

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

MEDIDAS EN FRONTERA: MEDIDA CAUTELAR ESPECÍFICA EN  
MATERIA DE PROPIEDAD INDUSTRIAL

VERA DEIFILIA GUZMÁN

GUATEMALA, JUNIO 200

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

MEDIDAS EN FRONTERA: MEDIDAS CAUTELARES EN FRONTERA  
ESPECÍFICAS EN MATERIA DE PROPIEDAD INDUSTRIAL

TESIS

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

Por

**VERA DEIFILIA GUZMÁN**

Previo a conferírsele el grado académico de

**LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

Y los títulos Profesionales de

**ABOGADA Y NOTARIA**

Guatemala, junio de 2007.

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

DECANO: Lic. Bonerge Amilcar Mejía Orellana  
VOCAL I: Lic. César Landelino Franco López  
VOCAL II: Lic. Gustavo Bonilla  
VOCAL III: Lic. Erick Rolando Huitz Enríquez  
VOCAL IV: Br. José Domingo Rodríguez Marroquín  
VOCAL V: Br. Marco Vinicio Villatoro López  
SECRETARIO: Lic. Avidán Ortiz Orellana

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ**  
**EL EXAMEN TECNICO PROFESIONAL**

**Primera Fase:**

Presidente: Lic. Byron Castañeda Galindo  
Vocal: Lic. Enexton Emigdio Gómez Meléndez  
Secretaria: Lic. Carolina Granados

**Segunda Fase:**

Presidente: Lic. Napoleón Orozco  
Vocal: Lic. Marco Tulio Pacheco Galicia  
Secretario: Lic. José Víctor Taracena Alba

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

LUIS EFRAÍN GUZMÁN MORALES  
7ª. AVENIDA 6-53 ZONA 4 OFICINA F  
TERCER NIVEL, EDIFICIO EL TRIÁNGULO  
TELÉFONO: 23342048-23342049



GUATEMALA, 27 DE FEBRERO DE 2007

Licenciado  
Marco Tulio Castillo Lutín  
Coordinador de la Unidad de Asesoría de Tesis  
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales  
Universidad de San Carlos de Guatemala

Licenciado Castillo Lutín:

Respetuosamente me dirijo a usted, para dar cumplimiento a la resolución emitida por esa Decanatura, para orientar a la estudiante Vera Deifilia Guzmán en su trabajo de tesis intitulado MEDIDAS EN FRONTERA: MEDIDA CAUTELAR ESPECÍFICA EN MATERIA DE PROPIEDAD INDUSTRIAL, recomendé a la sustentante, las observaciones pertinentes, las cuales fueron atendidas, por lo que estimo que dicha tesis constituye una importante fuente de apoyo y consulta a estudiantes y profesionales para el conocimiento de la forma de plantear las Medidas Cautelares en Frontera; y los procedimientos para hacerlas valer en la legislación Guatemalteca, y la necesidad de crear un procedimiento administrativo aduanero para evitar que marcas falsificadas ingresen al país por las fronteras.

En vista de que fueron atendidas las recomendaciones en la forma propuesta a mi entera satisfacción, considerando que el trabajo revisado llena todos los requisitos exigidos; EMITO DICTAMEN FAVORABLE, en el sentido que una vez revisado el trabajo de tesis por el especialista responsable se autorice su impresión para que pueda servir de base para el examen público de la autora.

Atentamente,

LUIS EFRAÍN GUZMÁN MORALES  
COLEGIADO 4,700

Lic. Luis Efraín Guzmán Morales  
ABOGADO Y NOTARIO

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Ciudad Universitaria, Zona 12 GUATEMALA, C. A.



**UNIDAD ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.** Guatemala, veinte de marzo de dos mil siete.

Atentamente, pase al (a la) **LICENCIADO (A) BYRON VINICIO MELGAR GARCÍA** para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante **VERA DEIFILIA GUZMÁN**, intitulado: **"MEDIDAS EN FRONTERA: MEDIDA CAUTELAR ESPECÍFICA EN MATERIA DE PROPIEDAD INDUSTRIAL"**.

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

  
**LIC. MARCO TULIO CASTILLO LUTÍN**  
**JEFE DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS.**



cc. Unidad de Tesis  
MTCL/ech



Melgar & Melgar Asociados  
Abogados y Notarios

Guatemala, 9 de abril del 2007



**Lic. Marco Tulio Castillo Luján**  
**Coordinador**  
**Unidad de la Asesoría de Tesis**  
**Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.**  
**Universidad de San Carlos de Guatemala**  
**Su Despacho:**

**Respetable Señor Coordinador:**

Me place saludarle deseándole los correspondientes éxitos en ese Despacho y demás labores profesionales.

En cumplimiento al nombramiento recaído en mi persona, en mi calidad de Revisor del trabajo de tesis de la Bachiller **VERA DEIFILIA GUZMÁN**, titulado **MEDIDAS EN FRONTERA: MEDIDA CAUTELAR ESPECIFICA EN MATERIA DE PROPIEDAD INDUSTRIAL**; procedente resulta dictaminar respecto a la revisión del mismo debido a las siguientes justificaciones.

- i.- Por el contenido, objeto de desarrollo, análisis, aportaciones y teorías sustentadas por la autora, ello meritoriamente se califico de sustento importante y valedero al momento de la revisión efectuada; circunstancias académicas que desde todo punto de vista deben concurrir y son atinentes a un trabajo de investigación de tesis de grado.



Melgar & Melgar Asociados  
Abogados y Notarios



- ii.- Aunado a lo expuesto se pudo establecer que el referido trabajo de investigación se efectuó apegado a la revisión y asesoría prestada, habiéndose apreciado también el cumplimiento a los presupuestos tanto de forma como de fondo, exigidos por el normativo Reglamento de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, de nuestra Universidad Rectora de la Educación Superior, y por ende debido a las reformas efectuadas al Reglamento para los exámenes Técnico Profesionales de Abogacía y Notaria y Público de Tesis, en el presente dictamen se determina expresamente que el trabajo de investigación cumple satisfactoriamente con los requisitos establecidos en el Artículo treinta y uno (31) de dicho Reglamento.
- iii.- El tema seleccionado por la autora reviste vital importancia y en consecuencia constituye un gran aporte académico no solo para nuestra casa de estudios, sino también para el régimen de legalidad, cuya apreciación y pónencia que pueda hacerse del mismo a instancia de esa coordinación resultaría oportuno y admisible, puesto que el espíritu y finalidad en toda elaboración de tesis, se refleja precisamente en hacer valer los aportes insertos en las investigaciones de tesis de grado.
- iv.- Por lo expuesto concluyo que el trabajo de tesis de la bachiller VERA DEIFILIA GUZMÁN, no se limita a cumplir únicamente con los presupuestos de presentación y desarrollo, sino también a la sustentación en teorías, análisis, y aportes tanto de orden legal como de academia, ello en atención a las normativas y presupuestos reglamentarios regulados para el efecto, resultado como relevante el contenido analítico inserto en todo el trabajo de investigación.
- v.- En consecuencia en mi calidad de Revisor de tesis me permito DICTAMINAR FAVORABLEMENTE, en el sentido de que el trabajo de tesis de grado de la autora amerita seguir un trámite hasta su total aprobación para ser discutido en su examen



**Melgar & Melgar Asociados**  
Abogados y Notarios



público de graduación, y poder optar al grado académico de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales y a los títulos profesionales de Abogada y Notaria.

Sin otro particular, me suscribo como su atento y seguro servidor.

**ID Y ENSEÑAD A TODOS**

**Lic. Byron Vinicio Melgar García**

**Revisor**

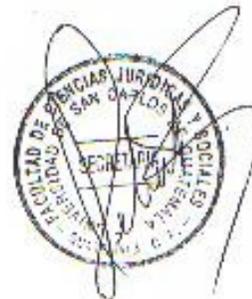
**Colegiado 6030.**

*Lic. Byron Vinicio Melgar García*  
ABOGADO Y NOTARIO

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS  
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS  
JURÍDICAS Y SOCIALES  
Calle Universidad, C.A. 12  
Guatemala, G. A.



**DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.**

Guatemala, tres de mayo del año dos mil siete

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del trabajo de Tesis del (de la) estudiante **VERA DEIFILIA GUZMÁN**, Titulado **MEDIDAS EN FRONTERA: MEDIDA CAUTELAR ESPECÍFICA EN MATERIA DE PROPIEDAD INDUSTRIAL** Artículo 31 Y 34 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público de Tesis.-

MTCL/slh



## DEDICATORIA

**A DIOS:** Supremo creador que me ha regalado el don precioso de la vida, que me permitió llegar a la meta y conceder el anhelo de mi corazón.

**A MIS PADRES:** Daniel Isaías Godoy Quezada (QEPD), papá donde quiera que estés este éxito va por ti. Y Leslie Brenilia Guzmán Castellanos, por haberme dado la vida

**A MIS HIJOS:** Luisa Maria y José Antonio, Dios quiso regalarme el privilegio de ser su madre, para poner una inmensa alegría en mi vida, los amo con todo mi corazón.

**A MIS ABUELITOS:** Berta Quezada viuda de Godoy (QEPD), Julio Godoy (QEPD), Efraín Guzmán Monasterio (QEPD), Estela Castellanos (QEPD). Sus sabios consejos, gran soporte para mi vida. Flores sobre su tumba.

**A MIS HERMANOS:** Mario Alberto Godoy Guzmán, Eielin Belinda Godoy Guzmán, Nilda Ivonne Godoy Guzmán, cariño incomparable que Dios me regaló, por su incondicional apoyo y cariño siempre que los he necesitado gracias.

**A MIS SOBRINOS:** Luis Alberto, Edgar, Angelito, José Emilio, Dulce María, María del Rosario, Fernando Javier, Laura, Leslie, Andrea; Tania; Mario Alberto, Mishell, con todo mi cariño, esperando ser un buen ejemplo a seguir.

**A MIS TIOS:** Edgar Guzmán Monasterio, (QEPD), y Estuardo Guzmán Monasterio. Gracias por su cariño.

**A MIS PRIMOS:** Sandra, Rosita Pineda y María Teresa (QEPD), Juan Carlos, Daniel y Silvia, invaluable recuerdos de cariño y amistad a lo largo de mi vida.

**A MIS AMIGOS:** Juan Francisco, Héctor José, Erica Edith, Evelin Amparo, Julieta Yamileth, Brenda Judith, José Leonardo, Milgen, Aura Arévalo, Elida López, Ana Porfiria, Flor Gil, Jhenny Monroy, Herber Fajardo, Lesbia Meléndez, gracias por su amistad, estar a mi lado siempre, reciban todo mi cariño y mi agradecimiento amigos por siempre.

**A LA GLORIOSA Y TRICENTENARIA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS** Imponente alma mater, tan gloriosa como tu nombre Carolina.

**A LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES:** Paredes que cobijaron mis sueños, moldeando a la profesional que soy ahora, enseñándome los principios de justicia, igualdad y libertad.

**A LOS DISTINGUIDOS PROFESIONALES:** Gladis Monterroso, Luís Efraín Guzmán, Enextón Gómez, Byron Vinicio Melgar García. Por brindarme además de sus conocimientos, su amistad y cariño.

**A MI PATRIA:**

A mi querida Guatemala, pedazo de tierra que me ha visto crecer, bendito terruño donde nací, ahora como profesional espero servirte con fervor.

## ÍNDICE

Pág.

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

### CAPÍTULO I

1. Aspectos históricos del derecho mercantil.....	01
1.1. Antecedentes del derecho mercantil en la civilización griega.....	02
1.2. El derecho mercantil en la antigua roma.....	02
1.3. El derecho mercantil en la edad media.....	03
1.4. El derecho mercantil en la época moderna.....	04
1.5. Derecho mercantil actual.....	04
1.6. Antecedentes históricos del derecho mercantil en Guatemala.....	05
1.7. Diversas definiciones de la materia mercantil.....	07
1.8. Características del derecho mercantil.....	08
1.9. Principios del derecho mercantil.....	09
1.10. Fuentes del derecho mercantil.....	10
1.11. Jerarquía de las fuentes.....	13
1.12. Sujetos del derecho mercantil.....	15
1.13. Clasificación de los comerciantes.....	17
1.13.1. Concepto.....	17
1.13.2. Obligaciones de los comerciantes.....	19
1.13.3. Auxiliares del comercio.....	21

### CAPÍTULO II

2. Propiedad industrial.....	27
------------------------------	----

2.1.	Propiedad .....	27
2.1.1	Industrial.....	28
2.1.2.	Industria.....	28
2.1.3.	Propiedad industrial.....	29
2.1.4.	Elementos de la propiedad industrial.....	30
2.2.	Elementos de la empresa mercantil.....	31
2.2.1.	Signos inadmisibles.....	34
2.2.2.	Como se extingue un nombre comercial.....	35
2.3.	La marca.....	36
2.3.1.	Nombre comercial.....	37
2.3.2.	Marcas inadmisibles.....	38
2.3.3.	Prioridad de registro de marcas.....	38
2.3.4.	Obligaciones y derechos que devienen del registro de una marca.....	39
2.3.5.	Limitaciones que tienen el propietario de una marca.....	40
2.3.6.	Marcas especiales.....	42
2.3.6.1.	Marca colectiva.....	42
2.3.6.2.	Marca de certificación.....	42
2.3.6.3.	Marca notoria.....	43
2.3.6.4.	Extinción del registro de la marca.....	43
2.3.6.5.	Indicaciones geográficas y denominaciones de origen	44
2.4.	Invencciones, modelos de utilidad y diseños industriales.....	44
2.4.1.	Las patentes.....	44
2.4.2.	Modelos de utilidad.....	45
2.4.3.	Diseños industriales.....	46

### **CAPÍTULO III**

3.	Medidas cautelares.....	47
----	-------------------------	----

3.1. Concepto.....	47
3.2. Antecedentes históricos.....	47
3.2.1. Naturaleza de las medidas cautelares.....	51
3.2.2. Ámbito de las medidas cautelares.....	55
3.2.3. Embargo por alimentos .....	56
3.2.4. Características.....	57
3.3. Clasificaciones .....	62
3.4. Medidas cautelares en la legislación guatemalteca.....	70

## CAPÍTULO IV

4. Medidas en frontera .....	75
4.1. Obligación de proporcionar a los titulares de los derechos la asistencia de la administración aduanas.....	75
4.2. Ausencia de obligación en el caso de las importaciones paralelas o de las importaciones insignificantes.....	76
4.3. Autoridad competente.....	76
4.4. Salvaguardias contra el abuso.....	77
4.5. Recursos.....	79
4.6. Medidas en frontera en propiedad industrial.....	79
4.7. Medidas cautelares en frontera .....	68
CONCLUSIONES.....	91
RECOMENDACIONES.....	93
BIBLIOGRAFÍA.....	95

## INTRODUCCIÓN

La propiedad industrial constituye una disciplina del derecho, cuyo objeto es la protección de las creaciones del hombre aplicada a la industria y el comercio. Derivado de lo anterior se han creado procedimientos ágiles cuyo propósito fundamental es la protección de los derechos que le atañen y sus posibles consecuencias ulteriores.

En la actualidad el comercio entre los estados y la tecnología moderna, hacen necesario contar con medidas específicas que protejan los derechos adquiridos por los titulares del derecho marcario en el tráfico mercantil internacional, por lo anterior en la presente investigación se utilizó el método dialéctico, que es de singular importancia basado en la inducción, que permitirá partir de los distintos tópicos que atañen a las medidas cautelares en frontera con el objeto de llegar a definir lo esencial que son las mismas dentro del comercio internacional. Y el método deductivo que permitirá escudriñar las particularidades de las medidas así como determinar en forma estricta que responsabilidad tienen cada uno de los actores involucrados en la no aplicación del instrumento procesal con que cuentan. El análisis de todos los elementos que conforman la problemática relativa a la no aplicación de la medida cautelar en frontera, para luego en síntesis comprobar que las mismas no son utilizadas por desconocimiento por parte del sector importador del país, motivado por la falta de asesoría y promoción del órgano encargado de regular el comercio de Guatemala, y garantizar la competencia leal, en este caso el Ministerio de Economía.

Las medidas cautelares en frontera son procedimientos que ejemplifican lo imprescindible que es en la actualidad utilizarlos y realizar estudios de las mismas, lo cual se pudo determinar con base en la técnica de la observación y el comentario.

La presente investigación se fundamenta en la teoría que las medidas cautelares en Frontera son instrumentos básicos dentro de la legislación Guatemalteca para combatir el flagelo de la piratería y que no son utilizadas por el gremio mercantil por desconocimiento a este procedimiento legal y por falta de asesoría en primer término y la segunda es que a veces las personas si conocen este mecanismo de defensa oponible frente a terceros pero la garantía económica que tienen que prestar ante juez competente es elevada y temen perder su dinero.

Por su vital importancia dentro del comercio, dejo en manos del lector una obra cuyo propósito esta encaminado a conocer la génesis, dinámica, problemática y recomendaciones para la posible aplicabilidad en el derecho mercantil guatemalteco de las medidas cautelares en frontera presentando dicho tema de investigación en cuatro capítulos desarrollado de la siguiente forma: capítulo I aspectos históricos del derecho mercantil, en el capítulo II todo lo relativo a explicar que es la propiedad industrial, capítulo III medidas cautelares, capítulo IV medidas en frontera. En donde se pretende señalar los procedimientos legales y los mecanismos para el cumplimiento de sus fines

## CAPÍTULO I

### 1. Aspectos históricos del derecho mercantil.

El derecho mercantil es una disciplina bastante joven en comparación con otras ramas del derecho, esto según acontecimientos históricos, muy precisos, que nos relatan como evoluciono a través del tiempo la civilización. En la cual el hombre usaba lo que la naturaleza le proveía solamente para su consumo y el de su familia y no fue hasta su desarrollo intelectual que pensó en el intercambio de productos.

