con los temas desarrollados dentro de la investigación, es por ello que al haberse cumplido con los requisitos establecidos en el Artículo 32 del Normativo para Elaboración de Tesis de la Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, el cual literalmente dice así: "Tanto el asesor como el revisor de tesis, harán constar en los dictámenes correspondientes, su opinión al 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", en virtud de lo antes mencionado resulta procedente dar el presente **DICTAMEN FAVORABLE**, procediendo su discusión en el Examen Público de Tesis, en donde deberán ampliarse todo lo concerniente a la explicación y utilización de cada uno de ellos, por la importancia a que ellos se refieren.

Referentemente.



LIC. DANIEL HERNANDEZ CASTILLO
Abogado y Notario

Lic. Daniel Hernández Castillo.
Revisor de tesis, colegiado No.1, 782.



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Guatemala, doce de julio del año dos mil once.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del trabajo de Tesis del (de la) estudiante DEIVID JONATHAN ALDANA CÁCERES, Titulado LOS CONTRATOS COMERCIALES INTERNACIONALES: ANÁLISIS DE LA COMPRAVENTA DESDE EL DERECHO COMPARADO. Artículos 31, 33 y 34 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.-

21 Jul

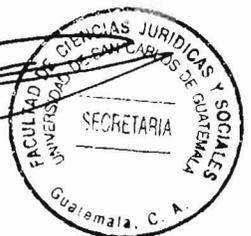
CMCM/sllh.

effc

[Handwritten signature]



[Handwritten signature]



DEDICATORIA

A DIOS PADRE:

Por darme la vida, la salud y la inteligencia para lograr todas mis metas, por darme las fuerzas para levantarme de cada tropiezo y por todas las bendiciones a lo largo de mi vida.

A MIS PADRES:

Silvia Leticia y Jaime Gustavo. Por su incondicional amor, por ser unos grandes padres, por enseñarme los valores éticos y morales primordiales en la vida, por creer en mí y luchar a mi lado durante estos años.

A MIS HERMANAS:

Melani y Katherine, quienes seguramente superarán mi meta hoy alcanzada.

A DIANA MAZARIEGOS:

Por brindarme tu amor tan especial y por estar a mi lado en todo momento; apoyándome y dándome fuerzas para seguir adelante.

A TODA MI FAMILIA:

Por que siempre estuvieron al pendiente de mí y de esta forma me dieron ánimos para lograr mis metas.

A MIS COMPAÑEROS Y

AMIGOS:

Por todos los buenos momentos que hemos pasado juntos y porque de alguna manera me apoyaron en estos años.

A:

Mí querida Universidad de San Carlos de Guatemala, y especialmente a la facultad De Ciencias Jurídicas y Sociales, en agradecimiento por la formación académica que recibí. Siempre estarán en mi corazón.

ÍNDICE

	Pág.
Introducción.....	i

CAPÍTULO I

1. El derecho comparado.....	1
1.1 Antecedentes.....	2
1.2 El derecho comparado.....	7
1.2.1 Historia del derecho comparado.....	8
1.2.2 En la antigüedad.....	11
1.2.3 En la edad media.....	12
1.2.4 Época moderna.....	16
1.2.5 Actualidad del derecho comparado.....	16

CAPÍTULO II

2. El derecho mercantil.....	19
2.1 Antecedentes.....	26
2.2 El comercio.....	34
2.2.1 Definición de comercio.....	37
2.2.2 Comercio interior.....	38
2.2.3 Comercio exterior.....	39
2.3 El derecho mercantil guatemalteco.....	41
2.3.1 Aspectos históricos.....	41
2.3.2 Fines.....	43
2.3.3 Características.....	44
2.3.4 Principios.....	46
2.3.5 Fuentes del derecho mercantil.....	47
2.3.6 La Ley.....	48
2.3.7 La doctrina.....	48
2.3.8 Elementos.....	49

	Pág.
2.3.9 Marco de acción.....	50
2.3.10 La necesidades que se pretenden satisfacer.....	50

CAPÍTULO III

3. El Registro Mercantil.....	51
3.1 Historia del Registro Mercantil.....	52
3.2 El Registro Mercantil guatemalteco.....	54
3.2.1 Obligaciones de Registro.....	56
3.2.2 Plazo para cumplir con las obligaciones.....	57
3.2.3 Efectos del incumplimiento de la obligación.....	58
3.2.4 Constancia de inscripción.....	58
3.2.5 Función calificadora del registrador.....	58
3.2.6 Oposición a las inscripciones.....	59
3.3 La patente de comercio.....	61
3.3.1 Sanciones por falta de inscripción.....	62
3.4 Inscripciones.....	62
3.4.1 Los libros.....	62
3.4.2 La inscripción.....	63
3.4.3 Inscripción de comerciante individual.....	65
3.4.4 Inscripción de empresa mercantil.....	65
3.4.5 Inscripción de empresa de sociedad.....	66
3.4.6 Cambio de nombre comercial de empresa.....	67
3.4.7 Traspaso de empresa mercantil.....	68
3.4.8 Cancelación de empresa individual.....	69
3.4.9 Proyectos del Registro Mercantil.....	69
3.4.10 Efectos de la inscripción.....	70

CAPÍTULO IV

4. El contrato.....	73
4.1 Definición.....	74

	Pág.
4.1.1 Derecho romano.....	74
4.1.2 Derecho comparado.....	74
4.1.3 Derecho español.....	77
4.2 Antecedentes.....	79
4.2.1 En el derecho romano.....	81
4.2.2 En el derecho canónico.....	81
4.3 Los contratos mercantiles.....	83
4.3.1 El contrato.....	84
4.3.2 Características el contrato mercantil.....	86
4.3.3 Elementos del contrato.....	87
4.3.4 Autonomía del la voluntad.....	87
4.3.5 Elementos esenciales del contrato.....	89
4.3.6 El consentimiento.....	89
4.3.7 El objeto.....	90
4.3.8 Solemnidad.....	91
4.4 Elementos de validez del contrato.....	91
4.5 La forma.....	94
4.5.1 Clasificación de los contratos.....	95
4.5.2 Civiles.....	95
4.5.3 Mercantiles.....	95
4.6 Caracteres.....	95
4.6.1 Los contratos típicos.....	96
4.6.2 Los contratos atípicos.....	96
4.7 El grado de influencia del derecho anglosajón.....	97

CAPÍTULO V

5. La compraventa mercantil.....	99
5.1 Compraventa mercantil.....	100
5.2 Definición de compraventa mercantil.....	101
5.3 Diversos caracteres.....	102

	Pág.
5.4 Elementos de la compraventa mercantil.....	102
5.4.1 Elementos personales.....	102
5.4.2 Elementos reales.....	103
5.4.3 Elementos formales.....	103
5.5 Distintas especies de compraventa.....	104
5.5.1 La venta contra documentos.....	104
5.5.2 La venta de cosas en tránsito.....	105
5.5.3 La venta FOB.....	107
5.5.4 La venta FAS.....	107
5.5.5 La venta CIF.....	108
5.5.6 Ventas de costo y flete.....	110
5.5.7 Distintas especies.....	111
5.6 La opción de compraventa.....	111
5.7 Definición legal de compraventa.....	112
5.8 Perfeccionamiento del contrato de compraventa.....	112
5.9 Prohibiciones en el contrato de compraventa.....	113
5.10 Fijación del precio de la compraventa mercantil.....	115
5.11 Diversos aspectos de la compraventa mercantil.....	115
5.12 Las obligaciones del vendedor.....	118
5.13 Las obligaciones del comprador.....	121
5.14 Desde el derecho comparado.....	122
5.15. Derecho Contractual Europeo.....	130
CONCLUSIONES.....	133
RECOMENDACIONES.....	135
BIBLIOGRAFÍA.....	137

INTRODUCCIÓN

La realización del presente trabajo de investigación, obedece a que en la actualidad, las formalidades en los negocios aumentan cada vez más, haciendo necesaria la utilización de documentos para dejar plasmadas todas las acciones y características que fueron tomadas en cuenta para la realización de un negocio, ya sea este de compraventa o de contratación de algún servicio o producto, por esta razón, la utilización de los contratos mercantiles, tiene mucha relevancia dentro del estudio del derecho, específicamente del derecho mercantil, y las operaciones comerciales de nuestro medio. En esta investigación se pretende ejemplificar las características que hacen especial el contrato de compraventa, así como sus fundamentos filosóficos y legales, establecidos por la doctrina del derecho y las leyes guatemaltecas aplicables para la celebración de los mismos.

Queda claro entonces, la importancia del contrato de compraventa mercantil en el ordenamiento jurídico guatemalteco y su estudio desde el derecho comparado, el objetivo de este trabajo de investigación es desarrollar un documento que sirva de consulta a los estudiantes y a los profesionales del derecho, así como a cualquier persona que se interese en la presente temática.

En el contrato de compraventa mercantil se puede claramente apreciar el desarrollo progresivo del derecho romano, la más antigua forma de llevar a cabo una operación que tenga por finalidad la transmisión de un bien a una persona a través de una contraprestación, que fue el acto material de trueque o permuta, pero debido a que dicha forma trajo inconvenientes, dio lugar a una nueva forma de cambio consistente en metales preciosos para posteriormente llegar a la moneda. En el contrato anotado el vendedor se obliga a transferir la propiedad de un bien al comprador, y éste a pagar su precio en dinero.

El desarrollo de la tesis se llevó a cabo en cinco capítulos. El primer capítulo expone: el derecho comparado, sus antecedentes históricos, las diferentes etapas de su evolución, como lo son la época antigua, la edad media y la época moderna hasta llegar a su actualidad; el segundo capítulo trata sobre: el derecho mercantil, su evolución histórica, fuentes, definición, naturaleza jurídica, características, importancia, elementos y autonomía del mismo; en el tercer capítulo se desarrolla lo relacionado a: el registro mercantil, su historia, el registro mercantil guatemalteco, la patente de comercio, definiciones y servicios que presta el registro mercantil; el cuarto capítulo se refiere a lo que es el contrato, definiciones, antecedentes, los contratos mercantiles, elementos de validez, caracteres, etc.; por último, pero no menos importante, el capítulo quinto, expone entre otros, el tema de la compraventa mercantil, definiciones, caracteres, elementos, especies de compraventa, perfeccionamiento de la compraventa, diversos aspectos de la compraventa mercantil, las obligaciones del vendedor y del comprador y su análisis desde el derecho comparado.

La técnica utilizada al desarrollar el actual trabajo de tesis fue la bibliográfica y los métodos empleados fueron el inductivo, deductivo y analítico.

Como futuros profesionales de las ciencias jurídicas y sociales, nos es de mucha importancia conocer e interpretar las características, fundamentos y aplicaciones de las distintas clases de contratos, en especial el de compraventa mercantil.

CAPÍTULO I

1. El derecho comparado

El derecho comparado no sólo es útil para hacer comparaciones jurídicas, por lo cual es claro que debe ser materia de estudio por parte de los tratadistas comparatistas para que de esta manera puedan dar a conocer sus conocimientos en un mundo que es cada vez más competitivo, lo cual merece los estudios por parte de los tratadistas. En todo caso se hacen necesarios los estudios a efecto de determinar la importancia del derecho comparado, para lo cual deben los autores dar a conocer sus opiniones, en un medio en el cual todo es cada vez más necesario y urgente, por ello, esperamos que en el derecho peruano se realicen mayor número de publicaciones sobre el derecho comparado, no sólo externo e internacional, sino también interno, lo que debe ser materia de estudio a efecto de poder realizar aportes al derecho.

El derecho comparado debe ser estudiado por todos los abogados, ya que si no es estudiado como disciplina principal, puede ser estudiado como complemento, lo cual debe motivar los correspondientes estudios de investigación.

Cuando uno hace comparaciones o propone recepciones, en doctrina se conoce este hecho como hacer derecho comparado, lo cual debe motivar los estudios correspondientes.

Si un jurista no conoce el derecho comparado es claro que no podrá dominar a cabalidad la rama del derecho o disciplina jurídica materia de estudio, por ejemplo si se dedica al derecho civil, no podrá dominar ésta si no conoce o domina el derecho comparado, por lo tanto, sugerimos o dicho de otra forma proponemos su estudio, a efecto de poder dominar mas o conocer mejor el derecho, todo esto a través del estudio del derecho comparado. Y esto no sólo ocurre en el derecho civil, sino en todas las ramas del derecho y disciplinas jurídicas, por ello, este tema debe ser materia de estudio por parte de los tratadistas.

Si un jurista conoce el derecho comparado es claro que puede conocer mejor o dominar mejor el derecho nacional, por lo cual es claro que conviene estudiar derecho comparado, para que se pueda conocer las diferencias y similitudes con otros sistemas jurídicos o diferencias dentro del mismo, porque el derecho comparado no sólo puede ser externo o internacional, sino que también puede ser interno.

1.1 Antecedentes

“Los orígenes del derecho comparado se sitúan en 1900, cuando se celebró el primer congreso internacional de derecho comparado con la participación de Raymond Saleilles y Édouard Lambert. Saleilles, un civilista con espíritu comparativo; Lambert, uno de los primeros comparatistas puros y pionero en dotar al derecho comparado de una teoría y de una metodología propia que confrontaba con ahínco el localismo jurídico. Tal perspectiva no debía agotarse en el conocimiento del derecho vigente en

los diversos ordenamientos de la tradición europea y continental, en el Civil Law, sino que resultaba indispensable atender al estudio de otras tradiciones jurídicas. El interés de Lambert se orientaría hacia el Common Law, y especialmente, al derecho norteamericano. Lambert estaba convencido en la filiación norteamericana del derecho comparado. Incluso siguió de cerca y escandalizado el polémico proceso de cuestionamiento a las leyes sociales dictadas por Franklyn Delano Roosevelt por parte de la Suprema Corte Federal. Temía el jurisconsulto francés, formado en el esquema europeo de la división de poderes, que también en Europa las jueces tuvieran las mismas facultades de sus pares norteamericanos. Las aprehensiones de Lambert no se inspiraban en absoluto en sensibilidad social, sino simplemente en la asignación de funciones de naturaleza constitucional. Sin proponérselo, dado que su intención era totalmente contraria, su trabajo sería fundamental en la recepción de la figura del control judicial de la constitucionalidad”¹. “En todo caso su libro abrió una importante dinámica cultural en el continente europeo y en América Latina también. Ello tendría que ver con la adopción del control judicial de la constitucionalidad en el Código Civil de Panamá de 1911 y del Código Civil peruano de 1936. Lambert también enderezaría sus inquietudes hacia la enseñanza del Derecho en Norteamérica”².

En el comienzo del siglo XX abría, en efecto, un nuevo capítulo en la manera de entender el Derecho. Si los códigos y su producto derivado: la exégesis enmarcaban la producción y la aplicación legislativa dentro de los rígidos muros del Estado nacional, sus impugnadores, juristas atentos a los cambios espaciales que experimentaba el

¹ Lambert, Édouard. **Introducción: La fonction du droit civil comparé**. Pág. 927.

² Lambert, Édouard. **L’enseignement du droit en France et aux États-Unis**. Pág. 393.

Derecho, insistirían en forjar una nueva disciplina sin linderos geográficos y culturales, sensible a la comprensión de los diversos sistemas jurídicos. Bajo ese programa emergen las primeras publicaciones hemerográficas como el *Journal of the Society of Comparative Legislation* (1900), en Londres, y el *Bulletin de la Société de Legislation Comparée* (1869) de París, que décadas más tarde daría nacimiento a la *Revue Internationale de Droit Comparée* (1949).

Hacia 1927, aparece en Alemania, dirigida por Ernst Rabel, el *Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, de Berlín. Ese mismo año, en Italia, fundado por Gagano, se publica el *Anuario di Diritto comparato e di Studi Legislative*.

La mitad del siglo XX resulta una época fecunda para el derecho comparado. Aparecieron nuevas publicaciones periódicas como *The American Journal of Comparative Law* (1952), creada por Hesse E. Yntema. En Iberoamérica, a la creación del Instituto de Derecho Comparado en Córdoba (Argentina) por Enrique Martínez Paz, seguiría la fundación del Instituto de Derecho Comparado de México en 1940 y la ulterior aparición del *Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México* en el año 1948. El Instituto comparatista se convertiría años más tarde, hacia 1967, en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Estaba claro que el interés específico por esa disciplina declinaba. Cambió también la nomenclatura de la revista, llamándose desde ese mismo año, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. Cabe señalar que el área prioritaria del Instituto ha sido el Derecho Público y, en concreto, el Derecho Constitucional. Esta orientación se explicaría por el papel central que tuvo la

organización del Estado en la historia mexicana del siglo XX, así como la estrecha relación entre la política gubernamental del Partido Institucionalista Revolucionario y la universidad.

“Los afanes comparatistas que despuntan en Europa continental y en el mundo anglosajón, por diferentes motivos, ya fueran estrictamente académicos inspirados en una estrategia de poder político e influencia económica, no tardaron en expandirse en la cultura jurídica iberoamericana. Así, la Sexta Conferencia Internacional Americana, celebrada en La Habana, durante el mes de febrero de 1928, acogió la idea de aprobar un conjunto de reglas de Derecho Internacional Privado que armonizaran mejor las relaciones civiles y comerciales entre los diferentes países que integran el vasto continente americano. Reflejaba también la intención de un imperio emergente, los Estados Unidos (que auspiciaban con entusiasmo esos encuentros) por alcanzar, en caso de disputas, un marco jurídico propicio y más seguro para sus inversiones entonces en expansión. La ley del garrote no podía ser el único instrumento material de predominio, era preciso dotar a la fuerza de una legitimidad jurídica: los documentos internacionales aprobados y sancionados de modo soberano por cada Estado suscriptor, representaban en ese sentido, una cobertura formal idónea. Naturalmente, los Estados (por lo menos no todos), no actuaban de simple comparsa que acompasan la mano diestra de titiritero. El Código Bustamante y sus sucesiones adhesiones fueron pues, el resultado de un armisticio entre la fuerza y la voluntad, entre las pretensiones

de una potencia y la débil pujanza de otros Estados. Recientes estudios refuerzan esa hipótesis”³.

Los Estados Unidos entendieron recién la importancia del tema y en el marco del Congreso Panamericano de La Habana, reunido bajo su influencia, auspiciaron la creación de un instituto similar en América⁴.

“Un momento decisivo en el desarrollo disciplinar del Derecho Comparado sería a mediados del siglo XX. Germán Aparicio y Gómez Sánchez en su afamado estudio, Código Civil, Concordancias da cuenta de una lista de libros y revista de Derecho comparado”⁵. “Allí mencionaba el magistrado peruano los textos del político y jurisconsulto valenciano Alberto Aguilera Velasco (1842 – 1913). EL erudito peruano también cita ente los comparatistas argentinos a Estanislao S. Cevallos y particularmente, Enrique Martínez Paz. Pero sería, Jorge Basadre Grohmann, que en los Fundamentos de la Historia del Derecho, aparecido en 1956, colocó las bases de las disciplina. El historiador hizo un notable despliegue de erudición. Sus sucesivas estancias en los Estados Unidos habrían de dotar de coherencia teórica a su producción. La literatura allí citada lo atestigua tanto como da cuenta de la rigurosa búsqueda bibliográfica en las bibliotecas públicas del coloso del norte. Su libro, en

³ Benton, Lauren. **Law and Colonial Cultures**. Pág. 12.

⁴ Solf Y Muro, Alfredo. **Derechos Industriales**. Págs. 34-36.

⁵ Aparicio y Gómez Sánchez, Germán. **Código Civil, Concordancias**. Pág. 23-25.

realidad, debió haberse llamado. Fundamentos de la Historia del Derecho y del Derecho Comparado”⁶.

Un impacto inmenso en el desarrollo de la disciplina fueron las obras de John Henry Wigmore, el reaccionario Decano de la Facultad de Leyes de la Northwestern University, que a raíz de un viaje al Japón se convertiría en el fundador de la tradición académica norteamericana hacia los estudios comparativos, autor de un Panorama of the World Legal Systems en tres volúmenes en la que lanzó la discutible idea de la existencia de dieciséis sistemas legales contemporáneos.

1.2 El derecho comparado

El derecho comparado, es una disciplina que se ocupa del estudio de instituciones jurídicas o sistemas de derecho localizados en lugares o épocas diversas.

“Las principales finalidades perseguidas por el derecho comparado son: investigar la esencia del derecho y las leyes o ritmos de su evolución; investigar el derecho positivo, contrastando entre sí distintos conceptos jurídicos, categorías de conceptos, sistemas jurídicos o grupos de sistemas.

El derecho está integrado por las legislaciones vigentes de los demás Estados, en relación a determinado Estado; para nosotros el Estado de Guatemala.

⁶ Cevallos, Estanislao S. **La nationalité au point de vue de la législation compare et du Droit Privé Humain (conferencias)**. Pág. 31.

La fuente del derecho comparado se diferencia de la fuente histórica, en que el derecho que integra la primera está vigente y de la última ya ha terminado su vigencia, a nuestro derecho actual el derecho comparado le sirve de fuente.

El derecho comparado: es fuente importante en la creación de toda legislación, siempre que se tenga cuidado de adecuarlo a la realidad de cada sociedad”⁷.

1.2.1 Historia del derecho comparado

A lo largo de los siglos, se han realizado y se siguen realizando estudios jurídicos comparativos en casi todos los países del mundo occidental, aunque la historia del derecho comparado, como disciplina académica autónoma es relativamente joven.

Los autores alemanes Konrad Zweigert y Hein Kötz señalan como “el primer estudio comparativo a Las Leyes, de Platón, obra en la que el filósofo compara el derecho de las ciudades-Estado griegas. Este pensador no sólo describe estos derechos, sino que además comprueba su eficacia a la luz de la Constitución ideal que concibió basándose en ellos. También Aristóteles comparó las Constituciones de 153 ciudades, aunque sólo se conozca la parte dedicada a Atenas”⁸.

⁷ López Aguilar, Santiago. **Introducción al estudio del derecho**. Pág. 82-83.

