

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

**APLICACIÓN DE MÉTODOS ALTERNATIVOS NO TRADICIONALES DE SOLUCIÓN
DE CONFLICTOS MERCANTILES**

HERLINDA CHINCHILLA MÉNDEZ

GUATEMALA, OCTUBRE DE 2013

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

**APLICACIÓN DE MÉTODOS ALTERNATIVOS NO TRADICIONALES DE SOLUCIÓN
DE CONFLICTOS MERCANTILES**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

HERLINDA CHINCHILLA MÉNDEZ

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Guatemala, octubre de 2013

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

DECANO: Lic. Avidán Ortiz Orellana

VOCAL I: Lic. Mario Ismael Aguilar Elizardi

VOCAL II Licda. Rosario Gil Pérez

VOCAL III: Lic. Luis Fernando López Díaz

VOCAL IV: Br. Víctor Andrés Marroquín Mijangos

VOCAL V: Br. Rocael López Gonzales

SECRETARIA: Licda. Rosario Gil Pérez

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



BUFETE PROFESIONAL

Lic. Carlos Antulio Salazar Urizar

Col. 6279

8Av. 20-22, Zona 1. Oficina No. 4. Ed. Castañeda Molina

Guatemala, C. A.

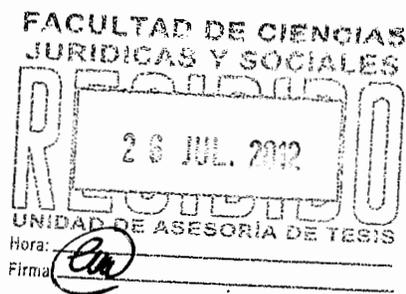
Guatemala, 20 de julio del 2012.

Doctor:

Bonerge Amilcar Mejía Orellana.

Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis

De la Universidad de San Carlos de Guatemala.



Doctor Mejía Orellana:

Me dirijo a usted respetuosamente, en atención al nombramiento como Asesor de Tesis, en la que se me faculta para realizar las modificaciones, de forma y de fondo, en el trabajo de investigación de la Bachiller **HERLINDA CHINCHILLA MÉNDEZ DE MONTERROSO**, denominado: **"APLICACIÓN DE MÉTODOS ALTERNATIVOS NO TRADICIONALES DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS MERCANTILES"** por lo cual, me dirijo a usted haciendo referencia a la misma con el objeto de informar mi cometido y oportunamente emitir dictamen correspondiente y habiendo revisado el trabajo encomendado:

- a) Que durante el desarrollo de la revisión del trabajo de tesis relacionado, se discutieron algunos puntos en forma personal con la autora, realizándose los cambios y correcciones correspondientes. Además se comprueba que el contenido del trabajo fue resultado de la obtención de la información necesaria y objetiva para su elaboración; el tema de la aplicación de métodos alternativos no tradicionales de solución de conflictos mercantiles es de gran importancia sobre todo en materia mercantil sobre todo por los conflictos que se dan entre comerciantes. Examinando el tema se pudo constatar que existe adecuada técnica jurídica y científica.
- b) Conforme al contenido científico y técnico de la tesis: se oriento en la observancia de consideraciones doctrinarias y legales, en el que la sustentante abarco tópicos de importancia en materia mercantil, enfocada desde un punto de vista jurídico, económico y social.
- c) La utilización de la metodología y técnicas de la investigación: para el efecto tiene como base los métodos: analítico, sintético y estadístico, a través de los cuales se estudió el fenómeno investigado y culminó con la comprobación de la hipótesis planteada.



BUFETE PROFESIONAL

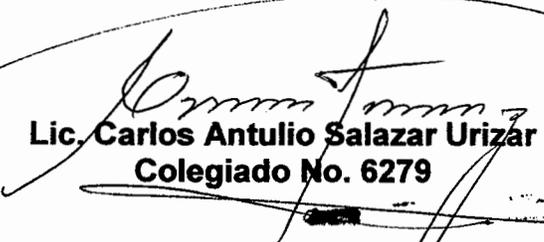
Lic. Carlos Antulio Salazar Urizar

Col. 6279

8Av. 20-22, Zona 1. Oficina No. 4. Ed. Castañeda Molina
Guatemala, C. A.

- d) La redacción utilizada: presenta una estructura formal de la tesis, ya que está compuesta por cuatro capítulos realizándose en una secuencia ideal y de orden lógico, por lo que se refleja una redacción clara y precisa de los temas y subtemas desarrollados en la investigación. Por lo cual se observó la utilización de técnicas de redacción, ortografía y gramática adecuadas para este tipo de trabajo, así como de fondo y de forma según lo establecido por la Real Academia de la Lengua Española.
- e) La contribución científica del presente trabajo en su desarrollo: constituye un aporte para la sociedad, ya que los métodos alternativos no tradicionales de solución de conflictos mercantiles están siendo positivos internacionalmente y serán de gran beneficio para los comerciantes en la República de Guatemala.
- f) En cuanto a las conclusiones y recomendaciones: comparto los argumentos vertidos por la autora, puesto que las mismas se encuentran estructuradas de acuerdo con el contenido del plan de investigación y están debidamente fundamentadas; ya que obedecen a una realidad jurídica mercantil; por ende brinda una valiosa contribución para el derecho común.
- g) Además se comprobó que la bibliografía, a mi criterio fuera la correcta, adecuada y pertinente al tema elaborado; esto con el propósito de facilitar el desarrollo investigativo y en el desarrollo y culminación del informe final de la tesis.
- h) Con lo anterior opino que el contenido científico y técnico de la tesis, los métodos y técnicas de investigación, su contribución científica, sus conclusiones y recomendaciones y la bibliografía relacionada fueron las adecuadas y pertinentes; por ende se establece que el trabajo cumple con los requisitos ya que son congruentes con lo exigido en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura de Ciencias Jurídicas y Sociales y Examen General Público, resulta procedente dar el presente **DICTAMEN FAVORABLE**, aprobando el trabajo de tesis asesorado.

Atentamente,


Lic. Carlos Antulio Salazar Urizar
Colegiado No. 6279

LIC. CARLOS ANTULIO SALAZAR URIZAR
ABOGADO Y NOTARIO



USAC
TRICENTENARIA

Universidad de San Carlos de Guatemala



UNIDAD ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.
Guatemala, 27 de agosto de 2012.

Atentamente, pase a el LICENCIADO CORALIA CARMINA CONTRERAS FLORES DE ARAGÓN, para que proceda a revisar el trabajo de tesis de la estudiante HERLINDA CHINCHILLA MÉNDEZ, intitulado: "APLICACIÓN DE MÉTODOS ALTERNATIVOS NO TRADICIONALES DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS MERCANTILES".

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

DR. BONERGE AMILCAR MEJÍA ORELLANA
JEFE DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS

cc.Unidad de Tesis
BAMO/sllh.



**M.A. CORALIA CARMINA CONTRERAS FLORES DE ARAGON
BOULEVARD SUR 1-025, ZONA 4 DE MIXCO RESIDENCIALES EL
PEDREGAL DEL NARANJO; TELEFONO 24374220**



Guatemala, 17 de septiembre del 2012.

Doctor:
Bonerge Amilcar Mejía Orellana.
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
De la Universidad de San Carlos de Guatemala.



Doctor Mejía Orellana:

Tengo el agrado de dirigirme a usted para informarle que de conformidad con el nombramiento de Revisora del trabajo de Tesis, que se me hiciera de la Bachiller **HERLINDA CHINCHILLA MÉNDEZ**, denominado: **“APLICACIÓN DE MÉTODOS ALTERNATIVOS NO TRADICIONALES DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS MERCANTILES”**.

El trabajo desarrollado por la Bachiller **HERLINDA CHINCHILLA MÉNDEZ**, tiene un contenido científico y técnico, ya que se refiere a una problemática legal que diariamente sucede en nuestro ordenamiento jurídico y también en vista que la Bachiller **CHINCHILLA MÉNDEZ**, utilizo las siguientes metodologías.

- a) Utilizo los métodos científicos, deductivos y analíticos así como de las técnicas de investigación en todas las etapas de proceso.
- b) Los métodos que utilizo adecuadamente dentro del desarrollo del trabajo fueron: analítico, sintético, y estadístico. Todo de conformidad con las diferentes etapas investigadas.
- c) La redacción: la autora desarrollo un lenguaje técnico y una redacción clara y sencilla que permite la fácil comprensión de la temática abordada.



M.A. CORALIA CARMINA CONTRERAS FLORES DE ARAGON
BOULEVARD SUR 1-025, ZONA 4 DE MIXCO RESIDENCIALES EL
PEDREGAL DEL NARANJO; TELEFONO 24374220

- d) La contribución científica del presente trabajo en su desarrollo: constituye un aporte en materia mercantil y científico y además se ha cumplido con todo el procedimiento del método científico. Siendo este un aporte para la población en general especialmente para los comerciantes tanto nacionales como internacionales.
- e) En cuanto a las conclusiones y recomendaciones: son congruentes y tienen relación directa con las citas bibliográficas, de tal manera que comparto los argumentos vertidos por la autora, puesto que las mismas se encuentran estructuradas de acuerdo con el contenido al plan de investigación y están debidamente fundamentadas.
- f) Con lo anterior opino que el contenido científico y técnico de la tesis, los métodos y técnicas de investigación, su contribución científica, sus conclusiones y recomendaciones y la bibliografía relacionada fueron las adecuadas y pertinentes; por ende se establece que el trabajo cumple con los requisitos, ya que son congruentes con lo exigido por el Artículo 32 del Normativo para la elaboración de Tesis de Graduación de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, por lo que expreso mi opinión y emito **DICTAMEN FAVORABLE**, aprobando el trabajo de tesis revisado; para que pueda ser sustentado en examen público de tesis.

Atentamente,

Licda. Coralia Carmina Contreras Flores
Colegiado No. 5656

LICENCIADA
Coralia Carmina Contreras Flores
ABOGADA Y NOTARIA



USAC
TRICENTENARIA
Universidad de San Carlos de Guatemala



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, 23 de agosto de 2013.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis de la estudiante HERLINDA CHINCHILLA MÉNDEZ, titulado APLICACIÓN DE MÉTODOS ALTERNATIVOS NO TRADICIONALES DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS MERCANTILES. Artículos: 31, 33 y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

BAMO/sllh.

Lic. Avidán Ortiz Orenana
DECANO





DEDICATORIA

- A DIOS:** Por haberme dado la vida, a Él sea la gloria y honra, gracias señor por tu amor y misericordia, por darme la sabiduría para alcanzar tan anhelado galardón.
- A MIS PADRES:** En especial a mi madre, porque con su esfuerzo y sacrificio he llegado hasta aquí, por sus sabios consejos, por enseñarme que cuando uno se propone metas no hay obstáculos, gracias mamá porque todo lo que soy se lo debo a usted, la amo con todo mi corazón.
- A MI ESPOSO:** Elmer Monterroso, por su comprensión y paciencia, por apoyarme cuando más lo he necesitado, gracias por tu amor, es por ello que comparto contigo este triunfo.
- A MIS HIJOS:** Por ser el regalo máspreciado que Dios me ha dado, con todo mi amor y orgullo dedico este triunfo profesional a mis dos tesoros Rubén Antonio y Bryan Samuel.
- A MI ABUELITA:** Alicia Merlos, con mucho amor y agradecimiento por haber sido tan especial.
- A MIS HERMANOS:** Rosa María (Q.E.P.D), Juan Carlos, Ana Eligia, María de la Cruz, María Andrea, es una bendición que sean parte de mi familia.
- A MI TIA:** Verónica Merlos, que ha sido un ejemplo de nobleza en mi vida.
- A MI SUEGRA:** Reyna Palma, con mucho cariño y aprecio en agradecimiento por su apoyo incondicional.
- A MIS CUÑADOS:** Que Dios los bendiga en especial a Sandra Patricia y Marcos Josué, por todo su apoyo en el trayecto de mi carrera.



**A MI ASESOR
Y REVISORA:**

Lic. Carlos Antulio Salazar Urizar y Licda. Coralia
Carmina Contreras Flores, por compartir sus
conocimientos conmigo.

A:

La Universidad de San Carlos de Guatemala en especial
a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, por
permitir mi formación académica.



ÍNDICE

	Pág.
Introducción.....	i

CAPÍTULO I

1. El derecho mercantil.....	1
1.1. Antecedentes del surgimiento del derecho mercantil.....	1
1.2. Definición del derecho mercantil.....	5
1.3. Los actos de comercio como materia más importante en el derecho mercantil.....	8
1.4. Características del derecho mercantil.....	9
1.5. Principios del derecho mercantil.....	11

CAPÍTULO II

2. El negocio jurídico mercantil.....	13
2.1. Definición de negocio jurídico mercantil.....	13
2.2. Elementos que integran el negocio jurídico mercantil.....	17
2.2.1. Elementos esenciales.....	17
2.2.2. Elementos esenciales especiales.....	18
2.2.3. Elementos esenciales especialísimos.....	18
2.2.4. Elementos naturales.....	18
2.2.5. Elementos accidentales.....	19
2.3. Clasificación del negocio jurídico.....	24
2.4. Características del negocio jurídico mercantil.....	26
2.5. Principios fundamentales del negocio jurídico mercantil.....	27
2.5.1. El consentimiento.....	28
2.5.2. La capacidad.....	28
2.5.3. Objeto de la negociación.....	29
2.6. Fuentes del negocio jurídico mercantil.....	29



	Pág.
2.6.1. La costumbre.....	29
2.6.2. La Ley.....	30

CAPÍTULO III

3. Aspectos doctrinarios y legales de las formas de solución de conflictos.....	31
3.1. Aspectos Considerativos.....	31
3.2. Concepto.....	32
3.3. Formas de resolver conflictos.....	34
3.4. El proceso judicial	35
3.5. La negociación	36
3.6. La auto composición	37
3.7. La conciliación.....	39
3.7.1. Naturaleza jurídica de la conciliación	41
3.7.2. Condiciones de la existencia de la conciliación.....	42
3.7.3. Aspectos que comprende la conciliación.....	43
3.7.4. Substanciación de la conciliación.....	44
3.7.5. Efectos el acuerdo de conciliación	44
3.7.6. El conciliador	45
3.8. La mediación.....	46
3.8.1. Características de la mediación	47
3.8.2. Naturaleza jurídica de la mediación	48
3.8.3. Regulación Legal de la mediación.....	49
3.9. El arbitraje	50
3.9.1. Características del arbitraje.....	51
3.9.2. Naturaleza jurídica del arbitraje.....	52
3.9.3. Clasificación del Arbitraje	54
3.9.4. Fundamento Legal.....	56



Pág.

CAPÍTULO IV

4. Aplicación de métodos alternativos no tradicionales de solución de conflictos Mercantiles y la necesidad de su inclusión dentro del ordenamiento jurídico guatemalteco.....	57
4.1. Arbitrajes técnicos.....	57
4.2. Sistema de resolución especializado de disputas	59
4.3. El procedimientos referee pre arbitral	68
4.4. Procedimiento arbitral de urgencia.....	68
4.5. Los mini trial o pequeños juicios.....	74
4.6. Análisis de la Legislación comparada	75
4.6.1. Republica de España	75
4.6.2. Republica de México	80
4.7. Necesidad de que se regule dentro del ordenamiento jurídico guatemalteco.....	86
CONCLUSIONES	109
RECOMENDACIONES	111
BIBLIOGRAFÍA	113



INTRODUCCIÓN

El presente estudio de investigación tiene como finalidad dar a conocer los métodos alternativos no tradicionales de solución de conflictos mercantiles, porque en la legislación guatemalteca se reconocen únicamente los métodos alternativos de resolución de conflictos. Esta investigación busca demostrar la necesidad e importancia de implementar en el ordenamiento jurídico guatemalteco estas nuevas formas y métodos de resolución de conflictos, especialmente aquellos problemas cuya complejidad y naturaleza permiten la solución en forma extrajudicial mediante procedimientos económicos y sencillos.