Un acontecimiento histórico que marca el desarrollo de la civilización es la división del trabajo, implementado por Federico Engels en su obra el origen de la familia, la propiedad y el estado, a partir de esta división surge con mucho auge el comercio creándose la figura de el mercader, pero este nombre era sinónimo de la persona que hacía circular las mercancías, igualmente surge el comerciante, y el producto elaborado para el consumidor final se llamo mercancía o mercadería. Claro esta que este proceso fue evolucionando al principio solamente intercambiaban mercaderías, por medio del trueque, pero luego que apareció la moneda empezaron a darle un valor cuantitativo, creando bases para el advenimiento del comercio y del derecho mercantil.

### **1.1. Antecedentes del derecho mercantil en la civilización griega.**

En la Grecia clásica, se desarrolla el comercio aceleradamente por su cercanía con el mar mediterráneo, aprovechando de esta manera el mar para trasladar las mercancías de un lugar a otro, y esto originó que la fuerza económica de aquel entonces fuera el comercio, esto dio origen a varias figuras que aun hoy en día se conocen en nuestra legislación tales como la echazón, en donde el capitán del barco podía echar la mercancía al mar para alivianar el peso, de la embarcación y evitar el encallamiento, sin tener responsabilidad, en el derecho mercantil moderno se le conoce como avería gruesa. También importante aporte fueron las leyes Rodias, que surgieron en la Isla de Rodas, y que no eran mas que un conjunto de leyes destinadas a regir el comercio marítimo, lo anterior denota la importancia de la navegación como medio de transporte de mercaderías y como ayuda al desarrollo del comercio.

### **1.2. El derecho mercantil en la antigua Roma.**

En el vasto imperio romano no existió división entre el derecho privado y el Derecho público pues todas las relaciones jurídicas se regían por el ius civile, que era demasiado formalista y como bien sabemos una de las características del derecho mercantil es la poca formalidad, para inspirar rapidez, causa que en el ius civile no se dio pues era extremadamente rígido, por lo que se crea la figura de el pretor, que no era mas que un funcionario judicial investido de iurisdictiu, y fue creado en el año 242 antes de Jesucristo, y la pretura se dividió en dos: el pretor urbano y el pretor peregrino, el primero ejercía jurisdicción en la ciudad de Roma, y el segundo ejercía jurisdicción entre

romanos y extranjeros, o entre extranjeros únicamente. El cargo surgió en el año 367 antes de Jesucristo, esta jurisdicción hasta entonces la habían tenido los cónsules, la magistratura duraba un año y se obtenía por elección en los comicios centuriales, y tenían facultades de interpretación casuística, esto significa que el pretor al aplicar la ley civil al comercio debía interpretarla según el caso concreto, este es el antecedente más próximo a la idea de darle elasticidad a la ley y que los jueces al momento de aplicarla la interpreten según el caso en concreto, sobre todo en el ámbito del derecho privado, por lo que se deduce que el derecho mercantil en antigua Roma no logró autonomía.

### **1.3. El derecho mercantil en la edad media.**

Una de las manifestaciones más importantes de esta época fue el feudalismo, y no le hacían votos favorables al comercio por considerarlo vergonzoso, ellos creían que solo la agricultura era digna de los señores feudos, pero la monarquía surge como una aliada al comercio por considerarla la mejor forma de atraer las riquezas, y estimularon a los comerciantes a unirse y formar organizaciones llamadas corporaciones las cuales se regían por sus estatutos, de ahí surge el nombre de derecho corporativo que también se le llama al derecho mercantil, dichos estatutos regían los derechos y obligaciones del comerciante, y también organizaron una jurisdicción para resolver sus conflictos. Como aporte de esta época tenemos la letra de cambio, y el inicio del registro civil. Pero lo más importante es que se marca el inicio de un derecho mercantil autónomo, desprendido del derecho civil dando nacimiento a leyes y principios y doctrinas capaces de regir las transacciones mercantiles, en un comercio tan cambiante a través del tiempo.

#### **1.4. El derecho mercantil en la época moderna.**

Sin duda alguna que la monarquía apoyara incondicionalmente al comercio le dio un auge extremo, aprovechando al máximo las vías navegables, y esto dio margen a que la corona española así como Inglaterra y otros países europeos buscaran ampliar sus horizontes y fue así como se llegó a descubrir América la sed de buscar nuevas rutas marítimas que les permitiera extender el comercio. En 1807 con el código de Napoleón el derecho mercantil se convierte de una ley clasista a un derecho destinado a regir las relaciones que la ley tipifica como comerciales. La revolución industrial exige una mayor protección así como también las doctrinas liberales y capitalistas, desarrollándose nuevas leyes destinadas a proteger la industria y el comercio.

#### **1.5. Derecho mercantil actual.**

En la mitad del siglo pasado las bases capitalistas abrogaron por limitar la autonomía del derecho mercantil, característica de esta rama del derecho y base de la contratación civil, debido a las doctrinas liberalista, la idea era que el estado interviniera en toda contratación mercantil, en los estados socialistas esto se logro de una manera absoluta por lo que se pensó en un derecho administrativo mercantil, y que el derecho mercantil actual estaba condenado a desaparecer, pero fue hasta la desintegración del bloque de países socialistas, que se pudo sintetizar la actividad comercial y sujetarse a leyes y costumbres con base a los siguientes postulados:

- Retirar al estado de sujeto comerciante.

- Que en el desarrollo del comercio no haya monopolios ni privilegios.
- Adaptar la legislación nacional a la práctica de una economía mundial globalizada<sup>1</sup>.

Con esto se pretende reducir la intervención del estado en las relaciones comerciales pero siempre garantizando la libertad individual de el comerciante, y la protección del comercio en general, no es que se quiera anular al estado de la actividad comercial, sino que intervenga lo menos posible y que solo a través de regulaciones legales proteja y garantice la libre actividad comercial, prohibiendo por ejemplo las sociedades mercantiles inadecuadas o de ilícito comercio buscando proteger también al consumidor.

### **1.6. Antecedentes históricos del derecho mercantil en Guatemala.**

Guatemala en la época colonial regía sus relaciones jurídicas por las leyes de indias, las leyes de castilla, las siete partidas y las ordenanzas de Bilbao, estas regulaban el comercio. El 11 de diciembre de 1793 se creó el consulado de comercio en Guatemala, la cédula que creo el consulado separó la justicia mercantil de los tribunales comunes, reservando a los jueces el conocimiento de los negocios de comercio, claro está cuidando mas los interesases de la corona española que la de los comerciantes. La economía del estado español se regía por dos principios el exclusivismo colonial y la teoría de los metales preciosos. En 1821 con la independencia de Centro América aún siguen vigentes algunas leyes de España, pero en el gobierno de Mariano Gálvez, resustituyeron las leyes españolas por los códigos de Livingston, que eran un conjunto de normas

---

<sup>1</sup> Villegas Lara, Rene Arturo. **Derecho mercantil guatemalteco tomo I**, Pág. 13

elaboradas por Eduardo Livingston las cuales eran disposiciones que regían al comercio. Sin embargo con el gobierno de Rafael Carrera se estancaron los avances legislativos en cuanto a esta normativa ya que retrocedió a las leyes españolas y se prolongo todo el período de gobierno hasta en 1871 cuando se dio la renovación legislativa impulsada por la revolución, en 1877 se promulgaron los nuevos códigos de Guatemala en el que se incluyó un nuevo código de comercio con una ley especial de enjuiciamiento mercantil, y se emitió como Decreto gubernativo número 191 de fecha 20 de julio de 1877. Luego en 1942 se promulgó un nuevo código de comercio contenido en el Decreto 2946 del presidente de la república en la que se reúne en un mismo cuerpo una serie de leyes y convenciones internacionales en materia de letra de cambio, pagaré y cheque<sup>2</sup>. En 1970 se promulgó el Decreto 2-70 del Congreso de la república que contiene el actual código de comercio, en el que se desarrollan postulados modernos acerca del comercio en general incorporó instituciones del derecho mercantil totalmente nuevas adaptándose a las necesidades del derecho y del comercio actual, se tomaron en cuenta otros códigos de Centro América con la idea de unificar la legislación para lo que sería el llamado mercado común centroamericano. Es importante señalar la creación del registro Mercantil, se incorporo la factura cambiaría en cuanto a contratación se traslada el contrato de fideicomiso, y los que se refieren a radiodifusión y representación escénica, además la expresión legal del derecho mercantil guatemalteco no se limita al actual código de comercio, sino también a una serie de leyes conexas del ordenamiento jurídico del país.

---

2 Garriges Joaquín. **Instituciones de derecho mercantil**, Pág. 20

## 1.7. Diversas definiciones de la materia mercantil.

A continuación, con el fin de desarrollar una noción más certera acerca del derecho mercantil, analizaremos los conceptos y definiciones que algunos autores nos proporcionan sobre la materia.

El Derecho mercantil es una rama del derecho privado que tiene por objeto regular las relaciones entre los comerciantes y aquellas personas que sin ser comerciantes ejecutan actos de comercio.

“ El derecho mercantil es aquel que regula los actos de comercio pertenecientes a la explotación de las industrias mercantiles organizadas (actos de comercio propios) y los realizados ocasionalmente por comerciantes y no comerciantes (actos de comercio impropios), que el legislador considera mercantiles, así como el estatuto del comerciante o empresario mercantil individual y social y los estados de anormalidad en el cumplimiento de sus obligaciones<sup>3</sup>. El derecho mercantil, puede definirse como el conjunto de normas jurídicas que se aplican a los actos de comercio legalmente calificados como tales y a los comerciantes en el ejercicio de su profesión.

Diremos que el derecho mercantil es la rama que regula las relaciones nacidas del comercio y de los actos que históricamente se le han asimilado, así como las obligaciones impuestas a las personas que consideran comerciantes.

---

<sup>3</sup> Ramírez Valenzuela Alejandro. **Introducción al derecho mercantil y fiscal**, Pág. 8.

## 1.8. Características del derecho mercantil.

Según la materia que se trata así son las características de cada rama del derecho, y el derecho mercantil exige para su mejor desarrollo rapidez, poco formalismo en las transacciones nacionales como internacionales.

- Tiende a ser internacional

Esta característica es eminentemente importante en la actualidad por el fenómeno de la globalización económica de los países más desarrollados, y ahora con la firma del tratado de libre comercio, entre Estados Unidos y los países que ya se ha adherido a él, pues ahora la mayoría de los productos ya no son solamente para un mercado local sino que se venden a nivel internacional, y siempre el derecho mercantil al ser internacional protege los intereses del comerciante en general.

- Posibilita la seguridad del tráfico jurídico.

El derecho mercantil le da certeza jurídica a la contratación mercantil a pesar de ser poco formalista, debido a que el comercio se mueve aceleradamente no se puede exigir un sin número de formalidades, entonces se respalda en los principios la verdad sabida, la buena fe guardada, de manera que ningún acto posterior puede desvirtuar lo que las partes ha pactado al momento de la contratación mercantil.

- Es poco formalista

Esta característica de poca formalidad no significa que no se tengan que respetar ciertos lineamientos y que la contratación mercantil no esté reglamentada solo si hacemos una comparación con el derecho civil por ejemplo exige para

acreditar la representación exige una escritura de mandato, en cambio el derecho mercantil permite celebrar ciertos contratos sin acreditar representación alguna por ejemplo el contrato de transporte, en el que el chofer del autobús le da su boleto la persona paga, y se celebra un contrato mercantil sin mayores formalismos.

- Inspira rapidez y libertad en los medios para traficar.

Esta característica está íntimamente relacionada con la poca formalidad del derecho mercantil, pues los negocios en el ámbito mercantil deben ser rápidos, y libres esto significa que los contratos atípicos, pueden celebrarse con libertad en cualquier momento por los contratantes, y ningún juez puede excusarse de conocer los conflictos que surjan de este contrato por no estar nominado en la ley.

- Adaptabilidad

La adaptabilidad en el tráfico comercial significa que el comercio cambia constantemente que no es estático, claro está el derecho mercantil debe ir de la mano con los cambios que sufre el comercio tanto interno como externo por lo que se va adaptando a la realidad y a los fenómenos que se susciten dentro del ámbito mercantil.

### **1.9. Principios del derecho mercantil.**

En nuestro estudio del derecho mercantil se ha podido desprender que tanto características como principios deben interactuar para una mejor interpretación del derecho en cuanto a las transacciones mercantiles, siendo los principios base

importante dentro de el tema que se está tratando me permito enumerarlos a continuación:

- La buena fe
- La verdad sabida
- Toda prestación se presume onerosa
- Intención de lucro
- Ante la duda se debe resolver del modo más favorable para la segura circulación.

### **1.10. Fuentes del derecho.**

La palabra fuente significa origen de donde nace, o cual ha sido el surgimiento, que lo fundamenta, estudiaremos únicamente las fuentes formales del derecho mercantil, que son:

La costumbre, la jurisprudencia, la ley, la doctrina, y el contrato.

- La costumbre.

Según Manuel Ossorio, es la repetición de actos de la misma especie, la que establece en materia no regulada o sobre aspectos no previstos en la ley esta costumbre se denomina sin ley o fuera de ley y esta llamada a llenar lagunas legales, y representa en este aspecto una de las fuentes del derecho<sup>4</sup>. En la legislación guatemalteca el Artículo 2 de la ley del Organismo Judicial le da a la costumbre la categoría de fuente formal del derecho, y por lo mismo al uso de la

---

<sup>4</sup> Ossorio Manuel, **Diccionario de ciencias jurídicas**, políticas y sociales. Pág. 200.

misma en defecto de ley aplicable al caso concreto y siempre y cuando no sea contraria, a la moral, y al orden publico. Los usos sean locales o internacionales pueden servir para normar una situación mercantil que la ley no contempla, y en el mismo cuerpo legal se regula la forma de interpretación de la ley en el Artículo 10.

- La Jurisprudencia.

Como fuente complementaria del derecho esta regulada en la ley del organismo judicial, en el Artículo 2, para Manuel Ossorio jurisprudencia es la interpretación que de la ley hacen los tribunales para aplicarla a casos concretos sometidos a su jurisdicción, así pues la jurisprudencia esta formada por el conjunto de sentencias dictadas por los miembros del poder judicial sobre una materia determinada<sup>5</sup>. Sin embargo en algunos países en donde los tribunales no cuentan con el recurso de casación se considera que no todos los fallos judiciales sientan jurisprudencia los de dichos tribunales de casación, que constituyen la mas alta jerarquía dentro de la organización judicial, y cuya doctrina es de obligatorio acatamiento, para todos los jueces y tribunales sometidos a su jurisdicción, de este modo se afianza la certeza jurídica porque donde la casación no existe cada tribunal o juez tiene libertad para sentenciar conforme a su criterio. En la legislación guatemalteca específicamente en el Artículo 626 del código procesal civil y mercantil se regula la jurisprudencia textualmente la norma regula en el tercer párrafo si se alegare infracción de doctrina legal, deben citarse por lo menos cinco fallos uniformes del tribunal de casación, de acuerdo con lo anterior cuando se producen cinco fallos reiterados en juicios sometidos a conocimiento de la corte suprema de justicia por medio

---

<sup>5</sup> **Ibid**, Pág. 315.

del recurso de casación se genera doctrina legal que puede citarse como fundamento de pretensiones similares.

- La ley.

La ley como fuente de derecho mercantil nace desde la constitución política de la república de Guatemala específicamente, pues como ley suprema regula lo relacionado al comercio, en su Artículo 43 establece se reconoce la libertad de industria, comercio y trabajo salvo las limitaciones que por motivos sociales o de interés nacional impongan las leyes. Dichos preceptos constitucionales son desarrollados en el código de comercio Decreto 2-70 del Congreso de la república y demás leyes y reglamentos que norman la actividad de los comerciantes, las cosas y los negocios mercantiles.

- La doctrina.

La doctrina como fuente de derecho es el conjunto de tesis y opiniones de los tratadistas y estudiosos del derecho que explican y fijan el sentido a las leyes o sugieren soluciones para cuestiones aún no legisladas, tienen importancia como fuente mediata de derecho pues el prestigio y la autoridad de destacados juristas influyen a menudo sobre la labor del legislador e incluso en la interpretación judicial de los textos vigentes. La doctrina debe ir de la mano con la ley y con la práctica, en teoría pero en la práctica no es así, siempre el lento proceso legislativo se va quedando atrasado en cuanto a celeridad del derecho mercantil, entonces los principios que antes mencionamos, nos sirven como coadyuvantes en la interpretación de los contextos legales por lo anterior se deduce que la doctrina puede funcionar como la costumbre, solo que con mayor fundamentación por los conocimientos científicos que aporta jugando un papel preponderante dentro del contexto del derecho mercantil.

- El contrato.