⁸ Zweigert, Konrad y Kötz, Hein. **An Introduction to Comparative Law**. Pág. 48.

El estudioso francés, René David menciona: “las comparaciones que precedieron a las leyes de Solón, en Atenas, y la Ley de las XII Tablas, que representa la primera gran ley escrita del derecho romano, aprobada entre los años de 451 a 449 a. C.

Agrega David que los juristas franceses antiguos al comparar las costumbres pudieron determinar los principios de un derecho común consuetudinario, lo mismo que sucedió en Alemania con relación al **Derecho privado alemán** (Deutsches Privatrecht)”⁹.

“Tampoco hay que olvidar que el derecho inglés surgió tras la búsqueda y comparación de los elementos comunes de los diferentes derechos de los reinos sajones, que Guillermo el Conquistador ordenó que se hicieran, después de la conquista de Inglaterra, en el año de 1066; el resultado constituyó lo que los normandos llamaron la comuna ley, o sea el derecho común que los tribunales reales deberían aplicar en todo el territorio”¹⁰.

A pesar de los antecedentes mencionados, René David explica que, “el nombre **Derecho comparado** no se utilizó sino hasta mediados del siglo XIX y principios del siglo XX, cuando se iniciaron los estudios de derecho comparado de una manera sistemática”¹¹.

Esta circunstancia, y como nos dice René David, “la necesidad que han experimentado los juristas, tras una etapa de signo nacionalista, de restituir la ciencia jurídica a su

⁹ David, René. **Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos**. Pág. 3.

¹⁰ Morineau, Marta. **Una introducción al Common Law**. Págs. 13-15.

¹¹ David, Op.Cit., Pág. 4.

anterior universalismo, en cuanto éste es atributo de toda ciencia, dieron lugar a la creación de institutos dedicados a la materia y la realización de congresos y coloquios sobre la disciplina”¹².

Para seguir con esta historia hay que mencionar la creación, en Francia, de la Sociedad de Legislación Comparada, en 1869, y la Oficina de Legislación Extranjera, en 1876.

En 1900 se celebró, en París, el Primer Congreso Internacional de Derecho Comparado, y es importante mencionar que asistió un representante de la familia jurídica del Common Law, sir Frederick Pollock.

Al finalizar la Primera Guerra Mundial, las naciones aliadas emprendieron, en 1917, una gran labor con el fin de buscar una unificación legislativa que dio como resultado la creación de la Sociedad de Naciones, primera organización mundial de este tipo en la historia, que, después de la Segunda Guerra Mundial, cambiaría su nombre por el de Organización de Naciones Unidas.

Auspiciado por la Sociedad de Naciones, se creó, en Roma, en 1926, el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado.

En México se fundó en 1940 el Instituto de Derecho Comparado, dependiente de la Facultad de Derecho de la UNAM, que luego se convertiría en una dependencia del

¹² *Ibíd.*

subsistema de la Investigación en Humanidades, con el nombre de Instituto de Investigaciones Jurídicas y cuyo primer director fue Felipe Sánchez Román, maestro español exiliado en el país a raíz de los acontecimientos de la guerra civil española y la caída de la República.

“A partir de la segunda mitad del siglo XX, y en gran medida como resultado de la Segunda Guerra Mundial, y de los grandes descubrimientos tecnológicos, sobre todo en los medios de comunicación, se ha tendido a la unificación del derecho por vía legislativa, para lo cual son indispensables los estudios de derecho comparado. Todo ello ha originado la aparición de diversos organismos de carácter mundial o regional, de los que destaca la Comunidad Económica Europea, hoy Unión Europea. La integración de estos organismos ha hecho necesarios los estudios jurídico-comparativos de muy diversa índole y ha propiciado, si no una unificación jurídica, cuando menos una armonización de los diversos derechos nacionales, tarea que coincide con el pensamiento de René David, cuando expresa: El nacionalismo jurídico es más bien provincialismo, inconcebible con el auténtico espíritu científico, y representa un empobrecimiento y un peligro para el desarrollo y la aplicación del derecho nacional”¹³.

1.2.2 En la antigüedad

“Los griegos y su vencedora Roma están al origen de todo, alrededor del año 450 (siglo V). Las XII tablas son el primer ensayo de derecho comparado; luego le sigue el Código de Justiniano, después la invasión bárbara trajo consigo una mezcla de pueblos y

¹³ Ibíd. Pág. 9.

costumbres que constituyó un giro importante en el derecho romano. Podemos decir que el derecho romano existe científicamente desde el siglo XIX, pero su origen es de la antigua Roma.

El derecho romano es un método por que reúne y compara entre ellas las legislaciones usando el método comparativo. Esta comparación tiene riesgos por que el uso, interpretación, análisis, fuentes y efectos en las distintas naciones son diferentes, al igual que la aplicación de las figuras jurídicas. La unificación mundial legislativa es imposible, aunque sería prudente. Las migraciones son un fenómeno importante para esa unificación, por que han significado un gran cambio o incidencia en los países receptores de inmigrantes, y en los países de donde se produce emigración”¹⁴.

1.2.3 Edad Media

“En Europa en el curso del desarrollo de la Edad media hubo escuelas donde se desarrolló el derecho comparado. En el derecho romano-germánico estuvieron las escuelas de Babia y la de Bolonia (ambas en Italia).

1. Escuela de Babia. Esta estudia el derecho lombardo, el derecho canónico y el derecho romano. El derecho canónico y el derecho romano eran el derecho común de Europa occidental.
2. Escuela de Bolonia. Nace en el siglo XI, con la labor de los glosadores, los que hicieron las compilaciones justinianas.

¹⁴ Margadant, Guillermo Floris. **Introducción a la historia universal del Derecho**. Pág. 75.

3. Escuela de los Post-glosadores. Sassoferrato (Bartolo)

4. Escuela de los juristas nacionales. Esta nace con el renacimiento en el siglo XVI. Los humanistas, movimiento dentro del renacimiento, invocaron un estudio crítico frente a los bartolistas de las fuentes de derecho, profundizaron el derecho romano y pasó en muchos países de Europa del llamado derecho romano.

Los humanistas crearon la escuela de los juristas nacionales, que tenía como objetivo la investigación científica y la aplicación práctica de las leyes.

5. Escuela del derecho natural (Grosstio). Esta escuela se forma en Holanda en el siglo XVI, la cual tiene una gran influencia en el siglo XVII y XVIII.

El derecho natural a su vez nace de una evolución de desarrollo de las ideas que comprende personajes como los estoicos y los juristas romanos, quienes abarcaron el desarrollo del derecho natural”¹⁵.

Posteriormente podríamos mencionar que parte de esta evolución conceptual se hizo a través de la iglesia cristiana. Luego aparece el personaje cristiano San Isidro de Sevilla que admite “que todas las leyes tienen dos orígenes”, esto pone una piedra importante en el desarrollo de la escuela del derecho natural, pues admite que las leyes tienen una naturaleza divina o una naturaleza humana, es decir que introduce la posibilidad de que

¹⁵ Ibíd. Pág. 102.

las leyes pueden tener un origen humano, cuando la creencia era que todas las leyes eran de origen divino.

“San Agustín por su parte es importante por sus postulados de derecho natural. Para él; el gobierno, la propiedad y el derecho eran pecados.

Santo Tomás de Aquino, uno de los pensadores más importantes de las ideas (1226-1274), es el primero que concilia los ideales cristianos con la realidad humana. Él desarrolla el catolicismo medieval. Hace una síntesis del dogma teocrático. Adopta el evangelio al pensamiento aristocrático (filosofía aristotélica de equilibrio)”¹⁶.

Entre los representantes importantes de la escuela natural están Grosso, Espinosa, Pujendorf y Francisco Bacon (inglés), quien pretendía unir el derecho romano a un sistema universal de justicia.

6. Escuela histórica. Se distingue por haber tenido interés en todos los ordenamientos jurídicos, y sus razonamientos sobre esto fue lo que le dio hincapié al derecho comparado.

“Hubo algunos exponentes que contradicen el postulado de la escuela histórica porque eran partidarios de la interpretación filosófica de la idea del derecho, para ello el desarrollo de las ideas era el fundamento del mundo jurídico, lo cual podría complementarse con un método comparativo y una visión universal. Sus principales

¹⁶ Ibíd. Pág. 112.

exponentes fueron Pablo Anselmo y Fever Bach, este último es el primero (según autores) con una idea clara y exacta de un estudio de un derecho comparado. Su planteamiento fundamental era que la ciencia jurídica no estaba limitada ni por el tiempo, ni por el espacio, por lo que su idea era unir las ideas jurídicas de todos en una gran glosa.

En Alemania y Francia, surgen soportes importantes a la escuela histórica. En Alemania Nittermmaier presentó una panorámica de los derechos extranjeros, incluyendo el derecho de América e inglés, sobrepasando de la realidad romano-germánica. Leminier, en Francia, influyó en 1828-1830 en el primer curso de derecho comparado en lo que es la Universidad libre, que no está sujeta a los reglamentos de restricción académica. En el siglo XIX nace la necesidad de restituir la universalidad del derecho, eso que antes era fraccionado y era una novedad. Este pensamiento toma impulso con el Código Napoleónico (que fue la expresión más brillante de la escuela natural) y de la idea de la formación de un derecho con valor universal. Aunque en la época del Código Napoleónico era muy ajustado al texto y a la interpretación más exacta y escéptica (inflexible), era la solución de cualquier problemática jurídica¹⁷.

En esta época se publicaron codificaciones apartadas del Código Napoleónico, lo que hizo que se desarrollara el derecho comparado. En 1869 se forma en Francia una sociedad de legislación comparada, y en 1876 se crea una oficina de legislación extranjera en el ministerio de justicia, cuyo objetivo era perfeccionar los códigos y las leyes.

¹⁷ *Ibíd.*

1.2.4 Época Moderna

- “En el año 1900 se celebra en Francia el primer congreso de derecho comparado y se celebra la primera gran feria internacional del mundo.
- Aparecen las ideas de Frederick Pollok.
- Impulso que recibe el derecho comparado con la primera guerra mundial.
- En 1929 surge el proyecto Franco-Italiano de un Código Común de obligaciones, junto con la gran depresión.
- En 1929 se crea en Roma el instituto internacional para la unificación del derecho privado, esto para el apoyo de la sociedad de naciones.
- En 1939 la segunda guerra mundial modificó las relaciones internacionales y modificaron las condiciones de vida”¹⁸.

1.2.5 Actualidad del derecho Comparado

Ronda de Uruguay, que inició en 1947, llevándose a cabo varias rondas, culminando en 1994.

La Octava Ronda de negociaciones multilaterales (Ronda Uruguay) se inició en septiembre de 1986 en Punta del Este (Uruguay) y concluyó con la firma de la declaración de Marrakech en abril de 1994. Como resultado de la conclusión de estas negociaciones se suscribieron cuatro grandes acuerdos:

¹⁸ *Ibíd.* Pág. 122.

1. El acuerdo por el cual se establece la OMC (Organización Mundial del Comercio).
2. El acuerdo sobre comercio de mercancías (GATT, 1994, acuerdo general sobre aranceles y comercio) que consta de 13 acuerdos específicos.
3. El acuerdo de los ADPICs-TRIPS (Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio).
4. El acuerdo general sobre comercio de servicios (GATS).

“Esto evidentemente marca una evolución en el derecho comparado. Los problemas de las legislaciones con relación a la interpretación, prueba y recursos han creado un desarrollo en el derecho comparado, por la necesidad de conseguir respuestas, para poder aplicar técnicas más modernas.

El tener los países que enfrentar problemas comunes (narcotráfico) ha hecho que se introduzcan normas comunes de derecho público, lo que trae como consecuencia nuevos ordenamientos y nuevas ramas de derecho.

Actualmente tenemos un ordenamiento de derecho comparado compuesto de cinco familias jurídicas contemporáneas:

1. Familia Neo-románica o Romano-germana.
2. Familia Common Law.
3. Familia Socialista.
4. Sistemas Religiosos.

5. Sistemas Mixtos.

Los rasgos definitivos o determinados por la tradición jurídica es lo que hace que se pueda hablar de familia jurídica¹⁹.

La tradición jurídica es el conjunto de actividades profundamente arraigadas e históricamente enraizadas acerca de la naturaleza del derecho en la sociedad y en el cuerpo político y acerca de la forma en que se hace o debiera hacerse, apreciarse, condicionarse, estudiarse, enseñarse y perfeccionarse en derecho.

¹⁹ *Ibíd.*, Pág. 129.

CAPÍTULO II

2. El derecho mercantil

Como rama del derecho en general, el derecho mercantil es bastante reciente al tomar en cuenta la antigüedad de las otras disciplinas jurídicas existentes. Ello debido a circunstancias históricas fundamentales en el desarrollo de la civilización como lo son la Antropología, la Sociología y la Historia, las cuales nos dan a conocer que el género humano en los estadios iniciales de su vida, se encargaba de satisfacer sus necesidades con los bienes que la misma naturaleza le proporcionaba de forma natural, y si más adelante puso en práctica sus facultades intelectuales y físicas para la transformación de lo que el ambiente le proporcionaba; el producto de sus actos creadores no contaba con otro objetivo más del que de llenar necesidades de su núcleo familiar o bien del grupo reducido al cual pertenecía. De manera tal que se encargaba de producir solamente para su consumo y sin propósitos de intercambio.

De conformidad a la evolución de la organización social y a las diversas necesidades, las cuales se hicieron complejas; la actividad económica del hombre sufrió una transformación para inducir en el desarrollo de la civilización consistente en la progresiva división del trabajo. Dicho fenómeno histórico, condiciona las relaciones sociales que posteriormente hicieron surgir al derecho mercantil. Debido a la división anotada, surgió el mercader, sin tomar parte directa dentro del proceso de la producción, hace circular los objetos producidos llevando los mismos del productor al

consumidor, surgiendo el profesional comerciante y también la riqueza que se genera tomando la categoría de mercancía; en la medida en la cual es elaborada para poder ser intercambiada para ser vendida. Originalmente, dicho intercambio era de producto por producto; a través del trueque. Pero, después de que apareció la moneda como la forma representativa de un valor, se consolidaron los fundamentos para el desarrollo posterior del comercio.

a. Codificación

El autor Alberto Díaz Moreno, señala que: “Doctrinariamente, el concepto de derecho mercantil no tiene unidad, debido a que para su elaboración se han tomado en consideración distintos elementos que se encuentran dentro de las relaciones del comercio y que son característicos de la manera en la cual se desarrollan”²⁰.

b. Concepción subjetiva

El autor anteriormente citado, define que: “La concepción subjetiva señala que: el derecho mercantil es el conjunto de los principios doctrinarios y de las normas de derecho sustantivo que regulan la actividad que realizan los comerciantes en su función profesional. También se le conoce al derecho mercantil como subjetivo debido a que el sujeto es el elemento principal a tomar en consideración, ya que el mismo interviene en el movimiento comercial”²¹.

²⁰ Díaz Moreno, Alberto. **Derecho mercantil**. Pág. 46.

²¹ *Ibíd.* Pág. 49.

c. Concepción objetiva

El autor anteriormente citado Alberto Díaz Moreno, define que: “Para la concepción objetiva, el derecho mercantil es el conjunto de los principios doctrinarios y de las normas de derecho sustantivo que norman los actos objetivos relacionados con el comercio. Se le llama concepción objetiva, debido a que toma en cuenta los actos de carácter objetivo del comercio, o sea los consistentes en la recepción o bien en la entrega de un objeto y no analiza a quienes los intercambian. Las normas mercantiles no se refieren de manera exclusiva a los sujetos, sino que también a una serie de relaciones jurídicas tipificadas en la legislación mercantil vigente como mercantiles. Los actos o negocios que la norma califica como mercantiles son la materia jurídica mercantil”²².

d. Autonomía

El derecho romano no le otorgó autonomía al derecho mercantil, debido a que los mismos se encargaron de la creación del *ius civile*, el cual era un derecho que se destinaba a normar la actividad de carácter privado de los ciudadanos, fuera o no la misma de carácter mercantil.

En Roma no existió la división entre el derecho mercantil y el derecho civil. Durante la Edad Media fue donde apareció la diferenciación entre ambas ramas de derecho privado y en donde surge la burguesía comerciante.

²² Ibíd. Pág. 59.

La irrupción de la burguesía comerciante en la composición de la sociedad marca una etapa transformadora en todo lo que se encuentra a su alrededor y su poder de inducción de cambios en la riqueza comercial.

El autor Lorenzo Benito, determina que: “La monarquía fue estimuladora con los comerciantes en su función y allí es en donde surgió el derecho mercantil. Entre los aportes de mayor importancia, es fundamental anotar los que a continuación se señalan:

- Letra de cambio;
- Fomento del contrato de seguro;
- Consolidación de distintos tipos de sociedades mercantiles;
- Surgimiento del Registro Mercantil”²³.

Lo más importante es la transformación del derecho mercantil en un derecho autónomo del derecho civil. El autor anteriormente citado, señala que: “Los factores que facilitaron la separación del derecho mercantil del derecho civil fueron los que a continuación se dan a conocer:

- El origen de la codificación varía del derecho civil al mercantil. La norma mercantil vigente deviene de lo fáctico, de lo empírico, de las prácticas de comercio que son precedentes a la conceptualización teórica;

²³ Benito, Lorenzo. **Derecho mercantil**. Pág. 123.

- El derecho mercantil tiene tendencia a ser internacional;
- Los títulos de crédito solamente pueden funcionar dentro de un derecho mercantil que sea rápido, flexible y poco formalista;
- Los negocios mercantiles son desarrollados en masa,
- Los negocios a distancia generan problemas que el derecho civil no puede resolver. La apertura de crédito que los facilita, si se encuentra prevista en lo mercantil²⁴.

e. Conceptualización

El derecho mercantil vigente en Guatemala consiste en: el conjunto de las normas jurídicas, que se encuentren codificadas o no, y que norman la actividad profesional que llevan a cabo los comerciantes, la negociación jurídica mercantil; las cosas y los bienes mercantiles.

Consiste en: el conjunto de las normas jurídicas de carácter privado que son aplicadas a los comerciantes en la actividad profesional que realizan, en las cosas mercantiles y en los negocios jurídicos mercantiles.

²⁴ *Ibíd.* Pág. 129.

f. Definición

Guillermo Cabanellas de Torres, define al derecho mercantil al señalar que es: “El conjunto de principios doctrinales, legislación y usos que reglan las relaciones jurídicas particulares que surgen de los actos y contratos de cambio realizados con ánimo de lucro por las personas que del comercio hacen su profesión”²⁵.

Alberto Díaz Moreno, define al derecho mercantil señalando que es: “El conjunto de normas de derecho privado que regula el comercio, las actividades propias de los comerciantes y los actos de comercio. El derecho comercial más que una enumeración es una descripción de sus componentes, de criterio variable en derecho positivo ya que pertenecen al derecho mercantil aquellas materias que las leyes comerciales atribuyen”²⁶.

g. Características

El derecho mercantil cuenta con características fundamentales para su existencia, siendo las mismas las que a continuación se enumeran y explican de manera breve para su conocimiento:

²⁵ Cabanellas de Torres. **Diccionario jurídico**. Pág. 2.

²⁶ Díaz Moreno, Ob. Cit., Pág. 46

- Poco formalista

El derecho mercantil es poco formalista debido a que los negocios mercantiles se concretan con sencillas formalidades, siendo las excepciones únicamente los fideicomisos y las sociedades mercantiles.

- Rapidez

Entre las características del derecho mercantil se encuentra la rapidez, ya que tienen que contar con prontitud, debido a que el comerciante tiene que negociar en cantidad y en el menor tiempo posible.

- Adaptabilidad

El derecho mercantil tiene que contar con adaptabilidad, debido a que el comercio es una función del género humano masculino y femenino que cambia todos los días, y por ende las maneras de comerciar se desarrollan de forma progresiva y constante teniendo que adaptarse a las condiciones reales existentes en la legislación mercantil vigente en Guatemala.

- Tendencia a ser internacional

El derecho mercantil tiene la característica de que tiende a ser internacional, debido a que la producción tanto de los bienes como de los servicios es para el mercado interno e Internacional.

- Seguridad jurídica

El derecho mercantil tiene la característica de contar con seguridad jurídica debido a que se basa en la observancia estricta de que la negociación mercantil se encuentra fundamentada en la buena fe guardada y en la verdad sabida, de forma que ningún acto posterior pueda desvirtuar lo que las partes han querido al momento de obligarse.

2.1 Antecedentes

Para tratar el tema del derecho mercantil, como disciplina independiente debemos de ubicarnos en el espacio y en el tiempo en las distintas etapas históricas de la evolución del hombre y por lógica en la evolución del derecho, tan es así que se dice: “El concepto y el contenido del derecho mercantil como disciplina científica y académica son cuestiones debatidas. Pero no son pura elucubración, porque conforman las ideas necesarias para la aplicación práctica del derecho.

En los sistemas jurídicos muy antiguos se encuentran preceptos que se refieren al comercio y que por lo tanto constituyen gérmenes del derecho mercantil.

Haciendo un recuento dentro de la historia del derecho mercantil mencionaremos a las leyes rodias, que nacieron en la isla de rodas, habitada por un pueblo heleno, donde la legislación con respecto al comercio marítimo fue excelente a través de su incorporación en el derecho romano las leyes rodias han ejercido un influjo que perdura hasta nuestros días.

La caída del imperio romano de occidente vino a agravar las condiciones de inseguridad social creadas por las frecuentes incursiones de los bárbaros que la precedieron, inseguridad social que produjo la más completa decadencia de las actividades comerciales.

El comercio resurgió a consecuencia de las cruzadas, que no solo abrieron vías de comunicación con el cercano oriente, sino que provocaron un intercambio de los productos de los distintos países europeos²⁷.

Este florecimiento del comercio ocurrió en condiciones políticas y jurídicas muy distintas a las que habían prevalecido en roma.