La definición del problema radica en que una controversia de naturaleza mercantil, se soluciona a través de procesos judiciales o bien por medio de métodos alternativos de solución de conflictos, los cuales conlleva procedimientos largos, tediosos y representa altos costos para las partes, en la actualidad los métodos alternativos no tradicionales de soluciones de conflictos están siendo positivo internacionalmente, en cuanto a la solución de conflictos que se suscitan en el ámbito mercantil, ya que son procedimientos por medio de los cuales las personas buscan obtener la solución de una controversia, sin necesidad de recurrir a una instancia judicial. Estos mecanismos ayudan a las personas a resolver sus problemas con el auxilio de terceros, fomentando el dialogo en la sociedad, porque están basados en la comunicación y cooperación de las partes, lo cual les permiten obtener una solución más satisfactoria de las que podrían obtener en el caso de ser resueltos por un juez.

Los objetivos de la presente investigación fueron alcanzados, porque la falta de presupuesto, el volumen considerado de expedientes que deben ser resueltos y la diversidad de asuntos que un mismo juez tiene que resolver, limita su capacidad operativa; sin embargo una solución es propiciar los cambios legales necesarios para brindarles a los ciudadanos las herramientas para acudir ante otros órganos no



jurisdiccionales o judiciales para resolver sus controversias, a través de la regulación de los métodos alternativos no tradicionales de solución de conflictos mercantiles, para que busquen estas vías para lograr la armonía en las relaciones comerciales y mercantiles, que resultan ser tan importantes para el desarrollo del país y de quienes intervienen.

Los métodos utilizados fueron el método científico a partir de la realización de análisis y síntesis en cuanto al bien de la legislación y de lo que debe existir, evidenciando las falacias que impiden por ejemplo el descongestionar los tribunales de justicia. Dentro de las técnicas se emplean la observación y el cuestionario estructurado, a través de la realización de preguntas cuyas respuestas se plasman en el último capítulo.

Para una mejor comprensión esta investigación se ha dividido en cuatro capítulos, en los cuales encontramos en el primero el derecho mercantil, en el segundo capítulo el negocio jurídico mercantil, en el tercero los aspectos doctrinarios y legales de las formas de resolución de conflictos y por último los métodos alternativos no tradicionales de solución de conflictos mercantiles y la necesidad de su inclusión dentro del ordenamiento jurídico guatemalteco.

En síntesis, se ha concluido de la importancia que tiene para la sociedad que en la legislación se creen leyes que precisamente conlleven la resolución de los conflictos a través de métodos que la misma sociedad ayude o legitime, como los proyectos especialmente en secciones como los analicemos en este trabajo



CAPÍTULO I

1. El derecho mercantil

En los últimos tiempos el derecho mercantil ha evolucionado considerablemente en distintos países nacionales e internacionales, lo cual constituye un avance en la economía, y facilita el tráfico comercial.

1.1 Breves antecedentes del surgimiento del derecho mercantil

El Licenciado René Arturo Villegas Lara “hace referencia a la historia de cómo surgió y ha evolucionado el derecho Mercantil y describe etapas bien importantes y definidas en donde se ha experimentado un avance significativo en esta materia que trasciende a considerar al Derecho mercantil como se concibe en la actualidad.”¹

Las etapas son las siguientes:

a) En la antigüedad. En esta época florecieron culturas como la de los egipcios, fenicios, los persas, los chinos, sin embargo, fueron los griegos quienes desarrollaron el comercio por la vía marítima, y en sus relaciones comerciales se manejaban conceptos como el préstamo en la gruesa ventura, que consistía en que un sujeto hacía un préstamo a otro, condicionando el pago a que el navío partiera y regresara sin haberle ocurrido un

¹ Villegas Lara, René Arturo. **Derecho mercantil guatemalteco**. Pág. 28-32.

siniestro; también se dio la echazón, que es el antecedente de la avería gruesa; la denominada ley rodia regía el comercio marítimo. En Roma no se dio un derecho mercantil, al respecto el Doctor Villegas Lara señala: “En Roma no existió la división tradicional del derecho privado. No se dio un derecho mercantil en forma autónoma. El jus civile era un universo para toda relación de orden privado.”²

b) En la edad media. En esta época surge con mayor auge y definición la burguesía en las denominadas villas y pueblos. La importancia de la burguesía no radica en los bienes territoriales, sino en la riqueza monetaria que produce el tráfico comercial, por el estímulo que la monarquía le da a los comerciantes en su función; de esa cuenta los comerciantes se organizaron en corporaciones, las que se regían por estatutos que contenían reglas de derecho que regulaban el comercio, además los derechos y obligaciones de los comerciantes.

Esta etapa aporta entre otros la letra de cambio, las sociedades mercantiles, el contrato de seguro, así como el inicio del registro mercantil. Pero lo más importante es que el derecho mercantil toma toda su autonomía del derecho civil, a este respecto el Doctor Villegas Lara indica: “El derecho mercantil principiará a caminar por sus propios medios tratando de estructurar una doctrina plasmada en leyes capaces de regir un fenómeno tan cambiante como el tráfico mercantil. Todo lo que se haya hecho a partir de esa época por esta materia se debe, pues a las necesidades reales de la nueva clase comerciante.”³

² **Ibid.** Pág. 28-32.

³ **Ibid.** Pág. 32.

c) En la época moderna. En esta época son de gran trascendencia las prestaciones de expansión de los dominios que tenían España, Inglaterra, Francia, Holanda, Italia; que además buscaban nuevas rutas para nuevos mercados, es así como se da el descubrimiento de América. El derecho mercantil continúa conservando su carácter de ser un derecho para los comerciantes. En 1807 en Francia, Napoleón Bonaparte, promulga un Código para el Comercio, y el derecho mercantil deja de ser exclusivo para los comerciantes y se convierte en un derecho que rige las relaciones que se dan en el comercio no importando que los sujetos sean o no comerciantes; es así como se da la denominada etapa objetiva del derecho mercantil. En este aspecto el Dr. Villegas Lara indica: “La revolución industrial, los inventos importantes en la ciencia, exigieron esa objetivación que durante largo período inspiró a códigos en el mundo entero.”⁴

d) En la época contemporánea, se puede indicar que se concibe al derecho como una totalidad refleja los intereses y los conflictos de las diferentes clases sociales; pero si en alguna rama no es difícil detectar ese reflejo es el derecho mercantil.

Esta rama del derecho está vinculada con el sistema capitalista en nuestros días, lo que debe significar en última instancia es hacer realidad la prevaencia del interés social sobre el particular de manera que el comercio realizado por los hombres y mujeres contribuya al progreso social.

⁴ **Ibid.** Pág. 33.

En este aspecto el derecho mercantil ha evolucionado de tal manera que actualmente estudia en forma muy profunda distintas instituciones y para dejar claro este punto se vuelve a citar Doctor Villegas Lara, quien se pronuncia de la siguiente manera: “En la actualidad el derecho mercantil estudia la actividad profesional del comerciante, los medios que facilitan la circulación de las mercancías, los bienes o cosas mercantiles, (empresa, títulos de crédito, mercancías) las reglas de comercio nacional e internacional, la propiedad industrial, los procedimientos para reclamar la solución de un conflicto de intereses; en fin su contenido amplio proveniente de actividades sujetas a constante cambio hacen que este derecho sea uno de los más nutridos en experiencias que muchas veces rebasan la previsión del legislador.”⁵

En el caso de Guatemala, la historia del Derecho Mercantil se puede iniciar hablando lo acontecido en la época de la colonia, cuando se regía por un sistema jurídico derivado de la legislación española.

Entre las leyes que regían y que contenían normas que reflejarían la actividad comercial, se encontraban la recopilación de leyes de indias, las leyes de castilla, las siete partidas y las ordenanzas de Bilbao. En la época de la independencia política de Centro América, la legislación española sigue teniendo vigencia y es el Doctor Mariano Gálvez, a la sazón Presidente de la República, que trató de modificar las leyes, pero cometiendo el error de adoptar los llamados Códigos de Livingston que eran leyes para el Estado de Louisiana, Estados Unidos del norte de América; que comprendían normas distintas al comercio,

⁵ **Ibid.** Pág. 24.

pero como es de suponer, eran dedicadas a una cultura diferente a la nuestra, por lo que fue un fracaso. En el gobierno conservador de Rafael Carrera, no evolucionan nuestras leyes en lo que a materia mercantil se refiere, adoptando la legislación española, utilizando las leyes del toro y la novísima recopilación. En el año de 1877, se promulgan nuevos Códigos en Guatemala, siendo estos, el Código Fiscal, Código Civil y Código de Comercio que contenía una ley especial de enjuiciamiento mercantil. En el año de 1942, se promulga un nuevo Código de Comercio, Decreto número 2946 del Presidente de la República. El veintiocho de enero de 1970, se promulga nuestro actual Código de Comercio, Decreto 2-70, del Congreso de la República. Al respecto el autor citado, es decir, el Doctor Villegas Lara refiere: “El que pretende ser instrumento moderno, adaptado a las nuevas necesidades de tráfico comercial en Guatemala, tanto en el aspecto nacional como internacional”.

1.2 Definición de derecho mercantil

Simplemente se puede decir que el Derecho Mercantil se constituye en un conjunto de normas jurídicas, principios, instituciones, leyes que regulan la actividad que realizan los comerciantes entre sí, y entre estos y los consumidores o usuarios. Sin embargo, para efectos didácticos, se señalar a continuación varias definiciones de distintos autores:

Cervantes Ahumada lo define así: “Es el conjunto coordinado de estructuras ideales pertenecientes al ordenamiento jurídico general y destinadas a realizarse o actualizarse principalmente en la actividad de la producción o de la intermediación en el cambio de

bienes o servicios destinados al mercado en general”. El autor aclara esta definición al decir: “integran el ordenamiento jurídico mercantil normas (leyes mercantiles), sujetos (comerciantes), cosas (empresas, títulos de crédito, mercancías)”.

Los siguientes autores citados por Manuel Ossorio, definen el derecho mercantil de la siguiente manera: Según Waldemar Ferreira, “Es el sistema de normas reguladores de las relaciones entre los hombres constituyentes del comercio o que de él emergen, y abraza en su ámbito la ordenanza de aquélla actividad profesional, medianera en la circulación de los bienes entre productores y consumidores”.⁶

Capitant, se inclina por la idea privatista y considera que “El derecho mercantil o comercial, es la rama del derecho privado que rige las relaciones entre particulares relativas al ejercicio del tal profesión o que resulta del cumplimiento de actos de comercio”.

El derecho comercial es llamado también y tal vez preferentemente, derecho mercantil; y Cabanellas dice de él que “Está formado por los principios doctrinales, legislación y usos que reglan las relaciones jurídicas particulares que surgen de los actos y contratos de cambio, r realizados con ánimo de lucro por las personas que del comercio hacen su profesión. Comprende lo relativo a los comerciantes individuales, compañías o sociedades lucrativas, las actividades bancarias y bursátiles, la contratación peculiar de

⁶Ossorio, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales.** Pág. 342.

los negocios mercantiles, los títulos, valores y otros efectos del comercio, lo relacionado con el derecho marítimo y lo relativo a suspensión de pagos y quiebras”.⁷

Ramírez Gronda lo define como “La parte del derecho privado que regula las relaciones de los particulares concernientes al ejercicio de la actividad comercial, o resultantes de la realización de estos actos de comercio”.⁸

Blanco Constans lo definió como “El conjunto de principios, preceptos y reglas que determinan y regulan las relaciones jurídicas que el comercio engendra”. Para Bonilla San Martín, se entiende por derecho mercantil “El conjunto de reglas jurídicas que rigen las relaciones de derecho originadas por actos de cambio, fundamentales o auxiliares, celebradas con especulación, encaminados a tomar del productor los productos y a ponerlos a disposición del consumidor”.⁹

El Doctor Villegas Lara al respecto refiere: “Es el conjunto de normas jurídicas, codificadas o no, que rigen la actividad profesional de los comerciantes, las cosas o bienes mercantiles y la negociación jurídica mercantil”.¹⁰

⁷ Cabanellas, Guillermo. **Diccionario de derecho usual**. Pág. 231.

⁸ **Ibid.** Pág. 233.

⁹ **Ibid.** Pág. 235.

¹⁰ Villegas Lara. **Ob. Cit.** Pág. 101.

1.3 Los actos de comercio como materia más importante en el derecho mercantil

El que hacer del derecho mercantil consiste en que los actos pueden calificarse de mercantiles por su propia esencia, y por la forma en que se realizan, esta forma es la repetición, que hace desaparecer la particularidad de cada acto, es decir que los actos se dan en cantidades.

El acto realizado en masa llevado a cabo constantemente por ser la actividad cotidiana del sujeto que lo hace; es la actividad del comerciante que vende mercancía diariamente. La repetición del acto mercantil tiene consecuencias en el acto mismo, estas se producen internamente en el sujeto que lo ejecuta y externamente en el acto ejecutado. El comerciante adquiere destreza en su ejecución; las formas del acto se simplifican casi a meros esquemas pero garantizando al público el estricto cumplimiento de las formalidades que persisten.

En los contratos de adhesión, por ejemplo, se hace sentir la masificación de los actos, no sólo en la parte que los realiza sino también en la otra parte; en consecuencia si los efectos son comunes a ambas partes, el acto debe considerarse mercantil para las mismas. Cuando más amplia es la realización en masa de negocios jurídicos por el comerciante, es necesaria una adecuada organización por parte del mismo.

1.4 Características del derecho mercantil

Se entiende que el Derecho Mercantil tiene la característica de ser un ámbito que se encuentra en constante cambio y evolución, precisamente porque el comercio esta en constante cambio; actualmente los cambios que se están suscitando en el ambiente competitivo local, regional (apertura comercial, globalización, tratados de libre comercio). Lo anterior exige que el comercio en las formas de negociar sea rápido y se desenvuelva a nivel nacional e internacional, lo cual, viene a determinar las características del derecho mercantil:

- a) Es poco formal. Los negocios mercantiles se concretan con pocas formalidades, pero más que todo, el poco formalismo se traduce en que las partes pueden elegir la forma que deseen; en tanto que la forma (salvo excepciones tratadas adelante) en derecho mercantil no es un requisito ad solemnitaten, sino ad probationem, esto quiere decir, que la formalidad exigida por la ley en la constitución y otorgamiento de un acto jurídico tiene como finalidad la prueba del acto jurídico, la ausencia de la formalidad requerida no invalida el acto, ya que se puede subsanar posteriormente, o sea que la forma no es esencial para la existencia del acto jurídico, su finalidad principal es prueba del acto jurídico. En este orden de ideas, el Artículo 671 del Código de Comercio indica: "(Formalidades de los contratos).- Los contratos de comercio no están sujetos, para su validez, a formalidades especiales. Cualesquiera que sean la forma y el idioma en que se celebren, las partes quedarán obligadas de la manera y en los términos que aparezca que

quisieron obligarse. Los contratos celebrados en territorio guatemalteco y que hayan de surtir efectos en el mismo, se extenderán en idioma español. Se exceptúan de esta disposición los contratos que, de acuerdo con la ley, requieran formas o solemnidades especiales”. Como el contrato de sociedad mercantil, (Art. 16 del Código de Comercio): “(Solemnidad de la Sociedad).- La constitución de la sociedad y todas sus modificaciones...se harán constar en escritura pública”.

- b) Inspira rapidez. El tráfico comercial exige una amplísima liberación de las dificultades jurídicas para la realización de los negocios, y en lugar de formas complicadas, requiere de recursos jurídicos rápidos para la pronta realización de las exigencias del comercio, y al ser poco formalista, el derecho mercantil contribuye a la rapidez dentro del tráfico comercial; el comerciante debe negociar en el menor tiempo posible, porque de no hacerlo así, la competencia podría hacerle perder el negocio.
- c) Adaptabilidad. El derecho mercantil es un derecho elástico y flexible y las normas jurídicas que surgen para cada nueva necesidad del tráfico, se requiere que frente a aspectos cambiantes no obstaculicen, sino al contrario faciliten los negocios mercantiles, adaptándose a las nuevas circunstancias.
- d) El derecho mercantil tiende a ser internacional. Actualmente la dinámica del comercio, los cambios competitivos citados anteriormente, hacen que el derecho mercantil, el comercio y las instituciones jurídicas mercantiles tiendan a ser

uniformes, permitiendo el intercambio a nivel internacional. Esto es que el tráfico mercantil no está limitado ni vinculado a fronteras políticas de los Estados, sino al contrario, se tiende a vender los productos nacionales en el extranjero y así mismo, a la compra de productos extranjeros.