Olvidémonos por un momento de la teoría kelsiana en donde la única fuente del derecho es la ley y pasemos a considerar el contrato como fuente de derecho mercantil, porque como ya dijimos la fuente es donde nace la obligación o donde surge la norma. El contrato genera obligaciones pero solamente para las partes contratantes específicamente o sea que en sentido estricto sería una fuente particular, según Manuel Osorio existe contrato cuando dos o más personas se ponen de acuerdo sobre una declaración de voluntad común, destinada a reglar sus derechos. Capitant lo define como el acuerdo de voluntades entre dos o más personas con el objeto de crear entre ellas un vínculo de obligaciones y también es un documento escrito destinado a probar una convención, los contratos han de ser celebrados entre personas capaces, y no han de referirse a cuestiones prohibidas o contrarias a la moral o a las buenas costumbres<sup>6</sup>. Los contratos lícitos obligan a las partes contratantes en iguales términos que la ley. En la práctica mercantil existen contratos típicos como atípicos, contratos normativos.

### **1.11. Jerarquía de las fuentes.**

Ante la presencia de un negocio en concreto en principio y de manera espontánea, como en todo sistema de derecho escrito, se aplica la norma mercantil escrita (la particular antes que la general) a no ser que la hipótesis no se encuentre prevista en ella, en cuyo caso se estará, de existir, a lo dispuesto por la costumbre, de encontrarse previsto el caso en una norma taxativa escrita, pero existiendo una costumbre en contrario se aplicará siempre la norma posterior, ya sea escrita o consuetudinaria.

---

<sup>6</sup> Garriges Joaquín. **Curso de derecho mercantil**. Pag. 15.

De no haber disposición escrita o consuetudinaria aplicable al caso, se acudirá a los usos. Si a pesar de lo anterior no se encuentra norma aplicable al caso concreto, consideramos se debe acudir a la integración por analogía por ello estimamos que el derecho mercantil es un derecho especial, es decir, un Derecho, nacido por circunstancias históricas, que se refiere a cierta categoría de personas, cosas y relaciones; y precisamente por su especialidad es posible su integración por analogía. Si después de haber recorrido a las reglas anteriores, no es posible encontrar una norma aplicable al caso, la integración se hará recurriendo a los principios generales del derecho en atención a los principios del derecho mercantil según los establece el Artículo 1 de código de comercio.

Generalidades importantes del derecho mercantil.

Cuando nos referimos al derecho mercantil conceptual izándolo como derecho del comercio, nos encontramos en un error garrafal porque el derecho mercantil comprende algo más que las relaciones jurídicas comerciales, también está conformado por instituciones jurídicas que de ninguna forma persiguen una finalidad comercial.

El derecho mercantil no ha sido obra de legisladores y juristas sino que apareció y se desarrollo de forma empírica para satisfacer necesidades de las personas que se dedicaban habitualmente al cambio, resolviendo con ello las deficiencias del derecho común.

En este orden de ideas el derecho mercantil tiene que ocuparse de todo lo relativo:

- A los principios constitucionales que se refieran a la libertad mercantil.
- A la legislación sobre impuestos que graviten sobre el comercio interior y exterior.
- A las leyes que determinen los límites que por motivo de interés público, bien o mal entendido, restrinjan la libertad de comercio o le concedan privilegios o franquicias. A las leyes que establecen autoridades, corporaciones o funcionarios encargados de intervenir oficialmente en los diversos ramos de la actividad comercial.
- A las instituciones no oficiales, aunque si autorizadas, permitidas o reconocidas por la ley, y que se dedican, ya a grandes operaciones mercantiles, ya a desempeñar funciones reguladoras del comercio o servir de intermediario entre el comercio y el gobierno o sus agentes; y
- Al derecho marítimo y a la legislación internacional en materia de comercio<sup>7</sup>.

### **1.12. Sujetos del derecho mercantil.**

Comerciante: según Manuel Ossorio comerciante es la persona individual que con capacidad legal para contratar ejerce por cuenta propia o por medio de personas que lo ejecutan por su cuenta, actos de comercio, haciendo de ello profesión habitual. En sentido más amplio toda persona que hace de profesión de la compra y venta de mercaderías. En el Artículo 2 del código de comercio Decreto 2-70 se establece que es comerciante la persona quien ejerce en

---

<sup>7</sup> Ramírez Valenzuela, Alejandro. **Introducción al derecho mercantil y fiscal.** Pág.50.

nombre propio y con fines de lucro, cualesquiera actividades que se refieran a lo siguiente:

La industria dirigida a la producción o transformación de bienes y a la prestación de servicios.

- La intermediación en la circulación de bienes y en la prestación de servicios.
- La banca, seguros y fianzas.
- Las auxiliares de las anteriores.

El comerciante debe ser hábil para obligarse de conformidad con lo establecido en el Artículo 6 del código civil. Y haber obtenido la capacidad de ejercicio que se adopta al cumplir la mayoría de edad. Y las personas jurídicas que de conformidad con la ley tengan capacidad para contraer obligaciones y derechos. Y además también tenemos el comerciante social que se constituye con sociedades mercantiles, tal y como lo establece el Artículo 10 del código de comercio que establece las sociedades organizadas bajo una forma mercantil son: la sociedad colectiva, la sociedad en comandita simple, la sociedad de responsabilidad limitada, la sociedad anónima, la sociedad en comandita por acciones.

### **1.13. Clasificación de los comerciantes.**

#### 1.13.1. Concepto.

El Artículo 2 y 3 del código de comercio define al sujeto por antonomasia del Derecho comercial: el comerciante y considera tres clases de ellos: el comerciante que deviene tal a virtud del ejercicio del comercio, quien generalmente es una persona física, pero que también puede ser una sociedad irregular; el comerciante social, o sea, las sociedades que adquieren tal carácter antes de realizar actividad alguna, por el mero cumplimiento de formalidades y de requisitos de publicidad; y el tercero, sociedades extranjeras y agencias y sucursales de ellas, las cuales también asumen el papel de comerciantes en función del ejercicio de actos de comercio dentro del territorio nacional. Son comerciantes las personas que teniendo capacidad legal para ejercer el comercio hacen de él su ocupación ordinaria; esta definición genérica cubre a las personas físicas y morales o sociedades es así que la figura del comerciante, tan básica y elemental para nuestro estudio se divide en dos:

- Persona colectiva.
- Sociedades de personas.

El elemento personal que las compone (la persona del socio) es pieza esencial, porque significa una participación en la firma social, con la consiguiente aportación del crédito social, por la responsabilidad del patrimonio colaboración en la gestión.

- Sociedades de capitales.

En las sociedades de capitales, el elemento personal se disuelve en cuanto a su necesidad concreta de aportación. El socio elemento personal importa a la sociedad por su aportación, sin que cuenten sus cualidades personales. La persona del socio queda relegada a un segundo término, escondida, por así decirlo, detrás de su aportación.

- Sociedades irregulares.

La irregularidad de las sociedades mercantiles puede derivar en el incumplimiento de mandato legal que exige que la constitución legal de las mismas se haga constar en escritura pública o del hecho de que, aun constando en esa forma, la escritura no haya sido debidamente inscrita en el registro de comercio. Las sociedades mercantiles con esos defectos se conocen con el nombre de sociedades irregulares.

- Requisitos para ser comerciante.

Desde el punto de vista jurídico, cualquier persona física o moral puede ejercer el comercio, ya que la ley no enumera propiamente ciertos requisitos para poder ejercer el comercio (aunque si marca algunas de las características que deberá tener este) de hecho el Artículo 2º del código de comercio refiere como comerciantes a aquellos que realizan actividades de tipo mercantil, sin embargo, la ley nos dice quienes no podrán ejercer el comercio y de estas premisas podemos decir que los requisitos para ser comerciante son:

- Tener capacidad jurídica de ejercicio.
- Ejercer de forma cotidiana los actos reputados de comercio.
- Tener al comercio como ocupación ordinaria.
- Llenar los requisitos administrativos y legales para el ejercicio de dicha profesión.
- No ser corredor público.
- Si se a sido quebrado estar rehabilitado legalmente para poder volver a ejercer el comercio.
- No estar en estado de interdicción.
- En caso de ser extranjero, tener autorización legal expresa para ejercer el comercio.
- Entre otros.

### 1.13.2. Obligaciones de los comerciantes.

La ley mercantil impone a todos los comerciantes, por el solo hecho de tener tal calidad, diversas obligaciones, aunque en este apartado nos referiremos casi exclusivamente a aquellas obligaciones impuestas por el derecho mercantil, y no a las de tipo administrativo, fiscal, sanitario, etc., que también deben cumplir los comerciantes.

- El registro de comercio.

Los comerciantes deberán inscribir en el registro de comercio aquellos documentos cuyo tenor y autenticidad deban hacerse notorios, así como: las escrituras constitutivas de las sociedades mercantiles, la disolución de las

sociedades mercantiles, el nombramiento de los liquidadores de las sociedades mercantiles, los acuerdos de fusión, transformación y escisión de las sociedades mercantiles, etc.

La inscripción en el registro de comercio es potestativa para los comerciantes individuales, por el contrario, dicha inscripción es obligatoria para las sociedades mercantiles.

- Contabilidad mercantil.

Todos los comerciantes están obligados a mantener un sistema de contabilidad de acuerdo con las disposiciones del propio código de comercio.

El comerciante esta obligado a llevar y mantener un sistema de contabilidad adecuado. Este sistema podrá llevarse mediante los instrumentos, recurso y sistemas de registro y procesamiento que mejor se acomoden a las características particulares del negocio, pero en todo caso deberá satisfacer los siguientes requisitos mínimos: a) permitirá identificar las operaciones individuales y sus características, b) permitirá seguir la huella desde las operaciones individuales hasta las cifras finales de las cuentas y viceversa.

- permitirá la preparación de los estados que se incluyan en la información financiera del negocio.

### 1.13.3. Auxiliares del comercio.

El comerciante, en el ejercicio de su empresa, requiere la colaboración de otras personas; de la actividad y servicios ajenos.

Esta colaboración puede ser meramente de carácter intelectual o material (como en el caso de los abogados, contadores, ingenieros, obreros, etc.), o además, de carácter jurídico, esto es, con poder de representación.

Precisamente aquellas personas que, además de prestar su actividad material o intelectual, colaboran jurídicamente con el comerciante, actuando, en menor o mayor grado, en su representación, son los llamados auxiliares del comerciante. Es, pues, nota característica de los auxiliares del comerciante tener en diferente grado facultad de representación.

La doctrina distingue entre los auxiliares dependientes y los auxiliares autónomos. Los auxiliares dependientes se encuentran en una posición subordinada respecto al comerciante y forman parte de su organización, a la que prestan (normalmente) en forma permanente sus servicios en virtud de una relación contractual determinada (mandato, contrato de prestación de servicios profesionales o trabajo).

Los auxiliares autónomos, por el contrario, no forman parte de la organización de la empresa y se encuentran, por tanto, en una posición independiente respecto al comerciante. Su actividad se despliega no solo al servicio de un

comerciante determinado, sino de todo el que lo solicita, por eso, la doctrina los conoce también con el nombre de auxiliares del comercio.

Son auxiliares dependientes, los factores y los dependientes del comercio; son auxiliares autónomos: los corredores, los comisionistas y los agentes.

- Dependientes del comercio.

Son dependientes las personas que desempeñan constantemente alguna o algunas gestiones propias de una empresa mercantil, en nombre y por cuenta de su titular (el comerciante).

Todo comerciante, en el ejercicio de su tráfico, podrá constituir dependientes. Los actos de los dependientes, obligarán a su principal en todas las operaciones que le tuvieren encomendadas

- Factores.

Todo comerciante, en el ejercicio de su tráfico, podrá constituir factores. Son factores las personas que tienen a su cargo la dirección de alguna empresa o están autorizados para contratar respecto a todos los negocios que conciernen a la misma. Nombre del titular empresa. En la práctica, los factores son mejor conocidos con el nombre de gerentes o administradores.

- Corredores.

El corredor es el agente auxiliar del comercio con cuya intervención se proponen y ajustan los actos, contratos y convenios y se certifican los hechos mercantiles. Esta figura es tan importante dentro del derecho mercantil que es regulada en el Artículo 292 del código de comercio y lo define como la persona que en forma independiente y habitual se dedica a poner en contacto a los interesados en la conclusión de un negocio sin estar ligado a ninguna de las partes por relaciones de colaboración, dependencia o representación.

Al corredor público corresponde según el Artículo 295 del código de comercio:

I. Responder de la entidad de las personas que contrataren por su mediación y asegurarse de su capacidad legal; si intervinieren en contratos celebrados por personas incapaces, responderán de los daños y perjuicios que resultares directamente de la incapacidad.

- A ejecutar por si mismos las negociaciones que se les encomendare
- A proponer los negocios con exactitud, claridad y precisión.
- A asistir a la entrega de los objetos, material del negocio cuando alguno de los contratantes lo exija.
- A responder, en las operaciones sobre títulos de crédito, de la autenticidad de la firma del último endosante o del girador en su caso y a recogerlos para entregarlos al tomador.

- A conservar marcada con su sello y con los de los contratantes, mientras el comprador no las reciba a su satisfacción. Una muestra de las mercaderías, siempre que la operación se hubiere hecho sobre muestras.
- A expedir a costa de los interesados que lo pidieren o por mandato de autoridad certificación de los asientos correspondientes a los negocios en que haya intervenido.
- A extender al comprador una lista firmada y completa de todos los títulos negociados con su intervención, con indicación de todos los detalles necesarios para su debida identificación.
- A anotar en su registro los extremos esenciales de los contratos en que haya intervenido.
- Guardar secreto en todo lo que concierne a los negocios que se les encarguen a menos que por disposición de la ley, por la naturaleza de las operaciones o por el consentimiento de los interesados puedan o deban dar a conocer los nombres de estos.

Comisionistas.

Comisionista es la persona que desempeña una comisión mercantil: comitente el que la confiere.

El mandato aplicado a los actos concretos de comercio, se reputa comisión mercantil.

El comisionista es auxiliar autónomo porque no presta su actividad exclusivamente a un comerciante determinado, sino a todo el que se lo solicite

Actos absolutamente comerciales.

Los actos absolutamente comerciales que integran la primera categoría son estos:

Las compras y ventas de porciones, acciones y obligaciones de las sociedades mercantiles. Los contratos relativos a las obligaciones del estado u otros títulos de crédito corrientes en el comercio.

Los depósitos por causa de comercio.

Los cheques, las letras de cambio o remesas de dinero de una plaza a otra, entre toda clase de personas. Los valores u otros títulos a la orden o al portador, y las obligaciones de los comerciantes, a no ser que se pruebe que se derivan de una causa extraña al comercio. Todos los contratos relativos al comercio marítimo y a la navegación interior y exterior. Las compras y ventas de porciones, acciones y obligaciones de las sociedades mercantiles.



## **CAPÍTULO II**

### **1. Propiedad industrial.**

#### **2.1. Propiedad.**

Para Manuel Osorio, es la facultad legítima de disfrutar y disponer de una cosa con exclusión de arbitrio ajeno y de reclamar su devolución cuando se encuentre indebidamente en poder de otro. Cosa que es objeto de dominio, especialmente tratándose de bienes inmuebles, además cualquier finca o predio en concreto, ante el usufructo y por abreviación la nuda propiedad. En el derecho romano la propiedad constituía una suma de derechos, el de usar de la cosa *ius utendi*, el de percibir de los frutos, *fructuendi*, el de abusar de contenido incierto *Abú tendi*, el de poseer *possidendi*, el de enajenar alienando y el de reivindicar *vindicandi*. Para el legislador civil Argentino Aubry y Rau, la propiedad es el derecho real en virtud del cual una cosa se encuentra sometida a la acción y a la voluntad de una persona. Es el derecho de gozar y disponer de una cosa sin más limitaciones que las establecidas en las leyes.

##### **2.1.1. Industrial.**

El diccionario de ciencias jurídicas políticas y sociales de Manuel Osorio define industrial como maña, destreza o artificio para hacer una cosa. Conjunto de operaciones materiales ejecutadas para la obtención, transformación o transporte de uno o varios productos naturales. Suma y conjunto de las

industrias de uno mismo o de varios géneros, de todo un país o de parte de el. Este concepto se encuentra íntimamente ligado con la economía, con el derecho comercial en el sentido que en algunos tipos de sociedades se admite la coexistencia de los socios capitalistas, que aportan el dinero necesario para el desenvolvimiento de la empresa, con los socios industriales que concurren únicamente con su trabajo y su técnica, y con el derecho laboral, que algunos autores han llamado derecho industrial.

### **2.1.2. Industria.**

Como sabemos se origina con el trabajo de la piedra y los metales constituyendo la primera actividad industrial del hombre. La fabricación de tejidos y el trabajo de cuero complementaron el marco de esta actividad, que no vario hasta la entrada de la edad media. La revolución industrial suscitó ciertos cambios al acelerar la demanda de productos, hasta que aprendió a usar la fuerza mecánica y se operó una lenta concentración de la industria que comportó el paso al taller de la manufactura.

Las primeras máquinas de vapor contribuyeron decisivamente, a principios del siglo XIII, a la aparición de las fábricas modernas y del proletariado industrial, los sucesivos avances en el empleo de las diversas fuentes de energía, como el carbón, agua, petróleo, átomo, contribuyeron al perfeccionamiento de la industria que comenzó a fabricar productos en serie y en cadena, a perfeccionar los instrumentos de trabajo y a basarse en una especialización extrema.