Los gremios de comerciantes establecieron tribunales encargados de dirimir las controversias entre sus agremiados sin las formalidades del procedimiento, y sin

²⁷ Vicent Chuliá, Francisco. **Introducción al derecho mercantil**. Pág. 30.

explicar las normas del derecho común, sino los usos y costumbres de los mercaderes; así fue creándose un derecho de origen consuetudinario e inspirado en la satisfacción de las peculiares necesidades del comercio.

“En el derecho mercantil medieval, se encuentra el origen de muchas instituciones comerciales contemporáneas, por ejemplo: el registro de comercio, las sociedades mercantiles, la letra de cambio, etc. La formación del derecho mercantil explica que fuera predominantemente un derecho subjetivo, cuya aplicación se limitaba a la clase de los comerciantes, pero desde un principio se introdujo un elemento objetivo que es la referencia al comercio, pues a la jurisdicción mercantil no se sometían sino los casos que tenían conexión con el comercio.

Se considera que el derecho mercantil en sus orígenes fue una creación cultural de la burguesía comercial de las ciudades-estado de la baja edad media (siglos XI-XIII), en torno a la venta interlocal de mercaderías, la expedición o aventura marítima y el cambio de monedas; un derecho de formación consuetudinaria, recogido luego por escrito en los Estatutos de las Corporaciones de Mercaderes y de las ciudades y más tarde en los Códigos de comercio, que, probablemente, repetimos, están llamados a desaparecer”²⁸.

La creación de los grandes Estados nacionales al comenzar la edad moderna va aparejada, como es obvio, a la decadencia de los gremios de mercaderes que habían llegado a asumir facultades propias del poder público.

²⁸ *Ibíd.* Pág. 32.

Un acontecimiento de gran importancia en la historia del derecho mercantil es la promulgación por Napoleón del Código del comercio francés, que entro en vigor en el año de 1808. Con este Código se vuelve predominante objetivo realizar actos de comercio, y no la cualidad de comerciante, lo que termina la competencia de los tribunales mercantiles y la aplicación del Código, pero el elemento subjetivo no deja de influir en cuanto se presumen mercantiles los actos realizados por un comerciante.

Existe también el Código de comercio para el imperio alemán, que entro en vigor en el año de 1900 y este se encarga de regir a los comerciantes: por lo que se hace predominante el carácter subjetivo que había tenido en sus principios el derecho mercantil.

En la historia del derecho mercantil vuelven a aparecer los caracteres que se habían presentado en sus orígenes: derecho privado unificado como en Roma; derecho subjetivo como en el Medioevo (edad media).

En la nueva España, se imitaron las instituciones jurídico-comerciales de la metrópoli, y hacia el año de 1581 los mercaderes de la ciudad de México construyeron su universidad que fue autorizada por real cédula de Felipe II. El consulado tenia funciones administrativas, para la protección y fomento del comercial, y en ejercicio de ellas llevo a termino las empresas de utilidad social (canales, carreteras, edificios) y sostuvo un regimiento, la designación de cuyos jefes y oficiales eran atribución del propio consulado.

El 22 de agosto de 1885, se promulgó un nuevo Código, que habría de entrar en vigor en todos los territorios del reino de España, el 1 de enero de 1886.

La evolución histórica nos lleva a la conclusión de que atendiendo a la manera en que cada derecho positivo enfoca la regulación de las relaciones comerciales, pueden distinguirse dos tipos fundamentales de sistemas jurídicos, a saber: países de derecho privado unificado y países de derecho privado diferenciado en derecho civil y mercantil. Dentro de los países cuyo derecho privado es único, cabe distinguir aquellos en los cuales, por tener en ellos preponderancia el derecho consuetudinario la unidad proviene de la costumbre, que no ha separado lo comercial de lo civil, de aquellos otros en los cuales la ley es fuente única, en la creación del derecho, por lo cual la unidad es producto de un acto legislativo, y representa así más que falta de distinción, la fusión de dos ramas preexistentes. En el primer caso se encuentran los Estados Unidos e Inglaterra, por esta razón se le llama de tipo anglosajón a los sistemas jurídicos que ofrecen tales caracteres. Fue en Suiza donde se dictó primero un Código de obligaciones aplicable tanto en la materia civil como en la mercantil.

Hasta ahora se han considerado tipos jurídicos históricamente realizados, pero cabe añadir una variante al tipo subjetivo, la que se basara no en la figura del comerciante, sino en la empresa. Dentro del tipo objetivo puede distinguirse el que se basa en el acto de comercio, que abarca los tres subtipos, y el que se fundara en la cosa mercantil.

En la edad antigua, el comercio como fenómeno económico y social, se presenta en todas las épocas y lugares. Por ello aún en los pueblos más antiguos pueden encontrarse normas aplicables al comercio, o más bien, a algunas de las relaciones e instituciones a que aquella actividad da origen. Así sucede en los sistemas jurídicos de Babilonia, Egipto, Grecia, Fenicia, Cartago, etc.

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

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

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.

Posteriormente en la 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.

En la 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 que se ha levantado el edificio del moderno derecho mercantil, el que desde entonces, emancipándose completamente del derecho civil, 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.

Un gran número de Estados redactaron legislaciones similares para regular la materia que nos compete. Este gran movimiento legislativo de todas las naciones trajo consigo un gran movimiento científico en la esfera de la literatura jurídica del derecho mercantil, cuyas obras de estudio forman hoy una riquísima biblioteca. Sobre todo la materia de la legislación comparada adquirió, como era de esperarse, un gran desarrollo, pues siendo el comercio cosmopolita por su naturaleza y por el grande impulso que en los

tiempos modernos le comunican las pacíficas relaciones internacionales, los tratados, las vías de comunicación marítimas y terrestres, es natural que el derecho mercantil, reflejo de las necesidades del comercio, tienda a buscar esa unidad de preceptos y doctrinas, esa universalidad de principios que exige el cosmopolitismo del tráfico en sus diversas manifestaciones. Entre los varios ramos de la legislación mercantil hay algunos en que más se ha acentuado la necesidad de uniformar el derecho de las distintas naciones, como sucede en lo relativo a las letras de cambio entre muchos otros aspectos.

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

2.2 El comercio

Los orígenes del comercio se remontan a finales del neolítico, cuando se descubrió la agricultura. Al principio, la agricultura que se practicaba era de subsistencia, donde las cosechas obtenidas eran las justas para la población dedicada a los asuntos agrícolas. Sin embargo, a medida que iban incorporándose nuevos desarrollos tecnológicos al día a día de los agricultores, como por ejemplo la fuerza animal, o el uso de diferentes

herramientas, las cosechas obtenidas eran cada vez mayores. Así llegó el momento propicio para el nacimiento del comercio, favorecido por dos factores:

- Las cosechas obtenidas eran mayores que las necesarias para la subsistencia de la comunidad.
- Ya se necesitaba que toda la comunidad se dedicara a la agricultura, por lo tanto parte de la población empezó a especializarse en otros asuntos, como la alfarería o la siderurgia.

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

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

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

Cuando se habla del comercio, esto se hace ya desde un sentido o punto de vista económico o jurídico. El autor Bercovitz, al referirse al tema del comercio desde el punto de vista de los economistas y de los juristas, expresa: “Para los economistas, según una teoría clásica, el comercio es una de las ramas de la industria, en general, esto es, uno de los aspectos del trabajo del hombre aplicado a la materia para procurar está en su estado natural. Para los juristas, en cambio, el comercio es, no solo esa rama de la industria que en el lenguaje económico significa poner la materia ya útil al alcance de quienes hayan de aprovecharla, sino también aquella otra rama que en el mismo lenguaje económico tiene por objeto hacer útil la materia bruta”²⁹. En el lenguaje jurídico, el comercio es pues, transformación e intermediación con fines de lucro.

Otra parte de la historia, nos dice que el comercio surgió al aparecer y desarrollarse la producción mercantil. La esencia y las formas del comercio son determinadas por el modo dominante de producción. Bajo el capitalismo, en el que existe la propiedad privada sobre los medios de producción, el comercio constituye la esfera en que se

²⁹ Bercovitz, Alberto. **Apuntes de derecho mercantil**. Pág. 22.

invierte el capital comercial con el fin de obtener ganancias. El comercio capitalista presenta dos formas principales: al por mayor y al por menor. El comercio capitalista al por mayor se efectúa en las bolsas de mercancías, donde se comercia no a base de la mercancía existente, sino a base de muestras. El comercio al por menor se lleva a cabo a través de un variado sistema de tiendas como grandes almacenes, tiendas especializadas, tiendas ambulantes, etcétera. Bajo el capitalismo, ha obtenido cierto desarrollo el comercio cooperativo. Además del comercio interior, existe el comercio exterior. El capitalismo presenta como una de sus características la tendencia a aumentar ilimitadamente la producción de mercancías, que son portadoras del valor y de la plusvalía, a pesar de que los mercados interiores y la capacidad adquisitiva de las masas trabajadoras son muy limitados. Ello explica que los capitalistas busquen una salida en el comercio exterior intentando apoderarse de nuevos mercados y multiplicar las ganancias. De este modo, bajo el capitalismo, el desarrollo del comercio va acompañado de una agudización de las contradicciones en el interior de cada país y entre los países.

2.2.1 Definición de comercio

Sánchez Calero, define el comercio así: “Es la actividad socioeconómica consistente en la compra y venta de bienes, sea para su uso, para su venta o para su transformación. Es el cambio o transacción de algo a cambio de otra cosa de igual valor”³⁰. El profesor de Derecho Mercantil Guillermo Alcocer, define al comercio como: “La negociación que

³⁰ Sánchez Calero, Fernando. **Principios de derecho mercantil**. Pág. 17.

se hace comprando, vendiendo o permutando mercancías. Comunicación y trato entre pueblos”³¹.

2.2.2 Comercio interior

Al hablar de comercio interior o comercio nacional, como también es conocido, se puede decir que es aquel realizado entre personas que se hallan presentes en el mismo país, sujetos a la misma jurisdicción. El comercio interior se halla representado por la red de empresas comerciales que, dentro del país, se encargan de movilizar las mercancías del lugar en que se producen hasta el lugar en que los consumidores las adquieren: incluye algunas operaciones de producción para acabar de elaborar las mercancías.

El comercio estatal se basa en la propiedad de todo el pueblo y representa el grado más alto de socialización socialista de la esfera de circulación mercantil. Sus funciones principales son el abastecimiento técnico-material, las compras estatales de productos agrícolas y también la venta de Artículos de consumo a la población, sobre todo en las ciudades. El comercio interior versa indistintamente sobre mercancías nacionales o extranjeras, y puede hacerse en grande o en pequeña escala.

El comercio en gran escala, o al por mayor, hace pedidos considerables a las fábricas del país, recibe importantes cargamentos del extranjero, deposita el conjunto de las

³¹ Alcocer Garau, Guillermo. **Estudios de derecho mercantil**. Pág. 10.

expediciones en sus almacenes y libra luego los géneros a los tenderos por pequeñas partidas.

El pequeño comercio, o al por menor, conserva las mercancías en las tiendas para ir las vendiendo al público en porciones reducidas. El comercio interior es tan considerable en todas las naciones, que excede en mucho al exterior y al colonial, no obstante las limitaciones que por impedir el fraude, beneficiar el consumo, proteger la industria y nutrir el Tesoro, ha tenido que soportar en la marcha progresiva de su desenvolvimiento.

2.2.3 Comercio exterior

Conocido dentro del mundo del derecho mercantil como comercio internacional y es el que se efectúa entre personas de un país y las que viven en otro. El comercio exterior, monopolio del Estado socialista, corre a cargo de organizaciones especiales de importación y exportación. El comercio, bajo el socialismo, se diferencia del comercio capitalista. Se desarrolla según un plan, está libre de las crisis de venta, favorece el desarrollo de la producción y contribuye a elevar el bienestar de los trabajadores. Por sus canales se realiza casi la totalidad de los Artículos de consumo personal mediante su cambio por los ingresos monetarios de la población, así como la venta de mercancías destinadas a la producción (abastecimiento material y técnico).

Constituyen el comercio exterior los cambios que los habitantes de una nación hacen con los de otras naciones. Este comercio se descompone en dos actos, llamados de entrada y de salida, refiriéndose el primero a las mercancías extranjeras que se reciben o importan, o sea a las compras; y el segundo a las mercancías nacionales o nacionalizadas, que se expiden o exportan, o sea a las ventas.

El valor de los productos importados no suele ser igual que el de los exportados, sino mayor o menor, según sean las condiciones económicas de cada país.

En el comercio exterior, los géneros que se importan se pagan con los que se exportan, utilizando para ello los documentos de crédito; pero a la postre, las diferencias que son a favor de la importación se pagan, y las que son a favor de la exportación se cobran, en monedas acuñadas o metales preciosos, que concluirán por faltar, con el transcurso de los años, en los países cuya importación excediera a la exportación, si no evolucionaran restringiendo la primera y ampliando la segunda, a menos que esa diferencia se compensase con la producción nacional de oro y plata, con el cobro de ventas en el extranjero o con otros recursos de riqueza.

En los cambios internacionales no es rigurosamente exacto que cada país obtiene un provecho igual, porque si bien es cierto que en todo cambio se prefiere lo que se recibe a lo que se entrega y que ambos valores son equivalentes entre sí, también lo es que el resultado definitivo de la operación será perjudicial para el exportador de los productos naturales e importador de los fabricados, en tanto que será beneficioso para el

exportador de los fabricados e importador de los naturales, porque aquél deja su industria inactiva y éste fomenta el trabajo nacional, así es que en las manufacturas que expide va incluido en gran proporción el precio de la mano de obra, que le pagan los Estados a quienes hace el envío; por eso se consideran signos de la prosperidad de una nación, el aumento en las importaciones de primeras materias y en las exportaciones de los géneros obrados, y signos de decadencia la mengua en las entradas de materiales y en la salida de Artículos fabricados.

El comercio exterior ha sufrido diversas limitaciones legales, que si bien fueron inspiradas en el deseo del bien público, causaron casi siempre considerables perjuicios, pues unas veces prohibieron con preceptos aduaneros y otras dificultaron con derechos excesivos la importación de varias mercancías extranjeras o la exportación de algunas nacionales.

2.3. El derecho mercantil guatemalteco

2.3.1 Aspectos históricos

En el período colonial. Guatemala, al igual que el resto de dominios españoles en América, regía su vida jurídica por la legislación de la metrópoli. La recopilación de Leyes de Indias, las Leyes de Castilla, las siete partidas y la ordenanza de Bilbao, para citar las más conocidas, contenían normas destinadas al comercio. La capitania General del Reino de Guatemala estaba sujeta al Virreinato de la Nueva España; de

esa cuenta, el comercio lo controlaba el Consulado de México y éste ejercía jurisdicción en los países centroamericanos para resolver las controversias que se pudieran ocasionar. Ante la insistencia de los comerciantes de la capitanía, se creó el Consulado de Comercio de Guatemala, por la Real Cédula del 11 de diciembre de 1793. El derecho comercial contenido en esas leyes servía más a los intereses de la Corona, que a los propios comerciantes. Bajo dichas tesis el tráfico comercial en estas colonias no favorecía en mayor grado al desarrollo económico de región.

Al suceder la independencia política de Centro América no se dio como consecuencia una legislación propia. Las leyes de España siguieron teniendo vigencia por algunos años. En el gobierno del doctor Mariano Gálvez se hizo el intento de modernizar las leyes del país, sustituyendo las leyes españolas por lo llamados Códigos de Livingston, que era un conjunto de normas redactadas para el Estado de Luisiana, por el Jurista Eduardo Livingston, dentro de las cuales se comprendían disposiciones referente al comercio.

La llegada del gobierno conservador de Rafael Carrera, significó el estancamiento de nuestra evolución legislativa, ya que volvió a la legislación española, al grado de que estudios facultativos de derecho se hacían sobre las leyes de Toro y la Novísima Recopilación. Especial atención merece el Código de la revolución Liberal. En el año 1877, al promulgarse los nuevos Códigos de Guatemala, se incluyó un Código de Comercio, con una Ley especial de enjuiciamiento mercantil. De la fecha anterior

llegamos hasta 1949, oportunidad en que se promulgó un nuevo Código de Comercio, contenido en el Decreto número 2946 del Presidente de la República.

En 1970 se promulgó el Decreto 2-70 del Congreso de la República, que contiene el actual Código de Comercio de Guatemala, el que pretende ser un instrumento moderno, adaptado a las nuevas necesidades del tráfico comercial de Guatemala, tanto en el aspecto nacional como en el internacional. También incorporó instituciones nuevas y mejoró la sistematización de la materia jurídica mercantil. Es importante señalar la creación del Registro Mercantil, pues tal función, en forma limitada, la cumplía el Registro Civil, en materia de títulos de crédito se incorporó la factura cambiaria.

Debemos resaltar que el derecho mercantil guatemalteco, en su expresión legal, no se agota en el Código de Comercio, pues existen una serie de leyes sobre materia comercial, no codificadas, las que deben tenerse como integrantes del ordenamiento jurídico mercantil del país. Leyes cambiarias, de seguros, de auxiliares de comercio; y en su parte adjetiva, la reciente ley de arbitraje comercial, que forma parte de las normas que regulan la justicia mercantil.

2.3.2 Fines

“Los fines de las leyes relativas al comercio, particularmente del código de comercio guatemalteco, se dirigen a la organización, regulación y ordenación de la actividad

mercantil y comercial, sus sujetos, las empresas mercantiles, los contratos mercantiles, títulos mercantiles connotados por un amplio margen de libertad y celeridad que contribuya al desarrollo de la actividad económica mercantil³².

2.3.3 Características

Las características de las ramas del derecho devienen de la materia que trata. En el caso del derecho mercantil, el comercio es la esencia, tiene la particularidad de darse en masa, cambia constantemente en los modos de operar, exige rapidez en las formas de negociar, se desenvuelve a nivel nacional e internacional.

- Es poco formalista

La circulación para que sea fluida, exigen que la formalidad esté relegada a mínima expresión, salvo en los casos en que su ausencia puede sacrificar la seguridad jurídica. Los negocios mercantiles se concretan en simples formalidades sólo explicables para un conjunto de relaciones que por su cantidad no podrían darse fácilmente de otra manera. Ejemplificando lo anterior se da una representación civil mediante el otorgamiento de un contrato de mandato; en cambio, la representación en materia de títulos de crédito se da por un simple y sencillo endoso de procuración.

³² De Pina Vara, Rafael. **Elementos del derecho mercantil mexicano**. Pág. 97.

- Inspira rapidez y libertad en los medios para traficar

El poco formalismo anteriormente relacionado, se somete con agilidad del tráfico comercial. Ello obliga a que el derecho funcione a la par de la realidad que se le presenta.

- Adaptabilidad

Que el comercio se relaciona con el ser humano por ser una de sus funciones, dicha función cambia día a día por diversos motivos ya sean políticos, científicos, culturales, por lo que las formas de comerciar se van desarrollando progresivamente. De ello resulta que la legislación siempre va en zaga de la práctica. Entonces una característica de este derecho para tomarse en cuenta es que, en su contexto general debe irse adaptando a las condiciones reales del mismo fenómeno comercial.

- Tiende a ser internacional.

El desarrollo de negocios relacionados con bienes y servicios no es de uso exclusivo del comercio local de una sociedad políticamente organizada. Pues primero se produce para el mercado interno. Esto hace obligatorio que las instituciones jurídicas tienda a una uniformidad así facilitar el intercambio a nivel internacional, haciendo que esta característica sea la más sensible ahora que ha surgido el fenómeno de la globalización de las economías.

- Posibilita la seguridad del tráfico jurídico

En la observancia estricta de que la negociación mercantil está basada en la verdad sabida y la buena fe guardada, de manera que ningún acto posterior puede desvirtuar lo que las partes han querido al momento de obligarse.

2.3.4 Principios

Siempre se ha tratado de separar las características de lo que, en mi criterio, puede decirse que son principios que inspiran al derecho mercantil; siendo los principios los que a continuación se pueden considerar:

- a) La buena fe;
- b) La verdad sabida;
- c) Toda prestación se presume onerosa;
- d) Intención de lucro; y,
- e) Ante la duda deben favorecerse las soluciones que hagan más segura la circulación.

2.3.5 Fuentes del derecho mercantil

La palabra fuente del derecho significa origen, fenómeno de donde proviene, en ese contexto únicamente es necesario ocuparse de las fuentes formales del derecho mercantil, siendo estas: la costumbre, la jurisprudencia, la ley, la doctrina y el contrato.

- La costumbre

Ley del Organismo Judicial en su Artículo 2º, segundo párrafo, le da categoría de fuente de derecho a la costumbre y por lo mismo al uso, en defecto de la ley aplicable al caso y siempre que no sea contraria a la moral y al orden público y que resulte probada. La costumbre fue la primera fuente formal del derecho mercantil, y fuera como práctica general de los comerciantes o como usos del comercio.

- La Jurisprudencia

Citando nuevamente el Artículo 2 en su primer párrafo de la Ley del Organismo Judicial, la jurisprudencia está concebida como fuente complementaria, en ese orden es fuente de derecho. Asimismo, de acuerdo con lo establecido en nuestro Código Procesal Civil y Mercantil, cuando se producen cinco fallos reiterados en juicios sometidos al conocimiento de la Corte Suprema de Justicia, por medio del recurso de casación, se genera la doctrina legal que puede citarse como fundamento de pretensiones similares. Esto demuestra que nuestro ordenamiento jurídico

guatemalteco carece de estimación por la jurisprudencia como fuente de derecho y en consecuencia, también del derecho mercantil.

2.3.6 La Ley

La Ley, o la legislación con más propiedad, es la fuente primaria del derecho según los Artículos 2o y 3o de la Ley del Organismo Judicial. En el caso de Guatemala, la normatividad mercantil se integra a partir de su Constitución Política, cuyos preceptos mercantiles se desarrollan en el Código de Comercio y demás leyes y reglamentos que norman la actividad de los comerciantes, las cosas y los negocios mercantiles.