- e) Posibilita la seguridad del tráfico mercantil. Esta seguridad es en la forma de contratar que regula la legislación mercantil, la que a pesar de ser incipiente en el tráfico comercial se garantiza en la observancia estricta de que la negociación mercantil está basada en la verdad sabida y la buena fe guardada, por lo que ningún acto posterior puede desvirtuar lo que las partes han querido al obligarse.

1.5 Principios del derecho mercantil

Los principios son postulados sobre los cuales se basa la realización del contenido íntegro del Derecho Mercantil. El Doctor Villegas Lara señala: “Los principios que inspiran al derecho mercantil son:

- a) La buena fe. Según este principio en el derecho mercantil, las personas individuales o jurídicas, realizan sus actividades mercantiles de buena fe, en sus intenciones y deseos de negociar, esto porque es un requisito esencial de los contratos mercantiles que permite interpretar los actos de comercio con arreglo a este principio, toda vez que en oportunidad será preferible atender a la intención de las partes contratantes que se relacionan mercantilmente a la sombra de la

confianza que mutuamente se inspiran, que a la ley que por demasiado severa y poco práctica no cumple en determinadas ocasiones las exigencias jurídicas que está llamada a desempeñar.

- b) La verdad sabida. Siendo el comercio una manifestación de la actividad humana, claro es que la verdad sabida unida con la buena fe de las partes que se relacionan para negociar con los productos o la prestación de servicios que la industria del hombre proporcionan ha de observarse rigurosamente, ya que sería muy difícil el progreso comercial si los comerciantes no conocieran sus derechos y obligaciones en los negocios mercantiles que realizan.
- c) Toda prestación se presume onerosa. Se refiere este principio a que los comerciantes en todo bien o servicio que negociaren no será en forma gratuita.
- d) Intención de lucro. Se refiere este principio a que los comerciantes en su actividad profesional buscarán obtener una ganancia o utilidad.
- e) Ante la duda deben favorecerse las soluciones que hagan más segura la circulación. Según este principio, los comerciantes en su actividad y por ser el derecho mercantil poco formalista deben a través de la buena fe y verdad sabida, posibilitar el tráfico mercantil en forma segura”.¹¹

¹¹ **Ibíd.** Pág. 112.



CAPÍTULO II

2. El negocio jurídico mercantil

Es un acto muy importante dentro del Derecho mercantil, y regula todo lo relacionado a las obligaciones de carácter comercial.

2.1 Definición de negocio jurídico mercantil

Cuando se habla de negocio automáticamente opera la mente para entender que se trata de una actividad, de un sistema, un método o forma de obtener dinero, a cambio de ofrecer bienes o servicios a otras personas. Se entiende como negocio jurídico entonces, el acto humano de manifestación de voluntad que produce dentro de los requisitos fijados por el derecho los efectos jurídicos queridos por quien los realiza. Sin embargo, surgen definiciones más formales expuestas por tratadistas y estudiosos sobre el Derecho Mercantil. Dentro de los autores que se consultaron y definen el negocio jurídico, se encuentran los siguientes:

Winscheid citado por Eugéne Petit, manifiesta que el negocio jurídico: “Es una declaración de la voluntad, que mira a producir un efecto jurídico.”¹²

¹² Petit, Eugene. **Tratado elemental del derecho romano**. Pág. 178

Nicolás Coviello por su parte manifiesta que debe entenderse por negocio jurídico: “La manifestación de voluntad, de una o más personas, cuyas consecuencias jurídicas van enderezadas a realizar el fin práctico de aquellas.”¹³

Diego Espin Canovas, manifiesta que el negocio jurídico: “Es la declaración de voluntad privada, encaminada a conseguir un fin práctico jurídico, a los que el ordenamiento jurídico, bien por si solos, o en unión de otros requisitos, reconoce como la base para producir, determinadas consecuencias jurídicas.”¹⁴

Guillermo Cabanellas define al negocio jurídico como: “Todo acto o actividad, que presenta algún interés, utilidad o importancia para el derecho y es regulado por sus normas.”¹⁵

Guillermo Ospina Fernández y Eduardo Ospina Acosta, se pronuncia al respecto del negocio jurídico, que: “Es la manifestación de voluntad directa y reflexivamente encaminada a producir efectos jurídicos.”¹⁶

Shom, citado por Federico Puig Peña, también define al negocio jurídico, indicando que es: “una declaración de voluntad privada, que el derecho sanciona confiriéndole efectos apetecidos”.¹⁷

¹³ Coviello, Nicolás. **Doctrina general del derecho civil**. Pág. 353.

¹⁴ Espin Canovas, Diego. **Manual de derecho civil español**. Pág. 415.

¹⁵ Cabanellas, Guillermo. **Ob. Cit.** Pág. 535.

¹⁶ Ospina Fernández G. y Ospina Acosta E. **Teoría general de los actos o negocios jurídicos**. Pág. 18.

¹⁷ Puig Peña, Federico. **Tratado de derecho civil español** Pág. 458.

Ruggiero también citado por Puig Peña. Define que el negocio jurídico es: “Una declaración de voluntad del particular, dirigida a un fin, protegido por el ordenamiento jurídico.”¹⁸

Heitffrom, citado por Puig Peña, define al negocio Jurídico como: “Expresión o manifestación de voluntad, dirigida a producir un efecto jurídico y apropiado para ello según el derecho objetivo.”¹⁹

Federico Puig Peña al referirse a las definiciones citadas anteriormente, las analiza de la manera siguiente: Estas definiciones en principio son aceptadas, si bien, tienen el inconveniente de asentar total y exclusivamente el negocio jurídico en la declaración de voluntad, prescindiendo de otros elementos que pueden también formar parte del negocio. En este sentido estimamos plenamente certera, la definición que del negocio jurídico da Castán: diciendo que: “el acto integrado por una o varias declaraciones de voluntad privada, dirigidas a la producción de un determinado efecto jurídico y a las que el derecho objetivo reconoce como base del mismo, cumplidos los requisitos y dentro de los límites que el propio ordenamiento establece”.²⁰

Después de estudiar las definiciones citadas y consultar otras, las cuales sería innecesario consignar en este trabajo, estoy de acuerdo con Puig Peña, en el sentido de que la definición de Castan Tobeñas, es la que se ajusta más a lo que significa el

¹⁸ **Ibíd.** Pág. 459.

¹⁹ **Ibíd.** Pág. 459.

²⁰ **Ibíd.** Pág. 459.

negocio jurídico, porque no solo es una declaración de voluntad, sino así mismo necesita de otros requisitos para su complemento en cuanto al fin, la voluntad debe perseguir fin práctico, el cual no necesariamente debe ser índole patrimonial bastando que el derecho lo proteja por ejemplo: el matrimonio, la adopción, la filiación, que son de carácter familiar y también constituyen negocios jurídicos.

El tratadista Lehmann citado por Puig Peña, que es citado por la Licenciada Mirna Estela Mejía Ordoñez de Escobar, en su tesis "El negocio jurídico, su forma": "Negocio jurídico y declaración de voluntad no son idénticos. Para que una declaración de voluntad pueda surtir efecto, deberán concurrir normalmente además de los requisitos de la declaración, una serie de presupuestos de validez denominados también condiciones jurídicas -condiciones juris-, en contraposición a las condiciones establecidas por las partes. Al conjunto de estos presupuestos de validez, junto con la declaración de voluntad, se denomina negocio jurídico. El negocio jurídico es pues un supuesto de hecho cuya parte constitutiva esencial esta integrada por una o más declaraciones de voluntad y cuyos efectos se determinan de acuerdo con el contenido de estas declaraciones." ²¹

²¹ Mejía Ordoñez de Escobar. **El negocio jurídico**. Pág. 8.



2.2 Elementos que integran el negocio jurídico mercantil

2.2.1 Elementos esenciales

Se puede delimitar un sentido general y amplio, que los elementos de un contrato lo constituyen sus componentes, sus partes. En un sentido formal los principales y fundamentales principios que lo integran y contribuyen a su formación y validez. Los elementos de los contratos y de los negocios jurídicos en general, se han clasificado doctrinariamente en esenciales, como necesarios para que exista cualquier negocio jurídico o un tipo determinado de negocio, sin los cuales no puede existir; la falta de alguno de ellos conlleva ineficacia y nulidad absoluta del contrato. Con estos la causa y la declaración de voluntad, aunque algunos tratadistas agregan a ellos el objeto y la forma. Pero estimo que la forma como el objeto no son requisitos esenciales comunes a todo tipo de negocio, sino que son esenciales. Los elementos esenciales se dividen en:

- a) Elementos esenciales comunes a todos los contratos
- b) Elementos esenciales especiales a una clase de contratos
- c) Elementos esenciales especialísimos.

En el caso de los elementos esenciales comunes a todos los contratos, se refieren a su indispensabilidad y cuenta con las siguientes características:

- a) Consentimiento que no adolezca de vicio Dos voluntades con objetos distintos.



- b) Capacidad legal del sujeto que declara su voluntad.
- c) Objeto lícito.
- d) La causa

2.2.2 Elementos esenciales especiales

Son los elementos indispensables, pero solo a una clase determinada de contratos como los contratos solemnes. En los contratos reales, que es necesaria la entrega de la cosa.

2.2.3 Elementos esenciales especialísimos

Se trata de elementos que son importantes para un solo contrato, como el precio en la compra-venta.

2.2.4 Elementos naturales

Son los elementos que normalmente acompañan al negocio, por ser conformes a su naturaleza, se les sobre entiende aunque no se expresen, pero las partes pueden excluirlos voluntariamente por no ser necesarios.

2.2.5 Elementos accidentales

Son los que no son ni necesarios para que exista el negocio, ni normalmente se entienden contenidos en él, pero la voluntad de las partes pueden añadirse al negocio, son fundamentalmente elementos accidentales de importancia: la condición, el plazo, el modo.

El Código Civil, Decreto ley 106, en el libro V, trata de las obligaciones en general, en su título I, emplea la frase “del negocio jurídico”, y en su capítulo I, lo referente a la declaración de voluntad, lo cual es de suma importancia para el negocio jurídico.”²²

“Como afirma Jors-Kunkel, citado por el licenciado Vásquez Ortiz, “representa el formalismo un hecho general en la historia de la civilización, la expresión necesaria del derecho mismo ya que solo la palabra solemne, el acto ceremonial tiene efectos jurídicos.”²³

Esta fue también la característica del Derecho Romano. Los actos están inseparablemente ligados a su forma, y a la menor desviación en el cumplimiento de las prescripciones legales traía aparejadas la nulidad del acto, sin que a ello constara, que en el consentimiento, de los otorgantes apareciere inequívocamente probado.

²² Acosta Zac, Lizardo. **La nulidad absoluta del negocio jurídico de compraventa de bienes arqueológicos de Guatemala.** Pág. 43.

²³ **Ibid.** Pág. 44.

La forma en esta primera etapa de su evolución, no era simplemente medio de prueba, sino que integraba el acto mismo como elemento esencial. Diversos factores influyeron en la evolución posterior del formalismo, que con el devenir del tiempo perdió aquella rigidez sofocante, al impulso principalmente de la iglesia católica, que impuso en aras de la buena fe, el predominio de las formalidades orales a las escritas y coexistentes con ellos las llamadas formas reales.

Pero, aun manteniéndose actualmente la libertad de forma como principio general, la seguridad y certidumbre de los negocios e intereses de la vida privada provocan una nueva reacción hacia el empleo de la forma escrita o documental, con miras a la prueba del acto y a su publicidad.”²⁴

Antes de establecer aspectos relevantes acerca de los elementos que integran el negocio jurídico como tal y que refieren la esencia de este, es importante señalar lo siguiente: “Al estudiar la esencia del negocio jurídico se observa, cómo se le reconoce a la voluntad poder para crear relaciones jurídicas reconocidas por el derecho. Los romanos no definieron, desde luego, el negocio jurídico, y en el código civil guatemalteco sucede lo mismo. Pero es posible construir, tomando como base sus principios, una definición. Los autores no están de acuerdo al definir el negocio jurídico, y por esto se nota la variedad de criterios formulados por juristas como Windsched, Dernburg, Bonfante, Scialoja, Van Wetter y otros.

²⁴ **Ibid.** Pág. 46.

Pero el problema surge cuando se trata de precisar los últimos términos de la definición. ¿La voluntad que constituye el alma del negocio jurídico qué alcance debe tener? Algunos autores afirman que es necesario que la declaración de voluntad se dirija a la producción de todas las consecuencias jurídicas propias del acto, de tal modo que solo lo querido por el sujeto es lo que se reconoce por el ordenamiento jurídico.

Este criterio es indudablemente exagerado porque si fuera cierto se realizarían en la práctica muy pocos negocios jurídicos con todos sus efectos, ya que estos no pueden tenerse siempre a la vista por las personas que intervienen en él. Otros autores mantienen la opinión de que basta querer un simple resultado económico o práctico para que se produzcan todas las consecuencias jurídicas propias del acto. Esta doctrina no esta de acuerdo, indudablemente, con las fuentes romanas. Por esta razón preferimos aceptar la opinión de los que afirman que la voluntad individual basta que se proponga un resultado jurídico de carácter general. En los textos romanos puede basarse esta opinión.

Por ejemplo, el que va a realizar un contrato de compra-venta, no puede tener conciencia plena de todas las consecuencias jurídicas propias de este acto, pero de derecho viene, indudablemente, en su ayuda haciendo que emanen todos los efectos, tanto los inmediatos como los mediatos, propias de ella. El derecho es verdad que se ha puesto en circulación a consecuencia de la voluntad manifestada, pero independientemente de ella, han surgido consecuencias jurídicas que muchas veces ni remotamente han tenido de ella conciencia los sujetos de la relación jurídica.

Concretando, se puede señalar como elementos esenciales del negocio jurídico los siguientes:

a) La declaración de voluntad

Respecto al primer elemento esencial, se hace imprescindible en este tipo de negocios que la voluntad se exteriorice, pues como dijo Ulpiano refiriéndose al Derecho Penal: “cogitatione nemo penam patitur”, o sea, “nadie se perjudica por su pensamiento”.

b) La capacidad en el sujeto

En cuanto a la capacidad, tanto de derecho como de hecho es una condición de carácter general en todos los actos jurídicos. Y el requisito que exige que el ordenamiento jurídico reconozca a la declaración de voluntad consecuencias legales, constituye un elemento esencial, ya que si no fuera así el derecho quedaría a merced de la voluntad humana, y no le fijaría a esta los límites propios de la convivencia social.

c) La atribución por el ordenamiento jurídico a esa declaración de resultados jurídicos.

d) Que el objeto reporte un interés, que sea posible y lícito.

El objeto del acto jurídico debe reportar un interés, pues de lo contrario el derecho no lo sancionaría. Los romanos en este sentido establecieron que sin utilidad para alguna de

las partes el acto era nulo. Esto puede, principalmente, observarse en materia de constitución de servidumbres.

La licitud del objeto es natural que exija, pues el derecho no puede amparar nada que sea inmoral o ilícito. Así se comprende que el jurista Ulpiano signifique, que no tenían validez las estipulaciones torpes. La posibilidad del objeto, está íntimamente relacionada con su existencia, tanto física como jurídica. Si convenimos la entrega de una cosa que no puede realizarse físicamente, no puede reconocérsele por el derecho validez a este pacto, debido a la inexistencia del objeto. Pero, además hay imposibilidades jurídicas, o sea, cuando existiendo físicamente el objeto, sin embargo, el derecho prohíbe que se celebren pactos sobre él.

En el Derecho Romano se encuentran muchas cosas fuera del comercio jurídico, como eran, las públicas, las sagradas y las religiosas. En los textos romanos se significa, especialmente, que las estipulaciones sobre ellas eran inútiles.²⁵

En el Código Civil guatemalteco se comete el error de que el negocio jurídico y declaración de voluntad son sinónimos, al dar por sentado que el negocio jurídico es una declaración de voluntad, como lo expresa el Artículo 1251, que exige para su validez, además, la capacidad legal del sujeto que declara su voluntad, el consentimiento que no adolezca de vicios y el objeto lícito.

²⁵ Camus E. F. **Curso de derecho romano. Doctrina del negocio jurídico.** Pág. 14.

2.3 Clasificación del negocio jurídico mercantil

El negocio jurídico se clasifica así: a) unilateral y bilateral; b) intervivos y mortis causa; c) oneroso y gratuito; d) solemne y no solemne; e) causal y abstracto.