Durante la segunda guerra mundial aparecieron, las primeras fábricas completamente mecanizadas. En los últimos años la aplicación de nuevas tecnologías a la industria como la microelectrónica y la informática han logrado cambios insospechosos, y han ayudado a la expansión de la industria y su campo de aplicación.

### **2.1.3. Propiedad industrial.**

- Origen de la propiedad industrial.

El origen de la propiedad industrial se remonta al año 1833 cuando se adoptó el convenio de París para la protección de la propiedad industrial y en 1866 cuando se adoptó por algunos países el convenio de Berna para la protección de obras literarias y artísticas.

Según el autor Manuel Osorio, entiéndase por propiedad industrial la que recae, sobre el uso de un nombre comercial, marcas de fábrica, de comercio y de agricultura; dibujos y modelos industriales, secretos de fábrica y patentes de invención. La ley protege el derecho exclusivo de quien ostenta a su favor aquellos usos defendiéndolo frente a terceros y frente a toda competencia desleal.

La propiedad industrial trata principalmente de proteger las invenciones, las marcas de fábrica o de comercio, los dibujos o modelos industriales de toda clase de reproducción y de toda competencia desleal.

#### **2.1.4. Elementos de la propiedad industrial.**

- La empresa.

El concepto empresa se encuentra aún en pleno desarrollo, tanto en el campo económico como en el campo jurídico, pero Manuel Osorio nos da una definición que es la empresa, la organización de los elementos de la producción, naturaleza, capital y trabajo con miras a un fin determinado. Para el autor Rene Arturo Villegas Lara la empresa es una organización del factor capital y el factor trabajo, con destino a la producción de bienes o servicios o la mediación de los mismos para el mercado. El Artículo 655 del código de comercio establece se entiende por empresa Mercantil el conjunto de trabajo, de elementos materiales y de valores incorpóreos coordinados, para ofrecer al público, con propósito de lucro y de manera sistemática bienes y servicios.

- La empresa mercantil será reputada como bien mueble.

Se ha planteado incluso la imposibilidad de definir a la empresa, como unidad económica, jurídicamente. Barrera Graf señala que la empresa o negociación mercantil es una figura de índole económica, cuya naturaleza intrínseca escapa al derecho. Su carácter complejo y proteico, la presencia en ella de elementos dispares, distintos entre si, personales unos, objetivos o patrimoniales otros hace de la empresa una institución imposible de definir desde el punto de vista jurídico.

Afortunadamente nuestro código de comercio Decreto 2-70 le da a la empresa la naturaleza jurídica de bien mueble al incluirla dentro de las cosas mercantiles en

el Artículo 4 que establece que son cosas mercantiles: los títulos de crédito, la empresa mercantil y sus elementos, las patentes de invención y de modelo, las marcas, los nombres, los avisos y anuncios comerciales.

## **2.2. Elementos de la empresa mercantil.**

Los elementos de la empresa mercantil que estudiaremos son los que establece el código de comercio del Artículo 657, el establecimiento, la clientela y la fama mercantil, nombre comercial y los demás signos distintivos de la empresa y del establecimiento, los contratos de arrendamiento, el mobiliario y la maquinaria, los contratos de trabajo, las mercaderías, los créditos y los demás bienes y valores similares, marcas, avisos, anuncios y patentes de invención.

Pasaremos a desarrollar los elementos de la empresa que a mi criterio llevan una relación con el tema que estamos estudiando.

- El establecimiento

En términos genéricos, el establecimiento es el local donde se ubica la empresa, esto es, el lugar donde se instala y desarrolla su actividad mercantil. Además de su establecimiento principal, la empresa puede contar con sucursales (establecimientos secundarios). El lugar de ubicación de la empresa produce importantes efectos jurídicos. Entre otros, determina la competencia judicial y registral, en los negocios en que la empresa interviene. Así mismo, determina el

domicilio fiscal de las personas físicas o morales de acuerdo al lugar donde se encuentre el asiento principal de sus negocios.

En el Artículo 665 del código de comercio regula que cualquier cambio de local del establecimiento principal del comerciante deberá hacerse saber al público mediante aviso en el diario oficial e inscribir el cambio en el Registro Mercantil. Omitir esa publicidad genera responsabilidad por los daños y perjuicios que pudiera causarse.

- La clientela y la fama Mercantil

La clientela es el conjunto indeterminado de personas individuales, que mantienen relaciones de mercadeo con la empresa. La fama mercantil es lo que se conoce como aviamiento, es la perfecta organización de un comerciante dentro de la empresa.

El nombre comercial y los demás signos distintivos de la empresa y del establecimiento.

Las actividades del comerciante necesitan protección especial frente a las demás personas que están dentro del ámbito mercantil, para la protección de los bienes que existen dentro del tráfico mercantil, nombre comercial, el aviso comercial, las señales de propaganda, la marca, la patente de invención, el modelo de utilidad y el diseño industrial, todo esto bajo el amparo jurídico de las normas de Derecho que integran la ley de propiedad industrial y que a su vez regula el

derecho de la propiedad intelectual junto al derecho de autor que trata de propiedad sobre la obra artística y literaria.

El Artículo 668 del código de comercio regula que todo lo relativo a los nombres comerciales, marcas, avisos, anuncios, y patentes de invención así como los derechos que los mismos otorgan, se regirán por las leyes especiales de la materia. La ley especial que regula esta materia es la ley de propiedad industrial Decreto 57-2000 del Congreso de la república. El contenido de esta ley responde a convenios y tratados que patrocinan organismos internacionales como organización mundial de comercio OMC, y la organización mundial de la propiedad intelectual. OMPI.

Para los efectos de la ley, cuando se mencione el termino ley entiendas que me estoy refiriendo a ley de propiedad industrial y cuando me refiera a otro cuerpo legal lo identificare específicamente, en el Artículo 4 de la ley define a la marca como cualquier signo denominativo, figurativo tridimensional o mixto perceptible visualmente que sea apto para distinguir los productos o servicios de una persona individual o jurídico de los de otra. Y en el mismo Artículo denomina signo distintivo cualquier signo que constituye una marca, nombre comercial, un emblema, una expresión o señal de propaganda o una denominación de origen.

Los signos distintivos de la empresa o los derechos sobre las invenciones aunque no en todos los casos están sujetos a un registro específico, en el registro de la propiedad intelectual. Los signos distintivos están sujetos a principios que debe tenerse en cuenta para su existencia, y son los de novedad,

veracidad, accesoriadad. El principio de novedad establece que un signo distintivo debe ser totalmente distinto de otro que se haya utilizado con anterioridad. Por el principio de veracidad el signo no debe confundir al consumidor del bien o al usuario del servicio. El fin primordial de la referida ley es fomentar y proteger la creatividad intelectual que tiene lugar en la industria y el comercio protegiendo los signos distintivos en general.

El derecho exclusivo de utilizar un nombre comercial deviene del uso de la misma, y el dueño o quien tiene el dominio del nombre comercial obtiene más protección si lo registra, el registro es un acto declarativo y no constitutivo, y poder defenderse ante cualquier persona que en un momento determinado quisiera hacer uso de ese mismo nombre comercial o signo distintivo. De acuerdo al Artículo 76 de la ley regula lo relativo a la enajenación del nombre comercial y que solo puede transferirse junto con la empresa o establecimiento que emplea el nombre comercial o aquella parte de la empresa o del establecimiento que lo emplea.

### **2.2.1. Signos inadmisibles.**

Nombre comercial inadmisibles. Será inadmisibles para su registro un nombre comercial que:

- No pueda diferenciarse suficientemente de otro nombre comercial usado anteriormente por otro empresario dedicado al mismo giro o actividad mercantil.

- Consista total o parcialmente, en una designación u otro signo ajeno o que sea contrario a la moral o al orden público.
- Sea susceptible de causar confusión en los medios comerciales o en el público, sobre la identidad, la naturaleza, las actividades, el giro comercial o cualquier otro aspecto relativo a la empresa o al establecimiento identificado con el mismo.
- Sea susceptible de causar confusión respecto de los productos, servicios, empresa o establecimiento de un tercero y;

### **2.2.2. Como se extingue un nombre comercial.**

El Derecho de uso del nombre comercial se extingue por las siguientes circunstancias.

- Cuando se clausura el establecimiento o se suspenden las actividades de la empresa por mas de seis meses.
- Cuando el titular solicita la cancelación del registro.
- Cuando se declara judicialmente la nulidad o anulabilidad de registro.

Por resolución judicial en el caso de nombres no registrados, si se discute el Derecho de uso exclusivo de un nombre determinado.

### **2.3. La marca.**

Guillermo Cabanellas nos dice que marca es la señal o signo distintivo que el fabricante pone a sus productos característicos de su industria, todo signo o medio material cualquiera que sea su forma, que sirva para señalar los productos de una industria y del trabajo con el objeto que el público los conozca y distinga sin que pueda confundirlos con otro de su misma especie. Son los signos visibles que distinguen productos o servicios de otros de su misma clase o especie en el mercado. Podrá ser usada por industriales, comercial o prestador de servicios. La ley regula en el Artículo 4 marca es cualquier signo denominativo, figurativo, tridimensional o mixto perceptible visualmente, que sea apto para distinguir los productos o servicios de una persona individual o jurídica de los de la otra. La naturaleza jurídica de la marca es un bien mueble, la propiedad de la marca solo se obtiene registrándola, y el derecho se prueba con el certificado que extiende el registro de propiedad intelectual, el registro de las marcas admite copropiedad y se rige con lo que hayan pactado los condueños, y de conformidad con el código civil. El Artículo 16 de la ley regula como pueden ser las marcas:

- Palabras o conjunto de palabras.
- Letras
- cifras
- Monogramas
- Figuras
- Retratos

- Etiquetas
- Escudos
- Estampados
- Viñetas
- Orlas
- Líneas y franjas
- Combinaciones y disposiciones de colores
- Toda combinación de los signos antes identificados
- Forma, presentación o acondicionamiento de los productos o de sus envases o envolturas o de los medios o locales de los expendios de los productos o servicios.
- Indicaciones geográficas de Guatemala o de otros estados siempre que no confundan al usuario o consumidor en cuanto al origen del servicio o producto designado.

### **2.3.1 Nombre comercial.**

Antecedentes:

En un comienzo todo fue el patronímico, pero la finalidad es identificar a la empresa, o al establecimiento, el Artículo 4 de la ley define al nombre comercial como signo denominativo o mixto, con el que se identifica a una empresa o

establecimiento mercantil o a una entidad si el termino entidad ha sido derivado del ente colectivo, como sinónimo de persona jurídica o persona colectiva.

Dos teorías explican la función del nombre comercial; la teoría subjetiva, y la teoría objetiva. Para la teoría subjetiva el nombre comercial identifica al sujeto comerciante ya sea individual o social. Y la teoría objetiva el nombre comercial identifica al sujeto comerciante ya sea individual o social. Y la teoría objetiva el nombre comercial identifica a la empresa o establecimiento. Nuestra legislación no se inclina por una en particular sino que adopta los dos.

### **2.3.2. Marcas inadmisibles.**

El Artículo 21 de la ley, establece marcas inadmisibles por derechos a terceros. No podrá ser registrado como marca ni como elemento de la misma un signo cuando ellos afecten algún derecho a tercero.

### **2.3.3. Prioridad de registro de marcas.**

En caso que dos o más personas presenten la solicitud para inscribir una marca en forma simultánea, goza de derecho de prelación quien haya presentado antes la solicitud según conste en el registro la fecha y la hora de presentación de dicha solicitud. Cuando la similitud de la marca verse también sobre el mismo producto prosperará cualquier oposición del interesado, pero si la similitud es solamente de marca y no de productos la oposición del interesado no prosperará, en el Artículo 29 de la ley se establecen las reglas para determinar si entre una marca y otra existe similitud, resolver el conflicto de intereses.

El propietario de una marca goza de este derecho por un plazo de diez años contados a partir de la fecha de su inscripción, dicho plazo puede renovarse por períodos iguales y debe solicitarse el último de los diez años de expiración, o bien pasados los seis meses de la expiración lo que se conoce como el plazo de gracia y dentro del cual el derecho sobre la marca sigue vigente.

#### **2.3.4. Obligaciones y derechos que devienen del registro de una marca.**

Al momento de registrar una marca la persona goza de protección al amparo de la ley, conforme el Artículo 35 de la ley que son los siguientes:

- Oponerse al registro de un signo idéntico o semejante.
- Accionar judicialmente para pretender que se prohíba el uso de un signo marcario,
- Idéntico semejante al que se tiene registrado, si existe riesgo de causar confusión
- Con respecto a sus productos y servicios.
- Gestionar en la vía administrativa la importación de productos cuya marca de lugar a confusión con sus productos designados por una marca que tiene registrada en Guatemala.
- Pretender el pago de daños y perjuicios que se le causen por el uso de signos similares a los que son de su propiedad.
- Denunciar delitos en contra de su propiedad marcaría.

- Solicitar providencias cautelares en resguardo de sus derechos.
- Demandar de las autoridades administrativas competentes protección de sus derechos marcaríos.
- Demandar judicialmente la cancelación o traspaso de un nombre de dominio de mala fe, si éste reproduce o imita un signo notoriamente conocido, si con ello se causa confusión o afecta la distinción que otorga la marca a la cual se semeja.
- Una de las obligaciones que el comerciante no puede dejar de observar es señalar el lugar de procedencia, que consiste en identificar el lugar en donde fue fabricado el producto.

### **2.3.5. Limitaciones que tiene el propietario de una marca.**

En el ejercicio de su derecho como propietario de marca se establecen las siguientes.

- No puede oponerse a que quien comercializa un producto o servicio escriba en éstos. Su nombre, dirección o los de sus establecimientos mercantiles.
- No puede evitar que el intermediario agregue a los productos o servicios que circulan al amparo de una marca, indicaciones o informaciones.

- Tampoco puede evitar que al producto o servicio se agreguen informaciones sobre disponibilidad utilización, aplicación, compatibilidad en particular con relación a piezas de recambio y accesorios. Esta limitación surte efectos siempre y cuando los agregados al producto o servicio se hagan de buena fe y no afecten la naturaleza de la marca.
- No puede prohibir a otro que el producto se comercialice en el país o en el extranjero, si ello es consecuencia de actos de comercio del titular de la marca o de otra persona que este económicamente vinculada a el siempre que su envase o embalaje no haya sufrido modificación, alteración o deterioro.
- No se puede registrar una marca como razón social o denominación de una sociedad mercantil una marca que pertenece a un tercero, si ello causa confusión, a menos que se cuente con el consentimiento del titular del signo marcario Artículo 39 de la ley.

El propietario de una marca puede autorizar a otra persona para que la utilice, y esta autorización puede devenir de un contrato de licencia de uso de marca, regulado en la ley en el Artículo 45, el cual debe constar por escrito, pero si es otorgado en idioma distinto al español, el documento deberá ser legalizado y contar con traducción jurada. La licencia para que surta efectos deberá ser inscrita en el registro, tal y como lo establece el Artículo 46 de la ley.

### **2.3.6. Marcas especiales.**

Doctrinariamente existe una clasificación de marca, dependiendo el punto de vista de que se trate, marca de fábrica, marca de comercio, marca de servicio. Según el origen del producto, puede ser que quien lo fabrique le permita a quien lo expende o lo vende le agregue lo que se conoce como marca de intermediación y no de producción.

Legalmente la ley permite la marca colectiva, marca de certificación y la marca notoria.

#### **2.3.6.1. Marca colectiva.**

La marca colectiva es aquella cuyo titular es una persona jurídica, que agrupa a personas autorizadas por el titular a usar la marca, según lo establece el Artículo 4 de la ley. Por ejemplo Leche dos pinos. Este tipo de marcas además de regirse por la ley se rige por un reglamento, al momento de inscribir la marca también se archiva este porque como es un ente colectivo el que la va a utilizar en dicho reglamento debe estipularse claramente que personas tienen el derecho de utilizarlo.

#### **2.3.6.2. Marca de certificación.**

De acuerdo con el Artículo 4 de la ley una marca de certificación es la que se aplica a productos o servicios cuyas características o calidad han sido

controladas y certificadas por el titular de las marcas. Podrá ser titular de una marca de certificación una entidad de derecho privado, o público, nacional regional o internacional, competente para realizar actividades de certificación.

### **2.3.6.3. Marca notoria.**

La legislación ha querido proteger de alguna forma los derechos de quienes utilizan signos y lo regula en el Artículo 4 como signo notoriamente conocido, y es cualquier signo que es conocido por el sector pertinente del público o en los círculos empresariales, como identificativo de determinados productos, servicios o establecimientos y que ha adquirido ese conocimiento por uso en el país o como consecuencia de la promoción del signo, cualquiera que sea la manera por la que haya sido conocido. Por ejemplo Coca cola siempre en la época navideña utilizan un oso blanco como signo distintivo notorio pero si la marca Coca cola si está registrada pero el oso no lo esta nuestra legislación le da protección por el uso.

### **2.3.6.4. Extinción del registro de la marca.**

El derecho sobre una marca se extingue por las causales enumeradas en los Artículos 62 al 67, de la ley siendo las siguientes: caducidad, cancelación voluntaria, cancelación por generización de la marca, cancelación por falta de uso, nulidad y anulación de la marca.