2.3.7 La Doctrina

Son muy pocos los autores que niegan la calidad de fuentes a la doctrina; sin embargo, en el derecho mercantil sucede algo especial. Por el lento proceso legislativo ya que la doctrina corre pareja con la práctica; lo que no sucede con la ley.

Entonces para que este derecho sea viable, los principios que ya estudiamos, y que son doctrinarios, vienen a ser fuentes coadyuvantes en la interpretación del contexto legal, por disposición del Artículo 1o del Código de Comercio.

2.3.8 Elementos

- Sujetos

Dentro de los sujetos del derecho mercantil encontramos al comerciante individual que según el Artículo 2 del Código de Comercio es el sujeto que ejerce en nombre propio y con fines de lucro, cualquiera de las actividades de producción, siguientes: La industria, la intermediación, y circulación de bienes y servicios, la banca, seguros, fianzas y los auxiliares de todos los anteriores.

El comerciante social: son aquellas personas individuales, que con fines de lucro, organizan una sociedad o persona jurídica, distinta de ellas, a través de la cual conjuntan capital y esfuerzo con la finalidad de obtener ganancias. El Código de Comercio señala que las sociedades organizadas bajo la forma mercantil tienen la calidad de comerciantes, cualquiera sea su objeto.

Otros sujetos de la actividad mercantil son los auxiliares del comerciante que pueden ser los factores de comercio, corredores, comisionistas o dependientes, que sin embargo, no tienen la calidad de comerciantes.

2.3.9 Marco de acción

El marco de acción de la actividad mercantil se da dentro de los límites establecidos en el código de comercio, y las leyes de la república que establecen la licitud del objeto o actividad comercial y que limitan el ejercicio de aquellas empresas o personas que no se ajustan a dicha normativa, dentro de lo que podríamos denominar una tradición de positivismo jurídico. A pesar de la existencia de la regulación contenida en el Código de Comercio existen en Guatemala un sin número de personas que se dedican a la actividad comercial, al margen claro está del sistema jurídico, y que constituyen la denominada economía informal siendo que resultan ser comerciantes de hecho.

Respecto de esta misma situación el propio Código de Comercio señala la existencia de sociedades irregulares o de hecho, cuando en el caso de los comerciantes sociales no se cumple con los requisitos para su reconocimiento jurídico.

Al margen de la postura doctrinaria, se encuentra las personas a quienes se dirige la actividad comercial.

2.3.10 Las necesidades que se pretenden satisfacer

El derecho mercantil pretende regular la actividad comercial para que sea pronta, efectiva y eficaz, a efecto de coadyuvar con la necesidad de agilidad que el derecho mercantil requiere en toda operación mercantil.

CAPÍTULO III

3. El Registro Mercantil

Todo registro tiene la finalidad de dar publicidad y seguridad jurídica frente a terceros y aún al titular del derecho a partir del momento de la inscripción. Razón por la que es una de las obligaciones profesionales que el comerciante tiene de inscribirse en el Registro Mercantil.

El antecedente que se tiene del Registro Mercantil se encuentra en las corporaciones de comerciantes de la edad media, pues llevaban un libro en el que se inscribían los comerciantes que pertenecían a la corporación. En Principio era un simple control de los sujetos que se dedicaban al comercio; posteriormente devino en un órgano administrativo cuya finalidad era registrar sujetos del comercio y darle publicidad frente a terceros.

Guillermo Cabanellas y Luis Alcalá-Zamora expresan que “el Registro Mercantil es una institución jurídica que proporciona publicidad y firmeza a los actos y contratos del comercio, mediante la inscripción de las partes y de los negocios jurídicos en la oficina especial confiada a un funcionario público, que da fe de la autenticidad de las manifestaciones y de los datos que constan en los libros y asientos por él autorizados”³³.

³³ Cabanellas, Guillermo y Alcalá-Zamora, Luis. **Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual**. Pág. 653.

3.1 Historia del Registro Mercantil

Chinchilla al comentar la historia de creación del Registro Mercantil, describe “que en marzo de 1966, el doctor Edmundo Vásquez Martínez, en el Tratado de Derecho Mercantil, al referirse a dicho registro, indica que la legislación Mercantil no contiene más disposiciones relativas al registro de las que dedica a la inscripción de personas jurídicas, por lo que se puede decir que un Registro Mercantil específico no existe en el medio. En esa época cuando la ley requiere, como en las sociedades mercantiles, de la inscripción y publicidad de carácter registral, se utiliza el Registro Civil, que es donde se lleva el registro de personas jurídicas de carácter mercantil”³⁴.

El Código de Comercio contenido en el Decreto Presidencial 2946, emitido el 15 de septiembre de 1942, actualmente derogado, en los Artículos comprendidos del 573 al 578, regulaba lo concerniente al registro de personas jurídicas de carácter mercantil, indica, entre otros aspectos, que en el Registro Civil de las cabeceras departamentales a cargo del Registro Civil, se llevará este control, usará para el efecto libros especiales en los cuales se inscriben las compañías o sociedades colectivas, anónimas, en comandita, cooperativas, consorcios y cualesquiera que determina la ley; que se inserta íntegramente el testimonio de la escritura social, y que una vez que se hubiesen hecho las publicaciones que ordenaba la ley, sin que se prestara oposición se extendería certificación para probar la personalidad jurídica. Trataba, asimismo, sobre la disolución y las prórrogas.

³⁴ Chinchilla, Luis. **Manual de Procedimientos en el Registro Mercantil**. Pág. 6.

El doctor René Arturo Villegas Lara, citado por Chinchilla, en su tratado Derecho Mercantil Guatemalteco, se refiere al período colonial, indicando que “Guatemala, igual que el resto de los dominios españoles de América, regía su vida jurídica por la legislación de la metrópoli: la Recopilación de Leyes de Indias, las Leyes de Castilla, las Siete Partidas y las Ordenanzas de Bilbao. La Capitanía General del Reinado de Guatemala estaba sujeta al Virreinato de la Nueva España; de esta cuenta, el comercio lo controlaba el Consulado de México, y éste ejercía jurisdicción en los países centroamericanos para resolver las controversias que se pudieran ocasionar. Ante la insistencia de los comerciantes de la Capitanía se creó el Consulado de comercio de Guatemala, por Real Cédula del 11 de diciembre de 1793. Sin embargo, se dice que el Decreto comercial contenido en esas leyes servía más a los intereses de la Corona que los de los propios comerciantes. De la Colonia se pasa a la época de estancamiento, hasta que se llega a la Revolución Liberal de 1871, cuando se promulga un Código de Comercio, llegando al Código del Presidente Jorge Ubico, de 1942, que el doctor Vásquez Martínez ha mencionado que contenía una mejor sistematización de las instituciones”³⁵.

De las menciones históricas y de la propia legislación, se puede afirmar que el Registro Mercantil fue creado con la promulgación del actual Código de Comercio, por el Congreso de la República, en el año 1970, contenido en el Decreto Legislativo 2-70 de fecha veintiocho de enero de mil novecientos setenta, que el proyecto enviado por el Ejecutivo responde a las necesidades del desarrollo económico del país, por tener una orientación filosófica moderna y un enfoque realista de los institutos que regula, dando

³⁵ Ibíd. Pág. 16.

un tratamiento acertado a las diversas doctrinas e instituciones del Derecho Mercantil moderno, con lo cual es posible la eficiente regulación de los institutos que comprende, armoniza su normatividad con la de los otros países centroamericanos. Se destaca la importancia de la materia y de todo lo contemplado en el mismo. Ha tenido modificaciones de menor grado por lo que se requiere su actualización.

El Registro Mercantil se creó como una institución estatal mediante el Decreto No. 2-70, Código de Comercio, y según estipulan los Artículos 332 y 333 y el Acuerdo Gubernativo No. 30-71 que contiene su Reglamento, que regula el funcionamiento y fue creado con jurisdicción en toda la República, y el mismo es dirigido por el Registrador, a quién se le denomina Registrador Mercantil General de la República.

3.2 El Registro Mercantil guatemalteco

René Villegas opina que antes de la vigencia del actual Código de Comercio, no existía en Guatemala un Registro Mercantil que en forma unitaria se le asignara un fin específico. “Desde principios de la vida independiente se dio la necesidad de un registro público de tal naturaleza y para ello funcionó el Consulado de Comercio; después un registro a cargo de los Jueces de Primera Instancia; hasta llegar a diluirse en una función desempeñada por diversas oficinas del Estado. Así, por ejemplo, al comerciante individual podía detectársele por medio de la patente de comercio, aun cuando la autoridad fiscal la extendía con fines de tributación. En el caso de los comerciantes sociales o sociedades mercantiles su inscripción se hacía en el Registro

Civil, pero su objeto era darle existencia pública a la persona jurídica, sin mayor trascendencia jurídico-mercantil. Observamos, la necesidad de que se instituyera un registro específico para el control del comercio”³⁶.

El Registro Mercantil de Guatemala, tal como se conoce en la actualidad, nació con el Código de Comercio vigente. Es una dependencia estatal que funciona dentro del rol administrativo del Ministerio de Economía.

En la actualidad tiene su asiento principal en la ciudad capital, pero está previsto que también funcionen otros registros en los departamentos de la República. Al frente del registro está un funcionario el Registrador Mercantil y la persona que desempeña ese cargo debe reunir las siguientes calidades: ser abogado y Notario, colegiado activo, guatemalteco natural y tener un mínimo de cinco años de ejercicio profesional. El Registrador es nombrado por el Organismo Ejecutivo por conducto del Ministerio de Economía.

El Registro Mercantil es una institución pública, eso quiere decir que las personas que tengan interés en saber de las inscripciones que en sus libros se hayan hecho, pueden concurrir a enterarse.

Para el control de la materia objeto de registros se deben llevar los siguientes libros:

a) De comerciantes individuales.

³⁶ Villegas Lara, René Arturo. **Introducción al estudio del Derecho Mercantil**. Pág. 92.

- b) De sociedades mercantiles.
- c) De empresas y establecimientos mercantiles.
- d) De auxiliares de comercio.
- e) De presentación de documentos.
- f) Otros libros que sean necesarios para otras inscripciones que ordene la ley.
- g) Índices y libros auxiliares.

3.2.1 Obligaciones de Registro

De conformidad con el Artículo 334 del Código de Comercio, es obligatorio que se inscriban en el Registro Mercantil:

- a) Comerciantes individuales: si su capital es de dos mil quetzales en adelante.
- b) Sociedades mercantiles: la inscripción de la sociedad se hace con base en el testimonio de la escritura constitutiva.
- c) Empresas y establecimiento mercantiles: la empresa y el establecimiento también debe registrarla el comerciante y se solicita mediante formulario que contiene una declaración jurada y con firma autenticada.
- d) Auxiliares de comercio: todos los auxiliares del comerciante, están obligados a inscribirse en el Registro Mercantil.
- e) Cualquier hecho o relación jurídica que indique la ley, el Artículo 338 del Código de Comercio es más específico, al establecer que debe registrarse lo siguiente:

- Mandatos otorgados por el comerciante para operaciones de la empresa.
- Revocatoria o limitación de facultades a un mandatario del comerciante a que se refiere la literal anterior.
- Cualquier acto de disposición sobre la empresa o establecimiento.
- Las capitulaciones matrimoniales del comerciante individual y el inventario de los bienes de las personas que tengan bajo su tutela o patria potestad.
- Cualquier modificación a la escritura constitutiva de la sociedad o su disolución, liquidación, fusión o transformación.
- Constitución, modificación o extinción de derechos reales sobre la empresa o establecimiento.
- Cualquier acto que modifique el hecho que originó la inscripción inicial y
- Cualquier emisión de títulos valores por parte de la sociedad mercantil: acciones, obligaciones.

3.2.2 Plazo para cumplir con las obligaciones del registro

Toda obligación de registro debe cumplirse dentro del plazo de un mes; que se cuenta, en el caso del comerciante individual o de la empresa y establecimientos, a partir de la fecha en que el sujeto se inicia como comerciante o de la apertura de la empresa o establecimiento; y en el caso de las sociedades, a partir de la fecha de la escritura. Esto se encuentra en Artículo 334 2º y 3er párrafo Código de Comercio.

3.2.3 Efectos del incumplimiento de la obligación

No hacerlo dentro del plazo estipulado produce una multa que se gradúa entre veinticinco y mil quetzales, la que es impuesta por el registrador. Omitirla en forma permanente, es motivo para que el comerciante no pueda pertenecer a cámaras de comercio, asociaciones gremiales de comerciantes; no puede desempeñar el cargo de síndico de quiebras ni acogerse a los beneficios de la suspensión de pagos. Artículos 356 a 358 Código de Comercio.

3.2.4 Constancia de inscripción

Para constancia de inscripción de un sujeto, principal o auxiliar comerciante, o de un bien, empresa o establecimiento, el registro expide documentos especiales dentro de los que se encuentra la patente de comercio. Artículos 344 y 359 Código de Comercio.

3.2.5 Función calificadora del registrador

El registrador está obligado a estudiar los documentos que se le presenten y si de ese estudio llega a la conclusión que el documento y lo solicitado contraviene la ley, niega la inscripción, lo que no prejuzga sobre la validez del documento. Esa misma función se le da en un sentido positivo o sea cuando sí concede la inscripción. En el primer caso, el particular solicitante tiene un recurso para disentir del criterio del registro y se conoce doctrinariamente como el recurso de reclamo, el que se encuentra contemplado en el

Artículo 348 del Código de Comercio, y se plantea ante un Juez de Primera Instancia del Ramo Civil, tramitándose conforme al procedimiento incidental.

3.2.6 Oposición a las inscripciones

Cosa distinta es la oposición a una inscripción. En este caso la actitud del opositor no es en contra de la función calificadora, sino en contra de la pretensión de la persona que solicita una inscripción y que por cualquier motivo perjudica a otra. Esta oposición se tramita también en incidente, es de competencia jurisdiccional y regularmente surge cuando se publican los edictos. Artículo 350 del Código de Comercio.

Villegas señala que “la actividad registral en general se sujeta a ciertos principios que tienden a introducir orden y seguridad para la misma. Esos principios, son los siguientes:

- a) Principio de inscripción: lo que de conformidad con la ley está sujeto a registro, produce efectos ciertos y firmes frente a terceros desde el momento en que se hace el asiento en el libro respectivo. La inscripción marca el nacimiento de la publicidad registral.
- b) Principio de publicidad: lo que consta en el registro produce efectos ante terceros y nadie puede argumentar como defensa el haber desconocido los datos inscritos, aun en el caso de que verdaderamente tal circunstancia sea cierta. En lenguaje registral se dice que sólo afecta a terceros lo que consta en el registro.

- c) Principio de fe pública: acorde con este principio lo escrito en un reglamento se tiene como una verdad legal. Cuando el registrador asienta en el libro la existencia de un sujeto, de un bien o de un negocio jurídico, los datos integrantes de la inscripción se tienen como ciertos mientras una decisión de orden judicial no diga lo contrario.
- d) Principio de Rogación: según este principio el registrador actúa a petición de parte; o sea que no hay impulso de oficio.
- e) Principio de determinación: la actividad registral debe ser precisa en cuanto a la forma de la inscripción, de manera que no deja lugar a dudas en cuanto a los datos que se consignan, en la personas que la solicitan y a la relación que registra.
- f) Principio de legalidad: Todo acto registral se hace sobre la base de un documento que provoca la actividad registral. El Registrador, entonces, está obligado a rechazar toda solicitud que no se ajusta al régimen legal a que se refiera, lo que hace incidir este principio tanto en la validez formal del documento, como sobre el derecho substancial al que se refiere.
- g) Principio de prioridad: se contiene en la expresión común de que quien es primero en tiempo es primero en registro. Muchas veces pueden ingresar dos o más documentos que se refieren a un mismo hecho o relación jurídica: en tal circunstancia, el documento que haya ingresado primero, de acuerdo al procedimiento de recepción tiene prioridad en cuanto a los efectos de la publicidad registral.
- h) Principio de tracto sucesivo: la anotación registral se hace en tal orden de sucesión que, el último asiento tiene su base en el anterior. El transferente de hoy es el

adquiriente de ayer y el titular inscrito es el transferente de mañana. Los principios anteriores son la base de la función registral y sirven para entender cuál es la finalidad de la institución”³⁷.

3.3. La patente de comercio

El procedimiento de la inscripción de las sociedades termina mediante la expedición de la patente de comercio. Este documento no es privativo de las sociedades, ya que el Registrador está obligado a extenderlo a toda sociedad, comerciante individual, auxiliar de comercio, empresa o establecimiento que haya sido debidamente inscrito, la patente debe colocarse en lugar visible de toda empresa o establecimiento de conformidad con el Artículo 344 del Código de Comercio de Guatemala.

“La finalidad de la patente no es otra que contribuir a la publicidad registral, ya que es la forma de hacer público que se ha cumplido con la inscripción a que obliga la ley y de permitir que cualquier persona que vea dicha patente pueda mediante los datos en ella consignados, acudir al Registro en procura de informaciones que le interesen. La patente de comercio puede definirse como el documento expedido por el Registrador Mercantil a toda sociedad, comerciante individual, auxiliar de comercio, empresa o establecimiento, debidamente inscrito, haciendo constar, a efectos de publicidad, dicha circunstancia”³⁸.

³⁷ *Ibíd.* Pág. 114.

³⁸ Vásquez Martínez, Edmundo. **Derecho Mercantil**. Pág.241.

3.3.1 Sanciones por falta de inscripción

El Código de Comercio de Guatemala en el Artículo 356 establece una multa a razón de veinticinco a mil quetzales por la falta de inscripción y el incumplimiento de cualquiera de las obligaciones que se establece para los comerciantes. Dicha multa será impuesta por el Registrador.

Existe la prohibición expresa para las cámaras o asociaciones gremiales de inscribir a comerciantes que no acrediten su inscripción en el Registro Mercantil de conformidad con el Artículo 358 del Comercio de Guatemala.

3.4. Inscripciones

3.4.1 Los libros

El Registro Mercantil será público y llevará los siguientes libros de conformidad con el Artículo 333 del Código de Comercio de Guatemala. Dichos libros son:

1. De comerciantes individuales.
2. De sociedad mercantiles.
3. De empresas y establecimientos mercantiles.
4. De auxiliares de comercio.
5. De presentación de documentos.

6. Los libros que sean necesarios para las demás inscripciones que requiera la ley.
7. Índices y libros auxiliares.

La ley permite dos formas de libros: empastados o de hojas sueltas; en ambos casos deben estar foliados, sellados y rubricados por un Juez de Primera Instancia del Ramo Civil el cual debe expresar en el primero y último folios a que libro se refieren. Sin embargo con la entrada en vigencia del Decreto 62-95 del Congreso de la República se adiciona al Artículo 333 del Código de Comercio de Guatemala el siguiente párrafo: Los libros del Registro Mercantil podrán ser reemplazados en cualquier momento y sin necesidad de trámite alguno, por otros sistemas más modernos.

3.4.2 La inscripción

“Se denomina inscripción todo asiento hecho en el Registro”³⁹. El Código de Comercio de Guatemala señala cuales inscripciones son obligatorias y la forma en que deben hacerse los asientos correspondientes. Es obligatoria la inscripción en el Registro Mercantil jurisdiccional de conformidad con el Artículo 334 del Código de Comercio de Guatemala:

- 1º. De los comerciantes individuales que tengan un capital de dos mil quetzales o más.
- 2º. De todas las sociedades mercantiles.
- 3º. De empresas y establecimientos mercantiles comprendidos dentro de estos extremos.

³⁹ Ibíd. Pág. 237.

- 4º. De los hechos y relaciones jurídicas que especifiquen las leyes.
- 5º. De los auxiliares de comercio.

También es obligatorio el registro de:

- 1º. El nombramiento de administradores de sociedades, de factores y el otorgamiento de mandatos por cualquier comerciante, para operaciones de su empresa.
- 2º. La revocación o la limitación de las designaciones y mandatos a que se refiere el inciso anterior.
- 3º. La creación, adquisición, enajenación, o gravamen de empresas o establecimientos mercantiles.
- 4º. Las capitulaciones matrimoniales de los comerciantes individuales y sus modificaciones, así como el inventario de los bienes que pertenezcan a las personas sometidas a su patria potestad o tutela.
- 5º. Las modificaciones de la escritura constitutiva de las sociedades mercantiles, la prórroga de su plazo y la disolución o liquidación.
- 6º. La constitución, modificación y extinción de derechos reales sobre la empresa o sus establecimientos.
- 7º. Cualquier cambio que ocurra en los datos de la inscripción inicial y cualquier hecho que los afecte.
- 8º. Las emisiones de acciones y otros títulos que entrañen obligaciones para las sociedades mercantiles, expresando su serie, valor y monto de la emisión, sus intereses, primas y amortizaciones y todas las circunstancias que garanticen los

derechos de los tomadores. Las operaciones a que se refiere este inciso serán inscritas exclusivamente en el Registro Mercantil.

Los actos y documentos que conforme la ley deben registrarse, sólo surtirán efecto contra terceros desde la fecha de su inscripción en el Registro Mercantil. Ninguna inscripción podrá hacerse alterando el orden de presentación. Artículos 338 y 339 del Código de Comercio de Guatemala.

3.4.3 Inscripción de comerciante individual

Para el comerciante individual existe esta obligación si su capital es de dos mil quetzales en adelante.

- Presentar un formulario de solicitud de inscripción de comerciante y de empresa mercantil, con firma autenticada del propietario (llenando únicamente la información personal del comerciante), adjuntar la cédula de vecindad.
- Solicitar una orden de pago en recepción y entrega de documentos y cancelar en el banco setenta y cinco quetzales exactos (Q.75.00).

3.4.4 Inscripción de empresa mercantil

La empresa mercantil tiene la calidad de un bien mueble. Así lo considera nuestra ley. Y el establecimiento viene a ser el lugar donde tiene el asiento la empresa, de manera

que es un elemento de esta última El comerciante puede tener sucursales de sus negocios y con ello tendría varios establecimientos.