Es unilateral cuando, se verifica por la voluntad de una sola persona, como por ejemplo, el testamento. El acto testamentario exige solo la voluntad del testador, y lo mismo sucede con la ocupación y la manumisión de esclavos.

En el negocio jurídico bilateral, en cambio, es necesaria la concurrencia de las voluntades de dos o más personas, como por ejemplo, en los contratos en que se exige el consentimiento de los otorgantes. Se distingue en la doctrina el negocio jurídico bilateral del acto colectivo o complejo, regulado en la doctrina germana. En el contrato o negocio jurídico bilateral, se contraponen las voluntades de los contratantes, mientras que en el acto colectivo, se suman y coordinan estas voluntades, para llegar a un acuerdo.

Intervivos y mortis causa, se produce atendiendo al momento en que ha de suceder, sus efectos se divide en mortis causa e inter-vivos. Los negocios jurídicos mortis causa son aquellos que surten efectos después de la muerte del titular. Este negocio jurídico, es esencialmente revocable como acto de última voluntad, aunque en el Derecho Romano no siempre tuvo esta característica esencial. Al contrario, son negocios inter-vivos, todos los demás que tienen eficacia en vida de la persona que los realiza.

Ahora bien, el negocio jurídico se califica de oneroso, cuando a la prestación de una de las partes corresponda otra en cambio, como sucede en los contratos de compra-venta, de arrendamiento, etc. Y es gratuito o lucrativo, sino existe la contraprestación, o sea, cuando una persona dispone de sus valores patrimoniales, sin equivalente de ningún género, como por ejemplo, la donación. Además existe un contrato especial oneroso, que se llama parciario, que consiste en un compromiso por el que se entrega algo, en cambio de una participación en las ganancias, como por ejemplo; si se arrienda un inmueble entregando una cuota representada por los grupos que se obtengan de su explotación. A esto se llama colonia parciaria o aparcería.

Otra difícil de los negocios jurídicos es cuando se consideran solemnes y no solemnes. Los negocios jurídicos de naturaleza solemne, son aquellos cuya validez depende de las formalidades que hay que cumplir exigidas por la ley. Es decir, que no basta la voluntad de las partes, sino que deben cumplirse una serie de requisitos formales que la ley impone, para hacer más evidente y cierta la voluntad. El negocio jurídico será no solemne en el caso contrario, o sea, cuando son válidos, sin necesidad de sujetarse a formalidades externas, predominando como consecuencia la voluntad. En el Derecho Romano esta clasificación tiene un singular interés, porque traza los límites entre el derecho antiguo y el derecho nuevo, así como señala el progreso jurídico que experimenta este pueblo a través del tiempo. En todos los ordenamientos jurídicos primitivos, predomina la forma sobre el fondo, pues la validez del negocio depende del cumplimiento de ciertas formalidades.

El Derecho Romano no puede ser una excepción y por esto observamos una serie de formas verbales, que se exigen en los negocios jurídicos primitivos predominantes. En los códigos actuales, al contrario, las formalidades tienen otros fines, pues funcionan como medio de prueba, o para, proporcionarle publicidad al acto. No tienen la misma significación que tuvieron sobre todo en el Derecho Romano antiguo.

Se puede clasificar también como abstracto y causal. El negocio jurídico es causal cuando se subordina su validez a la existencia de una causa concreta. El negocio jurídico abstracto no tiene contenido, por eso se llama también formal, mientras que al causal le sucede lo contrario.

“Es natural que las solemnidades que se requerían para los pagos en el derecho primitivo se acomodaran a estos cambios de la moneda. “La solutio per aes et libram”, como fórmula general de pago, en el Derecho Antiguo consistió, fundamentalmente, en un acto por el cual se pesaba el metal que se entregaba, en una balanza que portaba el “libiripens”, ante cinco testigos que debían ser ciudadanos y capaces, lo cual le pronunciaban ciertas palabras solemnes.”²⁶

2.4 Características del negocio jurídico mercantil

Dentro de las que existen, se pueden señalar como importantes, las siguientes:

²⁶ **Ibíd.** Pág. 17.

1. Un acto jurídico: debe estar integrado por una o varias declaraciones de voluntad debidamente manifestada.

2. Normativo: la legislación ha delegado en los particulares la potestad de crear normas de carácter particular, obligatorias, aceptadas entre ellos y en la delegación, están sentadas las bases, para considerar el contrato como una ley.

3. Conlleva un fin jurídico: que la ley creada sea respetada por las partes u demás personas o sea que éste reconocido y protegido por el derecho positivo.

4. Es un acto real: como entrega de la cosa, en los negocios reales, como lo establecen los Artículos 1,809 y 1,810 del Código Civil.

5. Es un acto oficial: como la inscripción de bienes inmuebles, y algunos bienes muebles siempre que sean identificables en el registro general de la propiedad, como indican los Artículos 1,124, 1,125 y 1,808 del Código Civil.”²⁷

2.5 Principios fundamentales del negocio jurídico mercantil

Los principios constituyen una base para la correcta aplicación del derecho mercantil en los negocios que realizan los comerciantes y población en general, los cuales se detallan de la siguiente manera.

²⁷ Acosta Zac, **Ob. Cit.** Pág. 4.

2.5.1 El consentimiento

La palabra consentimiento viene del cum sentire, sentir en unión, es decir, converger dos voluntades sobre un mismo punto. Momento y Lugar del perfeccionamiento: el Artículo 1518 del Código Civil establece: “Los contratos se perfeccionan por el simple consentimiento de las partes, excepto, cuando la ley establece determinada formalidad como requisito esencial para su validez.”

- a) Vicios del perfeccionamiento: No es lo mismo la ausencia total de la voluntad que el simple vicio de la voluntad expresada. Se denominan vicios de la voluntad, las irregularidades a que aquella, queda sometida en el desarrollo de los vicios jurídicos.

2.5.2 La capacidad

La capacidad para contratar en términos generales se entiende por capacidad, la relación que se tiene en relaciones jurídicas determinadas, para ser sujeto activo o pasivo. La capacidad puede ser absoluta, si permite actuar en toda clase de actos jurídicos, al respecto el Artículo 8 del Código Civil regula: “La capacidad para el ejercicio de los derechos civiles se adquiere por la mayoría de edad. Son mayores de edad los que han cumplido dieciocho años”; y relativa cuando consiente realizar algunos actos jurídicos y no otros. Según el Artículo 1254 del Código Civil: toda persona es legalmente capaz para hacer declaración de voluntad en un negocio jurídico, salvo aquellas a

quienes la ley declare específicamente incapaces. Incapacidad para contratar según el Artículo 1255 del Código Civil: la incapacidad relativa de una de las partes no puede ser invocada por la otra en su propio beneficio si oportunamente la hubiere conocido.

2.5.3 Objeto de la negociación

El objeto del negocio jurídico debe reunir los siguientes requisitos:

- A) Que sea posible; B) Que no sea contrario a la ley; C) Que no sea contrario a las buenas costumbres; D) Que no sea contrario a la moral.²⁸

2.6 Fuentes del negocio jurídico mercantil

2.6.1 La costumbre

Es una forma en la cual el negocio jurídico que es el compromiso de dos voluntades ha sido respetado y reconocido en la práctica social y considerada como obligatoria por la comunidad. En la sociedad primitiva, la costumbre era una regla general de conducta, producto de las condiciones económicas de carácter colectivo en que se vivía.

²⁸ **Ibíd.** Pág. 11.



2.6.2 La ley

Ha sido el método más eficaz para lograr una armonización de las relaciones entre los seres humanos, desde las más simples hasta las más complejas. Es la figura que determina relaciones jurídicas legalmente y reconocidas por una comunidad las cuales se dan de forma escrita e incluso por personas reconocidas encargadas de la interpretación y aplicación de las mismas en las relaciones de voluntades para un negocio determinado.



CAPÍTULO III

3. Aspectos doctrinarios y legales de las formas de resolución de conflictos

Los conflictos surgen fundamentalmente con el crecimiento de la población, por lo que es importante mencionar algunos aspectos doctrinarios que pueden beneficiar a todos los habitantes del conglomerado social.

3.1 Aspectos considerativos

Las formas de resolver conflictos datan desde tiempos remotos, a partir del momento en que existen dos personas que lógicamente pueden tener criterios encontrados y que ameritaba resolverlos de la mejor manera posible. Se presentan como pilares importantes de la Alternativas Extrajudiciales de solución de conflictos, los métodos que a continuación se van a describir y que de alguna manera han contribuido a resolver la grave congestión de expedientes y tramites que se realizan ante los tribunales de justicia, a pesar de que no es como se esperaba.

Siempre por razones culturales, las personas dejan en manos de los jueces la resolución de sus controversias, esperando cada una de las partes que intervienen que se haga justicia, aunque lo piensen las dos personas que están en la controversia inmersas, pero eso especialmente en el ámbito del comercio y lo mercantil, ha sido cambiando.

La necesidad de implementar mecanismos que responde a la realidad del nuevo orden económico mundial hace necesario recurrir a estos métodos alternativos, que resurgen del pasado para presentarse como procesos ideales que encajan perfectamente, en el resurgimiento del principio de la autonomía de la voluntad, el mercado global y el libre comercio.

3.2 Concepto

Para tener un concepto de formas de resolución de conflictos, es necesario aclarar el significado de cada uno de sus elementos que lo conforman, forma, resolución y conflicto.

- a) Forma, significa el modo de proceder, aptitud, disposición, manera estilo. Expresión de la voluntad de las partes y constancia de un negocio jurídico. Procesalmente, tramitación y procedimiento, en contraposición al fondo de una causa o pleito.

- b) La resolución, es la acción y efecto de resolver o resolverse, Solución de Problema, conflicto o litigio. La palabra resolución procede de la voz latina Resolutio, que significa, “acción y efecto de resolver”. Resolver procede del Latín: re y solvere, que significa soltar, desatar. Desatar una dificultad o dar solución a una duda. Hallar la solución de un problema.

c) Resolver es poner término a un conflicto o problema.

d) En cuanto al conflicto, “es lo más recio o incierto de un combate, pelea o contienda. Oposición de intereses en que las partes no ceden. El choque o colisión de derechos o pretensiones.”²⁹

Entonces, se definen a los métodos de resolver conflictos, como la forma que se utiliza para resolver las diferencias que se suscitan entre las personas. El proyecto de construir una cultura de paz en buena medida no es otra cosa que el reto planetario de abordar los conflictos desde otra mirada, con otros utensilios y con otros propósitos.

La alternativa a la cultura de la violencia ha de sustentarse en la negociación, el diálogo, la mediación, el apoderamiento, la empatía y la capacidad de manejar los propios conflictos.

Cuando se habla de conflictos se ha de remontar a determinaciones de que sólo en ocasiones extremas se refiere a guerras, a los conflictos armados. Bajo ningún concepto se debe olvidar la expresión no belicista de los conflictos, y en particular cuando se pretende vincular el estudio de los conflictos con la cultura de la paz, pues eso involucra concepciones extremas de las resoluciones de conflictos que a diario se suscitan entre las partes o los particulares, pues lo anterior, denota una intervención de Estados, o de personas poderosas que pertenecen a esos estados.

²⁹ Ossorio Manuel, *Ob. Cit.* Pág. 199.

3.3 Formas de resolver conflictos

Como se ha señalado, la resolución de conflictos se puede dar diferentes maneras y formas, todas ellas dependen siempre del contexto, la sociedad y el momento histórico en que se este viviendo, en la antigüedad la resolución del conflicto se dio de manera dialogada, consciente y siempre en el marco de la amigable composición, como por ejemplo en la civilización griega en tiempos de Platón, Sócrates y Demóstenes, que impulsaron el dialogo y la razón. Sin embargo en otro periodo de la historia, con el crecimiento poblacional y los fenómenos de las invasiones de los pueblos Hebreos, Chinos, Fenicios persas, la resolución del conflicto se da mediante la fuerza y la represión incluida el exterminio de la población enemiga, como se observa de este relato la resolución de los conflictos se a dado desde la forma del dialogo hasta la acción brutal imponiendo la fuerza.

En la actualidad, hay dos maneras de resolver los conflictos:

- a.- Las formas judiciales que se basan en el imperio de la ley.

- b.- Las formas extrajudiciales o formas alternativas de resolución de conflictos.

A lo largo de la historia, se han presentado diferentes sistemas tendientes a resolver controversias entre distintos sujetos, de muy variadas características, condiciones, y complejidades, evolucionando algunos, extinguiéndose otros. Por lo cual en los actuales

tiempos la humanidad se encuentra frente a un gran número de alternativas que, según los distintos ordenamientos jurídicos y sociales, darán respuesta a la resolución de conflictos que cotidianamente se presentan entre distintas personas, tanto físicas como jurídicas, públicas o particulares.

Del gran espectro de métodos, podrían mencionarse los más importantes existentes en el derecho interno como en el extranjero, sin dejar de tener en cuenta que algunos de ellos presentan incompatibilidades con el ordenamiento positivo.

3.4 El proceso judicial.

Es un método de debate dialéctico entre dos partes en pie de igualdad que se presentan ante un tercero imparcial, e independiente para que este resuelva el conflicto inter subjetivo de intereses planteado en el plano de la realidad social mediante el dictado de una sentencia.

Cuando se habla del tercero, se trata del juez o jurado que han sido convocados a escuchar los hechos en una disputa y determinar si alguien es culpable, inocente o responsable. La evidencia se presenta de acuerdo a un detallado conjunto de procedimientos.

Capitant, define en sentido estricto como "conjunto de actos cumplidos para lograr una solución judicial", y Guillien y Vincent, en cuanto al procedimiento como "conjunto de

formalidades que deben ser seguidas para someter una pretensión a la justicia".
Conceptos que redondean en un sentido más técnico el método en cuestión. Este método se presenta como el sistema clásico en nuestro ordenamiento jurídico.

3.5 La negociación

Es un procedimiento de regateo consensual, en que las partes intentan llegar a un acuerdo sobre una cuestión en disputa o potencialmente conflictiva. El punto crucial es conseguir una ventaja o beneficio que no sería posible mediante la acción unilateral.

Difiere de otros sistemas de resolución en el grado de autonomía experimentado por las partes en disputa, que intentan llegar a un acuerdo sin la intervención de un tercero, sea este juez, arbitro o mediador.

La práctica de la negociación es útil para el ejercicio de algunos otros sistemas alternativos, en donde las cualidades adquiridas por el negociador revisten especial importancia para la exitosa resolución del conflicto.

La negociación en un sentido amplio, es prácticamente una constante de las sociedades para la satisfacción de muy variadas necesidades, desde tiempos primitivos.

Este mecanismo es un proceso voluntario, usualmente informal, no estructurado, al que las partes recurren para lograr un acuerdo mutuamente aceptable, sin la intervención de un tercero neutral. Se hace directamente entre las partes, generalmente la negociación

guarda relación con un proceso de concesiones y compromisos mutuos donde las partes han vencido discusiones, regateos y presiones hasta alcanzar la solución de sus divergencias.

La negociación o trato directo es una herramienta básica para la mediación de conflictos. En el país siempre ha estado presente dicha figura en forma de la transacción. La idea es que la negociación sirva como herramienta para que el acuerdo se transforme en algo útil y funcional para las dos partes.

Este concepto tiene elementos fundamentales que son.

- a) Tener necesidades y querer satisfacerlas constituyen el común denominador de las negociaciones.
- b) Cada negociación es diferente, pero la mayoría de autores hablan de cuatro elementos presentes en la negociación: Las personas, los intereses, las alternativas, los criterios.

3.6 La auto composición

Se entiende por auto composición la renuncia del derecho propio en beneficio del enteres ajeno. Sus Manifestaciones pueden ser Unilaterales o bilaterales, según

proviengan de ambas partes del litigio o de una de ellas. Es una solución que proviene de la voluntad de ambas partes. Las manifestaciones unilaterales de la auto composición son; el desistimiento, el allanamiento, y el perdón del ofendido, haciendo referencia a aquellos delitos perseguidos por querrela, donde el perdón del ofendido extingue la pretensión punitiva del Estado.

La forma bilateral de la auto composición es la Transacción, definida como el contrato en el cual las partes se hacen recíprocas concesiones a fin de resolver una disputa (Litigio). La auto composición tiene como característica que es una forma de resolver una controversia sin que un tercero decida el asunto; pero pueden participar terceros, cuando se da una negociación entre representantes de las partes.