#### **2.3.6.5. Indicaciones geográficas y denominaciones de origen.**

Según el Artículo 4 regula es todo nombre geográfico, expresión, imagen o signo que designa o evoca un país o grupo de países, una región o lugar determinado. Esto no enumera cualidades ni calidades de los productos simplemente señala el lugar geográfico en donde se ha elaborado. Ejemplo made in Japón.

### **2.4. Invenciones, modelos de utilidad y diseños industriales**

En este titulo de la ley se regula todo lo relacionado con el ingenio del hombre aplicado a la industria, y para proteger todo lo que se ha inventado. El Artículo 4 de la ley define invención como toda creación humana que permita transformar la materia o la energía que existe en la naturaleza para su aprovechamiento por el hombre y satisfacer sus necesidades concretas.

#### **2.4.1. Las patentes.**

Se denomina patente al privilegio de explotar en forma exclusiva un invento o sus mejoras. Recibe también el nombre de patente el documento expedido por el Estado, en el que se reconoce y confiere tal derecho de exclusividad. El Artículo 4 denomina patente al título otorgado por el Estado que ampara el derecho del inventor o del titular con respecto a una invención cuyos efectos y alcances están determinados por esta ley.

La materia que no constituye invención son: los simples descubrimientos, las materias o las energías en la forma en que se encuentran en la naturaleza, los procedimientos biológicos tal y como ocurren en la naturaleza y que no supongan intervención humana, salvo los procedimientos microbiológicos, las teorías científicas y los métodos matemáticos, las creaciones puramente estéticas, las obras literarias, y artísticas, los planes, principios, reglas o métodos económicos de publicidad o de negocios y los referidos a actividades puramente mentales o intelectuales o a materia de juego y los programas de ordenador aisladamente considerados, esto según lo regula el Artículo 91 de la ley. El mismo cuerpo legal, en el Artículo 92 establece la materia excluida de patentabilidad y son los siguientes: Los métodos de diagnóstico, terapéuticos y quirúrgicos para el tratamiento de personas o animales, una invención cuya explotación sea contraria al orden público o a la moral solamente por razón de estar prohibida, limitada o condicionada por alguna disposición legal o administrativa, una invención cuya explotación comercial fuese necesario impedir para preservar la salud o la vida de las personas animales, plantas o el medio ambiente.

### **2.3.2 Modelos de utilidad.**

Los modelos de utilidad según lo establece el Artículo 4 de la ley es toda mejora o innovación en la forma, configuración o disposición de elementos de algún objeto, o de una parte del mismo que le proporcione algún efecto técnico, en su fabricación, funcionamiento, o uso. Para obtener el derecho sobre un modelo de utilidad es necesario solicitar y obtener patente de modelo de utilidad, tramitándolo ante el registro de propiedad intelectual. Dos presupuestos son

necesarios para que se pueda solicitar patente de modelo de utilidad y estos son: Que sea susceptible de aplicación industrial y que tenga novedad.

### **2.4.3. Diseños industriales.**

El diseño industrial es propiedad del diseñador, aunque acepta la copropiedad, no es necesario extender patente de invención, solamente se registra y el titular solamente recibirá un certificado de la operación registral. Ahora bien la ley en el Artículo 4 establece que el diseño industrial comprende tanto los dibujos como los modelos industriales. Los primeros deben entenderse como toda combinación de figuras, líneas o colores que se incorporen a un producto industrial o artesanal con fines de ornamentación y que le den una apariencia particular y propia; y los segundos como toda forma tridimensional, que sirva de tipo patrón para la fabricación de un producto tipo industrial, que le de un aspecto esencial y que no tenga fines y funciones técnicas.

## CAPÍTULO III

### **3. Medidas cautelares.**

#### **3.1. Concepto.**

Etimológicamente, la palabra medida, en la acepción que nos atañe, significa prevención, disposición; prevención a su vez, equivale a conjunto de precauciones y medidas tomadas para evitar un riesgo. En el campo jurídico, se entiende como tales a aquellas medidas que el legislador ha dictado con el objeto de que la parte vencedora no quede burlada en su derecho.

#### **3.2. Antecedentes históricos.**

En la antigua Roma no se conocían las medidas cautelares tal como se conocen en la actualidad, sin embargo, contaba con instituciones parecidas y que cumplían con similares objetivos a las de hoy en día.

La Pignoris Capio, era un acto que consistía en la toma por el acreedor, como garantía, de determinados bienes del deudor, con el objeto de comprometerlo al pago de su deuda. Constituía una de las formas en que se aplicaba la ley ejecutiva del procedimiento procesal de la legis acciones, consistente en la toma de un objeto, realizada por el acreedor de entre los bienes del deudor al mismo tiempo que pronunciaba determinadas palabras y sin ser necesario que interviniera un magistrado; tal derecho correspondía al soldado contra quien

debía entregar el dinero para adquirir su caballo o debía pagar el forraje o alimento del mismo, y en otros supuestos, en favor de los públicanos y del que hubiese entregado un animal para un sacrificio y no recibiese el precio. También constituía un medio de coacción de que gozaba el magistrado en virtud de su imperium para embargar bienes a quien desobedeciera sus mandatos. Con posterioridad, las legis acciones fueron reemplazadas por el procedimiento formulario, denominado de esa manera porque el magistrado redactaba un documento, en presencia y con la colaboración de las partes, en el cual se pactaban las pretensiones del actor y del demandado en el litigio y se indicaba al juez la cuestión a resolver otorgándole la iudicium o poder de juzgar, así le daba a éste poder para condenar al demandado en la suma que anteriormente debería haber entregado para liberar la prenda.

En el derecho romano, una vez entablada la litis con la contestación, el bien objeto del litigio, no podía ser enajenada, ni destruida, ni deteriorada, de manera que debería ser entregada al ganancioso en la forma en que se hallaba al iniciarse la contención. Aquí se puede encontrar un parecido con las medidas preventivas de la actualidad, particularmente con la prohibición de enajenar y gravar y secuestrar la cosa litigiosa.

En el derecho español las "Siete partidas", sancionadas por el Rey Alfonso El Sabio, es el antecedente más próximo, a las medidas cautelares, específicamente en la tercera, normas procesales en donde se establecía que si el demandado enajenaba el bien después del emplazamiento, la enajenación era nula, en consecuencia el comprador debía perder el dinero que había pagado por ésta, siempre y cuando hubiera tenido conocimiento previo de la demanda; es así que

si nos acercamos al secuestro de la cosa litigiosa, prohibiendo al demandado disponer de la cosa sobre la cual versa el litigio. Sobre la medida del arraigo dispusieron las leyes de toro y la novísima recopilación. El derecho español antiguo, era de general aplicación en Venezuela durante la colonia; y en tiempos de la gran Colombia regían las pragmáticas, órdenes, Decretos y ordenanzas de la corona española sancionadas hasta el 18 de marzo de 1808; las leyes de recopilación de indias, la nueva recopilación de Castilla y las siete partidas; disponían de manera expresa la ley del 13 de mayo de 1825, la cual reguló el procedimiento de tribunales y juzgados de la república; ésta ley tampoco previó de modo especial las medidas preventivas: las, dejó sujetas a la legislación española, salvo la disposición que preceptuaba que en las demandas ejecutivas podía apremiarse a los deudores con prisión, mientras no manifestaran bienes suficientes para cubrir el crédito, o dieran garantía suficiente para el pago, o hicieran cesión de bienes, que era como un arraigo. Ya Venezuela como república dictó en 1836 el primer código procesal, que contenía el título de las Incidencias; este título regulaba las excepciones dilatorias, recusación de funcionarios, competencia, secuestro judicial y arraigo, tercerías, cesión de bienes y de la espera y quita. Estas disposiciones fueron las bases para la futura legislación procesal sobre medidas preventivas. Exigían, para que se pudiera conceder la medida de secuestro y embargo judicial, que existiera, por lo menos, constancia de la deuda u obligación por medio de información sumaria la medida podía pedirse en cualquier momento de la causa y procedía:

- cuando había temor de que el demandado pudiera ocultar o desmejorar el dinero frutos o cosa mueble objeto de litigio o no tuviere responsabilidad 2º) en el caso de que el marido malgastara la dote u otros bienes de su mujer; 3º) cuando pedía el hijo desheredado por su padre o madre la parte

de los bienes que le toca; 4º) cuando se litigaba entre coherederos sobre la herencia; 5º) en el caso de que sea dudosa la posesión de la cosa litigiosa; 6º) aun si la posesión no fuere dudosa, reclamen la propiedad de ella dos o más personas con títulos igualmente auténticos; y 7º) cuando la sentencia definitiva contra el poseedor de la cosa litigiosa fuere apelada por éste y no diere fianza para responder de la misma cosa y sus frutos, aunque sea inmueble. En cuanto al arraigo, podía pedirse cuando se temiera la ausencia o fuga del demandado y consistía en la obligación de éste de presentar bienes propios o una fianza por el valor de la cosa demandada, hipotecándolos para responder de las resultas del pleito, bajo pena de prisión; pero el demandado podía a su vez, pedir que el actor afianzara las resultas del juicio, siempre que fundadamente se temiera su ausencia fuera de la república.

Establecía el código de Aranda el derecho del demandado a que no se acordara el secuestro ni el arraigo o que se suspendieran, de haber sido acordados, mediante la prestación de fianza a satisfacción del actor.

El código de 1873, modificó en materia de las medidas preventivas de aseguramiento, que son las de secuestro judicial y arraigo: tituló la sección: del secuestro judicial, arraigo y afianzamiento y agregó que el secuestro o embargo judicial se podía pedir no solo en cualquier estado de la causa, sino antes o después de la litis contestación y, que constara el derecho aunque sea por declaración de testigos.

En la enumeración de los casos en que procedía esta medida se hicieron también modificaciones, como son: cuando sea un transeúnte; o bien, si el demandado lo fuera por la cosa raíz que está gozando sin haber pagado el precio o se fueren a secuestrar bienes determinados, si estos han desaparecido o no se encontraren, en cuyo caso el secuestro se practicaría en bienes equivalentes del demandado. El código del 73 fue derogado por el de 1897, el cual cambió la denominación del título sobre la materia, así: de las incidencias sobre medidas precautelativas y otras, y de la tercería., las excepciones dilatorias, que había dejado en el título de las incidencias el legislador del 73 e introdujo el calificativo de precautelativas y quedó expresa la intención de no considerar como incidencia la tercería. Al modificar el código del 97 la materia del secuestro y embargo judicial, introdujo la medida denominada prohibición de enajenar. El código de 1916, trae el nombre de: Incidencias sobre las medidas preventivas y otras y de la tercería. Como se ve la modificación consiste en sustituir la palabra precautelativa por preventiva; pero a la prohibición de enajenar agregó y gravar bienes inmuebles y el embargo de bienes muebles. Además el fundamento para pedir o solicitar las medidas preventivas también sufrió cambio importante; exige este código que se acompañe un medio de prueba que constituya a lo menos presunción grave del derecho que se reclame; de este modo el *fumus bonijuris* o sea la presunción fundada de existir el derecho se ha considerado suficiente: no se exige ya la constancia del derecho. El arraigo fue suprimido.

### **3.2.1 Naturaleza de las medidas cautelares.**

Las providencias cautelares se diferencian de la acción preventiva definitiva en la permanencia de sus efectos, pues éstos son provisionales y depende la medida en su existencia de un acto judicial posterior, al del cual se dicta.

Calamandrei en su obra *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*, que es la sistematización más completa sobre la materia.

No estriba ese criterio expresa en el aspecto subjetivo, porque no existe una cautelar función confiada a órganos especiales que permita derivar su naturaleza jurídica del sujeto, ni tampoco en el criterio formal porque no hay una forma peculiar en ellas por la cual se les pueda distinguir exteriormente de las otras providencias del juez: la forma de la sentencia que decreta un secuestro es igual a cualquier otra sentencia. Podría creerse también que el único criterio del que se puede esperar una verdadera diferenciación sea el sustancial, que hace relación al contenido de la providencia, o sea, a sus efectos jurídicos, pero la insuficiencia de éste se observa a primera vista precisamente en que sus efectos no son cualitativamente diversos de los que son propios a las otras providencias de cognición o de ejecución: efectos meramente declarativos o constitutivos, o bien ejecutivos, pero no diversos a los de aquéllas. El criterio diferenciador de las medidas cautelares no es homogéneo con el criterio que diferencia las de cognición con las de ejecución. Podríamos decir que están situados en distintas dimensiones, que pueden seccionarse y combinarse entre sí, pero no fundirse en una clasificación única, de suerte que de la combinación de ambos efectos dichos no nace la providencia cautelar declarativo ejecutiva como providencia única de las cautelares, ni mucho menos un resumen que pueda catalogarse como *tertium genus* frente a los otros tipos de tutela jurídica.

El criterio diferenciador de las medidas cautelares, es contrario, pero no contradictorio, al criterio que separa las ejecutivas de las declarativas; está en orden lógico ajeno y extraño al de éstas. Es por eso que pueden adjetivarse

como de cognición o de ejecución, o, preponderando estos efectos, declarativos cautelares o ejecutivos cautelares. En este sentido podemos hablar de autonomía de las medidas cautelares porque no son dependientes en su esencia según lo antes explicado ni del proceso de cognición ni del proceso de ejecución.

¿Cuál sería entonces el criterio diferenciador? Calamandrei piensa que a las medidas cautelares no se les puede negar una peculiar fisonomía procesal, que permite colocarlas en la sistemática del proceso como categorías por sí mismas, determinables a base de criterios que no las transforman de procesales en materiales. Su definición ha de buscarse más que sobre la base de un criterio ontológico, en un criterio ideológico: no en la cualidad de sus efectos, sino en el fin, al que sus efectos están preordenados. Y concluye su razonamiento diciendo que la característica procesal de las providencias cautelares es su instrumentalidad, en el sentido que ellas no son nunca fines en sí mismas ni pueden aspirar a convertirse en definitivas; también en el sentido de ayuda y auxilio a la providencia principal, al igual si se me permite proponer un ejemplo, un auxiliar de cocinero que prepara todos los condimentos y todas los utensilios, para así facilitarle el trabajo al cocinero titular. La providencia cautelar interviene el asunto, a la espera que definitivamente lo intervenga la providencia subsiguiente. Y por eso la medida cautelar encierra dos elementos, precaución y anticipación, aun cuando ya el primero de ellos entraña la significación del segundo. En mi criterio el concepto de instrumentalidad de Calamandrei puede definirse: que la medida cautelar es el Derecho que tiene la persona que se siente vulnerada en sus derechos a accionar el órgano jurisdiccional para preparar el camino hacia un futuro proceso, y garantizar las resultados del mismo, en la hipótesis de que se de un juicio principal futuro.

Son tres los elementos que conforman la definición de la providencia cautelar: primero, anticipa la realización de un efecto que puede o no ser repetido con mayor o menor intensidad por un acto posterior; segundo, satisface la necesidad urgente de hacer cesar un peligro causado por el inevitable retardo en la administración de justicia y tercero, sus efectos están preordenados y atendidos a lo que resuelva la providencia de mérito subsiguiente.

Para la doctrina, el proceso cautelar sirve de forma inmediata a la composición procesal de la litis pues su finalidad es la garantía del desarrollo o resultado de otro proceso del cual saldrá la composición definitiva.

Calamandrei sostiene que es una anticipación provisoria de los efectos de la garantía jurisdiccional, vista su preordenación.

Para Couture, la finalidad de las medidas cautelares es la de restablecer la significación económica del litigio con el objeto de asegurar la eficacia de la sentencia y cumplir con un orden preventivo: evitar la especulación con la malicia.

Guasp afirma que su finalidad es que no se disipe la eficacia de una eventual resolución judicial.

Podetti indica que las medidas cautelares son actos procesales del órgano jurisdiccional adoptados en el curso de un proceso de cualquier tipo o previamente a él, a pedido de interesados o de oficio, para asegurar bienes o pruebas, o mantener situaciones de hecho, o para seguridad de personas, o satisfacción de necesidades urgentes; como un anticipo, que puede o no ser definitivo, de la garantía jurisdiccional de la defensa de la persona o de los bienes y para hacer eficaces las sentencia de los jueces.

Kisch, citado por Bremberg, dice que el objeto es impedir que la soberanía del estado, en su más alto significado, que es el de la justicia, se reduzca a ser una tardía e inútil expresión verbal.

### **3.2.2. Ámbito de las medidas cautelares.**

Es imposible delimitar en este estudio el ámbito de aplicación de las providencias cautelares, porque ello supone encuadrar cada uno de los tipos legales en su carácter cautelar, creo que escribir sobre este tema es importante para conseguir, como principal propósito, mayor claridad del concepto y su aplicación, dentro del ordenamiento jurídico procesal.

Creo que este tema adquiere singular importancia en nuestro país, desde que no existiendo todavía un estudio amplio y sistemático sobre la materia, hay aún la idea de tomar como únicas medidas cautelares las que presentan sólo un efecto

ejecutivo, es decir, las que aseguran la ejecución forzosa; negándole su función indubitadamente cautelar.

Como hemos dicho anteriormente sobre la naturaleza jurídica, Calamandrei ha demostrado la de su esencia de los efectos indistintamente cognoscitivos o ejecutivos de sus actos; por lo tanto no es el criterio sustancial el diferenciador de su peculiar autonomía procesal, sino por el contrario, el fin al cual están preordenadas. Resulta necesario ratificar, su autonomía respecto a los procesos ejecutivo y declarativo, y la enseñanza chiovendiana de que la actuación de la ley en el proceso puede asumir tres formas: cognición, conservación y ejecución.