- Presentar formulario de inscripción de comerciante y de empresa mercantil con firma autenticada de propietario.
- Certificación contable firmada y sellada por un contador.
- Cédula de vecindad original (no es indispensable).
- Solicitar una orden de pago y cancelar en el banco.

Setenta y cinco quetzales exactos (Q.75.00) para inscripción de comerciante.

Cien quetzales exactos (Q100.00) para inscripción de empresa.

Si es copropiedad, presentar un formulario por cada propietario.

3.4.5 Inscripción de empresa de sociedad

- Presentar formulario de inscripción de comerciante y de empresa mercantil, con firma autenticada del representante legal.
- Fotocopia de nombramiento de representante legal, vigente.
- Fotocopia de patente de sociedad.
- Solicitar una orden de pago y cancelar en el banco la cantidad de cien quetzales exactos (Q.100.00) para inscripción de empresa.

3.4.6 Cambio de nombre comercial de empresa

a. Cambio de nombre comercial de empresa individual.

- Presentar en recepción y entrega de documentos lo siguiente: formulario de modificaciones con firma autenticada.
- Patente original.
- Solicitar una orden de pago y cancelar en el banco la cantidad de setenta y cinco quetzales exactos (Q.75.00) y quince quetzales (Q.15.00) de emisión de edicto.

Si es copropiedad presentar un formulario por cada propietario.

b. Cambio de nombre comercial de empresa de sociedad.

- Presentar en recepción y entrega de documentos lo siguiente: formulario de modificaciones con firma autenticada.
- Patente original.
- Fotocopia del nombramiento de representante legal vigente.
- Solicitar una orden de pago y cancelarla en el banco por la cantidad de setenta y cinco quetzales exactos (Q75.00) y quince quetzales (Q.15.00) de emisión de edicto.
- Si la patente es categoría única adjuntar fotocopia de escritura donde indique el nuevo nombre comercial de la sociedad propietaria.

- c. Cambio o ampliación de objeto de empresa.
- Presentar en recepción y entrega de documentos: formulario de modificaciones con firma autenticada.
 - Patente original.
 - Solicitar una orden de pago, y cancelar en el banco ciento veinticinco quetzales exactos (Q.125.00).

3.4.7 Traspaso de empresa mercantil

- Presentar memorial con firma autenticada del propietario solicitando traspaso de la empresa, puede darse por compraventa, donación, aportación o por un proceso sucesorio, acompañando el último balance de la empresa y la patente de comercio en original.
- Solicitar una orden de pago y cancelar en el banco ciento veinticinco quetzales (Q125.00) y quince quetzales (Q.15.00) de emisión de edicto.
- El edicto debe ser publicado tres veces en el diario oficial y tres en otro de mayor circulación en el término de un mes.
- Sesenta días después de la última publicación, se otorga escritura pública de compraventa ante un Notario y se presenta: Memorial solicitando que se inscriba el traspaso; original y copia del testimonio de la escritura; acreditar que se encuentra inscrito el comprador como comerciante individual, para poder emitir la patente con el nuevo nombre de propietario.

3.4.8 Cancelación de empresa individual

- Presentar en recepción y entrega de documentos lo siguiente: formulario de modificaciones con firma autenticada.
- Patente original.
- Solicitar una orden de pago y cancelar setenta y cinco quetzales (Q75.00) y quince quetzales (Q.15.00) de emisión de edicto, para la publicación en el diario Oficial.
- Presentar la publicación original para la cancelación de la empresa respectiva.

3.4.9 Proyectos del Registro Mercantil

A la fecha el Registro Mercantil ofrece dentro de sus instalaciones los servicios que complementan los actos onerosos como por ejemplo:

- Recepción de pagos a través de la agencia bancaria del Banco de Desarrollo Rural –Banrural-
- Solicitudes de cargos tributarios a través de la delegación de la Superintendencia de Administración Tributaria.
- Recepción de solicitudes para publicaciones varias en el diario oficial, a través de la delegación de la Tipografía Nacional.
- Atención de solicitudes varias relacionadas con la inscripción patronal de las empresas a través de la delegación del Instituto Guatemalteco de Seguridad Social.

En un corto plazo, el Registro Mercantil pondrá a disposición de sus usuarios nuevos servicios a través del internet.

3.4.10 Efectos de la inscripción

El Registrador, está obligado a estudiar los documentos que se le presente; y, si de este estudio llega a la conclusión que el documento y lo solicitado contraviene la ley, niega la inscripción, lo que no prejuzga sobre la validez del documento.

Esa misma función se da en un sentido positivo o sea cuando sí concede la inscripción. En el primer caso, cuando niega la inscripción, el particular solicitante tiene un recurso para disentir el criterio del registro y se conoce doctrinariamente como recurso de reclamo, contemplando en el Artículo 348 del Código de Comercio, y se plantea ante un Juez de Primera Instancia del Ramo Civil, tramitándose conforme al procedimiento incidental.

“En el caso de oposición a una inscripción, no es contra la función calificadora, sino contra la pretensión de la persona que solicita una inscripción y que por cualquier motivo perjudica a otra. Esta oposición se tramita también en incidente”⁴⁰.

“La inscripción produce efectos frente a terceros como consecuencia del principio de publicidad material y con respecto del hecho inscrito propiamente. La inscripción en el Registro tiene simplemente unos efectos declarativos, es decir se da publicidad a unos

⁴⁰ Villegas Lara, Ob. Cit., Pág. 320.

hechos, cuya validez ha surgido fuera del Registro”⁴¹, o dicho en otras palabras la inscripción es declaratoria cuando se limita a confirmar la fuerza que por sí tiene el acto o documento inscrito.

Existen inscripciones que tiene también efecto constitutivo, ya que de la inscripción se derivan determinados efectos especiales o, en otros términos, hay inscripciones denominadas constitutivas que son requisito esencial para que el acto que se inscribe produzca efectos jurídicos. Como ejemplo de las inscripciones constitutivas se pueden mencionar las de las sociedades mercantiles que hacen derivar la personalidad jurídica de la inscripción en el Registro Mercantil.

⁴¹ Sánchez Calero, Fernando. **Instituciones**. Pág.68.

CAPÍTULO IV

4. El contrato

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

4.1 Definición

4.1.1 Derecho romano

En Roma no se conoció un concepto general del contrato, sino que se fueron creando conforme a las necesidades prácticas, determinados tipos contractuales. Por otra parte el mero acuerdo de voluntades, dirigido a crear una obligación, no era suficiente para crear obligaciones amparadas por una acción, denominándose pacto, convención, y no contrato a dicho acuerdo. Aparecen, pues, en derecho romano netamente distintas las figuras del pacto o convención y del contrato. El primero; es un simple acuerdo de voluntades del cual no surgen obligaciones. El segundo; además del acuerdo de voluntades, requiere de otro requisito, que podía consistir en una forma especial, (contratos formales), o en la entrega de una cosa (contratos reales). Se comprende, por tanto, fácilmente que las fuentes romanas no nos hayan legado una definición del contrato, carente aquel derecho de una noción genérica del mismo.

4.1.2 Derecho comparado

Abolido el principio formalista para creación de obligaciones, en general, esa distinción romana entre pacto y contrato desaparece, por lo que en adelante bastará el acuerdo de voluntades, sin otros requisitos formales, para que exista el contrato. Sin embargo, si el derecho moderno se ha desembarazado de este problema de la distinción, entre contrato y pacto, en el sentido examinado, en cambio, se plantea otro distinto, a saber:

el posible objeto del acuerdo de voluntades. Bastará este acuerdo, ¿pero sobre qué materia puede recaer?, el Derecho Romano consideró el contrato como una fuente de obligaciones, por lo que no se designaban como contratos otros actos consensuales, tendentes a crear relaciones de derechos reales o familiares.

Recogiendo esta tradición romanista el código francés definió el contrato como: “una convención por la cual una o varias personas se obligan hacia otra u otras, a dar, a hacer, o a no hacer, alguna cosa”, (Artículo 1101, Código Civil español). En este mismo sentido, una parte de la doctrina francesa considera que el contrato; es el acuerdo productor de obligaciones (PLANIO-RIPERT). Así pues, la identificación que desde el punto de vista del valor del consentimiento; se había producido en el derecho moderno. Entre la convención y el contrato, vuelve a desaparecer desde este otro punto de vista del objeto, sobre el cual puede recaer el consentimiento. Según esta dirección, que cuenta con numerosos partidarios en la doctrina moderna, la convención es el género y el contrato la especie: cuando el acuerdo verse sobre la creación de obligaciones, existirá el contrato: cuando recaiga sobre la modificación o extinción de aquellas o sobre la creación de relaciones jurídicas reales o familiares, existirá la convención.

Otro sector de la doctrina moderna, en cambio, identifica la convención y el contrato, no desde el punto de vista de la fuerza obligatoria de aquella por el mero consentimiento, sino desde este nuevo punto de vista del ámbito del contrato. Todo acuerdo que tienda a producir algún efecto jurídico, es contrato, cualquiera que sea la materia de ese acuerdo, es decir, bien sea la creación o transmisión de un derecho real, o la

constitución de una relación familiar. En esta dirección se inspiró el código italiano de 1865 al definir el contrato como: “acuerdo de dos o más personas para constituir, regular o resolver un vínculo jurídico entre las mismas”, (Artículo 1098) definición defendida por parte de la doctrina italiana.

Entre ambas posiciones extremas, se ha mantenido una posición ecléctica, según la cual el ámbito del contrato lo constituirían las relaciones jurídicas patrimoniales, quedando fuera del mismo las extramatrimoniales. De esta forma se comprenderían en el contrato; no solamente las relaciones obligatorias, sino también las referentes a los derechos reales y por otra parte, no solo se incluirían los acuerdos tendentes a crear obligaciones, (o derechos reales), sino también los referentes a la modificación o extinción de tales relaciones. Este criterio ha inspirado al nuevo código italiano, según el cual el contrato es: “acuerdo de dos o más partes para constituir, regular o extinguir entre sí, una relación jurídica patrimonial”, (Artículo 1321).

Esta última posición representa, pues una cierta transacción entre las dos posiciones extremas, ya que la objeción fundamental a la concepción amplia del contrato estriba en; no considerar adecuadas a la noción del mismo aquellas relaciones jurídicas que como las familiares, no tienen naturaleza patrimonial.

Poniendo ahora en relación el concepto del contrato, con la noción del negocio jurídico, vemos que la dirección más amplia de aquel coincide con el negocio jurídico bilateral: en cambio, estas otras concepciones mas restringidas del contrato no coinciden con el

negocio jurídico bilateral, ya que éste comprendería tanto el contrato obligatorio, (o patrimonial), como otros acuerdos no obligatorios, (o extramatrimoniales). Así pues, el concepto del contrato coincidente en la doctrina moderna en cuanto que su idea básica la constituye el acuerdo de voluntades difiere grandemente; en cambio por lo que respecta al ámbito sobre el que pueda recaer dicho acuerdo.

4.1.3 Derecho español

El Código Civil español no da una definición del contrato, pero indirectamente muestra el concepto que al legislador le merecía, al referirse al momento de perfeccionamiento del mismo, diciendo que “el contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse respecto de otra u otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio”, (Artículo 1254). La doctrina española interpreta diversamente este precepto, estimándose:

a) Con un criterio amplio que el contrato abarca todas las relaciones patrimoniales, es decir, los derechos de crédito y los de índole real. Así, de buen estima que, “los términos del Artículo 1254 revelan que en el espíritu del código, el ámbito de la contratación es el de los derechos de crédito o el de los derechos reales, puesto que, según dicho Artículo, en todo contrato, la obligación consiste en dar alguna cosa, (creando así un derecho real, si se da para que éste nazca), o prestar algún servicio”⁴².

⁴² Espín Cánovas. **Manual de derecho civil español**. Pág. 346.

Castán, manifiesta: “quién restringiendo el contrato a las relaciones patrimoniales, estima, sin embargo, que puede desempeñar funciones muy complejas y dar lugar a situaciones jurídicas variadísimas, enumerando entre ellas, las de crear, modificar o extinguir relaciones obligatorias, crear, a la vez que la relación obligatoria, un derecho real por el intermedio de la tradición, (Artículos 609 y 1095 del Código Civil español), o como condición específica del contrato mismo (por ejemplo en los casos de hipoteca y prenda), producir una transmisión patrimonial, mediante una obligación de realización inmediata, que en un solo acto aparece creada y cumplida, (por ejemplo compra-venta al contado y donación manual), vincular a las partes para la celebración de un futuro contrato, que por el momento, no se quiere o no se puede estipular (caso del pre-contrato)”⁴³.

En contra de éste criterio que amplía el contrato en el Código Civil guatemalteco, a la transmisión de derechos reales se alega, con fundamento, que no es el contrato por sí el que transmite la propiedad, sino la tradición que complementa al contrato, (Artículos 609 y 1,095 del Código Civil español), rechazándose también los otros supuestos de funciones del contrato, fuera del campo obligacional.

“Estimamos, por nuestra parte, que no cabe en nuestro derecho asignar al contrato una función creadora de derechos reales por oponerse a ello el sistema del código, que exige la tradición; para la eficacia real del acuerdo de voluntades: incluso en los casos límite, en que parecen fundirse los efectos obligacionales y reales, cabe diferenciarlos atribuyendo al consentimiento en cada una de las esferas; obligacional y real, sus

⁴³ Castán Tobeñas. **Derecho civil español común y foral**. Pág. 370.

propios efectos: existirá simultaneidad temporal en el consentimiento y consiguiente simultaneidad en los efectos, pero la causalidad de los mismos es diferente y diferenciable.

b) Con criterio más restringido se opina; que el contrato comprende solamente las relaciones patrimoniales de carácter obligatorio, excediendo las de índole real de su función. Pero dentro del ámbito obligatorio, se estima que deben incluirse no solamente la creación de obligaciones sino también la modificación o extinción de relaciones obligatorias. Este criterio nos parece el más adecuado a nuestro ordenamiento, pues de una parte no debe incluirse la creación de derechos reales, por las razones apuntadas anteriormente, y de otra, no se ve obstáculo a incluir junto a la función más genuina del contrato, la creación de obligaciones, también los acuerdos que tienden a su modificación o extinción, pues el ámbito sigue siendo el mismo, las relaciones obligatorias, en su aspecto posterior al nacimiento.

c) Y todavía más restringidamente, que solo comprende, el acuerdo de constitución de un vínculo obligatorio⁴⁴.

4.2 Antecedentes

“El concepto de contrato, que hoy nos parece como algo natural y muy claro, es sin embargo, el fruto y el punto de arribada de una larga evolución histórica del pensamiento jurídico de sobremanera confusa. Es una noción tan arraigada en

⁴⁴ Espín Cánovas, **Ob.Cit.**, Pág. 350.

nuestras ideas y con el orden natural de las cosas, que no se piensa que es en cambio fruto de un tormentoso y plurisecular proceso histórico, que fatigosamente los historiadores han ido poco a poco aclarando.

Es aconsejable realizar un breve esbozo histórico, que sirva para esclarecer cual ha sido la respuesta a un problema que, como problema jurídico que es, se plantea en términos empíricos y no en términos metafísicos. La cuestión no es otra sino la siguiente: prometida cosa o servicio por una persona, bien a cambio de otra cosa u otro servicio, bien a cambio de nada, y siéndole aceptada esa promesa, (con promesa correlativa, en su caso), ¿Cuándo hay que entender, que se ha generado un vínculo jurídicamente exigible? Y ¿Cuándo se permanece en el campo de las relaciones sociales o morales y en consecuencia, sin posibilidad de exigencia coercitiva? ¿Qué contenido de la voluntad expresada en la promesa, (y todo lo que se diga desde ahora en adelante, vale para promesa correlativa), forma parte de la reglamentación de la obligación asumida? ¿Cuándo las voluntades expresadas en las promesas son indicativas de un compromiso cerrado, o significativas en exclusiva de negociaciones previas? ¿Ante cualquier contenido de las promesas el Estado presta sus mecanismos de coerción, para hacerlas efectivas, si no son debidamente ejecutadas? Son estos problemas prácticos inspirados por los mínimos de certeza y seguridad a que aspira todo ordenamiento y no la apriorística, afirmación de la abstracta eficiencia de la voluntad como creadora de vínculos, los que están en la base de las soluciones adoptadas por los distintos sistemas jurídicos, en sus diversos estadios históricos”⁴⁵.

⁴⁵ Aguilar Guerra, Vladimir. **El negocio jurídico**. Pág. 31.

4.2.1 En el derecho romano

La acepción anteriormente anotada se usa en el Digesto, (20). Cuando refiriéndose a convención dice: Convienen los que de diversos puntos se reúnen, y van a un mismo lugar; así también los que por diversos movimientos del ánimo, consienten en una misma cosa, esto se encamina a un mismo parecer. El Derecho Romano no formuló en abstracto la teoría del contrato, como se hace en el derecho moderno; él supo de contratos particulares, y distinguió además, entre las convenciones, los contratos y los pactos, y decía: La convención era el acuerdo, de dos o más personas, en un asunto de interés común; el contrato se definía como una convención que tiene nombre y causa presente, civilmente obligatoria por su naturaleza, y; el pacto consistía en una convención destituida de causa y de nombre que puede por su naturaleza producir obligación.

4.2.2 En el derecho canónico

La misma ley citada anteriormente, (el Digesto), busca fundamento y la eficacia de la institución, en que no hay cosa más conforme a la fe humana, que cumplir los hombres lo que entre sí pactaron, siendo la confianza mutua la base del contrato. Por ello el derecho canónico lo fundamentaba, en normas morales cuando; disponía que toda clase de pactos debieran cumplirse *Pacta Sunt Servanda*. La obligación moral de no engañar, ni causar daños a sus semejantes, la de respetar y cumplir la palabra empeñada, llevó a la iglesia a establecer desde los primeros tiempos el principio

contrario, esto es que los pactos debían ser cumplidos, imponiendo censuras eclesiásticas, a aquellos que menospreciaran sus promesas o que no observaran los simples pactos.

Esmein manifiesta: “Que los canonistas llevaron tan lejos su tesis, que aún declaraciones nulas por el derecho civil, las hacían respetar cuando se habían contraído bajo la fe del juramento”.

Desde los tiempos del Derecho Romano, se ha considerado la existencia de los convenios y los contratos. Pothier sostiene: “Que el convenio que tiene por objeto normar alguna obligación se llama contrato, estableciendo que el convenio es el género, porque consiste en un acuerdo de voluntades dirigidas a producir efectos jurídicos en general, y el contrato es la especie, porque solo persigue un efecto jurídico, crear y transmitir obligaciones y derechos”⁴⁶.

“Las obras de Domat y Pothier citados por Aguilar Guerra, aunque subsidiarias ambas de las ideas del derecho natural racionalista que, con su exaltación del individuo, conducían inexorablemente a una exacerbación del papel de la voluntad del individuo en el campo del derecho, son especialmente significativas en el sentido de lo que se está afirmando, pues solo consideran (en céleres pasajes, cuya ambigüedad y falta de coherencia interna no enturbia el trazo general que aquí se quiere poner de manifiesto) obligaciones jurídicamente exigibles las que tengan causa, como razón suficiente de

⁴⁶ Pérez Barrientos Edgar Enrique. **El autocontrato, casos en que procede su faccionamiento notarial**. Pág. 16

exigibilidad; y en esa razón de exigir lo prometido en una convención, que es lo que técnicamente se denomina causa de la obligación, esté en lo recibido o prometido recibir (aún sin la nota de la conmutatividad), y siempre que la finalidad sea honesta. Si no concurren estos requisitos, la pura voluntad por si sola nada obliga: no lograron los citados juristas un congruente cierre de su propio cuadro en relación con la promesa gratuita, pero en términos generales la cuestión venía resuelta por los ordenamientos, puesto que para la efectividad de aquella, se provenía a imposiciones de forma solemne. En este orden de ideas, la conclusión es obvia: el contrato como categoría es manifestación del consentimiento y así pasa a través de Domat y Pothier, al Código de Napoleón y al resto de los Códigos Civiles; los cuales, como es sabido, no son sólo tributarios del ideario ius-naturalista, sino también de la ideología liberal o liberal-individualista, triunfante desde la Revolución Francesa”⁴⁷.

4.3 Los contratos mercantiles

Los contratos mercantiles se dan en el marco del derecho privado, en los que las partes se encuentran en igualdad de condiciones, haciendo uso de la autonomía de la libertad para contratar.

⁴⁷ Aguilar Guerra. Ob.Cit., Pág. 34.

4.3.1 El contrato

Las disposiciones legales sobre contratos serán aplicables a todos los convenios y a otros actos jurídicos, en lo que no se opongan a la naturaleza de éstos o a disposiciones especiales de la ley sobre los mismos. Que extiende las reglas del contrato a los demás actos jurídicos, unilaterales o bilaterales, diferente es la fórmula adoptada por el código alemán según el maestro Borja Soriano que imita el código brasileño, ya que se destina a las reglas del acto jurídico, como categoría especial, aun cuando ello no implica, de modo alguno, que considere que el contrato tiene otra naturaleza.

La etimología de la palabra contrato es una voz semi culta, del latín *contractus*, literalmente contraído, del verbo *contraho*, ere, originalmente “juntar” y en la aceptación “contraer” una deuda, un negocio. “En el diccionario la palabra contrato significa pacto o convenio entre partes que se obligan sobre cosa determinada, y por convenio ajuste, concierto entre dos o más personas o entidades”⁴⁸. En el diccionario de sinónimos nos damos cuenta de que es lo mismo contrato, pacto, convención, acuerdo, compromiso, trato, estatuto, avenencia, tratado, formalidad, protocolo.

En el diccionario jurídico convenio viene del vocablo convenir, del latín *convenire*, ser de un mismo parecer, ajuste o concierto de dos o más personas. Por contrato, según el diccionario jurídico proviene del latín *contractus* derivado del verbo *contrahere*, es un acto jurídico bilateral que se constituye por el acuerdo de voluntades de dos o más

⁴⁸ Palomar de Miguel, Juan. **Diccionario para juristas**. Pág. 140.

personas y que produce consecuencias jurídicas. El contrato se puede definir como un acuerdo de voluntades para crear o transmitir derechos y obligaciones, es una especie dentro del género de los convenios.