El auto composición es, en cada una de sus formas, expresión del poder reconocido a la voluntad de los interesados para la tutela de sus intereses. El hecho de que el litigio pueda ser compuesto por las propias partes sin intervención del juez, significa que la ley se remite a la voluntad de ellas en lo que concierne a la tutela de los intereses recíprocos.

Esta Institución se encuentra regulada en los Artículos 2151, y 2169 del Código Civil Decreto Ley 106 que dispone que la transacción es un contrato por el cual las partes, mediante concesiones recíprocas, deciden de común acuerdo algún punto dudoso o litigioso, evitan el pleito que podría promoverse o terminan el que está principiado. El Artículo 2169 refiere que la transacción debe redactarse por escrito, sea en escritura

pública o en documento privado legalizado por notario; o bien, mediante acta Judicial o petición escrita dirigida al Juez, cuyas firmas estén autenticadas por notario. El Artículo 294 Del Código Procesal Civil y Mercantil Decreto Ley 107, le otorga fuerza ejecutiva al documento que contiene el contrato de transacción.

El Artículo 294 del Código Procesal Civil y Mercantil establece: Procede la ejecución en vía de apremio cuando se pida en virtud de los siguientes títulos, siempre que traigan aparejada la obligación de pagar cantidad de dinero líquida y exigible: 1º.-, 2º, 3º.-, 4º.-, 5º.-, 6º.- Transacción celebrada en escritura pública. En el código Penal Decreto número 17-73 en su Artículo 101 Las responsabilidades penales se extinguen: 1º.-, 2º.-, 3º.- Por perdón del ofendido, en los casos en que la ley lo permita expresamente.....

3.7 La conciliación

La conciliación es una importante alternativa extrajudicial de solución de conflictos. Etimológicamente conciliación proviene del verbo “Conciliare”, que significa concertar, poner de acuerdo, componer o conformar a dos partes que se debaten en una controversia de intereses o disidencia.

Acción y efecto de conciliar, de componer y ajustar los ánimos de los que estaban opuestos entre sí. Dentro del ámbito del derecho procesal, la audiencia previa a todo juicio civil, laboral o de injurias, en que la autoridad judicial trata de avenir a las partes para evitar el proceso... En el derecho del trabajo suelen también admitirse actos

conciliatorios ante la autoridad administrativa de aplicación o ante comisiones constituidas al efecto, para resolver las divergencias entre obreros o como trámite previo a las medidas de acción directa.

El Artículo 49 de la Ley de Arbitraje establece que: “La conciliación es un mecanismo o alternativa no procesal de resolución de conflictos, a través de la cual las partes, entre quienes exista una diferencia originada en relaciones comerciales o de cualquier otra índole, tratan de superar el conflicto existente, con la colaboración activa de un tercero, objetivo e imparcial, cuya función esencial consiste en impulsar las fórmulas de solución planteadas por las partes o propuestas por él, evitando así que el conflicto llegue a instancia jurisdiccional o arbitral”.

Para el jurista José Roberto Junco Vargas “La Conciliación es un proceso en el que existe una situación de conflicto entre una o más personas, quien o quienes se someten por voluntad a la intervención de un tercero imparcial que desarrolla parte activa y quien dirige y orienta, previo conocimiento de la situación del conflicto y por manejo de comunicación, y propone las fórmulas de arreglo, todo lo anterior con el fin de buscar el mutuo acuerdo como de solución”³⁰.

Legalmente se define a la conciliación como un mecanismo o alternativa no procesal de resolución de conflictos, a través de la cual las partes, entre quienes exista una

³⁰ Barrera Santos, CESID, **Folleto material para mediadores, sección de reproducción del organismo judicial 2003** Pág.15.

diferencia originada en relaciones comerciales o de cualquier otra o índole, tratan de superar el conflicto existente, con la colaboración activa de un tercero, objetivo e imparcial, cuya función esencial consiste en impulsar las fórmulas de solución planteadas por las partes o propuestas por él, evitando así que el conflicto llegue a instancia jurisdiccional o arbitral. Con el Decreto 67.95 del Congreso de la Republica, nace la conciliación como Institución “Alternativa de Solución de Conflictos no judicial”.

La Cámara de Comercio de Santa fe, Bogota Colombia define a la conciliación como; “Un mecanismo mediante el cual las partes entre quienes existe un conflicto susceptible de transacción, originado en un negocio mercantil o derivado de actividades o comerciales, tratan de superar la controversia existente, con la colaboración de un tercero, experto, objetivo e imparcial, quien orienta aquellas en las fórmulas propuestas por todos, con la finalidad de acabar el conflicto y evitar que llegue a la justicia ordinaria o arbitral”³¹.

3.7.1 Naturaleza jurídica de la conciliación

Tiende a tener carácter naturaleza privada, por ser un procedimiento voluntario, no coercitivo, en el que las partes buscan en forma colaborativa y cooperativa, alternativas y formas que nacidas de sus propias propuestas, tomando en cuenta sus propios intereses, permitan encontrar puntos de encuentro, armonía y solución al conflicto que los aqueja.

³¹ Rivera Neutze, Antonio Guillermo, **Arbitraje y conciliación, impreso Robelo 2001**, Pág.199.

Tiende a tener carácter Público cuando por disposición de la ley se tiene que realizar ante un órgano jurisdiccional, donde la conciliación se convierte en parte del acto del proceso, pero siempre basada en la autonomía de la voluntad de las partes.

3.7.2 Condiciones de la existencia de la conciliación

Es la serie de condiciones o requisitos para que un acto nazca a la vida jurídica, como lo son:

- A) La voluntad que debe de estar presente en todo acto, más aún si se trata de actos con efectos jurídicos; la voluntad se presenta en el individuo con su conducta dirigida inequívocamente a la producción de un determinado resultado. El Artículo 1251 del Código Civil guatemalteco establece: “El negocio jurídico requiere para su validez; capacidad legal del sujeto que declara su voluntad, consentimiento que no adolezca de vicios y objeto lícito”.

- B) Consentimiento, que desde el punto de vista jurídico, se entiende como el acuerdo de varias voluntades respecto de un mismo objeto, que marchan hacia un mismo deseo o querer, pero al tenor del Artículo 1251 del código civil guatemalteco, el consentimiento debe carecer de vicios, los cuales son; el error, dolo, violencia y coacción.

- C) El objeto, siendo un requisito esencial para que influya en el nacimiento o existencia de un determinado acto jurídico tiene que ser físicamente posible de existencia, esto es, papable por las partes o, en su defecto, que se infiera que en el futuro pueda existir. El objeto es el ser jurídico sobre el cual va orientada la manifestación de voluntad y el consentimiento, el objeto jurídico es la cosa que es materia o base de la estructura de las obligaciones o prestaciones reciprocas de las parte. El objeto, como condición o presupuesto del acto, también se estructura en el sentido de que debe a su vez existir física como jurídicamente. Debe ser lícito, determinado y posible.
- D) Formalidad, es decir, que se encuentre regulado, y como lo dispone el artículo 50 del Decreto 67-95, el resultado de la conciliación deberá hacerse constar por escrito, sea en escritura pública, documento privado, legalizado por Notario, o bien mediante acta notarial, y producirá plena prueba en juicio o jurisdiccional.

3.7.3 Aspectos que comprende la conciliación

La Conciliación no solo tiene elementos jurídicos, contiene además aspectos de otras índoles tales como; Psicológicos, sociológicos, de autoridad, filosóficos y de conveniencia, motivo que la convierte en una institución muy compleja, en cuya celebración estos elementos se entrecruzan, combinan y mezclan, para conformar todo un sistema de comunicación y formalidades, cuyo forjador primordial es el conciliador que debe contar con la ayuda de las partes y demás sujetos que intervengan. El manejo

de estos elementos y aspectos por el conciliador exige una determinada capacitación y agilidad.

3.7.4 Substanciación de la conciliación

Como lo dispone el Artículo 50 del Decreto 67-95; “La intervención de un tercero en el proceso de conciliación podrá ser administrada por entidades establecidas para dichos propósitos, tales como los Centros de Arbitraje y conciliación u otras entidades similares. El resultado de la conciliación deberá hacerse constar por escrito, sea en escritura pública, en documento privado, legalizado por Notario, o bien mediante acta notarial, y producirá plena prueba en juicio arbitral o jurisdiccional”.

3.7.5 Efectos del acuerdo de conciliación

Los efectos serán idénticos a los del contrato de transacción si este se da. En el entendido que la Conciliación es un procedimiento o camino para tratar de arribar a un arreglo que puede, o no darse.

Sus efectos jurídicos, si se arriba a un acuerdo, son los de la transacción, conforme a lo que dispone el Artículo 50 del Decreto 67-95 Ley de Arbitraje y Conciliación; el cual establece que el resultado de la conciliación producirá plena prueba en juicio arbitral o jurisdiccional. El Artículo 186 del Código procesal Civil y mercantil Decreto Ley 107. Establece: “Los documentos autorizados por notario o por funcionario o empleado

público en ejercicio de su cargo, producen fe y hacen plena prueba, salvo el derecho de las partes de reargüirlos de nulidad o falsedad”.

Por tanto se agrega una característica más al documento en donde se contiene la conciliación.

La conciliación configura un acto, un procedimiento y un acuerdo; como acto representa el intercambio de puntos de vista de las partes; como procedimiento; esta integrada por tramites y formalidades de carácter convencional de imposición legal para facilitar el acuerdo entre las partes que han planteado un problema, como acuerdo; una vez definidos los puntos de acercamiento y acuerdo entre las partes, estos son aceptados y legitimados por medio de un acta, documento privado, escritura pública que firman las partes y el tercero imparcial.

3.7.6 El conciliador

Es un tercero distinto a las partes en litigio o en conflicto, conocedor amplio de las situaciones controvertidas, que esta dotado de las calidades, para proponer formulas de acuerdos, que es el fin primordial de sus funciones. El conciliador es el tercero imparcial que tiene parte activa en el proceso, quien dirige y orienta a las partes, previo conocimiento pleno de la situación del conflicto y, a la vez, propone fórmulas de arreglo en la relación.

A) Perfil del conciliador

- 1.- debe ser objetivo; guardando la neutralidad requerida para infundir confianza entre las partes.
- 2.- Es un tercero; es totalmente ajeno a los intereses de cada una de las partes.
- 3.- Debe de conocer el conflicto; deberá enterarse de la situación de la controversia, antes del encuentro con las partes, identificar el centro del conflicto, el querer de cada parte y sus posiciones asumidas, conocer los fundamentos de hecho de las pretensiones, contestación de la demanda y los elementos probatorios presentados.
- 4.- debe ser experto; Tener suficiente experiencia en el manejo de las relaciones interpersonales.

La conciliación se fundamenta legalmente en; los Artículos 1 y 7 de la declaración Universal de derechos humanos; que establecen la igualdad de las personas ante la ley y el derecho de protección que tienen del Estado.

3.8 La mediación

Christopher Moore define la mediación como “La intervención en una disputa o negociación, de un tercero imparcial y neutral que carece de poder autorizado de

decisión para ayudar a las partes en disputa a alcanzar voluntariamente su propio arreglo mutuamente aceptable”³².

El Doctor Carlos Castillo y Castillo precisa en su ensayo titulado “analogía y Equidad en defensa de la Mediación” que la Mediación es un método voluntario para solucionar conflictos, en el que un mediador ayuda a las personas a través del dialogo y la cooperación para que ellas mismas encuentren las mejores soluciones a sus diferencias y que todos queden satisfechos evitando así llegar a un juzgado”³³.

El Instituto de Transformación de Conflictos para la construcción de la Paz, INTRAPAZ, en su informe titulado “Practicas de la mediación en Guatemala” manifiesta que la mediación es; “Un sistema de negociación asistida, mediante el cual con la ayuda de un tercero imparcial que actúa como favorecedor y conductor de la comunicación, las partes involucradas en un conflicto intentan resolverlo por sí mismas”.³⁴.

3.8.1 Características de la mediación

La Mediación es una metodología que se caracteriza por crear un ambiente flexible para el tratamiento de las disputas o conflictos. Esta metodología tiene una práctica general establecida por etapas.

³² Rivera neutze, Guillermo, **Amigable composición, Impresos Robelos**, 2002 Pág.15.

³³ Alvarez R., Luis. **El Derecho de consumo**. Pág. 431.

³⁴ <http://www.goesjuridica.com.html> (12/10/2012).

La característica principal, es la inclusión de una tercera parte, “el mediador” que su actuación se centra en la facilitación a las otras partes para alcanzar un acuerdo o arreglo al conflicto que los aqueja.

Hay una característica muy importante que esta constituida, por la voluntariedad; para entrar al uso de este método, es necesario que se haga voluntariamente, ya que nadie puede ser obligado a participar, menos aún a aceptar las propuestas o fórmulas que pudiese ofrecérsele, a ello hay que agregar la buena fe, que las partes asumen el compromiso, y esto se refleja en el cumplimiento o no del acuerdo suscrito en el centro de mediación.

3.8.2 Naturaleza jurídica de la mediación

La mediación es, en definitiva, un proceso de resolución de conflictos, un cauce procedimental, un proceso de diálogo que intenta terminar con un contrato de transacción impropia y que depende en su iniciación, trámite y finalización enteramente de la voluntad de las partes en persistir en el mismo.

La relación que se plantea entre mediación y transacción, y más específicamente, transacción impropia, debe resolverse afirmando que una tiende hacia la otra. La mediación es el cauce y la transacción el fin, la mediación es el método y la transacción el objetivo.

3.8.3 Regulación legal de la mediación

La mediación civil, de familia y laboral tiene su fundamento legal en la Constitución Política de la República de Guatemala, La Declaración Universal de Derechos Humanos, Ley del Organismo Judicial Decreto 2-89, Código Procesal Penal Decreto 51-92. Acuerdo 11/7001 de la Honorable Corte Suprema de Justicia de Guatemala.

Todo Acuerdo de mediación de ser homologado por un Juez, en la Unidad RAC, del Organismo Judicial lo define como "Acta que contiene los acuerdos a que las partes han llegado, después de dialogar, discutir y exponer el problema, su origen, razones y consecuencias, que permite aflorar sus raíces, la conciencia y responsabilidad personal y que conduce a resolver un conflicto de interés particular con repercusiones jurídicas". Cuando al juez se le solicita homologar un acta que contiene acuerdos de mediación es con la finalidad de darle la calidad jurídica de Título Ejecutivo. El solicitante de la homologación es únicamente el mediador, quien se dirige al juez por medio de oficio.

Al tenor del Artículo 25 Quater del Código Procesal Penal Decreto 51-92, el único requisito esencial para proceder a la homologación es de que el juez, debe observar y constatar que el contenido del acuerdo de mediación, No viole la constitución Política de Guatemala o tratados Internacionales en materia de Derechos Humanos, para lo cual bastará, según el referido artículo; un breve decreto judicial que le dará el valor de título ejecutivo al convenio suficiente para la acción civil en casos de incumplimiento de los acuerdos patrimoniales.

3.9 El arbitraje

Etimológicamente arbitraje viene del latín “arbitr-Ittri”, que significa el que puede decidir o hacer una cosa sin dependencia de otros.

El arbitraje es una institución con individualidad única, pero compleja está integrado por varias partes que conforman un todo, estas partes son; la Cláusula compromisoria, el compromiso, el nombramiento de los árbitros o arbitradores, el procedimiento arbitral y el laudo.

Según Oswaldo Alfredo Gozaini, citado por Rivera Neutze, el arbitraje lo define” como un método o técnica por el cual se trata de resolver extrajudicialmente las diferencias que intercedan en las relaciones entre dos o más partes, a cuyo fin se acuerda la intervención de un tercero para que los resuelva”³⁵

El tratadista Jorge Hernán Gil, citado por el licenciado Antonio Guillermo Rivera Neutze, define el proceso arbitral como “un Procedimiento sui generis, mediante el cual, por expresa voluntad de las partes, se difiere la solución de conflictos privados transigibles, a un cuerpo igualmente colegiado integrado por árbitros, los que transitoriamente quedan investido de jurisdicción para proferir un laudo con la misma categoría jurídica y los mismos efectos de una sentencia judicial”.³⁶

³⁵ Rivera Neutze, **Arbitraje & Conciliación** Pág. 11.

³⁶ **Ibíd.** Pág. 12.