### **3.2.3. Embargo por alimentos.**

La vinculación de bienes al cumplimiento de las obligaciones alimentistas en contra del deudor, que establece el Artículo 214 no constituye para mi criterio medida cautelar, porque su función es eminentemente satisfactoria de una obligación cierta, pues el derecho alimentario que se reclama aun cuando la sentencia no haya arrojado certeza oficial sobre la existencia de la obligación alimentaría. El legislador ha preferido correr el riesgo que mientras dure el proceso se haga un pago indebido por orden judicial; lo cual ocurre si al momento de dictar sentencia resulta que el demandado no está obligado a pagar alimentos otorgando de inmediato la manutención necesaria a los menores, pero nuestro código procesal civil y mercantil Decreto número 107 la establece como una medida precautoria.

El Artículo citado prevé medidas de aseguramiento supeditadas a las necesidades futuras de la ejecución ya actualizada, que pignoran los bienes del obligado, ateniéndolos al cumplimiento de las obligaciones alimentaria de tracto sucesivo, de modo de recabar bienes para pensiones a vencerse y asegurar su entrega periódica al beneficiario. Estas medidas sí son de naturaleza cautelar, porque no implican una satisfacción patrimonial definitiva del derecho alimentario; el carácter hipotético de su instrumentalidad consiste, no en la incertidumbre del derecho reclamado, sino en la incertidumbre de la necesidad de afectar nuevos bienes.

#### **3.2.4. Características.**

Rasgos característicos que contribuyen aún más a su definición y a obtener un concepto nítido y concreto de ellas. La instrumentalidad, antes mencionada de las medidas cautelares; no obstante, la provisoriedad, judicialidad y variabilidad, que, son propiedades de la medida cautelar que devienen directamente de su relación con la providencia definitiva, consecuencias y manifestaciones lógicas de la instrumentalidad.

La doctrina no ha llegado a ponerse de acuerdo sobre cuáles son las denominaciones de las características propias a las medidas cautelares. He concatenado su enumeración en la doctrina estudiada, para encontrar el orden y poder exponerlas.

Provisoria: las providencias cautelares están a la espera de que otra providencia posterior evite un peligro de ahí su característica de provisoriedad.

El aguardar la realización de un acto procesal ulterior deduciendo que el término aguardar comprende una espera no permanente. La provisoriedad de las medidas cautelares es aspecto y consecuencia de una relación que tiene lugar entre los efectos de la providencia antecedente (cautelar) y la subsiguiente (definitiva), es decir, la provisoriedad está en íntima relación y es una consecuencia necesaria de la instrumentalidad o subsidiariedad. En virtud de ésta la providencia cautelar suple un efecto a la providencia definitiva, y en virtud de aquélla está a la espera de que ese efecto sea sustituido por otro efecto determinado de carácter permanente.

Calamandrei ha aclarado, la diferencia exacta entre lo provisorio y lo temporal: temporal es lo que no perdura y su término de duración es incierto, es un lapso finito, e incierto; lo provisorio también implica un lapso finito, pero es sabido de antemano cuánto va a durar. Por eso, es errado el vocablo temporalidad para significar lo provisorio.

**Judicialidad:** Necesariamente las medidas cautelares están sujetas a un juicio posterior, tienen conexión vital con el proceso judicial pues aguardan una providencia principal, que están referidas a un juicio. Esta característica permite también distinguir las medidas cautelares de los derechos cautelares.

**Variabilidad:** Las medidas cautelares se encuentran comprendidas dentro del grupo de providencias con la cláusula *rebus sic stantibus*, según la cual, aun estando ejecutoriadas, pueden ser modificadas en la medida que cambie el estado de las cosas para el cual se dictaron. Dependen de la mutabilidad o inmutabilidad de la situación de hecho que les dio origen. Si cambian las

exigencias del proceso principal en orden a las cuales el juez acordó la medida cautelar, no debe impedirse una reconsideración de la necesidad de su vigencia. De esto se sigue que produzca una cosa juzgada meramente formal; es decir, aquella que, conservando los caracteres de inimpugnabilidad y coercibilidad eventual, es, sin embargo modificable. Peligro de pérdida o desvalorización o si los gastos de depósito no guardan relación con su valor.

La variación más radical es la revocación, que puede suceder en tres casos: a) la revocabilidad automática a que están sujetas al actualizarse la providencia principal que obvia los motivos por los que se le dio origen, sea porque interviene definitivamente lo mediado provisoriamente por ella verbigracia interdicción provisional o bien, porque al desestimar la pretensión del actor declara la innecesidad de asegurar un derecho inexistente;

Cuando permitiendo la ley dirimir previamente las causas, existencia y efectos de la providencia en sede cautelar, independientemente de la justicia intrínseca del derecho reclamado en lo principal, resulta adecuado revocarla; esto sucede en el procedimiento de medidas preventivas típicas, donde el legislador ha establecido una fase plenaria posterior a la ejecución que culmina con la confirmación o información, del derecho primitivo que la acordó, independientemente de lo que decida en lo futuro la sentencia definitiva del juicio principal; c) al ser revocada por el juez que admite la medida de contra cautela, es la garantía exigida procesalmente a quien solicita una medida cautelar, respecto a los daños y perjuicios que puedan resultar de esta medida.

Urgencia: La urgencia es la garantía de eficacia de las providencias, es un medio efectivo y rápido que interviene en una situación de hecho, es cuidadosamente suplida por las medidas cautelares. Ellas representan una conciliación entre las dos exigencias, entre hacer las cosas pronto pero mal y hacerlas bien pero tarde, las providencias cautelares tienden, a hacerlas pronto, dejando el problema de bien y mal, en manos de la justicia. Con la necesaria, aprobación, en las holgadas formas del proceso ordinario. El uso impulsiva de las medidas cautelares viene a ser el peligro en el retardo de la administración de justicia, originado ese aplazo en la indudable imparcialidad que deben cumplir los trámites procesales hasta la satisfacción de la pretensión de la parte.

La urgencia presenta dos manifestaciones distintas. Una es la simplicidad de formas o trámites para lograr la rapidez en el tiempo y la superficialidad en el conocimiento, antes de la materia de fondo, es decir, del derecho reclamado en sede principal, antes de proceder a la ejecución. Basta que haya indicio de peligro y de justicia en la pretensión del solicitante, para que el Juez actúe suplicantemente, a la manera de un vigilante que, cuando observa una sombra sospechosa en la maleza y dispara primero y averigua después.

De derecho estricto: las normas cautelares son, de interpretación restringida, por cuanto tienden a limitar o prohibir de una u otra forma, según su especie, las garantías personales individuales, sociales, económicas y políticas que prevé la constitución política de la república de Guatemala. Que tiene como fundamento un juicio conjetural basado en presunciones de un ser humano. Si bien el principio in dubio pro reo y de plenitud de la prueba para la estimación de la

demanda es justificado en el juicio definitivo de cosa juzgada, no ocurre así en el que tiene carácter provisional revocable.

Pero, precisamente, la insuficiencia de la prueba y la falta del contradictorio en conocimiento sumario inicial de la jurisdicción preventiva, deben mitigar la actuación judicial sin desmedrar la eficacia de administración de justicia. Las medidas preventivas son de derecho singular y como tales de interpretación restringida y su aplicación no puede alcanzar por analogía, a caso alguno que no se encuentre expresamente previsto por las disposiciones legales que las sanciona.

Esta nota característica de las medidas cautelares reside ahora fundamentalmente en el poder jurisdiccional del juez a los fines de la prudente determinación de lo equitativo en las providencias que tengan por objeto hacer cesar la continuidad de la lesión. Cuando la ley dice: 'el juez o tribunal puede o podrá', se entiende que lo autoriza para obrar según su prudente arbitrio, consultando lo más equitativo o racional, en obsequio de la justicia y de la imparcialidad.

La jurisdicción de discrecionalidad, propiamente llamada jurisdicción de equidad tiene por objeto la razón de justicia del caso concreto, la solución satisfactoria, también en sede cautelar provisional, que sea legítimo el acto que se reclama. La limitación al derecho de propiedad o a cualquier otro derecho subjetivo, aun de rango constitucional, nunca será razón de peso para impedir que se adopten judicialmente, con la fundamentación probatoria necesaria, las medidas conducentes a lograr la eficacia de la administración de justicia, entendiéndose

siempre que la sensatez exigida por el legislador apunta fundamentalmente a la proporcionalidad que debe haber entre la solución equitativa, aunque sea provisional, y el medio utilizado o la restricción de un derecho.

### **3.2. Clasificaciones.**

En la doctrina procesal existen dos grandes grupos de clasificación. Unos limitan las medidas cautelares a las providencias que actúan una función jurisdiccional eminentemente ejecutiva; otros, en cambio, engloban todas las providencias con fines preventivos, independientemente de la función declarativa, ejecutiva o constitutiva.

La clasificación de Gutiérrez Cabiedes la cual tiene importancia práctica para discernir el tipo de ejecución que amerita la medida precautelativa: desde un punto de vista teórico según este autor se pueden clasificar las medidas cautelares atendiendo a que la obligación sea; de dar cosa genérica (dinero); De dar cosa específica: mueble, inmueble; de hacer; de no hacer.

Para garantizar el cumplimiento de una obligación de dar una suma de dinero, el procedimiento de ejecución es el más costoso, pues es necesario sacar a remate los bienes apresados, a menos que lo embargado sea una suma de dinero. Cuando se trata de dar una cosa específica, el mandamiento de ejecución consiste en entregar la cosa a quien tiene derecho sobre ella. La prevención en las obligaciones de hacer o no hacer puede revestir un doble carácter, según se pretenda evitar la magnificación del daño.

Cotoure las clasifica en seis tipos: a) nacidas de puro conocimiento, que no tienen ni suponen ninguna coerción; su objeto tan sólo es declarativo, como sería ejemplo las diligencias preparatorias a la demanda, es decir, las pruebas preconstituidas; b) medidas de conocimiento sumario, con comienzo de ejecución provisional: son las que se dictan en aquellos casos en los cuales existe un riesgo previsible. Cita como ejemplos el depósito de la cosa mueble, embargo del inmueble, interdicción del deudor, administración judicial de la comunidad social; c) medidas de tutela de la propiedad o del crédito probada prima facie la propiedad, prenda, hipoteca, calidad de heredero, se dictan simplemente a requerimiento del titular, aun cuando según dice no exista riesgo, como consecuencia del derecho real o de crédito da como ejemplos el embargo, el secuestro, la interdicción; d) medidas de ejecución anticipada, cual es el embargo ejecutivo, seguido de una etapa de conocimiento.

Su carácter cautelar reside en que es una forma preventiva de colación, supeditada a lo que decida la sentencia; -c) medidas cautelares negativas, que son las que persiguen impedir la modificación del estado de cosas existente para evitar el daño que implica la modificación: no anticipan la ejecución de un acto sino la prohibición de ejecutarlo. Ejemplos, prohibición de innovar, prevención en las acciones de obra nueva; f) medidas de contra cautela: ofrecen la peculiaridad de que son las únicas decretables en favor del deudor, y no del acreedor; este concepto no encuadra dentro de nuestro ordenamiento procesal porque las medidas de contra cautela en el procedimiento de medidas preventivas se otorgan tanto en favor del demandante como del demandado.

La división que hace Alsina consta de cuatro grupos; a saber: a) las que tienen por objeto la conservación de una prueba a los efectos del juicio ordinario, por ejemplo la prueba anticipada, cuando se crea que hay peligro que la persona vaya a ausentarse, o sea un enfermo grave.

Son las medidas de conocimiento de que habla Couture; b) las que tienden a asegurar el resultado de la ejecución forzosa verbigracia el embargo preventivo, inhibición o prohibición general de enajenar y gravar, anotación registro de la litis, intervención judicial nombramiento de depositario judicial o interventor c) comprende aquellas de las que, en su ausencia, pudiera resultar un daño irreparable: separación de los cónyuges, alimentos provisorios, prohibición de innovar. La prohibición de innovar nace del derecho romano que establecía la indisponibilidad de la cosa litigiosa, no pudiendo enajenarse, destruirse o deteriorarla. La definición en este grupo es eficiente aunque en realidad no es otra que la del peligro en el retardo, característica de las medidas cautelares en general; d) la garantía que se exige para obtener la ejecución provisoria de un acto, incluso de las medidas precautorias, como es el caso de fianza para decretar el embargo.

El autor Goldschmich comprende cuatro especies: 1- el embargo preventivo que tiende al aseguramiento de la ejecución forzosa de créditos en metálico o susceptible de ser reducidos a metálico, que hace hacer un derecho según expresa de garantía pignoratíca pero no con fines de pago inmediato, sino de aseguramiento, pudiendo convertirse en embargo definitivo susceptible de ejecución. 2-, las medidas provisionales que tienden a asegurar la ejecución futura de cualquier exhibición o devolución de cosas, cesión de inmuebles,

constitución de hipoteca, entrega de menor. 3- medidas provisionales protectoras de la paz, mediante la regulación provisional de una situación de hecho, que de no regularse tendría consecuencias irreparables, como es el caso de posesión, protección de bienes en interdictos, uso de servidumbres, retención, separación provisional de los cónyuges en divorcio 4-, las medidas provisionales que tienden a satisfacer necesidades primarias, mediante una condena provisional a prestaciones periódicas o por una sola vez, y comprende los casos de alimentos, litisexpensas, gastos de atención médica.

Podetti al comentar el código mendocino acogió una clasificación tripartita: medidas que tienden al aseguramiento de la ejecución forzosa; medidas que persiguen el mantenimiento de un estado de cosas o la seguridad e integridad de un bien, en tanto se esclarezcan los derechos de los interesados; y, medidas que tienden a satisfacer necesidades primordiales o preservar de daño a la persona o a los bienes. En la actualidad el autor ha alterado su división anterior, proponiendo la siguiente: podemos ahora formular una sistematización sobre la base del objeto de las medidas cautelares materia finalidad, en tres géneros, dos de los cuales comprenden dos especies: 1º) medidas para asegurar bienes, a) para asegurar la ejecución forzosa, y b) para mantener un estado de cosas o meramente asegurativas; 2º) medidas para asegurar elementos de prueba; 3º) medidas para asegurar personas, a) guarda provisoria de personas, y b) satisfacción de sus necesidades urgentes.

Esta clasificación tiene significativa importancia práctica para los efectos de realizar una sistematización legislativa. La clasificación de Calamandrei, que a continuación veremos, tiene, por el contrario, una significación doctrinaria, en la

medida que se refiere a los medios que se utilizan para la cautela y que son el nudo conocimiento, decisión y ejecución.

Calamandrei en su citada obra Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares, que además es finalista como necesariamente ha de ser toda clasificación de las medidas cautelares, comprende cuatro grupos que encierran en mayor o menor medida los citados anteriormente. El autor hace hincapié en ratificar en cada uno de ellos la relación de instrumentalidad hipotética o genérica que presentan con la providencia principal.

En mi criterio de acuerdo al estudio realizado a) El primer grupo es el de las providencias instructorias anticipadas, con las cuales, en perspectiva de un posible futuro proceso de cognición, se trata de fijar y conservar ciertas resultas probatorias, positivas o negativas que podrán ser utilizadas después en el eventual proceso y en el momento oportuno. Verbigracia los caso del reconocimiento judicial pre-constituido, presentan dos características: preservación de una prueba y relación directa al juicio de conocimiento, tal y como lo indica el código procesal civil y mercantil del Artículo 98 al 105.

Pero el ejemplo más notable de este tipo de medidas viene a ser en nuestro ordenamiento jurídico la realización anticipada de una prueba cuando haya temor de que desaparezcan algunos medios de defensa del demandante cuyo diligenciamiento debe hacerse mediante la citación previa de la parte contra quien se va a hacer valer esa prueba en el futuro juicio.

El segundo grupo comprende las providencias que sirven para facilitar el resultado práctico de una futura ejecución forzosa, impidiendo la dispersión de los bienes que pueden ser objeto de la misma. Casos típicos son nuestras medidas preventivas.

El juicio ordinario, tiene su comienzo en la demanda admitida y su final en el remate con la respectiva adjudicación y satisfacción plena.

Dentro de él separamos dos fases completamente diferentes:

Las de conocimiento y las de ejecución que comienza a partir de la sentencia definitivamente firme. Pues bien, las providencias anticipadas del primer grupo aseguran la eficacia de la fase de conocimiento; en cambio, estas otras aseguran la eficacia de la fase ejecutiva. Permiten, que se dicte sentencia ajustada a la verdad y que su dispositivo de condena sea cumplido. Esta medida es regulada en los Artículos 301, 302 y 527 del código procesal civil y mercantil.

Constituyen el tercer grupo las providencias mediante las cuales se dirime interinamente una relación controvertida en espera que a través del proceso principal posterior se perfeccione la decisión definitivamente. Como toda providencia cautelar halla su razón de ser en la urgencia de la decisión ante el peligro de daño que acarrea el retardo, daño referido más a la persona misma que a sus bienes.