“El maestro Rojina Villegas nos dice que: El contrato es la especie y el convenio el género; convenio es el acuerdo de dos o más personas para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones y contratos son los convenios que producen o transfieren las obligaciones y derechos. El convenio tiene dos funciones; una positiva, que es crear o transmitir derechos y obligaciones, y otra negativa, modificarlos o extinguirlos”⁴⁹.

Por consiguiente se distingue el contrato del convenio, tomando en cuenta que para el contrato se le asigna una función positiva, es decir la creación y transmisión de derechos y obligaciones, y para el convenio se le da una función negativa, la de modificar o extinguir derechos y obligaciones.

Por otra parte, hay que tener presente que el contrato, según la definición legal, no sólo da nacimiento a obligaciones y a derechos de crédito, sino también puede crear o transmitir derechos reales Artículos 1793 y 2014, como ocurre en el contrato de hipoteca y en el de compraventa.

Esta definición de contrato y convenio antes dada supone la del acto jurídico, podemos decir que el contrato es un acto jurídico plurilateral, que tiene por objeto crear o transmitir derechos y obligaciones reales o personales, es un acto jurídico plurilateral,

⁴⁹ Rojina Villegas, Rafael. **Compendio de derecho; Contratos civiles**. Pág. 234.

porque en todo contrato hay una manifestación de voluntades que se llama jurídicamente consentimiento, es decir un concurso o acuerdo de dos o más voluntades, como todo acto jurídico, esta manifestación de voluntades tiene o se propone un objeto, que es el caso del contrato, crear o transmitir derechos y obligaciones y el contrato tiene los mismos elementos esenciales que el acto jurídico, que son la manifestación de voluntad animada de la intención de producir efectos de derecho, y el objeto que persigue esta manifestación de voluntad, que en el contrato consiste única y exclusivamente en crear o transmitir derechos y obligaciones, el tercer elemento, la norma jurídica ampara la manifestación de voluntad y reconoce los efectos deseados por los contratantes.

A su vez el convenio en sentido estricto es un acto jurídico plurilateral que tiene por objeto modificar o extinguir obligaciones y derechos.

4.3.2 Características del contrato mercantil

- Es un medio (instrumento jurídico) de la circulación mercantil.
 - Es regulado por el Código Civil y el Código de Comercio.
 - Tiene Libertad de Forma aunque el Estado obliga a realizar numerosas operaciones con arreglo a formas rígidamente preestablecidas. Su intención es la de proteger el interés del público en general.
 - Reducción del principio de la autonomía de la voluntad en materia de contratación.
- Los contratos mercantiles se suponen elaborados en igualdad de condiciones por

las partes contratantes. Sin embargo, en la realidad, existen compañías privilegiadas que “imponen” su ley a los clientes. Es el caso de contratos bancarios, seguros, transportes, suministros de gas, agua, electricidad, etc. Son los denominados contratos-tipo en los que raramente se realizan modificaciones por exigencias de particulares.

4.3.3 Elementos del contrato

Al referirnos a los elementos del contrato, los autores mexicanos, siguen el criterio del Código Civil, se clasifican a los elementos del contrato en esenciales y de validez. Son elementos esenciales; el consentimiento, y de validez, la capacidad, la ausencia de vicios en el consentimiento, la licitud en el objeto, motivo o fin y la forma.

4.3.4 Autonomía de la voluntad

Ahora otra cosa muy importante es la libertad en el contrato, la libertad de contratar, es decir para celebrar o no un contrato y para escoger a la persona con que va a contratarse, también la libertad en cuanto a la forma y al contenido del contrato, esta autonomía de la voluntad surgió durante el auge del individualismo y del liberalismo económico del siglo antepasado al amparo de la teoría del contrato social de Rousseau, que decía que la bondad natural del individuo y en la necesidad de limitar por el pacto social la libertad sólo para conservar esta.

Diversos son los conceptos sobre la autonomía de la voluntad; según Mazeud, “la voluntad de las partes les otorga la posibilidad de contratar, de no contratar, de fijar las condiciones del contrato, y de modificar el contrato a su conveniencia, inclusive ponerle término”⁵⁰.

Borja Soriano afirma que “la noción de libertad individual se expresa habitualmente diciendo que todo lo que no está prohibido, está permitido.

Entonces podemos decir que esta libre actuación nos faculta para:

- Para contratar;
- Para no contratar;
- Para modificar el contrato;
- Para determinar las condiciones del contrato;
- Para dar por terminado el contrato”⁵¹.

Por libertad para contratar entendemos que el sujeto tiene la libertad para celebrar determinado contrato, esto tiene excepción, cuando el objeto del contrato este fuera del comercio. Pero en todos los casos, en que alguien puede libremente decidir sobre determinado contrato, habrá el principio de la autonomía de la voluntad. La libertad de no contratar autoriza para rechazar determinado acto u oferta.

⁵⁰ Mazeud, Henry, Leon y Jean. **Lecciones de derecho civil. Argentina.** Pág. 105.

⁵¹ Borja Soriano, Manuel. **Derecho de las obligaciones.** Pág. 78.

4.3.5 Elementos esenciales del contrato

Los elementos esenciales del contrato, son los que debe tener todo acto jurídico para ser contrato, de manera que la ausencia de cualquiera de estos elementos impide que haya contrato.

4.3.6 El consentimiento

El consentimiento es la manifestación de voluntad, que debe ser libre, esto es sin vicios (error, violencia, dolo o mala fe); por la que una persona da su aprobación para celebrar un contrato. El consentimiento puede ser expreso o tácito. Es expreso cuando se manifiesta verbalmente, por escrito o por signos inequívocos. El consentimiento tácito resulta de hechos o de actos que lo presupongan o que autoricen a presumirlo.

Es la voluntad del deudor para obligarse, la voluntad es la intención, el ánimo o resolución de hacer una cosa y esta voluntad es la intención que se tiene para realizar un acontecimiento con efectos jurídicos.

Esta Voluntad debe ser:

- Una voluntad real;
- Voluntad seria y precisa;
- Que se exteriorice, sea de manera expresa o tácita.

Este consentimiento es pues el acuerdo de voluntades de dos o más personas, que es necesario por lo menos para que exista consentimiento y como consecuencia contrato.

4.3.7 El objeto

Todo contrato tiene por objeto la cosa que una parte se obliga a dar, a hacer o no hacer. Es la conducta, llevada a cabo por un ser humano, y esta conducta es una prestación, o abstención. Pero el contenido de la conducta, ese hacer algo o dejar de hacer algo, debe ser jurídica y físicamente posible, que este determinado y que no sea ilícito.

La cosa, objeto del contrato debe de tener las siguientes características:

- Existir en la naturaleza;
- Ser determinada o determinable en cuanto a su especie;
- Estar en el comercio.

En primer lugar la cosa debe existir, porque si la cosa no existe, se extinguió o pereció antes del contrato, por lo tanto no habría objeto del contrato.

4.3.8 Solemnidad

Es la manera de manifestar la voluntad elevada a la categoría de solemne por la ley.

4.4 Elementos de validez del contrato

Estos elementos debe tener el contrato ya existente para no estar afectado de nulidad, de manera que la falta de uno de estos hace que el contrato en cuestión resulte privado de efectos jurídicos.

a. La capacidad

Esta es la aptitud de las personas para ser titulares de derechos y obligaciones y para hacerlos valer por sí mismas, que la ley reconoce a la persona, existe capacidad de goce y capacidad de ejercicio;

b. Ausencia de los vicios del consentimiento

Son aquellas circunstancias particulares que sin anularlo lo dañan. En los contratos se requiere que las personas como sujetos de derechos manifiesten un consentimiento exento de vicios, ya que tales circunstancias lo pueden anular.

c. El error

Es el conocimiento o falsa apreciación de la realidad, es el conocimiento inexacto de la realidad, que consiste en creer cierto lo que es falso, o falso lo que es cierto. Para que el error pueda considerarse como un vicio del consentimiento y por lo tanto originar la nulidad del contrato, debe recaer sobre el motivo determinante de la voluntad de cualquiera de los que contratan.

d. El dolo

Es cualquier sugestión o artificio que se emplee, para inducir a error o mantener en él a alguno de los contratantes, es decir el dolo es el empleo de cualquier medio ilegal para inducir o provocar el error y así obtener la voluntad de una persona. Se distingue el dolo incidental del dolo principal, el dolo principal recae sobre la causa o motivo determinante de la voluntad de los contratantes; Se da cuando induce a éstos a celebrar un contrato que de otra manera no hubieran celebrado.

e. Violencia

Hay violencia cuando se emplea fuerza física o amenazas que importen peligro de perder la vida, la honra, la libertad, la salud o una parte considerable de los bienes. Cuando se convierte en una fuerza física irresistible, configura ya no un consentimiento viciado, sino falta absoluta. Que sea grave, debe importar al peligro de perder la vida, la

salud o una parte considerable de los bienes del contratante o de una persona allegada a él. Como requisito objetivo de la violencia se requiere, por una parte, que la amenaza importe el peligro de perder la vida, la honra, la libertad, la salud o una parte considerable de sus bienes del contratante, del cónyuge, de sus ascendientes, descendientes, o de sus parientes colaterales dentro del segundo grado.

Como requisito subjetivo, se necesita que la amenaza sea seria, es decir de tal naturaleza que puede impresionar a una persona razonable. Se trata de una coacción efectuada sobre la voluntad de una persona y que la neutraliza hasta el grado de obligarla a celebrar el contrato

f. Lesión

Es el perjuicio que sufre una persona de la cual se ha abusado por estar en un estado de suma ignorancia, notoria inexperiencia o extrema miseria, en la celebración de un contrato. La ley da al perjudicado la acción de nulidad del contrato.

Un elemento objetivo es obtener un lucro excesivo que sea evidentemente desproporcionado a lo que por su parte se obliga el perjudicado, pero sin señalar el monto o la cuantía de tal desproporción. Y un elemento subjetivo, que es explotar la suma ignorancia, notoria inexperiencia o extrema miseria de otro.

Quedando así configurada cuando una de las partes, explota la necesidad o inexperiencia de la otra, obteniendo por medio de un acto jurídico una ventaja patrimonial evidentemente desproporcionada y sin justificación.

g. Licitud en el objeto motivo o fin

El objeto, es decir la conducta manifestada como una prestación o como una abstención, debe ser lícita además de posible el hecho, como contenido de la prestación.

4.5 La forma

Según el maestro Zamora y Valencia, es: "...la manera de exteriorizarse el consentimiento en el contrato y comprende todos los signos sensibles que las partes convienen o la ley establece para lograr esa exteriorización"⁵².

Si la voluntad es la exteriorización de la intención de realizar un acontecimiento que sea jurídico, y las voluntades de dos o más sujetos forman el consentimiento, si no existiese esa forma o manera de exteriorizarse no se hablaría de contrato.

La forma exigida por la ley para la celebración de un determinado contrato, debe observarse tanto para la oferta o policitud, como en la aceptación de la misma.

⁵² Zamora Y Valencia, Miguel Ángel. **Contratos civiles**. Pág. 153.

4.5.1 Clasificación de los contratos

Esta primera clasificación que haré mención atiende a las partes que intervienen en la celebración y su propósito fundamental de su celebración.

4.5.2 Civiles

Son los llevados a cabo entre particulares, o entre un particular y el Estado, cuando este interviene en un plano de igualdad, y están regulados por el Código Civil.

4.5.3 Mercantiles

Las partes que intervienen realizan actos de comercio y por lo menos una de ellas su actividad diaria es el comercio, todo lo que conlleve especulación comercial. Las compras y ventas de bienes inmuebles cuando se hagan con dicho propósito de especulación comercial.

4.6 Caracteres

Los contratos mercantiles se caracterizan por su literalidad, es decir que establecen y se rigen por el contenido propio de los títulos contractuales.

Además incorporan dentro de los contratos mercantiles una serie de derechos entre las partes que intervienen en los negocios.

Los contratos mercantiles se caracterizan adicionalmente por su sencillez que pretende agilizar la actividad comercial, que en caso de existir una contratación demasiado formalista se vería interrumpida.

4.6.1 Los contratos típicos

“Los contratos típicos son aquellos que se encuentran regulados, enumerados, descritos y expresados en el Código de Comercio, es decir aquellos contratos nominados por ejemplo: El seguro, fideicomiso, la compraventa mercantil, el aval, la tarjeta de crédito, el contrato estimatorio etc”⁵³.

4.6.2 Los contratos atípicos

“Los contratos atípicos en el derecho mercantil guatemalteco son aquellos, que por exclusión o falta de regulación, no están determinados, contenidos, expresados en el Código de Comercio, pero que pueden ser creados por la autonomía de la voluntad de los sujetos del derecho mercantil. En este sentido la línea que sigue el Código de Comercio es la del **numerus apertus** teniendo únicamente la limitación de que dichos contratos no vayan contra el orden público ni la legalidad contenida en las normas jurídicas del derecho mercantil. En esta rama podemos encontrar al outsourcing, el leassing etc.”⁵⁴

⁵³ Ramírez Valenzuela, Alejandro. Introducción al derecho mercantil y fiscal. Pág. 350.

⁵⁴ *Ibíd.*

4.7 El grado de influencia del derecho anglosajón

Es evidente que el desarrollo de las grandes empresas y capitales se ha forjado en occidente, concretamente la influencia que Estados Unidos ha tenido en la última etapa del siglo pasado y principios del presente siglo, es un hecho innegable. El pensamiento anglosajón con el pragmatismo del common law se trasladó al ámbito del derecho mercantil en donde salta la influencia de la tradición jurídica anglosajona y que se evidencia en el enorme influjo de los contratos atípicos que hoy conocemos y que incluso son conocidos por sus aforismos en el idioma inglés (outsourcing, el leasing etc).

CAPÍTULO V

5. La compraventa mercantil

Dentro del ordenamiento jurídico mercantil vigente en Guatemala se contempla el contrato de compraventa como un negocio jurídico que cuenta con carácter bilateral, y cuyo efecto es consistente en la constitución; modificación o bien la extinción de una relación jurídica.

El contrato, se configura en nuestra legislación como el instrumento fundamental y primero, el cual es de utilidad para la circulación mercantil de los bienes, así como también para la debida prestación de servicios. Por ende, el mismo es constitutivo del pilar básico y vital del orden económico existente en el país, debido a que mediante el mismo se lleva a cabo la función del intercambio que tiene que existir entre los bienes y los servicios.

De los Artículos del Código de Comercio, Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala, se puede extraer un criterio de carácter subjetivo para la regulación del contrato de compraventa que el mismo código regula, para lo cual exige como requisito necesario y fundamental que los mismos sean apreciados como contratos de tipo mercantil el hecho de que exista participación de por lo menos un comerciante.

5.1 Compraventa mercantil

Consiste en la figura de orden contractual que permite la efectividad de la mayor parte del tráfico comercial existente en Guatemala, debido a que la actividad de producción del país, que se canaliza mediante el comerciante intermediario, se consume en el consumidor a través de la compraventa.

El contrato de compraventa mercantil en la sociedad guatemalteca se considera el de mayor importancia en la dinámica comercial, el cual a su vez también es generador de otras vinculaciones como lo son las bancarias, las de fianzas y seguros y de los títulos de crédito.

La compraventa mercantil se encuentra regulada en el Código de Comercio, Decreto número 2-70 del Congreso de la República de Guatemala en los Artículos 695 al 706. Dicho conjunto de normas cuenta con la particularidad de que no desarrollan el contrato con la extensión que lo hace la legislación civil vigente.

Dicha particularidad también es notoria en la doctrina guatemalteca, debido a que los autores de la materia, acostumbran repetir con frecuencia los razonamientos y conceptos de los textos del derecho civil.

En lo que respecta al derecho mercantil guatemalteco, la intención del mismo es solamente normar las formas en que pueden darse de manera exclusiva, las diversas

especialidades que acostumbran surgir al ser negociada una compraventa mercantil, dejándole al Código Civil la tarea de tener que recoger la teoría que durante el transcurrir de los años se ha acumulado en relación al contrato de compraventa mercantil. Dicha técnica de formulación legislativa, anteriormente anotada, es bastante acertada, debido a que no es de importancia la nueva formulación de conceptos relacionados con una institución que ya ha sido estudiada por el derecho civil guatemalteco.

Debido a la previsión existente relativa a la integración del derecho privado guatemalteco, la existencia de la ausencia de cualquier norma determinada en el Código de Comercio vigente en Guatemala, tiene que suplirse mediante las normas del Código Civil.

En la actualidad la masificación de los contratos mercantiles, así como de las compraventas no permite la reparación de los requisitos esenciales indispensables para la celebración de un negocio jurídico.

5.2. Definición de compraventa mercantil

El autor René Arturo Villegas Lara define la compraventa mercantil al señalar que: “Es un contrato por el cual el vendedor transfiere la propiedad de una mercadería o cosa mercantil al comprador, cuya obligación es pagar el precio”⁵⁵.

⁵⁵ Villegas Lara, Ob. Cit., Pág. 25.

5.3 Diversos caracteres

La compraventa mercantil cuenta con distintos caracteres, siendo los mismos los que a continuación se señalan:

- 1º. Bilateralidad;
- 2º. Onerosidad;
- 3º. Conmutativo;
- 4º. Consensualidad;
- 5º. Principal;
- 6º. TraslATIVO de dominio.

5.4 Elementos de la compraventa mercantil

La compraventa mercantil también tiene elementos esenciales para su existencia, siendo los mismos los que a continuación se enumeran y explican de manera breve para su claro entendimiento y comprensión:

5.4.1. Elementos personales

Los elementos personales de la compraventa mercantil son el comprador y el vendedor. Es de importancia que los dos o por lo menos uno de los dos sea un comerciante y debe encontrarse actuando dentro de la actividad empresarial que tiene

a su cargo. La obligación con la cual cuenta el vendedor en la relación contractual es la de la entrega de la mercadería; y la del comprador la de cancelar el precio correspondiente.

Dichas obligaciones anotadas en el párrafo anterior del presente trabajo de tesis se particularizan debido a la modalidad de compraventa que se adopte en la legislación mercantil.

5.4.2 Elementos reales

Los elementos reales de la compraventa mercantil son el precio y la cosa. La cosa son las distintas mercaderías existentes y el precio consiste en la contraprestación que se encuentra a cargo del comprador. Dichos elementos tienen que ser tanto reales como ciertos. Reales para que los contratos no sean gratuitos y también ciertos para que sean determinantes para los contratantes.

5.4.3 Elementos formales

La forma con la cual cuenta el contrato de compraventa depende de la mercadería enajenada, ya que en la legislación mercantil vigente en Guatemala no existe una fórmula general, ya que todo va a depender del negocio en particular que surja entre las partes.

5.5 Distintas especies de compraventa

Dentro de la mayor parte de textos del derecho mercantil se incluyen como especies del mismo a distintas figuras propias del Código Civil vigente, las cuales aparecen dentro del tráfico comercial.

5.5.1 La venta contra documentos

Dentro de los títulos de crédito en el derecho mercantil se encuentran los denominados títulos representativos de mercaderías, los cuales se caracterizan por la no representación de un valor en dinero, sino en una determinada mercadería.

Al referirse a la venta contra documentos, Villegas Lara, señala lo siguiente: “La venta contra documentos ocurre cuando el vendedor cumple su obligación de entregar el objeto vendido, en el momento en que transfiere el título representativo; en ese mismo instante, salvo pacto en contrario, se debe pagar el precio y el comprador sólo puede negarse por defectos en la calidad o estado de las mercaderías representadas si tiene prueba sobre ello. De lo contrario, entregado el título, debe pagarse el precio”⁵⁶.

El Artículo 395 del Código de Comercio, Decreto número 2-70 del Congreso de la República de Guatemala preceptúa que: “En caso de alteración del texto de los títulos de crédito, los signatarios posteriores a ella se obligan según los términos del texto alterado, y los signatarios anteriores, según los términos del texto original. Cuando no

⁵⁶ Ibid. Pág. 29.

se puede comprobar si una firma ha sido puesta antes o después de la alteración, se presume que lo fue antes”.

El Código de Comercio, Decreto número 2-70 del Congreso de la República de Guatemala en el Artículo 695 regula que: “En las ventas contra documentos, el vendedor cumplirá su obligación de entrega, remitiendo al comprador, los títulos representativos de las mercaderías y los demás documentos indicados en el contrato o exigidos por el mismo.

Salvo pacto en contrario, el pago del precio deberá hacerse en el momento en que se entreguen los documentos, sin que el comprador pueda negarse a efectuar el mismo, alegando defectos relativos a la calidad o al estado de las cosas, a no ser que tenga prueba de ello”.

5.5.2 La venta de cosas en tránsito

De conformidad con la legislación civil vigente en Guatemala, se puede efectivamente negociar un objeto que se encuentre en tránsito, como por ejemplo una mercadería que todavía se encuentre en el barco. En dicho caso, el comprador cuenta con la posibilidad de la resolución del contrato cuando el objeto no llega en un buen estado o bien en la fecha que se acordó.

El Código Civil vigente regula en su Artículo 1,802 que: “En la venta de cosas que están en tránsito, el comprador podrá resolver el contrato si no llegaren en buen estado y en el tiempo convenido”.

Dentro del tráfico comercial puede ocurrir dicha modalidad de contratar, pero con la particularidad de que si dentro de los documentos que han sido entregados se encuentra la póliza de seguros de transporte, los riesgos se han trasladado entonces al comprador desde el mismo momento en el cual ocurre la entrega de las mercaderías, a excepción de que el vendedor efectivamente tenga conocimiento de la pérdida o bien de la avería de las cosas y hubiere ocultado dicha circunstancia al comprador.