Julio J. Benetti Salgar, afirma que el arbitraje es la solución de conflictos por medio de un tribunal de arbitramento compuesto por particulares, quienes no tienen la investidura de jueces del Estado ni ninguna otra de carácter oficial, aunque la primera para efectos de adelantar y fallar el proceso que se someta a su jurisdicción desplazando naturalmente a los jueces normales y ordinarios en el conocimiento de dicha cuestión, los cuales sin embargo; conservan jurisdicción y competencia para actuar en otros conflictos distintos de aquellos que en cada caso se llevan a la justicia arbitral. ³⁷

Para Patricio Aylwin Azocar, define el arbitraje como “aquel a que las partes concurren de común acuerdo o por mandato del legislador y que se verifica ante tribunales especiales, distintos de los establecidos permanentemente por el Estado, elegidos por los propios interesados o por la autoridad judicial en subsidio o por un tercero en determinadas ocasiones”. ³⁸

3.9.1 Características del arbitraje:

Dentro de las principales se encuentra:

1.- Es un proceso de conocimiento por cuanto una contienda entre partes es sometida a una resolución judicial.

³⁷ Rivera Neutze, **Ob. Cit.** Pág. 13.

³⁸ Patricio Aylwin Azócar. **El Juicio Arbitral**, Editorial Jurídica de Chile, Pág.21.

2.- Tiene origen contractual dado que supone un convenio entre las partes para sustraer la controversia que los divide a la competencia de los tribunales permanentes y someterlos a la decisión del tribunal arbitral.

3.- El arbitraje supone la creación de un tribunal arbitral, por cuanto no existen tribunales arbitrales permanentes como los tribunales y juzgados ordinarios.

3.9.2 Naturaleza jurídica del arbitraje

Existen en cuanto la naturaleza jurídica del arbitraje las siguientes doctrinas;

- a) La contractual, que indica que teniendo en cuenta la voluntad de las partes al constituirlo y en la designación de los árbitros, algunos autores le asignan al arbitraje el carácter contractual y por ende privado. Afirman que el compromiso arbitral tienen origen a priori o a posteriori en un contrato.

Tesis bien fundamentada, pues el origen arbitral deriva del principio de la autonomía de la voluntad. Bajo esta óptica entran en juego las normas y principios relacionados al negocio jurídico. El objeto por ende debe ser lícito, determinado y posible; la manifestación de voluntad libre de vicios del consentimiento (error, dolo, violencia y coacción). Jaime Guasp, es uno de los seguidores de esta teoría, en su criterio, el arbitraje es una forma de heterocomposición por el cual cuando alguien, en unión de su contendiente, llama al tercero y se compromete a

aceptar y quedar ligado por el resultado que ese tercero proclame como dirimente entre ellos, entonces se está rigurosamente ante la figura del arbitraje; pero ello no supone que el arbitraje sea un proceso ni que el árbitro sea un juez, porque el origen de la intervención del procedimiento encausado obedece al concierto de voluntades destinadas a producir efectos jurídicos. En tal sentido no existe inconveniente alguno en hablar de arbitraje como un pacto o como un contrato. Su sede propia será, pues la regulación de los contratos dentro del derecho civil.

- b) La doctrina jurisdiccional, que expresa que el arbitraje tiene el carácter de juicio y por ende tiene naturaleza jurisdiccional. Se dice en esta doctrina, que si bien es cierto el arbitraje deriva de un contrato, sin embargo los árbitros desempeñan funciones de juez y como tal son independientes y autónomos y sin otras consideraciones que su conciencia y la ley y la ley. Desempeñan los árbitros funciones jurisdiccionales y sus resoluciones tienen el carácter de verdaderas sentencias. Morillo sostiene que el arbitraje voluntario constituye una manifestación de la justicia privada. Por efecto de esa convención la jurisdicción de derecho común experimenta una prorroga convencional hacia los árbitros. Ello se traduce en una completa sustitución de la jurisdicción del Estado en otra jurisdicción creada por las partes pero reconocida y estimulada por el Estado. Que en verdad tiene la misma eficacia que la sustituida y en razón de disposiciones legales que la estatuyen y reglamentan.

c) La doctrina mixta, es explicada por Carnacini, y dice que entre las dos doctrinas contractualitas y jurisdiccionalita, se ha situado una tercera, que opone a la primera la objeción de no tomar en cuenta que el laudo sin el efecto ejecutorio no es sentencia, ya que le falta la eficacia ejecutoria, sino también y sobre todo la calidad de obligatoria, y que objeta a la segunda que no distingue entre intensidad y naturaleza de la función desplegada de los árbitros, ya que, si el poder de ellos sería menos que el de los jueces ordinarios. Por lo tanto los árbitros tienen la potestad como la ley lo reconoce de ejercer jurisdicción por una concesión muy especial y temporal del Estado, y por ende pueden emitir una resolución con efectos idénticos a una sentencia que se denomina laudo.

3.9.3 Clasificación del arbitraje

Existen varias clasificaciones que se han realizado a lo largo de la existencia de esta institución, sin embargo, tratando de unificarlas, se describe la siguiente:

a) El arbitraje puede ser ad hoc, se entiende a aquel que se realiza caso por caso por árbitros independientes, cuya actividad se agota en el laudo respectivo, con la consecuencia de que el tribunal concluye su actuación, se termina la jurisdicción transitoria que para el efecto le ha concedido la ley, mediante la voluntad de las partes, y por lo mismo desaparece definitivamente con la desintegración de sus miembros

- b) Arbitraje Institucional: Es aquel en donde una institución de carácter permanente muchas veces denominada centro o corte administra procesos arbitrales, se encarga de promover el arbitraje y darle apoyo necesario tanto a los interesados de darle este tipo de solución de sus diferencias como al tribunal arbitral cuando este se ha constituido, bien sea designado por el propio centro o privadamente por las partes, que luego acuden al centro para que administre el arbitraje.

- c) Voluntario: Este se deriva únicamente de la voluntad de las partes y se manifiesta al otorgar el compromiso arbitral. Anteriormente a él, no existe ninguna convención por lo que cualquier parte puede exigirlo.

- d) Forzoso: Se opone al anterior y se hace obligatorio cuando la ley lo impone como un medio para solucionar un conflicto, o cuando las partes pueden exigirlo con base a un convenio anterior.

- e) De Derecho: Es aquel por medio del cual los árbitros deben de desempeñar su función juzgando y fallando conforme a derecho, adecuando el fallo a las leyes y el procedimiento también, se requiere en este tipo de arbitrajes que los árbitros sean abogados y notarios.

- f) De Equidad: Este proceso arbitral no esta rigurosamente sujeto a reglas procesales estrictas, los árbitros fallan según su ciencia y conciencia. No necesariamente deben los árbitros deben ser abogados.



- g) De Derecho Público: Se refiere a arbitrajes en donde intervienen los intereses públicos y nacionales, así como el Estado en su totalidad, tales como el arbitraje resuelto entre dos Estados.
- h) De Derecho Privado: Tradicionalmente, se considera como las dos ramas que conforman al derecho privado, el derecho civil y el mercantil. Cuando el proceso se refiere a normas sustantivas de derecho civil o mercantil, estaremos en el proceso arbitral de derecho privado.

3.9.4 Fundamento legal

Se fundamenta constitucionalmente en el Artículo 203 el cual dispone; Independencia del Organismo Judicial y potestad de juzgar. La justicia se imparte de conformidad con la constitución y las leyes de la república. Corresponde a los tribunales de justicia la función jurisdiccional se ejerce, con exclusividad absoluta, por la Corte Suprema de Justicia y por los demás tribunales que la ley establezca. El decreto 67 -95 del Congreso de la República, decreta una ley especial, especifica que regula el Arbitraje, reconociendo la jurisdicción arbitral.

CAPÍTULO IV

4. Aplicación de métodos alternativos no tradicionales de solución de conflictos mercantiles y la necesidad de su inclusión dentro del ordenamiento jurídico guatemalteco.

En la actualidad existe una serie de métodos alternativos de solución de conflictos que son desconocidos para la sociedad y son de gran importancia en el ámbito mercantil, dentro de un número globalizado.

4.1 Arbitrajes técnicos

De acuerdo al avance tecnológico y de las comunicaciones, el comercio y la industria se han expandido considerablemente, y se han involucrado en lo que se concibe como mundo globalizado. Aparte de esos avances en materia tecnológica, surgen otros casos, otras controversias distintas o tradicionales, que amerita una atención especial.

Por ello, surge en quien escribe, describir aquellos métodos no tradicionales de resolución de conflictos que se desconocen dentro de la normativa guatemalteca, y que en el mundo globalizado resultan de utilidad e interés, proponiendo por ello, su inclusión dentro del ordenamiento jurídico guatemalteco.

En relación a los arbitrajes técnicos, que si bien son conocidos en la doctrina, estos tienen especialidades bien marcadas que amerita su estudio. En primer lugar, conviene señalar que el arbitraje es un mecanismo por medio del cual las partes involucradas en un conflicto de carácter transigible, defieren su solución a un tribunal arbitral, el cual queda transitoriamente investido de la facultad de administrar justicia, profiriendo una decisión denominada laudo arbitral.

Dentro de los tipos de arbitraje establecidos y que dentro de ellos, se encuentra el arbitraje técnico, se encuentran:

- a) Arbitraje en Derecho: Es aquel ajustado a derecho que debe fundar su resolución en las normas legales y jurisprudencia vigentes.
- b) Arbitraje en Equidad: es aplicado en situaciones de confianza donde no hace falta aplicar las normas jurídicas o la jurisprudencia, sino los criterios de justicia propios de los árbitros conforme al lugar de las partes en conflicto.
- c) Arbitraje técnico: está basado en los conocimientos técnicos profesionales especializados de los árbitros que han sido nombrados.

En el caso de los arbitrajes técnicos el fallo se basa en aquellos conocimientos especiales sobre determinada ciencia, arte o profesión, que deben ser aplicados para dar un fundamento suficiente que resuelva el conflicto que sea de índole técnico.



Este tipo de Arbitraje constituye una ayuda a la justicia dando un apoyo de mayor conocimiento sobre el conflicto surgido. Aquí los árbitros no están sujetos al derecho sustantivo por el simple hecho de que se requiere sus conocimientos técnicos.

La forma en que se lauda es libre y se somete a los usos y costumbres de cada oficio, arte o profesión. Vale resaltar que este tipo de Arbitraje no se encuentra contemplado en nuestra legislación como lo está en otras.

Usualmente, para la aplicación de conocimientos especiales de una materia específica, se opta por recurrir al peritaje.

4.2 Sistema de resolución especializada de disputas

El crédito documentario o carta de crédito es uno de los medios de pago más utilizados en el comercio internacional y el que más seguridad brinda a las partes. Por ejemplo, es muy utilizado en la compraventa internacional de mercancías, el vendedor necesita cubrir el riesgo de cancelación unilateral del contrato. Esta necesidad es función inversa de la confianza, y es mayor cuanto mayor sea el valor o la especialización de la mercancía, o cuanto más dilatado sea el proceso de fabricación de los bienes. También tratará el exportador de buscar cobertura al riesgo de impago, mayor para plazos de pago largos y para países conflictivos. A su vez, el comprador necesitará cubrir el riesgo de falta de entrega o de entrega no conforme.



El crédito documentario es un instrumento conocido y ampliamente utilizado, que puede servir simultáneamente a los intereses de vendedor y comprador.

Puede ser definido, como todo acuerdo por el que un banco (llamado Emisor), obrando a petición y de conformidad con las instrucciones de un cliente (Ordenante) o en su propio nombre, se obliga a hacer un pago a un tercero (Beneficiario) o a su orden, o a aceptar y pagar letras de cambio librados por el Beneficiario, contra la entrega de los documentos exigidos, siempre y cuando se cumplan los términos y las condiciones del Crédito.

Para este tipo de mecanismos, se encuentran las Reglas y Usos Uniformes relativos a Créditos Documentarios. Estas normas constituyen la principal regulación de estos instrumentos. Se trata de una recopilación o codificación de usos que realiza la Cámara de Comercio Internacional desde el año 1933. Estos métodos bien pueden ser empleados por la Cámara de Comercio Guatemalteca e incluirlos dentro de un marco normativo específico.

En este documento aparece una definición de crédito, en el Artículo dos que establece: un crédito es “todo acuerdo, comoquiera que se denomine o describa, que es irrevocable y por el que se constituye un compromiso firme del banco emisor para honrar una presentación conforme”.

De acuerdo con esta definición un crédito documentario es:

- a) Una promesa irrevocable de un banco de honrar, es decir, de pagar u obligarse a un pago.

- b) Una presentación conforme, es decir, una entrega de documentos que está de acuerdo con los términos y condiciones de la promesa, con las Reglas y con la Práctica bancaria internacional estándar.

Además, según el artículo 4, del mismo instrumento, refiere que el crédito es una operación independiente de la venta o de cualquier otro contrato en el que pueda estar basado. En consecuencia, desde un punto de vista más instrumental, se puede entender el crédito documentario como un compromiso de pago bancario contra presentación de documentos, que es independiente de la obligación subyacente. Es decir, el banco se obliga a pagar por documentos (a comprarlos) con independencia del buen cumplimiento del contrato subyacente.

Se tiene conocimiento que periódicamente estas normas son revisadas y actualizadas por los expertos. Estas reglas son de aplicación a todos los créditos documentarios siempre que así se establezca en el texto del crédito.

En la práctica casi la totalidad de bancos han incorporado en los formularios de crédito documentario cláusulas disponiendo su aplicación con lo que la aceptación y empleo de las Reglas es prácticamente universal.

Existen formas en que se puede suscitar estos arreglos extrajudiciales novedosos, y son:

- a) El crédito de respaldo o back-to-back. El denominado crédito de respaldo o back-to-back se da cuando el beneficiario del crédito no es el proveedor final de la mercancía y el crédito recibido no es transferible: el beneficiario puede solicitar a su banco que emita un nuevo crédito documentario respaldado por el primer crédito recibido. Es importante tener en cuenta que, a diferencia del crédito transferible, se trata de dos créditos distintos: el crédito de exportación recibido y el crédito de respaldo emitido (o back-to-back). Ello los convierte en operaciones complejas y de alto riesgo para los bancos. En realidad, más que un tipo especial de crédito, el backto-back es una forma de garantía del ordenante ante el banco emisor de un crédito documentario. Si un banco está de acuerdo en emitir un back-to-back, insistirá en que las condiciones del crédito cumplan lo más exactamente posible con los términos del crédito original. Con dos créditos diferentes y varios posibles bancos participantes, las posibilidades de desacuerdo y disputa son considerables.

- b) El crédito contingente o standby. Los créditos standby fueron contemplados por primera vez en las Reglas y usos uniformes, publicación 400 de la Cámara de Comercio Internacional, de 1983. Los créditos standby, usados como sustitutos de garantías, se pueden utilizar en cualquier tipo de transacción y están basados en el incumplimiento de contrato por parte del ordenante del standby. El beneficiario del standby podrá disponer del crédito sólo en caso de incumplimiento, por parte

del ordenante, de sus obligaciones contractuales; por ejemplo, impago de las mercancías embarcadas o de los servicios prestados (el beneficiario del standby sería el vendedor) o falta de entrega de la mercancía requerida o de prestación de los servicios solicitados (el beneficiario del standby sería el comprador). Como ya hemos comentado en el apartado de garantías, resulta evidente la relación entre un crédito documentario contingente y una garantía bancaria. De hecho, no existe una gran diferencia práctica entre ambos instrumentos. Lo que los hace distintos es más bien la geografía de su uso. La garantía bancaria tradicional es un instrumento de larga tradición y de uso generalizado en Europa. En cambio, la banca americana fue limitada.