Un ejemplo son los interdictos de amparo, posesión o de tenencia, Su mayor peculiaridad consiste en que satisface provisionalmente el derecho subjetivo de fondo, cosa que no sucede en los otros tipos de medidas cautelares. La diferencia entre las providencias cautelares de este tercer grupo y la tutela cautelar definitiva de que hablamos anteriormente consiste en la relación de provisoriedad. Ambas son satisfactorias de la relación jurídico-material, sólo que las primeras nunca pueden aspirar a convertirse en definitivas.

Como cuarto grupo las providencias de finalidad puramente cautelar, que consiste en la imposición por parte del juez de una caución; la prestación de la cual se ordena al interesado como condición para obtener una ulterior providencia judicial. Por ejemplo la contra garantía, en la cual el demandado tiene derecho a constituir garantía suficiente a juicio del juez, que cubra la demanda, intereses y costas, para evitar la medida precautoria y para obtener su inmediato levantamiento. La petición se tramitará en forma de incidente. La garantía podrá consistir en hipoteca, prenda o fianza y una vez formalizada la garantía, la medida precautoria se levantará. Artículo 533 código procesal civil y mercantil.

Efectos de la medida preventiva.

Las medidas preventivas tienen por igual el efecto de suspender el derecho a disponer la cosa, y que incluso el embargo suspendía los tres atributos del derecho de propiedad, aun cuando no significaba que quitara el derecho de propiedad, al sujeto pasivo. Pero, qué efectos produce en cuanto al solicitante de la medida, En el ejercicio de la providencia cautelar, de haber acogido el juez la

solicitud de medida y haberla decretado y ejecutado, previo un juicio de apreciación.

Esta es una relación finalista, como lo es el contenido de medida cautelar, porque el propósito de pagar al sujeto con los bienes o rescatar la cosa, y el fin a que ellos están preordenados de solventar su pretensión, coinciden desde el inicio y se actualizan simultáneamente en la futura ejecución, siempre con la inmediación del juez.

Y esto sucede por el derecho a accionar la tutela jurídica preventiva del estado, acorde con la función conservativa de la actividad procesal, y basada en el reconocimiento que da la ley a la medida cautelar. La ejecución de una medida preventiva, supone la satisfacción del derecho preventivo del interesado; se le ha satisfecho su interés de asegurar una determinada situación, independientemente de la futura y eventual satisfacción efectiva de su derecho material. La medida preventiva no supone el uso, disfrute, disposición o posesión de los bienes, sino tan sólo la afección exclusiva de esos bienes al pago futuro, que de por sí es una prerrogativa única para el solicitante, de la que no gozan los otros acreedores del deudor. Dichos bienes dejan de ser la prenda común de los acreedores, para convertirse en la prenda específica del acreedor-prevenido.

### **3.3. Medidas cautelares en la legislación guatemalteca.**

En el libro quinto, capítulo II se regulan las medidas de garantía que la persona que se sienta amenazada en sus derechos puede interponer ante los órganos jurisdiccionales, en el Artículo 523 regula el arraigo, cuando hubiere temor de que se ausente u oculte la persona contra quien deba entablarse o se haya entablado una demanda, podrá el interesado pedir que se le arraigue en el lugar en que deba seguirse un proceso.

El arraigo de los que estén bajo patria potestad, tutela o guarda o al cuidado de otra persona, solicitado por sus representantes legales, se decretarán sin necesidad de garantía, siendo competente cualquier juez, y producirá como único efecto, mantener la situación legal en que se encuentre el menor o incapaz.

Esta medida consiste en que el demandado no podrá ausentarse del lugar donde se este llevando acabo el proceso o se vaya a realizar el mismo, sin dejar apoderado que haya aceptado expresamente el mandato con facultades suficientes para la prosecución y fenecimiento del proceso. El juez de oficio y en forma inmediata, comunicará el arraigo a las autoridades de migración y de policía así como a las dependencias que estime convenientes, para impedir la fuga del arraigado. En igual forma se comunicará el levantamiento del arraigo.

En el Artículo 526 del mismo cuerpo legal se regula la medida cautelar de anotación de demanda que consiste en pedir la anotación de demanda sobre los

bienes sujetos a registro tanto inmuebles como muebles, una vez efectuada la anotación no afectara al solicitante cualquier enajenación o gravamen que el demandado hiciere sobre los mencionados bienes.

Otra medida precautoria la encontramos regulada en el Artículo 527 del código procesal civil y mercantil, podrá decretarse precautoriamente el embargo de bienes que alcancen a cubrir el valor de lo demandado, intereses y costas del proceso.

La intervención es otra medida de garantía que encontramos regulada en el Artículo 529 del mismo código que consiste en que cuando las medidas recaigan sobre establecimientos o propiedades de naturaleza comercial, industrial o agrícola podrá decretarse la intervención. El auto que disponga la intervención fijará las facultades del interventor, las que se limitarán estrictamente a lo indispensable para asegurar el derecho del acreedor o del condueño en perjuicio de los demás.

En todo caso fuera de los casos regulados quien tenga fundado motivo para temer durante el tiempo necesario para hacer valer su derecho a través de los procesos instituidos en este código, se halle tal derecho amenazado por un perjuicio eminentemente e irreparable, puede pedir por escrito al juez las providencias de urgencia que según las circunstancias, parezcan más idóneas, para asegurar provisionalmente los efectos sobre la decisión de fondo.

Las providencias antes mencionadas no serán ejecutadas si el interesado no presta la garantía suficiente a juicio del juez que conozca del asunto, por

consiguiente son a su cargo las costas, los daños y perjuicios que se causen. Esta garantía cuando sea de valor determinado no será menor del diez por ciento y no será mayor del veinte por ciento, y cuando fuere de valor indeterminado el juez fijará el monto de la misma, según sea la importancia del litigio. Según el Artículo 531 del código procesal civil y mercantil para el efecto de la fijación de la garantía el que solicite una medida precautoria está obligado a:

- A determinar con claridad y precisión lo que va a exigir del demandado.
- A fijar la cuantía de la acción, si fuere el caso.
- A indicar el título de ella.

No será necesaria tal garantía cuando la medida cautelar se solicite al interponer la demanda, y no antes, ni será necesaria en el caso de arraigo, anotación de demanda e intervención judicial, ni cuando en la demanda se solicite el embargo o secuestro de bienes si la ley autoriza específicamente esa medida en relación al bien discutido, o si la demanda se funda en prueba documental que a juicio del juez autorice dictar la providencia precautoria. Según lo regula el Artículo 532 del mismo cuerpo legal, sin embargo en los casos de anotación de demanda, intervención judicial, embargo o secuestro, que no se originen de un proceso de ejecución el demandado tiene derecho a pedir que el actor preste garantía suficiente juicio del juez para cubrir los daños y perjuicios que se le irroguen si fuere absuelto. Si la garantía no se presta en monto y termino señalado por el juez la medida precautoria se levantará. El término para constituir la garantía no sea menor de 5 días.

La contra garantía es otra figura de las medidas precautorias y que consiste que el demandado tiene derecho a constituir garantía suficiente a juicio del juez, que

cubra la demanda, intereses y costas, para evitar la medida precautoria y para obtener su inmediato levantamiento. La petición se tramitará como incidente, dicha garantía podrá consistir en hipoteca, prenda o fianza; y una vez formalizada la garantía la medida precautoria se levantará. La contra garantía no podrá prestarse en caso de medida cautelar de arraigo. Esto lo encontramos regulado en el Artículo 533 del mismo cuerpo legal.

Las providencias precautorias se dictarán sin oír a la parte contra la quien se pidan y surtirán todos sus efectos, no obstante cualquier incidente, excepción o recurso que contra ellos se haga valer, mientras no sean revocadas o modificadas. Ejecutada la providencia precautoria, el que la pidió deberá entablar su demanda dentro de 15 días, si el proceso hubiere de seguirse en el lugar en que aquella se dictó. Si debiere seguirse en otro lugar, el juez tomará en cuenta el término de la distancia. Si el actor no cumple con lo anterior la providencia precautoria se revocará al pedirlo el demandado, previo incidente. Artículos 534 y 535 CPCYM.

El que obtenga la providencia precautoria queda obligado a pagar las costas y los daños y los perjuicios:

- Si no entabla la demanda dentro del término legal
- Si la providencia fuere revocada.
- Si se declara improcedente la demanda.



## CAPÍTULO IV

### **4. Medidas en frontera.**

#### **4.1. Obligación de proporcionar a los titulares de los derechos la asistencia de la administración de aduanas.**

En la parte del acuerdo sobre los ADPIC relativa a la observancia, se hace hincapié en los mecanismos internos de observancia que, si son eficaces, permitirán detener la actividad infractora en el origen: el punto de producción. Cuando esto resulte posible, será un medio de hacer observar los DPI más eficaz y con menor probabilidad de dar lugar a riesgos de discriminación contra las importaciones que las medidas especiales en frontera. No obstante, el acuerdo reconoce que esa observancia en el origen no siempre es posible y que, en todo caso, no todos los países son miembros del acuerdo sobre los ADPIC. Por consiguiente, el acuerdo reconoce también la importancia de los procedimientos de observancia en frontera, que permitirán a los titulares de los derechos obtener la cooperación de las administraciones de aduanas con objeto de impedir el despacho de las mercancías infractoras para libre circulación. Las prescripciones especiales relacionadas con las medidas en frontera figuran en la sección 4 de la parte del Acuerdo relativa a la observancia, Por lo menos de, las mercancías de marca de fábrica o de comercio falsificadas y las mercancías piratas que lesionan el derecho de autor.

De conformidad con el Artículo 51 del acuerdo, entre las mercancías que deben estar sujetas a procedimientos de observancia en frontera deben figurar, por lo menos, las mercancías de marca de fábrica o de comercio falsificadas y las mercancías pirata que lesionen el derecho de autor que se presenten para la importación (véase la definición exacta de estas expresiones en la nota 14 de pie de página a dicho Artículo). El Artículo permite que los gobiernos miembros tengan flexibilidad para incluir o no importaciones de mercancías que entrañen otras infracciones de los DPI.

#### **4.2. Ausencia de obligación en el caso de las importaciones paralelas o de las importaciones insignificantes.**

Los miembros tienen también libertad para decidir la aplicación de esos procedimientos a las importaciones paralelas. Esto se confirma en la nota 13 de pie de página al Artículo 51, según la cual queda entendido que no habrá obligación de aplicar esos procedimientos a las importaciones de mercancías puestas en el mercado en otro país por el titular del derecho o con su consentimiento. De conformidad con el Artículo 60, los Miembros podrán excluir de la aplicación de esos procedimientos las importaciones insignificantes, es decir, las pequeñas cantidades de mercancías que no tengan carácter comercial y formen parte del equipaje personal de los viajeros o se envíen en pequeñas partidas.

### **4.3. Autoridad competente.**

El mecanismo básico prescrito en el acuerdo es que cada miembro designe "autoridades competentes", de carácter administrativo o judicial, a las que los titulares de los derechos puedan presentar una demanda a fin de que se tomen medidas aduaneras (Artículo 51). El titular del derecho que formule una demanda a las autoridades competentes estará obligado a presentar pruebas suficientes de que existe presunción de infracción de su DPI y a facilitar una descripción suficientemente detallada de las mercancías de modo que puedan ser reconocidas con facilidad por las autoridades de aduanas. A continuación, las autoridades competentes comunicarán al demandante si han aceptado la demanda y, en caso afirmativo, el plazo correspondiente, y darán las instrucciones necesarias a los funcionarios de aduanas (Artículo 52). Después, corresponderá al demandante iniciar un procedimiento conducente a la adopción de una decisión sobre el fondo del asunto. El acuerdo exige que se establezca un sistema que permita que se adopten medidas cuando el titular de un derecho presente una demanda, pero deja libertad a los miembros para decidir si desean que las autoridades competentes actúen por propia iniciativa. En el Artículo 58 figuran algunas disposiciones adicionales aplicables a esa actuación de oficio.

### **4.4. Salvaguardias contra el abuso.**

Las disposiciones relativas a las medidas en frontera requieren la adopción de lo que son, esencialmente, medidas provisionales contra las importaciones de mercancías infractoras. Se prevén muchos de los tipos de salvaguardias contra

el abuso que aparecen en el Artículo 50 con respecto a las medidas provisionales judiciales. Las autoridades competentes podrán exigir al demandante que aporte una fianza o garantía equivalente que sea suficiente para proteger al demandado y a las autoridades competentes e impedir abusos. No obstante, esa fianza o garantía equivalente no deberá disuadir indebidamente del recurso a estos procedimientos (párrafo 1 del Artículo 53). Se deberá notificar prontamente al importador y al demandante la retención de las mercancías (Artículo 54). Si el titular del derecho no inicia un procedimiento conducente a una decisión sobre el fondo de la cuestión en un plazo de 10 días hábiles, se procederá normalmente al despacho de las mercancías (Artículo 55). Cuando las mercancías comporten la presunta infracción de dibujos o modelos industriales, patentes, esquemas de trazado o información no divulgada, el importador tendrá derecho a obtener su despacho de aduana previo depósito de una fianza suficiente para proteger al titular del derecho de cualquier infracción, aun cuando se haya iniciado el procedimiento conducente a la adopción de una decisión sobre el fondo del asunto (párrafo 2 del Artículo 53). Una vez que se haya iniciado el procedimiento judicial sobre el fondo del asunto, las autoridades judiciales podrán ordenar que continúe la suspensión del despacho de las mercancías en cumplimiento de una medida judicial provisional. En tal caso, se aplicarán las disposiciones sobre medidas provisionales que figuran en el Artículo 50. Se podrá exigir al demandante que pague una indemnización adecuada a las personas cuyos intereses se hayan visto negativamente afectados por la retención infundada de las mercancías o por la retención de las que se hayan despachado por no haber iniciado a tiempo el demandante el procedimiento conducente a la adopción de una decisión sobre el fondo de la cuestión (Artículo 56).

## Derecho de inspección e información

Las autoridades competentes deberán estar facultadas para dar al titular del derecho oportunidades suficientes para que haga inspeccionar, con el fin de fundamentar sus reclamaciones, cualesquiera mercancías retenidas por las autoridades de aduanas. Cuando se haya llegado a la conclusión de que las mercancías infringen un derecho, de resultas de la adopción de una decisión sobre el fondo del asunto, el acuerdo deja que sean los miembros quienes decidan si se permitirá o no que el titular del derecho sea informado sobre otras personas que actúen en el circuito de distribución con el fin de que puedan adoptarse también medidas apropiadas contra ellas (Artículo 57).

### **4.5. Recursos**

En lo que se refiere a los recursos, las autoridades competentes deberán estar facultadas para ordenar que las mercancías infractoras sean destruidas o apartadas de los circuitos comerciales de forma que se evite todo daño al titular del derecho. Los principios recogidos en el Artículo 46 para los recursos civiles, -tales como la necesidad de que haya proporción- son también aplicables a las medidas en frontera. En cuanto a las mercancías de marca de fábrica o de comercio falsificadas, las autoridades no podrán permitir su reexportación en el mismo estado ni someterlas a un procedimiento aduanero distinto, salvo en circunstancias excepcionales. Estos recursos se entienden sin perjuicio de las demás acciones a que pueda acogerse el titular de los derechos -por ejemplo, para obtener una indemnización por daños mediante un procedimiento civil- y a

reserva también del derecho del demandado a apelar ante una autoridad judicial (Artículo 59).

#### **4.6. Medidas en frontera en propiedad industrial.**

Las medidas cautelares en materia de propiedad industrial están reguladas en el Decreto 57-2000 del Congreso de la república, en la anterior normativa se busca proteger y reconocer el derecho de la libertad de industria y del comercio, así mismos el derecho de los inventores y derechos inherentes a la persona humana, garantizándoles la propiedad exclusiva de sus creaciones de conformidad con la ley y los tratados internacionales ratificados por el estado de Guatemala.

Actualmente esta normativa ha sido reformada por el Decreto 11-2006 del Congreso de la república den Guatemala, esto fue necesario debido a la creación de el Decreto 31-2005 que aprobó el tratado de libre comercio entre la República Dominicana, Centroamérica y los Estados Unidos de América, suscrito en la ciudad de Washington, D.C. por medio del cual se establece una zona de libre comercio de conformidad con lo dispuesto el Artículo XXIV del acuerdo General sobre aranceles aduaneros y comercio de 1994.

Con la aprobación del citado tratado Guatemala adopto compromisos para realizar reformas a su sistema jurídico especialmente en aquellos sectores que forman parte de la normativa del instrumento a través de la cual se establecen reglas claras, transparentes y que proporcionan certeza jurídica a la relación comercial que se otorga en dicho marco.

El objeto de reformar la normativa es dar cumplimiento al espíritu y a la letra de los compromisos asumidos por el estado de Guatemala en la negociación, suscripción y aprobación del tratado de libre comercio, facilitar el intercambio comercial, equitativo, fomentar la atracción de inversiones productivas permanentes e impulsar la generación de empleos, y fuentes de trabajo, proteger los derechos de los nacionales y promover a los sectores pequeños y medianos de productores Guatemaltecos.

El Artículo 186 del Decreto 57-2000 del Congreso de la república fue reformado por el Artículo 72 del Decreto 11-2006 del Congreso de la república regula el procedimiento para quien inicie o pretender iniciar, una acción relativa a Derechos de propiedad industrial o con motivo de la comisión de actos de competencia desleal de conformidad con lo establecido en esta ley.