El Artículo 696 del Código de Comercio, Decreto número 2-70 del Congreso de la República de Guatemala preceptúa que. “Si las cosas se encuentran en tránsito y entre los documentos entregados, figura la póliza del seguro de transporte, los riesgos se entenderán a cargo del comprador desde el momento de la entrega de las mercaderías al porteador, a no ser que el vendedor supiere, al tiempo de celebrar el contrato, la pérdida o la avería de la cosa y lo hubiere ocultado al comprador”.

5.5.3 La venta FOB

“La venta FOB se distingue por sujetarse en su fórmula contractual a las expresiones abreviadas que se usan en el comercio internacional y que son conocidas como incoterms, los cuales son términos internacionales de comercio. FOB quiere decir libre a bordo del puerto de embarque convenido, y se caracteriza porque el vendedor cumple su obligación de entregar la cosa, al depositarla a bordo del buque u otro vehículo que ha de transportarla, en el lugar y tiempo convenidos”⁵⁷.

El Artículo 697 del Código de Comercio, Decreto número 2-70 del Congreso de la República de Guatemala regula que. “En la venta: libre a bordo, FOB, la cosa objeto del contrato deberá entregarse a bordo del buque o vehículo que haya de transportarla, en el lugar y tiempo convenidos, momento a partir del cual se transfieren los riesgos al comprador”.

5.5.4 La venta FAS

“La venta FAS se caracteriza debido a que la obligación del vendedor es la de entregar la mercadería, poniendo la misma a un costado del medio de transporte utilizado, momento desde el cual se transfieren todos los riesgos al comprador.

⁵⁷ Ibid. Pág. 30.

El precio incluye el valor de la cosa, más los gastos, impuestos y derechos que se causen hasta el momento de colocar la mercadería al costado del medio de transporte. FAS quiere decir al costado del barco-puerto de embarque convenido”⁵⁸.

El Código de Comercio, Decreto número 2-70 del Congreso de la República de Guatemala, en el Artículo 698 regula que: “En las ventas: al costado del buque o vehículo, FAS, se aplicará el Artículo anterior, con la salvedad de que el vendedor cumplirá su obligación de entrega, al ser colocadas las mercaderías al costado del buque o vehículo y desde ese momento se transferirán los riesgos”.

5.5.5 La venta CIF

“La compraventa CIF es aquélla en la que el precio de la mercadería comprada incluye el costo, el seguro y el flete; el término, al igual que los anteriores, es una sigla que proviene del idioma inglés. En esta especialidad, el vendedor cuenta con obligaciones”⁵⁹.

El Artículo 699 del Código de Comercio vigente regula que: “En la compraventa: costo, seguro y flete, CIF, el precio comprenderá el valor de la cosa, más las primas del seguro y los fletes, hasta el lugar convenido para que sea recibido por el comprador”.

⁵⁸ Ibid. Pág. 32.

⁵⁹ Ibid. Pág. 33.

a. Obligaciones del vendedor

El Código de Comercio, Decreto número 2-70 del Congreso de la República de Guatemala en el Artículo 700 regula lo siguiente: “El vendedor, en la compraventa CIF, se entenderá obligado:

- 1º. A contratar y pagar el transporte en los términos convenidos y a obtener del porteador, mediante el pago del flete, el conocimiento de embarque o la carta de porte respectivos.
- 2º. A tomar y pagar un seguro por el valor total de la cosa objeto del contrato, a favor del comprador o de la persona por éste indicada, que cubra los riesgos convenidos o a falta de convenio, los usuales, y a obtener del asegurador la póliza o certificado correspondiente.
- 3º. A entregar al comprador o a la persona que éste consigne, los documentos a que este Artículo se refiere”.

En lo relacionado a las obligaciones del comprador CIF, la legislación mercantil vigente en Guatemala, en el Artículo 701 regula que: “El comprador CIF, está obligado a pagar el precio contra la entrega de los documentos a que se refiere el Artículo anterior”.

b. El riesgo en la compraventa CIF

El Artículo 702 del Código de Comercio, Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala regula: “Los riesgos, en la compraventa CIF, se transmitirán al comprador, desde el momento en que la cosa objeto del contrato haya sido entregada al porteador. La vigencia del seguro deberá iniciarse desde ese momento.

c. El seguro incompleto

El Código de Comercio, Decreto número 2-70 del Congreso de la República de Guatemala en el Artículo 703 regula que: “Si el vendedor CIF, no contratara el seguro en los términos convenidos o en los que sean usuales, responderá al comprador en caso de riesgo, como hubiere respondido al asegurador. El comprador, en este caso, puede contratar el seguro y en todo caso, deducirá el monto de la prima del precio debido al vendedor”.

5.5.6 Ventas de costo y flete

El Código de Comercio vigente en Guatemala en el Artículo 704 regula lo siguiente: “En las ventas: costo y flete CIF, se aplicarán las disposiciones de la venta CIF, con excepción de las relativas al seguro”.

También, la norma anotada en lo relacionado a las cosas embaladas, regula en el Artículo 705 que: “En toda compraventa mercantil, el comprador que recibiere las cosas embaladas, podrá reclamar los defectos de cantidad o de calidad de la mercadería, o sus vicios, dentro de los quince días siguientes al de la recepción”.

5.5.7 Distintas especies

En su mayoría, las distintas modalidades anotadas anteriormente recogen los diversos términos comerciales internacionales para llevar a cabo contrataciones, ya que cuando se trata de lo relativo a transacciones de país a país, el significado de las mismas se puede ampliar para la interpretación de los contratos.

5.6 La opción de compraventa

El Artículo 706 del Código de Comercio vigente regula que: “En la promesa o la opción de compraventa de cosas mercantiles, las partes son libres de pactar el plazo sin límite alguno”.

De la lectura del artículo anteriormente citado, se establece una diferencia bastante notoria con la promesa unilateral que se encuentra determinada en la legislación civil vigente en Guatemala, en lo determinado al plazo, debido a que en esta no se puede exceder de dos años cuando se trata de bienes inmuebles o bien de derechos reales, y

de un plazo correspondiente a un año cuando se trate de lo relativo a prestaciones o bienes.

Pero, en la opción de compraventa de objetos mercantiles, dicho artículo preceptúa que las partes cuentan con la libertad de poder pactar el plazo correspondiente sin ningún tipo de limitaciones.

Dentro del articulado del Código de Comercio vigente en el país, no se encuentra una figura específica y determinante. Con ello, no se quiere decir que no se pueda celebrar un negocio para prometer la celebración de otro, aplicándose para el efecto lo previsto en la legislación civil; tomándose para ello en cuenta las características respectivas de los contratos y obligaciones de carácter mercantil.

5.7 Definición legal de compraventa

El Artículo 1,790 de la legislación civil vigente en Guatemala regula que: “Por el contrato de compraventa el vendedor transfiere la propiedad de una cosa y se compromete a entregarla, y el comprador se obliga a pagar el precio en dinero”.

5.8 Perfeccionamiento del contrato de compraventa

La legislación civil vigente en Guatemala regula en el Artículo 1,791 lo siguiente: “El contrato de compraventa queda perfecto entre las partes desde el momento en que

convienen en la cosa y en el precio, aunque ni la una ni el otro se hayan entregado. Queda prohibido el pacto de retroventa”.

5.9 Prohibiciones en el contrato de compraventa

El contrato de compraventa cuenta con determinadas prohibiciones, las cuales se encuentran reguladas en la legislación civil vigente en Guatemala, siendo las mismas las siguientes:

El Artículo 1,792 del Código Civil vigente regula que: “El marido no puede comprar de su mujer ni ésta de aquél, aunque haya separación de bienes. No quedan incluidas en la prohibición las adjudicaciones en pago entre cónyuges por razón de liquidación de la sociedad conyugal”.

La citada norma en el Artículo 1,793 regula que: “No pueden comprar por si ni por interpósita persona:

- 1º. Los administradores de bienes, los que tengan bajo su administración o cuidado;
- 2º. Los depositarios judiciales, interventores, sindicos y liquidadores, los bienes del depósito, intervención, quiebra o liquidación;
- 3º. Los jueces y demás funcionarios o empleados, los abogados, expertos, procuradores y mandatarios judiciales, los bienes que son objeto de los expedientes o diligencias en que intervienen;

- 4º. Los corredores martilleros jurados, los bienes cuya venta se hace con su intervención; y los notarios, los bienes cuyas actas de remate autoricen;
- 5º. El mandatario, los del mandante sin el consentimiento expreso de éste; y
- 6º. El albacea, los de la testamentaria mientras no estén aprobadas las cuentas de su administración”.

El Artículo 1,794 de la legislación civil vigente regula que: “Ninguno puede vender sino lo que es de su propiedad. La venta de cosa ajena es nula, el vendedor debe restituir el precio si lo hubiere recibido y responder de daños y perjuicios si hubiere procedido de mala fe.

El que comprare lo suyo por haberlo creído de otro, tiene derecho a conservar la cosa y a que se le restituya el precio”.

La citada norma en el Artículo 1,795 preceptúa que: “Los representantes de menores incapaces o ausentes y los depositarios, administradores, interventores o liquidadores, no pueden vender los bienes que tengan a su cargo sin llenar previamente las formalidades que para cada caso señala la ley”.

El Artículo 1,796 de la norma anotada regula que: “No hay compraventa si los contratantes no convienen en el precio o en la manera de determinarlo; pueden convenir en que el precio lo fije un tercero, y si éste no quiere o no puede hacerlo, el contrato quedará sin efecto, pero si la cosa fuere entregada, se presumirá que las

partes han aceptado el precio corriente que tenga en el día y lugar en que se hubiere celebrado el contrato, o el precio medio en caso de diversidad de precios.

5.10 Fijación del precio de la compraventa mercantil

El precio de la compraventa mercantil se considera fijado en el momento en el cual las partes contratantes aceptan el que la cosa tenga en un lugar y tiempo determinados. Si surgieren varios precios se tiene que entender que convinieron en un precio que sea medio.

El Artículo 1,798 de la legislación civil vigente regula que: “Se entiende fijado el precio en el contrato si las partes se refieren al que resulte de una tasación íntegra o con cierta rebaja convenida, siempre que además se sometan a decisión judicial en el caso de que alguna de ellas no se conforme con la tasación”.

5.11 Diversos aspectos de la compraventa mercantil

Todas las cosas que se compran al gusto, o bien aquellas que las partes del contrato convienen en sujetar a prueba previamente a comprarlas, no son consideradas como vendidas hasta el momento en el cual el comprador se encuentra a entera satisfacción.

Salvo estipulación, el plazo determinado para la prueba es de tres días, los cuales tienen que contarse desde el momento en el cual el vendedor las ponga a entera

disposición del comprador, y si el mismo no acepta dentro de dicho plazo, el contrato entonces se tiene por desistido.

Las compras que se llevan a cabo sobre muestras, tienen implícita la condición indispensable de la resolución del contrato, cuando las cosas no resulten de conformidad con las muestras correspondientes; y que son el objeto de la compraventa mercantil.

Después de vendida una cosa expresando la calidad y la especie, quien compró cuenta con el derecho de que el contrato sea resuelto cuando la cosa no ha resultado ser de la calidad y de la especie acordada. Si con anterioridad se ha expresado la utilización que a la cosa se le va a dar, entonces la calidad debe ser correspondiente al uso que se pretende.

Durante la venta de las cosas que se encuentran en tránsito, el comprador cuenta con la facultad de poder resolver el contrato, cuando las mismas no lleguen en un estado adecuado durante el tiempo que ha sido convenido.

Si se determina que la cosa tiene que entregarse en un lugar, la compra tiene que ser entendida como celebrada bajo la condición de que la cosa efectivamente llegue al lugar de su destino.

Si ocurre que en el momento de ser celebrado el contrato mercantil se llegara a perder totalmente la cosa objeto de la compraventa, el convenio tiene que quedar sin efecto alguno. Cuando se haya perdido solamente parte de la cosa, el comprador entonces puede optar entre desistir o bien reclamar la parte que todavía existe; para el efecto puede abonar su precio en la proporción del total que se ha convenido.

También, las cosas futuras pueden venderse, previo a que las mismas existan en especie. Igualmente son objeto de venta los derechos o las cosas litigiosas, o con gravámenes, limitaciones o cargas, siempre que el vendedor se encargue previamente de instruir al comprador; en lo relacionado a dichos motivos así se haga constar dentro del contrato de compraventa.

Los derechos hereditarios son objeto de venta, sin especificar los bienes de los cuales se compone, y en dichos casos, el vendedor únicamente tiene la obligación de responder de su respectiva calidad de heredero.

Los vendedores tienen que hacer efectivo el pago de las cosas de la herencia, de las que hubiere obtenido provecho alguno, y a su vez, el comprador, tiene la obligación de proporcionar la satisfacción necesaria al vendedor en lo relativo a las cargas deudas que por motivo de la herencia hubiere cancelado con anterioridad.

Cuando una misma cosa mueble se haya vendido a distintos sujetos, prevalece la venta realizada a quien de buena fe se encuentre en posesión directa de la cosa, y si ninguno cuenta con la posesión, entonces es prevaleciente la primera venta en fecha.

Cuando la cosa vendida es un derecho real sobre bienes inmuebles, es prevaleciente la venta que se llevó a cabo de primero, y que haya sido debidamente inscrito en el Registro, y cuando ninguna lo ha sido, entonces es valedera la venta llevada a cabo de manera anterior en lo relacionado a la fecha.

5.12 Las obligaciones del vendedor

El vendedor se encuentra obligado a la entrega de la cosa vendida, así como también a garantizarle al comprador la útil y pacífica posesión del mismo. La entrega tiene que realizarse en el lugar señalando en el contrato, a falta de la existencia de un convenio, se señala entonces en el lugar en el cual se encuentra la cosa al tiempo de la realización de la venta.

La entrega real de la cosa, es la consistente en la entrega material de la cosa que se vendió, o bien del título cuando se trata de un determinado derecho. La entrega simbólica de la cosa se lleva a cabo utilizando alguna figura o forma con la que el comprador se da por recibido de la cosa vendida. La entrega legal es la que tiene lugar cuando la norma considera por otorgada la cosa por el comprador a pesar de que no haya sido materialmente entregada.

Cuando los contratantes no hayan fijado el plazo, la entrega de la cosa vendida debe de hacerse de inmediato, a no ser que se trate de cosas cuya entrega tiene que ser preparada, en dichos casos el vendedor tiene que tenerlas a disposición total del comprador dentro de las veinticuatro horas posteriores a la celebración del contrato.

Cuando el vendedor no ha entregado la cosa, el comprador puede efectivamente solicitar que se le ponga en posesión de ella, o bien la resolución del contrato.

El Artículo 1,812 de la legislación civil vigente regula que: “La entrega de la cosa vendida se entiende verificada:

- 1º. Por la transmisión del conocimiento, certificado de depósito o carta de porte;
- 2º. Por el hecho de fijar su marca el comprador con consentimiento del vendedor en las cosas compradas; y
- 3º. Por cualquier otro medio autorizado por el uso”.

Si el contrato se resuelve debido a la falta de entrega de la cosa, el vendedor tiene que devolver el precio pagado, los intereses que hayan corrido hasta la devolución correspondiente, más los daños y perjuicios, pero únicamente devolverá el precio si el comprador, al momento de la celebración del contrato, hubiere tenido conocimiento del impedimento del cual ha provenido la no entrega de la cosa.

La cosa que se ha vendido tiene que ser entregada en el estado en el cual se hallaba en el momento de la celebración del contrato, y desde ese momento los frutos son pertenecientes al comprador a excepción de lo estipulado por las partes.

Si posteriormente al perfeccionamiento de la venta, el vendedor altera, consume o enajena y entrega a otro los objetos vendidos, el comprador puede exigir otras con iguales características en calidad, especie, cantidad, o en su defecto, su precio a juicio de peritos, con la correspondiente indemnización de daños y perjuicios.

Cuando el comprador que contrata en conjunto una cantidad determinada de cosas o efectos, no se encuentra obligado a recibir una parte bajo la promesa de que posteriormente se le entregue lo restante.

Cuando el comprador acepte una entrega parcial, la venta entonces se tiene por consumada en cuanto a las porciones otorgadas, a pesar de que el vendedor no le entregue las restantes. En dicho caso el comprador puede compeler al vendedor a que efectivamente cumpla el contrato o a que indemnice los daños y los perjuicios que le ocasione el cumplimiento imperfecto.

Después de entregadas las cosas vendidas, el comprador no tiene que ser escuchado sobre los defectos de calidad o bien de falta de cantidad, siempre que en el momento de la entrega las hubiere recibido y examinado sin protesta anterior.

5.13 Las obligaciones del comprador

La principal obligación del comprador es cancelar el precio en el lugar, día y forma convenidos en el contrato. A falta de la existencia de un contrato, el precio tiene que ser pagado en el momento y en el lugar en el cual se hace la entrega de la cosa.

El Artículo 1,826 de la legislación civil vigente regula que: “El comprador que no ha pagado el precio y ha recibido la cosa, está obligado al pago de intereses en los casos siguientes:

- 1º. Si así se estipuló en el contrato;
- 2º. Si la cosa produce frutos o rentas;
- 3º. Si fuere requerido judicial o notarialmente para el pago”.

Si se ha cancelado parte del precio y en el contrato no fue estipulado el plazo para el pago de la otra parte, si el comprador no cancela el resto dentro del plazo correspondiente que el juez señale de manera prudencial, o no otorga la garantía que se ha convenido, el vendedor entonces puede efectivamente pedir la rescisión, devolviendo la parte del valor pagado, deducidos los gastos y los impuestos relativos al contrato.

Cuando el comprador haya sido perturbado en la posesión, o bien existiere motivo alguno justificado para que el juez pueda efectivamente otorgar su autorización para la

retención de la parte del valor que sea suficiente para cubrir toda la responsabilidad del vendedor, a excepción de que el mismo se encargue de garantizar el saneamiento o bien haga cesar la perturbación.

5.14 Desde el derecho comparado

El derecho contractual mercantil moderno parece estar a la vez bajo la lupa y en las más lejanas miras de la ciencia jurídica, pero también de los operadores del comercio nacional e internacional, de los profesionales y consumidores.

Muchas son las razones y circunstancias que hacen de esta categoría jurídica el centro de tantas investigaciones, trabajos, reflexiones, normativa y decisiones por parte de los primeros y de tantas inquietudes, propuestas y preocupaciones de parte de los segundos.

Por un lado, la obvia y estrecha vinculación entre el comercio y el desarrollo, la función económica y social del contrato comercial en ese importante contexto y por otro su posición emblemática respecto de la libertad de las personas en su actividad privada⁶⁰

⁶⁰ Es en el sistema anglosajón en donde quizá encontramos formulado con mayor vehemencia el principio de la libertad contractual como inherente a la persona humana, como lo expresa este fragmento, tomado de <http://www.buildfreedom.com> : "It is possible for an individual or company to operate according to the basic principles of freedom inherent in human nature. Most fundamentally, these are the rights to own property and to engage in voluntary exchange. These are also basic common law rights, and the two basic principles of Voluntary Capitalism. These principles are in accordance with the U.S. Constitution as intended by our Founding Fathers. The spirit of Voluntary Capitalism was expressed in the famous Supreme Court case cited in Chapter Two: "The individual may stand upon his constitutional rights as a citizen. He is entitled to carry on his private business in his own way. His power to contract is unlimited. Es de notar que para el derecho angloamericano, el contrato consiste en promesas que se hacen las partes a las que la ley proporciona fuerza ejecutoria.

han dado lugar a una revisión y actualización de los numerosos aspectos de la contratación mercantil, dando lugar a lo que el Profesor Atilio Aníbal Alterini, como comentario al Proyecto de Reforma y Unificación de los Códigos Civil y de Comercio de la República Argentina, llama las “Bases para una Teoría General del Contrato en el Derecho Moderno, así como, vinculado a lo anterior, a un importantísimo movimiento de unificación del derecho contractual (mercantil y civil), en el ámbito tanto del Derecho Privado, como del Derecho Internacional Privado, avanzando en forma desigual por regiones”⁶¹.

En esos trabajos se observa en primer lugar un propósito de esclarecer, simplificar y perfeccionar el régimen jurídico del contrato mercantil y civil, un discernimiento general entre las situaciones que vinculan o no a la contratación mercantil con el consumidor, y una progresiva integración jurídica del Comercio Electrónico.

“Es ya un lugar común de la doctrina el de señalar, a muchos efectos, las consecuencias del movimiento codificador de los Siglos XVIII y XIX que terminó con la unidad jurídica del intercambio internacional parcelando el Derecho en distintos códigos. Ese fraccionamiento que sirvió a los propósitos políticos de los nacientes Estados nacionales se presenta hoy, luego de más de dos siglos, bajo una perspectiva diferente. La técnica clásica de la norma de conflicto nos enfrenta a menudo con la

El artículo 10 de la Constitución uruguaya , también declara la libertad de la acción privada que no perjudique a terceros.

⁶¹ En 1986 la Cámara de Diputados de la Nación creó una Comisión Especial de Unificación Legislativa Civil y Comercial, y luego encomendó la redacción del correspondiente proyecto a una Comisión Especial Honoraria compuesta por los profesores doctores Héctor Alegría, Jorge Horacio Alterini, Miguel Carlos Araya, Francisco A. de la Vega, Horacio P. Fargosi, Sergio Le Pera, Ana Isabel Piaggi, y el Atilio Aníbal Alterini .Esté último Profesor desarrolla las innovaciones propuestas en materia contractual en Revista La Ley, tº 1998-B, pág. 1172

aplicación del derecho extranjero caracterizado por su amplia diversidad y dificultades de conocimiento e interpretación y aún en la zona más integrada del mundo, como es la Unión Europea, las diferencias legislativas contractuales entre sus miembros aún provoca importantes dificultades a su mercado interior”⁶².