Durante largo tiempo su capacidad para garantizar el cumplimiento de las obligaciones de terceros, por lo que recurrió al crédito documentario, en el que la obligación del banco es propia, abstracta y totalmente independiente del contrato comercial que la origina. Esos créditos documentarios cumplían perfectamente la función de las garantías tradicionales y recibían el nombre de standby para distinguirlos de los créditos documentarios en los que se transaccionaba con documentos comerciales que acreditaban una operación de compraventa. La garantía bancaria y el standby son, por tanto, en esencia, el mismo instrumento, aunque su apariencia es distinta debido a su origen diverso. Aparte de esa especialización de carácter geográfico (el crédito standby se identifica con los Estados Unidos, y la garantía, con Europa) y de una cierta especialización funcional (garantías para incumplimientos y standby para reclamaciones directas

de carácter financiero), quizá la “diferencia práctica” más perceptible sea el carácter eminentemente documental de los créditos contingentes (y, por tanto, una mayor independencia formal que en una garantía a primer requerimiento). Es cierto que, en la garantía a primer requerimiento (sujeta a las URDG 458), el garante queda obligado por la presentación de un documento, pero en ese documento debe expresarse un incumplimiento. En una garantía a primer requerimiento, tan importante es la demanda (el incumplimiento) como el carácter de la reclamación (documental); si no existe incumplimiento, no se puede Legítimamente recurrir a la garantía. En un crédito contingente, como en un crédito documentario comercial, lo realmente significativo es su carácter documental, con lo que se consigue un reforzamiento del carácter independiente de la obligación. El emisor del standby queda obligado por la presentación documental, con independencia de cualquier otra obligación o contrato subyacentes, y exclusivamente de acuerdo con lo dispuesto en las Reglas y en el propio crédito. A pesar de todo, insistimos en el hecho de que la garantía a primer requerimiento y el crédito standby son, en esencia, el mismo instrumento. En lo que afecta a su regulación internacional, hasta la publicación de unos usos internacionales específicos para los créditos contingentes, cualquiera que deseara emitir una “garantía” puramente documental. Ello comportaba algunos problemas, ya que muchos de sus artículos eran de aplicación exclusiva a créditos documentarios comerciales y su utilización en créditos contingentes no resultaba apropiada. Finalmente, en 1998, la Cámara de Comercio Internacional publicó los Usos internacionales relativos a los créditos contingentes con la pretensión de dar

respuesta a esos problemas. Pero no se debe olvidar que una promesa independiente puede estar sujeta a los usos internacionales. Son reglas específicas para las garantías a primer requerimiento o garantías de demanda. La elección de las reglas dependerá de la voluntad de las partes y de las características de la operación.

- c) El crédito rotativo o revolving. Otra modalidad especializada de crédito documentario es el denominado crédito rotativo o revolving. Un crédito revolving es aquel utilizable por un importe que permanece constante durante un período especificado, de forma que, cuando es utilizado, resulta disponible de nuevo por la totalidad del importe, ya sea de forma automática o tan pronto como se recibe aviso del emisor de haber recibido conformes los documentos de la utilización precedente. También puede ser disponible por un importe que va reduciéndose durante un período establecido y que queda automáticamente disponible por la suma original transcurrido el período mencionado. Si la renovación del importe no es automática, sino que está sujeta a las instrucciones de renovación después de cada disposición, no se trata de un crédito revolving en sentido estricto sino más bien de un crédito por un importe fijo que se incrementa por medio de modificaciones. Los créditos revolving pueden ser renovables por importe y por tiempo. Un crédito renovable por importe sería aquel disponible por una cantidad determinada, de una sola vez, y que tan pronto como es utilizado el importe vuelve a estar disponible.

- d) A menudo no existe límite por lo que respecta al número de utilizaciones que pueden efectuarse. Se pueden ir utilizando hasta su caducidad. Pero el tipo más común es el renovable por tiempo. Se trata de un crédito disponible por una cantidad determinada por semana o mes. El importe está disponible automáticamente cada semana o mes con independencia de si se ha utilizado en parte o en su totalidad en la semana o mes anteriores. Este puede ser acumulativo o no acumulativo, según si los importes no utilizados se añaden al importe total disponible para el siguiente período o no. Los créditos revolving por importe son raramente confirmados, ya que es prácticamente imposible establecer la responsabilidad total en la que se incurre. Este desconocimiento se extiende al banco emisor y al propio ordenante. Indiscutiblemente, son créditos que requieren un grado considerable de confianza entre ordenante y beneficiario.
- e) Los créditos anticipatorios o de cláusula. Los créditos conocidos como de cláusula roja, o anticipatorios, a pesar de que son muy poco utilizados en la actualidad su uso tiene origen en el comercio de lana australiana, y que su uso puede variar a través del tiempo. Se denominan de cláusula roja porque tradicionalmente se usaba tinta roja en su clausulado. Permiten al exportador beneficiarse del anticipo parcial o total del importe del crédito. Mediante este tipo de créditos, el comprador-ordenante financia la compra o fabricación de la mercancía al vendedor-beneficiario, por sí, una cámara de comercio puede remitir el certificado de origen en formato PDF; la compañía aseguradora, el certificado de seguro en formato JPEG; y la empresa exportadora, la factura en un archivo de Word o la lista de empaque en uno de Excel. Las eUCP no regulan la emisión ni el aviso de

un crédito documentario, puesto que ambos aspectos están suficientemente regulados por las propias eUCP y constituyen ya hoy la práctica habitual en muchos países. El suplemento regula únicamente los aspectos relativos a la emisión y presentación de registros electrónicos como documentos en un crédito documentario. Las eUCP permiten la presentación totalmente electrónica, es decir, una presentación compuesta exclusivamente de registros electrónicos, o bien una presentación mixta de registros electrónicos y de documentos en papel. Por medio de la presentación mixta, las eUCP buscan acompañar la evolución desde la presentación tradicional en papel hasta la presentación puramente electrónica. El crédito documentario y, en general, los pagos condicionados documentalmente no pueden permanecer al margen de la evolución general del comercio, donde la “desdocumentación” es una tendencia general que avanza imparable, en ocasiones de forma tentativa y en otras con absoluta resolución, pero siempre en una clara dirección hacia la desmaterialización. En este sentido, al tratarse de unas normas que se anticipan a la práctica (hecho inédito en la historia normativa de la Cámara de Comercio Internacional), los redactores han tenido especial cuidado en hacerlas independientes de tecnologías y sistemas específicos, así como en prever, si resulta necesario, su revisión y actualización por medio del habitual sistema de versiones para programas informáticos. Así, la primera versión, la 1.0, que era la de las eUCP 500, se transforma en la versión 1.1 con las eUCP 600. Para que las eUCP sean de aplicación, será necesario que las partes las incorporen específicamente, es decir, el crédito deberá indicar (campo 40E de SWIFT) que está sujeto a las eUCP por medio de los códigos “EUCP” o “EUCPURR”.

4.3 El procedimiento referee pre arbitral

Para este procedimiento existe un marco normativo que es un reglamento de Procedimiento Pre arbitral, que se encuentra en vigencia desde 1990 a nivel del comercio internacional, permite a las partes obtener el nombramiento de un tercero que ordena las medidas provisionales urgentes requeridas en el marco de una controversia. El tercero será elegido por las partes y, a falta de acuerdo, será nombrado por el Presidente de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional. Las medidas que se ordenen obligarán a las partes hasta tanto no haya una decisión de una autoridad judicial o arbitral, por ello, tiene carácter precautorio o preventivo, lo cual es novedoso. Este reglamento sólo se aplica en virtud de un acuerdo escrito de las partes, incluido en el contrato o concluido ulteriormente.

La cláusula tipo recomendada por la Cámara de Comercio Internacional establece que: "Cualquier parte en el presente contrato tendrá el derecho de recurrir a las disposiciones del Reglamento del Procedimiento Prearbitral de la Cámara de Comercio Internacional. Las partes se declaran sujetas a las disposiciones de dicho Reglamento."

4.4 Procedimiento arbitral de urgencia

Se refiere a la conformación de un marco normativo que realiza la designación de árbitros temporales en casos de emergencia. En el curso de muchas relaciones contractuales, particularmente en el caso de aquellas que tengan una duración prolongada, pueden presentarse

conflictos entre las partes que requieren de respuestas urgentes, que no pueden esperar hasta la decisión del árbitro designado o del tribunal judicial.

Por tal motivo la Cámara Internacional de Comercio ha establecido estas Reglas, a fin de que las partes que así lo hubieran convenido puedan tener acceso a un procedimiento rápido ante una persona designada al efecto como Tercero denominado *referee*; este último está facultado para expedir órdenes de emergencia con antelación a la formación del tribunal arbitral o a la intervención del juez competente que en su oportunidad conocerán del asunto. Tales órdenes pueden referirse a la conservación o registro de pruebas o bien para prevenir daños o pérdida de los derechos de una de las partes. Es conveniente apuntar que estas reglas de procedimiento y el nombramiento del árbitro Tercero, de ninguna manera usurpan las facultades de otras entidades como pueden ser el tribunal arbitral o el juez nacional, las que resolverían en última instancia el fondo de la disputa.

Las mencionadas Reglas fueron establecidas en 1990. Nueve años después, es decir, en 1999, la American Arbitration Association (la AAA) emitió unas disposiciones similares al promulgar sus Reglas Opcionales para Medidas *ad referi*.

La oficina de la Cámara de Comercio Internacional ha empleado este término como traducción al español del vocablo "*referee*". De conformidad con sus *Reglas Opcionales*, la Asociación, después de notificarlo a las partes, designará a un árbitro Tercero (*referee*). Este último tendría competencia para resolver sobre medidas urgentes



de protección a fin de prevenir “daños o pérdidas irreparables” a cualquiera de las partes, con anterioridad a la constitución del tribunal arbitral.

Las medidas urgentes de protección, solo se aplican cuando las partes expresamente optaron por ellas en su compromiso arbitral, antes de que surja la controversia. La reglamentación es la siguiente:

1. Como anteriormente se indicó las partes pueden convenir, con anterioridad al surgimiento de la disputa, en la designación de una persona — el Tercero o “*referee*” — quien estará facultado para emitir ciertas órdenes en un procedimiento preliminar, antes de que se forme el tribunal arbitral o exista un órgano judicial que sea competente en el caso.
2. En tal hipótesis el Secretariado de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional actuará también como Secretariado del procedimiento. Dentro de las facultades del tercero, entre otras, esta la de ordenar las medidas conservatorias o de restauración que se estimen necesarias para prevenir cualquier daño inmediato o pérdidas irreparable, resguardando los derechos o propiedades de las partes; asimismo, la de ordenar a una de ellas el pago de una obligación adquirida, el cumplir con otra establecida contractualmente (firma o entrega de documentos), o cualquiera otra medida que fuera necesaria para preservar o establecer pruebas.

3. Los poderes del *referee* pueden ser modificados por el consenso expreso de las partes expresado en forma escrita; asimismo, a menos que las partes lo autorizaran expresamente por escrito, el *referee* no podrá actuar como árbitro en procedimientos posteriores entre dichas partes o en cualquier otro procedimiento en el que existiera un vínculo o cuestión que estuviera relacionada con su intervención en dicha capacidad.
4. El tribunal arbitral o el juez competente, que en su oportunidad conozcan del arbitraje, podrán también ordenar otras medidas provisionales o de conservación que consideren necesarias. A tal efecto, el tribunal arbitral y el juez competente, si el ordenamiento legal lo permite, se considerarán autorizados por las partes para ejercer las facultades otorgadas al árbitro Tercero (*referee*).
5. Una vez que el *referee* haya sido nombrado, el Secretariado le transmitirá el expediente y lo notificará a las partes. A partir de ese momento toda la documentación deberá remitirse al citado árbitro Tercero con copia para el Secretariado. Cualquier recusación de una parte respecto del árbitro Tercero será resuelta por el Presidente de la Cámara de Comercio Internacional después de oír los comentarios de la otra parte y del *Referee*. La resolución del Presidente será discrecional e inapelable.
6. Las resoluciones que dicte el árbitro Tercero se enviarán al Secretariado; tendrán el carácter de órdenes y cada una se sustentará con los razonamientos que



procedan. Las partes convienen en acatar las órdenes del *referee* y renuncian al recurso de apelación ante el juez en caso de que el último las instrumente. Sin embargo, las citadas órdenes no son definitivas del fondo de la disputa, ni obligan

a la autoridad que sea competente. No debe olvidarse que las mismas se emiten con anterioridad a que el tribunal arbitral o el juez conozcan del caso concreto. Existe una norma importante dentro de ello, que regula las Reglas Opcionales para Medidas que previenen que cualquiera de las partes que requiriera el otorgamiento de una de dichas medidas, con anterioridad a la constitución del tribunal arbitral notificará su intención a la institución administradora del arbitraje y a todas las partes involucradas. En dicha notificación deberá consignar la clase de protección que pretende y las razones por las cuales las requiere con emergencia. Dentro de un día hábil siguiente a la fecha de recepción de tal notificación la institución administradora designará a un árbitro emergente del padrón correspondiente a este tipo de árbitros.

7. El árbitro seleccionado, en un plazo que no excederá de dos días hábiles al de su nombramiento, establecerá las posibilidades para el otorgamiento de las medidas de protección, dando oportunidad a todas las partes para que puedan ser oídas y alegar su derecho. El árbitro emergente estará también facultado para ordenar las medidas de carácter provisional o de conservación que estime convenientes; dichas medidas podrán hacerse efectivas a través de un laudo o de una orden manifestándose las razones que se tuvieron para emitir uno u otra.

Cualquier laudo provisional u orden de emergencia pueden condicionarse al otorgamiento de una garantía por parte del peticionario.

8. Las peticiones de las partes a una autoridad judicial para el otorgamiento de medidas de protección no se considerarán incompatibles con lo dispuesto en el Artículo 37 o con el acuerdo de las partes para llevar el asunto al arbitraje.
9. Una vez que se forme el tribunal arbitral cesarán las facultades del árbitro emergente. No obstante, si las partes así lo acordaran, podrá ser nombrado como uno de los integrantes del tribunal arbitral. Las costas y gastos incurridos por el otorgamiento de una medida de emergencia serán fijados por el árbitro emergente, pero quedarán sujetos a la decisión final del tribunal arbitral una vez designado. El mismo Artículo 37 le otorga al árbitro emergente el derecho para pronunciarse sobre su propia competencia en el arbitraje.
10. Representa un gran avance, el hecho de que en el Código de Comercio de México ya regule estos aspectos, pues en el tema del arbitraje comercial dispone que las disposiciones del mismo se aplicarán al arbitraje comercial nacional y al internacional cuando el lugar del arbitraje se encuentre en territorio nacional, salvo lo dispuesto en los tratados internacionales de que México sea parte o en otras leyes que establezcan un procedimiento distinto o dispongan que determinadas controversias no sean susceptibles de arbitraje.

11. Por lo que respecta al acuerdo de arbitraje el mismo deberá constar por escrito y consignarse en un documento firmado por las partes o en un intercambio de cartas, telex, telegramas, facsímil u otros medios de telecomunicación que dejen constancia del acuerdo.

12. El mismo ordenamiento dispone que aun cuando exista un acuerdo de arbitraje las partes podrán, con anterioridad a las actuaciones arbitrales o durante su transcurso, solicitar al juez la adopción de medidas cautelares provisionales. Se trata de una de las “providencias precautorias” que se dictan por el juez en los procedimientos mercantiles. En vista de lo anterior, y del análisis de este párrafo, podría considerarse que la designación de un árbitro temporal para casos de emergencia pueda considerarse como una medida cautelar, en el derecho común civil o mercantil, que ya esta establecida, sin embargo, las modalidades que ofrece en este ámbito son mucho más amplias, medida que como se indicó, está referida a circunstancias específicas o para conservar la materia del litigio; por ejemplo, del arraigo el demandado o el secuestro de bienes cuando la parte demandada no disponga de aquellos o por cualquier otro motivo quedara insolvente.

4.5 Los mini trial o pequeños juicios

Constituye otra modalidad de las formas alternativas judiciales de resolver los conflictos. En realidad el mini trial o pequeños juicios, no son juicios propiamente dichos, sino que se presentan elementos fundamentales de un conflicto ante un consejero neutral. En el se combinan algunos elementos de la negociación y de la mediación, y de los sistemas

adversariales, en cuanto a la forma de presentación del caso. Facilita la búsqueda de una solución, dándole a los abogados y sus clientes una idea de lo que un jurado real haría, ante un caso dado, llevado concreta y realmente a los tribunales. Existen conceptos como MED-ARB que es una combinación de mediación y arbitraje, pero que es llevado a cabo por la misma persona. O sea, en caso de fracasar la mediación, ese mismo mediador adopta una postura de árbitro, emitiendo entonces un laudo para resolver él, el conflicto. Comparece en este tipo de juicios, el experto neutral, que es un tercero neutral que actúa dentro de un procedimiento informal, estudiando una materia determinada, buscando hechos, y emitiendo un reporte sobre sus descubrimientos sobre esa materia.