La persona que se sienta amenazada o afectada en su derecho, podrá pedir al juez competente que ordene la providencia cautelar que estime conveniente, con el objeto de proteger sus derechos e impedir o prevenir la comisión de una infracción, evitar sus consecuencias y obtener o conservar pruebas. En la misma resolución en la que decrete las medidas solicitadas, el juez podrá requerir al solicitante que previamente a su ejecución pague fianza u otra garantía razonable para proteger a la parte afectada por la medida y a la propia autoridad y para impedir abusos.

Las providencias cautelares podrán también pedirse con posterioridad a la presentación del memorial de demanda. Cuando la providencia no se solicita previamente, sino con la misma ó posterior a ésta, no será necesario constituir garantía alguna.

El juez deberá ordenar y ejecutar las medidas que le solicitasen dentro del plazo improrrogable de dos días, siempre que el solicitante o peticionario hubiere acompañando la prueba de la titularidad del derecho infringido y evidencia de la que se disponga razonablemente de la infracción o la inminencia de ésta. En el caso en que se requiera garantía, el plazo establecido al principio de este párrafo será de cuarenta y ocho horas contadas a partir de la presentación de la fianza o garantía requerida.

Al ordenarse la providencia cautelar pertinente en el caso de una patente de invención, se supondrá que dicha patente es válida.

Todas las providencias cautelares se tramitarán y ejecutarán sin notificación, ni intervención de la parte demandada, pero deberá de notificarse a ésta en el momento de su ejecución o inmediatamente después de ello. Los tribunales tomarán las medidas necesarias para asegurar que la solicitud de providencias cautelares sea mantenidas en reserva.

Si las providencias se ordenan antes de iniciarse la acción, las mismas quedarán sin efecto de pleno derecho si quien las obtuvo no presenta la demanda correspondiente dentro del plazo de quince días, contados desde la fecha en que se hayan ejecutado las medidas.

El Artículo 187 del Decreto del 57-2000 del Congreso de la República reformado por el Artículo 73 del Decreto 11-2006 especifica detalladamente cuales son las medidas cautelares que el juez podrá ordenar según el caso que prudentemente tiendan a proteger los derechos del peticionario tales como:

- a. La cesación inmediata del uso, aplicación, colocación y comercialización de los productores infractores y de las acciones desleales.

- b. El comiso de los productos infractores, incluyendo los envases, empaques, envolturas etiquetas, material impreso o de publicidad, maquinaria y otros materiales que sean el resultado de la infracción o se haya empleado para cometerla, y los medios empleados para cometer la infracción.
- c. La prohibición de la importación de los productos, materiales o medios referidos en la literal anterior.
- d. La confiscación y traslado a los depósitos judiciales de los productos, materiales o medios referidos en la literal b.
- f. Las medidas necesarias para evitar que la infracción o los actos de competencia desleal continúen o se repitan, incluida la destrucción de los productos materiales o medios referidos en la literal b.
- g. La anotación de la demanda en la inscripción cuya nulidad o anulación se pretende. y
- h. La suspensión de los registros o licencias sanitarias o de otra naturaleza, que resulten necesarios para el ingreso, distribución, venta o comercialización de los productos infractores.

El Artículo 188 del Decreto 57-2000 del Congreso de la república fue reformado por el Artículo 74 del Decreto 11-2006 regula la contra garantía y consiste en que una vez otorgada la medida que tienda a asegurar las resultas del proceso en cuanto a la acción restauradora de una pretensión civil o mercantil, no podrá dejarse sin efecto mediante caución o garantía razonable. La garantía servirá

para lograr el levantamiento de las medidas cautelares que tiendan a asegurar o proteger una pretensión indemnizatoria strictu sensu.

#### **4.7. Medidas cautelares en frontera.**

Según lo establece el Artículo 75 del Decreto 11-2006 del Congreso de la república que reformo el Artículo 190 del Decreto 57-2000 ley de propiedad industrial, esta medida consiste en la posibilidad de obtener de la autoridad judicial competente la orden para que la aduana correspondiente suspenda el despacho e internación, o bien, el proceso de exportación, de mercancías que lesionen o infrinjan los derechos del titular o licenciataria de marcas de fabrica o de comercio.

También se establece que en un futuro próximo de cuatro años después de entrar en vigencia el tratado de libre comercio, inicie la vigencia el segundo párrafo del citado Artículo en el cual se crea un procedimiento aduanero en donde la autoridad aduanal podrá solicitar de oficio, ante la autoridad judicial pertinente la medida cautelar en frontera, cuando sospeche que una mercancía importada, exportada o en tránsito infringe un derecho protegido por esta ley sin la necesidad de un ente privado o el titular del derecho presente querella formal.

El Artículo 76 del Decreto 11-2006 establece que será competente para conocer de la solicitud de la medida en frontera, el juez de primera instancia que tenga jurisdicción en el territorio donde se ubique la aduana correspondiente y además el peticionario deberá cumplir con los siguientes requisitos:

- a. Aportar pruebas de las que se desprenden indicios razonables de la

supuesta infracción.

- b. Describir en forma suficientemente detallada las mercancías legítimas y proporcionar toda aquella información razonable que sea del conocimiento del titular del derecho con el objeto que las mercancías sospechosas sean reconocidas fácilmente por las autoridades aduaneras. En el mismo cuerpo legal en el Artículo 77 en el cual se reconoce el derecho de quien promovió la medida en frontera de inspeccionar y supervisar la mercancía o productos retenidos a fin que pueda inspeccionarlas y obtener medios adicionales de prueba en apoyo de su reclamo, igual derecho tendrán el importador o exportador. Esta medida se realizará en presencia de la autoridad judicial con citación de la parte contraria y en todo caso siempre que la autoridad determine que las mercancías o productos infringen una marca, proporcionará al titular del derecho toda la información relativa al nombre o identificación del expeditor, destinatario o importador, incluyendo su dirección y la cantidad de Artículos infractores. El peticionario de la medida en frontera será responsable de los daños y perjuicios que ocasione al importador, consignatario o propietario de las mercancías retenidas en los casos siguientes:

- Si no presenta la demanda dentro del plazo de quince días siguientes a la fecha en que se haya ejecutado la medida.
- Si la medida fue revocada.
- Si se declara improcedente la demanda.

El Artículo 76 del Decreto 11-2006 adiciona el Artículo 195 bis el cual queda de la siguiente forma: Cuando el tribunal determine que la mercancía es falsificada ordenará su destrucción a menos que el titular del derecho lo disponga de otra manera. Puede ser que el peticionario de la medida decida donar las mercancías para obras de caridad dependiendo de la naturaleza de las mercancías.

Las medidas que las autoridades judiciales pueden adoptar son las siguientes de acuerdo al Artículo 81 del Decreto 11-2006 del Congreso de la república que adiciona el Artículo 207 bis:

- Ordenar el comiso de las mercancías que se sospecha que sean falsificadas, todo material e implemento relacionado que se haya empleado para cometer la infracción, todo activo que se pueda rastrear a la actividad infractora y toda evidencia documental pertinente al delito. Las mercancías que estén sujetas al comiso como resultado de dicha orden judicial, no necesitan identificarse individualmente siempre que pertenezcan a las categorías generales especificadas en la orden.
- El comiso y destrucción de todas las mercancías falsificadas, sin indemnización alguna para el acusado con el fin de impedir que las mercancías falsificadas vuelvan a ingresar a los circuitos comerciales.

Las medidas cautelares en frontera en el campo de propiedad industrial son poco conocidas por la población en general, a ello se debe la inaplicabilidad de dichas medidas a pesar de estar reguladas en nuestra legislación, los empresarios que se dedican a la importación de mercaderías constituye uno de los sectores más perjudicados, cuando ingresan mercaderías al país que no tienen la autorización

para la explotación de su licencia de marca constituyendo una intolerable vulneración a su derecho.

Después de un estudio y análisis del problema he podido determinar que el problema de la inaplicabilidad de la medida cautelar en frontera es el desconocimiento por parte de la población a la forma como puede proteger sus Derechos por un lado y por el otro el desinterés de las autoridades encargadas de velar por que se aplique la ley, esto con base a la entrevista realizada en la fiscalía de delitos contra la propiedad intelectual, en la cual se pudo constatar que en el periodo del año 2000 al 2005 tiempo durante el cual ha estado en vigencia la ley de propiedad industrial, no se ha recibido la solicitud de ninguna medida cautelar en frontera que regula nuestra legislación, porque según el Artículo 24 quater del código procesal penal Decreto 51-92 del Congreso de la república este delito es de acción privada su ejercicio corresponde al Ministerio público en ejercicio de la acción penal en contra de los responsables de los delitos y faltas tipificadas en materia de propiedad industrial en el código penal y otras leyes.

El titular o licenciatarario de los derechos infringidos podrá provocar la persecución penal denunciando la violación de tales derechos o adherirse a la ya iniciada por el ministerio público, entidad que estará obligada a actuar directa e inmediatamente contra los responsables e instar la persecución penal de cualquier asociación u organización respectiva de algún sector de la producción o de los consumidores, todo esto regulado en el Artículo 206 de la ley de propiedad industrial Decreto 57-2000.

Según Carolina Alvarez auxiliar de fiscalía contra los delitos de propiedad intelectual no se ha solicitado ninguna medida cautelar en frontera, en este periodo lo único es que cuando ellos tienen conocimiento de en algún lugar se esta distribuyendo mercadería de dudosa procedencia o falsificados ellos con orden judicial comisan dichas mercaderías pero ya en el lugar de venta o distribución.

Por otra parte en el registro de propiedad intelectual el licenciado Ramiro Ramírez asegura que la inaplicabilidad de la medida cautelar en frontera no se debe a desconocimiento de la población pues la medida está regulada en nuestra legislación, y ante la ley no se puede alegar ignorancia esto en teoría suena muy bien pero en la practica no es razonable debido a que es imposible que toda la población este enterada o actualizada con relación a las leyes pues en nuestro medio existe mucho el analfabetismo e incluso al mismo tiempo se contraria porque dice los mismos jueces y magistrados desconocen los procedimientos a seguir en este tipo de delitos, por lo que argumenta que se están llevando a cabo foros y conferencias para instruir a los encargados de la administración de justicia.

Luego en la torre de tribunales en el juzgado segundo de primera instancia del ramo civil, el secretario argumenta que es muy poco lo que se aplica esta medida el considera que es por desconocimiento en primer lugar, en segundo lugar por no depositar la garantía establecida por el juez para cubrir los daños y perjuicios que se puedan ocasionar a la parte afectada por la medida y que en el período que ha estado vigente la ley solo se han solicitado tres medidas una por la empresa de pan Bimbo, en contra de un pantalón que entro al país con ese mismo nombre comercial, la empresa de vehículos Toyota, por falsificación de

repuestos para vehículos de esa misma marca, y la empresa biticino en productos para la electricidad, con relación a otro tipo de proceso en 5 años es muy poco para la aplicación de esta medida.

En lo particular comparto la idea y pruebo mi tesis de cuales son las causas por las que la medida cautelar en frontera ha resultado inaplicable en el ámbito judicial guatemalteco durante el período 2000 al 2005:

- Por desconocimiento de la población a dicha medida.
- Por falta de un procedimiento administrativo aduanero mismo que ya está regulado en las reformas a la ley de propiedad industrial Decreto 11-2006 del Congreso de la república pero que entrará en vigencia dentro de cuatro años contados a partir de la vigencia del Decreto 31-2005 del Congreso de la república, que aprobó el tratado de libre comercio entre Centroamérica, República Dominicana, y los Estados Unidos de América, y además por un total desinterés del órgano encargado por proteger a la población de estos actos arbitrarios mismo que reflejan la letra muerta de la ley, aunque el estado de Guatemala en citado Decreto que aprobó el tratado se compromete a hacer una reforma en el sistema legislativo para lograr que los órganos administradores de justicia tengan las herramientas que les permita satisfacer las necesidades de la población como lo es ministerio público, organismo judicial, el ministerio de economía a través de su dependencia registro de la propiedad intelectual que comprende Derechos de autor y propiedad industrial.

Partiendo de lo anterior creo que se disipan las dudas con respecto a la aplicación de las medidas cautelares en frontera, según lo expuesto entre otros motivos la implementación del citado tratado requiere además de la participación ciudadana, la dotación y entrenamiento de entes administrativos y judiciales en el manejo de modernas técnicas de control, entrenamiento que necesariamente debe incluir una formación especializada en materia de propiedad industrial la cual ha sido casi totalmente ignorada por los órganos gubernamentales encargados.

La observancia que hace la organización mundial de comercio sobre las deficiencias en la aplicación de las medidas en frontera también responde a la falta de fondos, en virtud del bajo presupuesto con el que cuenta el ministerio de economía, por lo que en relación considero que tiene toda la razón pues para crear procedimientos nuevos y diferentes en la administración de justicia y para prestar un mejor servicio a la población deben existir fondos que lo hagan posible, y también otro factor que influye es la falta de voluntad de las personas legitimadas para hacer uso de la medida cautelar en frontera.

Considero que lo técnicamente adecuado es la creación de una unidad especial para el asesoramiento de titulares de derecho de propiedad industrial en el ministerio de economía, con el propósito de que los industriales cuenten con fórmulas idóneas para la protección de los derechos que la ley le instituye.

## CONCLUSIONES

1. La medida cautelar es el derecho que tiene la persona que se siente vulnerada en sus Derechos a poner en movimiento un órgano jurisdiccional, para preparar el camino hacia un futuro proceso y garantizar los resultados del mismo.
2. Las medidas cautelares en frontera fortalecen el ordenamiento jurídico vigente en materia de propiedad industrial para garantizar que el estado de Guatemala no permite que circulen dentro del trafico mercantil guatemalteco marcas falsificadas.
3. La aplicación de las medidas cautelares en frontera generara mejores ingresos al fisco pues la piratería le roba millones de quetzales al estado, perjudica la economía del país, facilita el narcotráfico, y en fin es un flagelo que todos los guatemaltecos deben combatir.
4. Las medidas cautelares en frontera reguladas en el Decreto 57-2000 y sus reformas Decreto 11-2006 ambos del Congreso de la República de Guatemala tiene una función de precaución y anticipación la que pretende que se reconozca y se proteja el derecho adquirido sobre marcas e inventos, garantizando la propiedad exclusiva de los mismos de conformidad con la ley.

5. La inaplicabilidad de los medios cautelares en frontera se debe a varios factores entre los que se encuentran la desinformación de las personas en cuanto a que existen procedimientos regulados en la ley, en este caso en la ley de propiedad industrial para defender sus derechos frente a terceros, el desconocimiento de aplicación de esta normativa aun por jueves y magistrados encargados de la administración de justicia.

## RECOMENDACIONES

1. Cumplir por parte del estado de Guatemala, con los compromisos adquiridos con la forma del tratado de libre comercio con Estados Unidos y República Dominicana, en materia de propiedad industrial.
2. Cumplir con las reformas a la ley de propiedad industrial Decreto 11-2006 del Congreso de la República que crean el procedimiento aduanero administrativo en el cual de oficio dichas autoridades puedan retener las mercaderías falsificadas sin necesidad de solicitar las medidas cautelares en frontera.
3. Educar a la población sobre el procedimiento para solicitar las medidas cautelares en frontera por medio de cursos, foros, impresión de folletos, etc., a través del registro de propiedad intelectual, dependencia del Ministerio de Economía quien tiene a su cargo esta función con el objeto de que se puedan defender frente a los falsificadores de marcas.
4. Cumplir con el deber constitucional garantiza el derecho a la libertad de industria y comercio cortando de raíz el problema de falsificación de marcas en Guatemala, atacando el fondo del asunto y crear mecanismos que faciliten, la aplicación de las medidas cautelares en las fronteras del país.

## BIBLIOGRAFÍA

GARRIGES, Joaquín. **Curso de derecho mercantil**. México: Ed. Porrúa, 1987.

GARRIGES, Joaquín. **Instituciones de derecho mercantil**, 2<sup>a</sup>. ed.; (s.l.i.): (s.e.), 1990.

ILLESCAS MARGEN, Martha Hortensia. **La marca como medio de protección al consumidor**. 2<sup>a</sup>. ed.; (s.l.i.): (s.e.), 2000.

OLIVA PINTO, Edin Rolando. **Relimitación de las diferencias existentes entre el derecho de autor y el derecho propiedad industrial sobre una marca y nombre comercial**. 2<sup>a</sup>. ed.; (s.l.i.): (s.e.), 1989.

ORELLANA, Giovanni. **Derecho procesal civil**, 2 t.; 1a. ed.; Guatemala: (s.e.), 2004.

OSSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, política y sociales**, 8<sup>a</sup>.ed.; (s.l.i.): Ed. Heliasta, 1993.

RAMÍREZ VALENZUELA, Alejandro. **Introducción al derecho mercantil y fiscal**, 2<sup>a</sup>.ed.; México: Ed. Limusa, 1994.

VILLEGAS LARA, Rene Arturo. **Derecho mercantil guatemalteco**, 1t.; 5<sup>a</sup>.ed.; (s.l.i.): (s.e.), 1989

## **Legislación:**

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

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

**Código Procesal Civil y Mercantil.** Enrique Peralta Azurdia, Jefe de Gobierno de la República de Guatemala. Decreto Ley 107, 1964.

**Ley de Propiedad Industrial.** Congreso de la República de Guatemala, Decreto número 57 – 2000, 2000.