Se percibió ya desde hace por lo menos un siglo y medio, por los más visionarios, la necesidad de utilizar los mecanismos de aproximación, armonización y unificación de legislaciones para poder alcanzar objetivos importantes, muchos de ellos comunes a varias naciones o a regiones en particular, y para el caso que nos interesa, relacionados en el ejercicio del comercio, ya que la materia jurídica mercantil es una de las más aptas para dichos procedimientos. Pero como señala el Profesor Garro, no es nada fácil hacer efectiva tamaña empresa, pues como aún en países de una base cultural y jurídica común como lo es América Latina, cuesta imponer soluciones uniformes, las extra regionales por una especie de desconfianza persistente, y las regionales, quizá por falta de medios o impulso informativo, lo cual redundaba en sistemático rechazo de Leyes Modelos, tentativas unificadoras, etc.

El sistema angloamericano tampoco es muy proclive a ello. Inglaterra, no obstante, con motivo de su inserción en la Unión Europea, ha debido emprender un importante diálogo con las fuentes jurídicas romanas, germanas y escandinavas, y hoy también

⁶² Es de notar sin embargo que el derecho del comercio internacional permaneció siempre apartado del Derecho Romano, Canónico y Germánico produciendo su propia “lex mercatoria” y hoy presentando una complejidad de fuentes que conduce a un amplio debate doctrinario. En este sentido hace un interesante análisis del proceso codificador y su entorno el Profesor de la U. Complutense de Madrid, Don Julio D. González Campos en “La reforma del sistema español de Derecho Internacional Privado. Algunas propuestas para un debate.” Publicado en la “Revista Española de Derecho Internacional” Vol. LII- 2002. Nº 2.- Julio-Diciembre

con numerosos países de formación jurídica socialista, lo cual en el ámbito contractual ha supuesto la participación de distinguidos juristas de formación británica en los trabajos unificadores del derecho privado contractual europeo en forma de proyectado Código Común y en la elaboración de sus “Principios”. Ya en el ámbito internacional, en cuanto a los ampliamente divulgados “Principios del UNIDROIT” (Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado) sobre los contratos mercantiles internacionales, destaca como uno de sus pioneros, en representación del sistema del “Common law” (derecho común), el distinguido jurista Clive M. Schmitthoff. Nacido en Berlín, pero de amplia formación y trayectoria jurídica, política y periodística en Inglaterra.

Pero en los Estados Unidos de Norteamérica, existen muy encontradas opiniones al respecto, prevaleciendo una actitud contraria a dicha unificación por diversas razones: el tener el más importante mercado interno singular del mundo, una diversidad legislativa importante debido a su constitución federal, lo cual no parece ser un obstáculo, el convencimiento de que la unificación internacional del derecho no se aviene con la soberanía en términos generales, el rechazo tradicional de las normas escritas como expresión menos libre que el “derecho de los jueces”, etc.

De manera que el derecho contractual comercial no se encuentra unificado en los Estados Unidos en el ámbito interno. Los juristas aún discuten la situación dentro del NAFTA (North American Free Trade Association) y sobre la conveniencia o más bien la inconveniencia de un “Global Uniforme Code”. No obstante, una unificación parcial ha

sido realizada mediante el “Uniform Commercial Code”⁶³ y se presta mucha atención al hecho de que una unificación es necesaria, pero es el convencimiento de la mayoría de la doctrina norteamericana especializada, que esta unificación del derecho en su mayor parte está y debe estar en la acción privada de los particulares. (Contratos tipo, condiciones generales, Incoterms, Restatements, y la aplicación voluntaria de la CSIG, que no contiene normas obligatorias, excepto la de redactar el contrato por escrito, etc.)

En el mencionado ámbito del Nafta, muchas iniciativas se intentan, especialmente de parte de México en el sentido de la aproximación de legislaciones, tarea que no se presenta fácil, sin embargo.

No obstante cuentan los EEUU con dos instituciones abocadas a la tarea de la Uniformización del Derecho, si bien su labor también ha sido objeto de críticas: el “American Law Institute” y la “National Commissioners on Uniform States Law”. El American Law Institute en octubre de 2002 fue anfitrión en Philadelphia, de una Conferencia Internacional sobre la reforma de la Ley Comercial Mexicana con un grupo de expertos de Canadá, México y los EEUU. Así mismo el Instituto está trabajando en cooperación con el UNIDROIT para realizar trabajos sobre los “Principios y Reglas del Procedimiento Civil Transnacional”⁶⁴.

⁶³ Este Código provee normas en materia de venta de mercaderías, instrumentos negociables, depósitos bancarios, letra de créditos y garantías.

⁶⁴ The US. Uniform Mediation Act and the Draft UNCITRAL Model Law on International Comercial Conciliation” (2001) en www.crnmsu.edu, por Dr Luis Miguel Diaz y Nancy A. Oretskin.j

No obstante, muchos autores señalan con distinta evaluación, la inevitable influencia recíproca que a nivel socio-jurídico se produce entre los sistemas angloamericano y continental o románico y que puede allanar un camino de entendimiento futuro.

La regla general del rechazo al Derecho Uniforme, que dejara tantas Convenciones Internacionales sin ratificar y frenado tantos intentos, conoce sin embargo hoy una serie de importantes excepciones. De ello son testimonio los importantes trabajos unos a nivel internacional⁶⁵, interamericano o nivel europeos.

Con referencia al sistema interamericano, y más especialmente al MERCOSUR, cabe preguntarse sobre cuál es la importancia de emprender un camino de unificación o armonización de las normas en materia de contratación mercantil.

La respuesta reside en la necesidad de obtener un mejor funcionamiento de las zonas de intercambio comercial y de cumplir con los propósitos de armonización de legislaciones que impone el Tratado de Asunción, aunque no se necesita de un Tratado para comprender esta necesidad entre países tan hermanados por su identidad común, cultura jurídica y conciencia regional como los nuestros, que por otra parte, deben reforzar su presencia política y económica en el mundo.

Ha quedado en evidencia en la Unión Europea cuyo proceso de integración, aunque diferente del latinoamericano en sus supuestos, es una ineludible referencia que no

⁶⁵ Especialmente los conocidos trabajos de UNCITRAL_CNUDMI (Comisión de Naciones Unidas para el Desarrollo del Derecho Mercantil Internacional - www.uncitral.org)

puede existir una verdadera unificación de mercados sin una unificación jurídica al menos básica⁶⁶, y que es necesario además corregir urgentemente las insuficiencias de los medios tradicionales con que cuenta el derecho internacional privado al momento de aplicar el derecho extranjero, proponiendo métodos alternativos de unificación y armonización del derecho privado y que es necesario aliviar los costos de asesoramiento y el tiempo para realizar los intercambios a los operadores y consumidores. Los trabajos en el sector específico de la contratación mercantil a nivel europeo y algunos a nivel internacional, son altamente significativos.⁶⁷

No cuenta aún América Latina con un Tratado Multilateral vigente que reúna las voluntades de todos los países del área en materia de contratación internacional, como sucede en Europa con la Convención de Roma 80 sobre Obligaciones Internacionales Contractuales, pues LA CONVENCIÓN INTERAMERICANA DE MÉXICO, de 1994, sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales, que haría sus veces, aún no cuenta con el suficiente número de ratificaciones que la posicionarían como un marco uniforme y en especial con la de Uruguay. No obstante, la mayoría de los países de la región son parte de la importante CONVENCIÓN DE VIENA SOBRE LA COMPRAVENTA INTERNACIONAL DE MERCADERÍAS DE 1980 (ONU) que cumple un rol en la unificación del régimen de este contrato, por más de que no contenga disposiciones obligatorias (las llamadas “mandatory rules”) excepto para imponer la

⁶⁶ Revue de Droit Uniforme, Vol VIII- 2003 172 592 págs sobre “ Harmonization Mondiale du Droit Privé et Integration Économique Regionale” Rome 27-28 Spt. 2002 (Congreso con motivo de los 75 años de UNIDROIT)

⁶⁷ “Revue de Droit Uniforme “ N_S Vol VIII, Año 2003 1-2 contiene 6 secciones de numerosos trabajos, estando la Sección bajo el título “Modernisation and Harmonisation of Contract Law .Objectives, Mehodes and Scope,” que reúne los resultados de una Mesa Redonda con varios artículos sobre la materia.

forma escrita al contrato. Pero su influencia y la recepción del principio de la autonomía de la voluntad, producen un impacto en la práctica de este contrato comercial. Aporta también él un criterio claro de internacionalidad del contrato, su formación y el desarrollo de las obligaciones de las partes, la flexibilización de las formalidades, etc. y que es tomada en cuenta en otros numerosos proyectos, Leyes Modelo, por lo que merece contarse entre los pilares de la moderna teoría del contrato comercial internacional.

Pero como la codificación no puede ser excesivamente minuciosa, y por otra parte se presenta aún dispar, el comienzo del Milenio ha visto la formulación de por lo menos dos importantes grupos de “Principios”, unos referidos a la contratación mercantil internacional y otros para el Derecho Contractual (privado) Europeo.

“Estos principios, sin valor vinculante u obligatorio operan no obstante en la dirección de la unificación del Derecho contractual, como lo señala abundante doctrina procedente de todas partes del mundo, como comentario a su amplia divulgación. Por supuesto, que ellos son principios generales de la contratación, pero no necesariamente todos ellos aunque algunos coinciden con lo que llamamos Principios generales del Derecho, como en la clásica definición del Profesor uruguayo Ramón Real.

Respecto del Derecho Internacional Privado, referirse naturalmente a los Principios sobre Contratación Internacional Mercantil de UNIDROIT, sobre los Contratos Comerciales Internacionales y su conveniencia en las relaciones comerciales internacionales, desde su formulación por el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado en 1994. Mismos que han sido ampliamente difundidos⁶⁸.

5.15. Derecho contractual europeo

Dados los amplios objetivos que se impusiera en sus diferentes etapas, en la Unión Europea, nació la inquietud de conocer si el derecho contractual europeo se avenía con tales objetivos y propósitos, pues ya existía el convencimiento general de que no habría real integración económica sin la jurídica.

La preocupación general era y es el mejor, o más bien el óptimo funcionamiento de su mercado interior, comprobándose, que si bien se habían hecho grandes avances en la materia societaria, merced a un Derecho relativamente nuevo y al impulso de las Directivas, el derecho contractual permanecía enraizado en antiguas codificaciones por demás dispares en los distintos Estados.

⁶⁸ El Profesor Alfonsín, en sus Escritos Jurídicos, formuló claramente esa distinción (Vol. II del T. II, Cap de Contratos Internacionales, y también el Profesor Rubén Santos, pone en tela de juicio- como es lógico- que los más de 100 “ principios “ de UNIDROIT sean “Generales de Derecho” Manual de Derecho Comercial Internacional. (CD- Asociación de Escribanos del Uruguay. 2002) El Profesor Real en “Los Principios Generales del Derecho en la Constitución Uruguaya” (Mdeo. 1965) , los definió como “reglas de gran generalidad, verdaderamente fundamentales en el sentido de que ellas pueden vincularse, de modo directo o indirecto, con una serie de soluciones del derecho positivo a la vez que pueden resolverse, mediante su aplicación, casos no previstos que dichas normas no regulan expresamente.”

Pero con un criterio pragmático la primera interrogante planteada fue la de si efectivamente, las diferencias jurídicas existentes perjudicaban al mercado interior, procurando conseguir una primera respuesta mediante una amplia consulta a los sectores del comercio regional y nacional, a los profesionales, académicos, ONGs y consumidores, solicitando a su vez una contestación lo más pormenorizada posible sobre dificultades emanadas de casos reales.

Los resultados arrojaron una serie enorme de dificultades, derivadas de diferencias concretas y que podían resumirse en: costos muy elevados de asesoramiento jurídico que sin embargo no garantizaban un adecuado conocimiento de la cabal situación a la que se podía llegar por la aplicación del derecho extranjero. Este hecho se acompañaba que las normas de derecho internacional privado tampoco eran aplicadas muy rigurosamente en la práctica, con lo que la incertidumbre aumentaba. Tal situación producía, además del perjuicio de los costos y del tiempo riesgo de ser demandados o responsabilizados por circunstancias que les podían resultar sorprendentes y, aún si esta óptica se exageraba, redundaba de todas maneras en una inhibición de actuar en el mercado interior, sobre todo para el pequeño y mediano empresario, lo cual era absolutamente opuesto a un objetivo central de la UE: El acceso al mercado y la libre competencia.

Dejando de lado la necesidad de coordinar las normas imperativas de los distintos Estados, que exige la de las políticas macroeconómicas, en cuanto al derecho contractual mercantil de los distintos países, se observó que éste difería notoriamente en muchos aspectos, como por ejemplo, en cuanto a las formas, en general y para

contratos específicos, respecto de la formación del contrato qué es lo que debe entenderse por oferta, en qué momento quedan las partes obligadas por entenderse que se han producido los consentimientos, si son necesarias ciertas confirmaciones, el carácter revocable o irrevocable de las mismas, cuales términos prevalecen en las comunicaciones: los del primer oferente o los del último instrumento, la “batalla de las formas” en los contratos tipo o de condiciones generales, etc., diferencias en cuanto a los vicios existencia o no de ciertos conceptos como el de la “reticencia dolosa” de proporcionar a la otra parte información, etc., diferencias en cuanto a la interpretación de los contratos y los remedios o medidas por incumplimiento especialmente lo atinente a la responsabilidad contractual subjetiva u objetiva, sobre la extinción de las obligaciones especialmente respecto del momento y circunstancias en que se produce la compensación de las deudas y numerosísimas y engorrosas diferencias en materia de prescripción, o como se llama en otros derechos “limitación a las acciones”. En cuanto al término para caducar o prescribir, desde cuando se cuenta el plazo, por qué razones y cuanto tiempo se suspende dicho plazo.

CONCLUSIONES

1. Los principios de UNIDROIT (Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado) son reconocidos y aplicados en el ámbito comercial internacional, pues son los que hacen del comercio su forma de vida, los que lo promueven y aplican, pese a no tener obligación de usarlos, han sido de gran utilidad para las diversas formas de contratación que les rige.
2. El contrato de compraventa mercantil, es hoy en día, el contrato tipo de comercio, ya que mediante este el comerciante realiza la intermediación en la circulación de bienes, adquiriendo las cosas del productor y poniéndolas a disposición del consumidor, hay ocasiones en la practica en que por desconocimiento o por dolo de alguna de las partes, no se cumple con las formalidades necesarias para su valides, dejando esto consecuencias perjudiciales para una o ambas partes.
3. El contrato de compraventa mercantil, tiene como objeto principal la transferencia de mercaderías, mas no impide que otros bienes que no lo son, constituyan también el objeto de dicho contrato, de tal manera que puede decirse que toda cosa mueble o inmueble, corporal o incorporal, fungible o no fungible, puede ser objeto de compraventa mercantil si se vende o se compra en el ejercicio de una explotación mercantil y no se trata de cosas inalienables.

4. En el contrato de compraventa el vendedor a de entregar la cosa y el comprador ha de pagar el precio, por lo cual, los efectos que el contrato produce son, de manera simplista, para el vendedor entregar la cosa y para el comprador, pagar el precio. Pero con decir esto no basta, ya que entre la perfección del contrato y el cumplimiento de las prestaciones puede mediar algún tiempo y suscitarse problemas que requieren otras disposiciones.

RECOMENDACIONES

1. El estado y el sector comercial y productivo de Guatemala deben de utilizar los principios de celebración de contratos comerciales para así empezar la armonización jurídica interna con las costumbres mercantiles internacionales, sirviendo estas como instrumento de interpretación al ordenamiento jurídico interno, esto mediante el consentimiento de las partes al momento de celebrarse el negocio jurídico.
2. El gobierno de Guatemala se dé a la tarea de analizar los aspectos jurídicos y materiales del contrato de compraventa mercantil ofreciendo una idea clara de las consecuencias que pueden derivarse poniendo especial atención a detalles prácticos que ponen de relieve las ventajas e inconvenientes de su utilización.
3. Las autoridades de la materia y las empresas guatemaltecas se vean comprometidas a señalar que el contrato de compraventa mercantil debe contener la determinación clara y precisa del bien material de la venta, así como también el precio exacto y las obligaciones que tienen tanto el vendedor como el comprador.
4. Las autoridades de la República de Guatemala deben de darse a la tarea por todos los medios posibles, de poner al tanto a la población en general, de la existencia de los derechos y obligaciones que adquieren las partes al celebrar un contrato de compraventa, y que se aplican ya sea que se establezcan o no en

dicho contrato, esto con el fin de brindar seguridad y certeza jurídica a los contratos.

BIBLIOGRAFÍA

AGUILAR GUERRA, Vladimir Osman. **El negocio jurídico**. 4ª. ed., (s.l.i.) Guatemala: (s.e.). 2007.

AGUILERA VELAZCO, Alberto. **Colección de códigos europeos concordatos y anotados**. 2 tomos. Ed. Tipografía García y Caravera, Madrid, España. 1875.

ALCOCER GARAU, Guillermo. **Estudios de derecho mercantil**. Universidad de Valladolid/Caja Duero, Valladolid, España. 1998.

APARICIO Y GOMEZ SÁNCHEZ, Germán. **Código Civil, concordancias**. Tomo IX. Legislación y Derecho Civil, Lima, Perú. 1941.

BENITO, Lorenzo. **Derecho mercantil**. Ed. REUS, Madrid, España. 1989.

BENTON, Lauren. **Law and colonial cultures**. Cambridge University Press, Reino Unido. 2001.

BERCOVITZ, Alberto. **Apuntes de derecho mercantil**. 5ª. ed., Ed. Arazandi, Navarra, España. 2004.

BORJA SORIANO, Manuel. **Derecho de las obligaciones**. Ed. Porrúa, México. 2000.

CABANELLAS, Guillermo y Luis Alcalá-Zamora. **Diccionario enciclopédico de derecho usual**. Ed. Heliasta S.A. Buenos Aires, Argentina. 1980.

CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. **Diccionario jurídico**. Ed. Heliasta, Buenos Aires, Argentina. 2005.

CASTÁN TOBEÑAS, José. **Derecho civil español común y foral**. 3t.; 10ª. ed., Ed. Recus, sociedad anónima Madrid, España. 1967.

CEVALLOS, Estanislao S. **La nationalité au point de vue de la législation compare et du Droit Privé Humain (conferencias)**. Buenos Aires, 1914.

CHINCHILLA, Luis. **Manual de procedimientos en el Registro Mercantil**. Impresos Lovell. Guatemala. 2000.

DAVID, René. **Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos**. Ed. Aguilar, Madrid, España. 1973.

DE PINA VARA, Rafael. **Elementos del derecho mercantil mexicano**. Ed. Porrúa, México. 1996.

DÍAZ MORENO, Alberto. **Derecho mercantil**. Ed. Ariel, Barcelona, España. 1991.

ESPÍN CANOVAS, Diego. **Manual de derecho civil español**. 3 vol.; 4ª. ed., Ed. Revista de derecho privado, Madrid, España. 1975.

LAMBERT, Édouard. **Introducción: La function du droit civil comparé**. Tomo I "Le conceptions étroites ou unilaterales". V. Giard y E. Brijere, París, Francia. 1903.

LAMBERT, Edouard. **Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation social aux État – Unis.** Ed. M. Girad y Cia, París, Francia. 1921.

LAMBERT, Edouard y J. R. XIRAU. **L'ancêtre américain du droit comparé: la doctrine du juge Store.** Ed. Recueil Sirey, París, Francia. 1947.

LAMBERT, Édouard. **L'enseignement du droit en france et aux État-Unis.** Ed. M. Gierd, París, Francia. 1928.

MARGADANT, Guillermo Floris. **Introducción a la historia universal del Derecho.** 9 ed. Ed. Esfinge, México, 1990.

MARTINEZ PAZ, Enrique. **Introducción al derecho comparado.** Ed. Abeledo – Perrot, Córdoba, España. 1960.

MAZEUD, Henry, León y Jean. **Lecciones de derecho civil.** Ed. Ejea, Buenos Aires, Argentina. 1969.

MORINEAU, Marta. **Una introducción al common Law.** UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México. 2001.

PALOMAR DE MIGUEL, Juan. **Diccionario para juristas.** Ed. Mayo, México. 1981.

PÉREZ BARRIENTOS, Edgar Enrique. **El auto-contrato, casos en que procede su faccionamiento notarial.** Ed.; Mayte, (s.l.i.), Guatemala C. A.: 1995.

PETIT, Carlos. **El Derecho comparado de la Belle Epoque**. Istituto Lombardo de Scienze e Lettere, Milán, Italia. 2001.

RAMIREZ VALENZUELA, Alejandro. **Introducción al derecho mercantil y fiscal**. Ed. Limusa, México. 1994.

ROJINA VILLEGAS, Rafael. **Compendio de derecho; contratos civiles**. Ed. Antigua Librería Robredo, México. 1964.

SÁNCHEZ CALERO, Fernando. **Instituciones**. 6ª. e., Ed. Porrúa. México. 1979.

SÁNCHEZ CALERO, Fernando. **Principios de derecho mercantil**. 4ª. ed., Ed. McGraw Hill. Madrid, España. 1999.

SOLF Y MURO, Alfredo. **Derechos industriales**. Universidad Mayor de San Marcos, Lima, Perú. 1930.

VÁSQUEZ MARTÍNEZ, Edmundo. **Derecho mercantil**. Ed. Serviprensa Centroamericana, Guatemala. 1978.

VICENT CHULIÁ, Francisco. **Introducción al derecho mercantil**. 2ª. ed., Ed. Tiranto Lo Blanch, Valencia, España. 1999.

VILLEGAS LARA, René Arturo. **Derecho mercantil guatemalteco**. Tomo I, 6ª. ed. Ed. Universitaria, Universidad de San Carlos de Guatemala, Guatemala. 2004.

ZAMORA Y VALENCIA, Miguel Ángel. **Contratos civiles**. Ed. Porrúa, México. 2005.

ZWEIGERT, Konrad y KÖTZ, Hein. **An Introduction to Comparative Law**. Ed. North-Holland Publishing Company, Gran Bretaña. 1977.

Legislación:

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

Código Civil. Decreto Ley 106 del Congreso de la República de Guatemala.

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