4.6 Análisis de la legislación comparada

4.6.1 Republica de España

Ley de 22 de diciembre de 1953 por la que se regulan los arbitrajes de Derecho Privado que ofrece modalidades de los arbitrajes en España.

Dentro de los aspectos más importantes de resaltar, se encuentran:

Artículo primero. La presente Ley regula los arbitrajes de Derecho Privado en sustitución de las normas que a los mismos dedican el Código Civil, el Código de Comercio, la Ley de Enjuiciamiento Civil y disposiciones de igual naturaleza, tanto sobre arbitraje, como sobre amigable composición.

Los arbitrajes ordenados en prescripciones de Derecho Público, sean internacionales, corporativos, sindicales o de cualquiera otra índole, continuarán cometidos a las disposiciones por que se rigen.

Esta normativa ofrece modalidades para la resolución de conflictos, que surge en los distintos ámbitos del derecho.

Artículo segundo. A los efectos de la presente Ley, se entiende por arbitraje la institución por la que una o más personas dan solución a un conflicto planteado por otras que se comprometen previamente a aceptar su decisión. No se considerará arbitraje la Intervención del tercero que no se haga para resolver un conflicto pendiente, sino para completar o integrar una relación jurídica aún no definida totalmente. En este caso, los efectos jurídicos de la intervención del tercero continuarán sometidos al régimen particular que hoy en cada supuesto se establece.

Se da una definición para una mejor comprensión de lo que es el arbitraje.

Artículo tercero. El arbitraje, para ser eficaz, necesitará ajustarse a las prescripciones de esta Ley. Ello no obstante, cuando, en cualquier otra forma, dos o más personas hubieren pactado la intervención dirimente de un tercero y hubieren aceptado expresa o tácitamente su decisión después de emisión, el acuerdo será válido y Obligatorio para las partes si en él concurren los requisitos generales para la eficacia de un convenio.

Es importante que se regule la intervención de un tercero, si así lo desean las partes.

Artículo cuarto. En lo sucesivo no existirá más que un tipo de arbitraje de Derecho Privado, ya deban fallar los árbitros con arreglo a derecho, ya solamente con sujeción a su saber y entender. En la escritura de compromiso las partes podrán optar por una u otra de estas soluciones, del modo que se establece en esta Ley: pero la opción producirá sólo las diferencias especiales que en ella se admiten expresamente.

Se entenderá que las partes optan por un arbitraje de derecho cuando nada dijieran en contrario y que no existen requisitos especiales en cuanto a los árbitros que intervengan.

Artículo quinto. El arbitraje se establecerá siempre por contrato y en forma de escritura pública, salvo que se instituya por disposición testamentaria para solucionar extrajudicialmente las diferencias que puedan surgir entre herederos no forzosos por cuestiones relativas a la distribución de la herencia.

De acuerdo con lo anterior se debe pactar en forma expresa y debe existir consentimiento entre las partes.

Artículo sexto. Las partes podrán preparar el arbitraje, comprometiéndose previamente, bien en un pacto principal, bien en una estipulación accesoria, a instituirlo en su día.

La modalidad y flexibilidad del arbitraje hace que se ajuste a las necesidades de las partes.

Artículo séptimo. El contrato preliminar de arbitraje no estará sujeto a los requisitos de capacidad, objeto y forma que para el compromiso se establecen especialmente por la



Ley, sino a los generales que acerca de estas materias, rigen en el Derecho Privado de la contratación.

En este Artículo, rige el principio de flexibilidad.

Artículo octavo. El contrato preliminar de arbitraje no necesitará contener ni la designación de los terceros que hayan de figurar como árbitros ni la del tema controvertido que se someterá a su decisión. Sin embargo, será preciso, en todo caso, una fijación, por lo menos de principio, de la relación jurídica singular a que ha de referirse el arbitraje, sin que sea válida la renuncia general a la acción judicial en relación con todos los derechos de una persona. En el caso de que el contrato preliminar de arbitraje contenga alguna indicación sobre designación de los árbitros y determinación de la controversia, tal Indicación habrá de acomodarse a las normas establecidas para el compromiso por esta Ley.

Aquí se da a entender que son lógicas y racionales las condiciones en que se pacte el arbitraje

Artículo noveno. Los otorgantes de un contrato preliminar de arbitraje quedarán obligados a la realización de cuantos actos sean necesarios para que el arbitraje pueda tener efecto y, en particular, a la designación de los árbitros y a la determinación del tema controvertido. Caso de que alguna de las partes se negare a verificarlo o lo hiciere de modo que resultara inaceptable, la otra parte podrá dirigirse al Juez pidiendo la formalización judicial del compromiso.

La flexibilidad se sobrepone a la formalidad, pues se puede pactar un arbitraje preliminar y en caso de divergencia podría acudirse ante un Juez.

Artículo diez. La formalización judicial del compromiso se llevará a cabo del siguiente modo: Primero.—Será Juez competente para intervenir en ella el de Primera Instancia del lugar donde el compromiso hubiere de ser contraído, y en su defecto, el del domicilio de alguno de los que se nieguen a cumplirlo. Segundo.—La parte a quien interese la formalización del compromiso se dirigirá por escrito al Juez, valiéndose de Procurador y Letrado, justificando notarialmente la negativa del contrario o contrarios e indicando el nombre del árbitro o árbitros que proponga y los demás elementos que, según el artículo diecinueve, debe o puede contener la escritura de compromiso. Tercero.—El Juez emplazará, en la forma ordinaria, a la persona o personas contra quienes se dirija la reclamación, dándoles un plazo de quince días para que comparezcan y se opongan por escrito, si quieren, a la petición que se deduce, valiéndose igualmente de Procurador y Letrado. Cuarto.—Evacuado el trámite anterior, el Juez resolverá por medio de auto si accede o no a la formalización. Si entiende haber lugar a la formalización del compromiso, hará las declaraciones que sean necesarias; entre ellas, el nombramiento de los árbitros y la fijación de las cuestiones que se han de resolver. Quinto.—Contra la resolución del Juez no se dará recurso alguno, pero su criterio no prejuzgará definitivamente la validez del contrato preliminar. Cuando el Juez no acceda a la formalización del compromiso, la petición podrá ser reproducida en juicio ordinario. Si accediese a ella, sólo podrá atacarse la validez del contrato preliminar mediante los

recursos establecidos para la impugnación del laudo. Las costas de la formalización judicial del compromiso serán a cargo de la parte cuya pretensión u oposición resulte desestimada, sin perjuicio de su recuperación ulterior, si a ella hubiere lugar.

En este caso existe similitud con lo que sucede en Guatemala con la Ley de Arbitraje.

4.6.2 Republica de México

En este país funciona la denominada Ley de Justicia Alternativa para el Estado de Nayarit en México. Esta ley es bastante reciente, del año 2011 recién pasado, y dentro de los aspectos más importantes de resaltar se encuentran:

Generalidades. Capítulo único. Disposiciones Generales. Artículo 1.- La presente ley es de orden público e interés social, es reglamentaria de los Artículos 17, párrafo cuarto, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y 81, párrafo cuarto, de la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Nayarit, y tiene por objeto regular los medios alternativos de resolución de controversias como formas de auto composición asistida, en los conflictos en donde las partes puedan disponer libremente de sus derechos sin afectar el orden público o los derechos de terceros, con la finalidad de fomentar la convivencia armónica e inducir a una cultura de paz social, solucionando los conflictos de naturaleza jurídica que surjan en la sociedad, a través del diálogo, mediante procedimientos basados en la oralidad, la economía procesal y la confidencialidad.

Se requiere como algo básico la auto composición, existiendo como una novedad en estos tiempos las formas no tradicionales de resolver conflictos.

Artículo 2.- Para los efectos de esta ley se entenderá por: I. Centro Estatal: El Centro Estatal de Justicia Alternativa; II. Conciliación: El procedimiento voluntario en el cual un especialista imparcial y con potestad para proponer soluciones a las partes, asiste a las personas involucradas en un conflicto con la finalidad de facilitar las vías de diálogo y la búsqueda de un acuerdo en común; III. Especialista: El profesional capacitado y certificado por el Centro Estatal, cualificado para la aplicación de los medios alternativos; IV. Mediación: El procedimiento voluntario en el cual un especialista imparcial y sin facultad para sustituir las decisiones de las partes, asiste a las personas involucradas en un conflicto con la finalidad de facilitar las vías de diálogo y la búsqueda de un acuerdo en común; V. Medios alternativos: Los medios alternativos de solución de conflictos previstos en esta ley; VI. Parte complementaria: Persona física o moral señalada por la parte solicitante como elemento personal del conflicto susceptible de atención por alguno de los medios alternativos y con quien puede participar a efecto de resolverlo mediante mutua colaboración; VII. Parte solicitante: Persona física o moral que acude a los Centros de Justicia Alternativa, por propia iniciativa o por recomendación de algún órgano jurisdiccional u otra institución, con la finalidad de buscar la solución de un conflicto, y VIII. Procedimiento restaurativo: El mecanismo mediante el cual el imputado, la víctima y la comunidad implicada trabajan en la solución de cuestiones derivadas del delito, en busca de un acuerdo que atienda las necesidades y responsabilidades individuales y colectivas de las partes permitiendo la reintegración de la víctima y el infractor a la sociedad.



Existen diferencias que resultan novedosas para el caso de la Ley Guatemalteca.

Artículo 3.- Los medios alternativos para la solución de los conflictos se rigen por los siguientes principios: I. Confidencialidad: La información tratada no deberá ser divulgada y no podrá ser utilizada en perjuicio de las partes dentro de juicio; II. Equidad: Los medios alternativos propiciarán condiciones de equilibrio entre los usuarios, que conduzcan a la obtención de acuerdos recíprocamente satisfactorios y duraderos; III. Flexibilidad: El Procedimiento deberá carecer de toda forma rígida para responder a las necesidades de los usuarios y podrá agotarse uno o varios medios alternativos; IV. Honestidad: En la aplicación se valorarán las capacidades y limitaciones del personal para conducirlos; V. Imparcialidad: El especialista deberá estar libre en el desempeño de sus funciones, por lo que no concederá favoritismos, inclinaciones, preferencias o ventajas a alguno de los usuarios; VI. Legalidad: Sólo serán objeto de medios alternativos los conflictos derivados de los derechos de las partes; VII. Neutralidad: El especialista deberá tratar el asunto con absoluta objetividad, estar exento de juicios, opiniones y prejuicios ajenos a los usuarios que puedan influir en la toma de sus decisiones; VIII. Seguridad jurídica: En la eficacia y exacto cumplimiento de los acuerdos tomados, y IX. Voluntariedad: La participación de las partes debe ser por propia decisión, libre de toda coacción y no por obligación.

Los principios resultan muy importantes, pues son la base sobre la cual se cimienta la normativa.

Artículo 4.- Toda persona tiene derecho a solucionar sus conflictos susceptibles de transacción o convenio a través de los medios alternativos previstos en esta ley.

Las partes deciden la forma en que resuelven sus controversias.

Artículo 5.- Son susceptibles de solución a través de los medios alternativos las controversias siguientes: I. En materia civil, familiar o mercantil aquéllos asuntos que sean susceptibles de transacción o convenio, siempre y cuando no se trate de derechos irrenunciables, no alteren el orden público, ni contravengan alguna disposición legal expresa ni afecten derechos de terceros; II. En materia penal sólo procederá respecto de los delitos que se persigan por querrela de parte, no se trate de delitos graves, ni se haya cometido con violencia a las personas, y III. En materia de justicia para adolescentes sólo procederá en aquéllas conductas tipificadas como delitos que no ameriten privación de la libertad, de conformidad con la Ley de Justicia para Adolescentes del Estado de Nayarit. En los medios alternativos de solución de conflictos en donde exista daño patrimonial será necesario, que éste sea debidamente cubierto, o bien, que su pago sea garantizado a satisfacción del ofendido. Lo anterior salvo que exista expresa manifestación de éste en el sentido de haber sido satisfecho.

Con lo anterior, evidentemente que no existe ámbito que no sea susceptible de resolver.

Artículo 6.- Los medios alternativos pueden ser previos, durante o complementarios al proceso, en consecuencia, podrán aplicarse tanto en conflictos que no han sido

planteados ante las instancias jurisdiccionales, como en aquéllos que sean materia de un proceso formalmente instaurado, siempre que en éste último caso no se haya citado para el dictado de la sentencia definitiva.

La flexibilidad se pone de manifiesto en esta normativa.

En cuanto al Trámite o procedimientos se detalla de la siguiente manera:

- a) Artículo 7.- El trámite de los medios alternativos de manera previa a la instauración del juicio o de la interposición de la querrela no interrumpe los términos para la prescripción de las acciones previstas en las leyes aplicables. Si el trámite del medio alternativo se deriva de un juicio civil, familiar o mercantil, se suspenderán los plazos y términos dentro del juicio a partir del día en que el Centro de Justicia Alternativa, señale fecha para la primer sesión y hasta aquél en que por cualquier causa concluya el trámite de los medios alternativos, para lo cual el Centro de Justicia Alternativa informará estas circunstancias al Juez del conocimiento. La aceptación para el sometimiento a medios alternativos implica la aceptación de las partes en la suspensión del proceso en los términos aquí precisados. Cuando el trámite del medio alternativo derive de un proceso penal o de un proceso de justicia para adolescentes, la suspensión del proceso y de la prescripción de la acción penal no podrá extenderse más de treinta días hábiles, a partir del día en que el Centro de Justicia Alternativa señale fecha para la sesión inicial, lo cual deberá informarse al Juez o Ministerio Público que conozca del

asunto para los efectos legales a que haya lugar. Si a juicio del Juez o del Ministerio Público existen actuaciones urgentes o inaplazables, éstas se realizarán. De no lograrse la conciliación en los asuntos planteados en los párrafos anteriores, el Director del Centro Estatal o del Centro Regional según corresponda, informará dentro del término de tres días hábiles al juez de la causa.

- b) Artículo 8.- En los juicios del orden civil, familiar o mercantil en los que proceda el trámite de medios alternativos, el juez tendrá la obligación de hacer del conocimiento a las partes de los beneficios que les brindan éstos, en consecuencia, al emitir el auto de radicación se expondrá por escrito esta información, indicando el domicilio del Centro Estatal o del Centro Regional correspondiente y notificando a las partes. En los conflictos del orden penal que puedan someterse a algún medio alternativo, el Ministerio Público, desde el momento en que tenga conocimiento de los hechos, tendrá la obligación de hacer del conocimiento a las partes de los beneficios que les brindan éstos, exhortándolas a avenirse mediante un acuerdo. Cuando el Ministerio Público incumpla esta obligación, el juez del conocimiento otorgará esa información. En caso de que las partes manifiesten su conformidad en someterse a algún medio alternativo, se procederá en términos del Artículo anterior. Si nada manifestaran al respecto, continuará el proceso, sin perjuicio de que manifiesten posteriormente, por escrito, su voluntad de someterse a un procedimiento no jurisdiccional para resolver el conflicto.

- c) Artículo 9.- La información, los documentos, las conversaciones y demás datos aportados por las partes dentro de un medio alternativo, no podrán aportarse como prueba dentro del procedimiento, salvo la remisión al órgano jurisdiccional del que derivó el caso, de copias certificadas del acta en que conste el convenio definitivo celebrado por los interesados, para los efectos legales correspondientes. Los especialistas que conduzcan un medio alternativo en los términos de esta ley, no podrán revelar a una de las partes la información relativa al conflicto que la otra les haya proporcionado en razón de sus encargos, sin autorización de ésta última.

Es evidente que la poca formalidad en el procedimiento hace viable el éxito de esta normativa.

4.7 Necesidad de que se regule dentro del ordenamiento jurídico guatemalteco

Luego de la realización del trabajo, se puede establecer que en virtud de que los procedimientos actuales denominados mecanismos alternativos de resolución de conflictos, no han sido totalmente efectivo tomando en cuenta los fines para los cuales se han creado, se hace necesario que exista una variedad de procedimientos y que estos pudieran ser empleados en el ámbito comercial, mercantil, o civil, inclusive, para la solución de las controversias, y para ello, se propone la conformación de las siguientes bases:

1. El Estado de Guatemala a través del órgano correspondiente, tiene la obligación de propiciar los cambios necesarios para que se regulen las leyes acordes a una realidad, que se trate de una ley que regule en forma específica los distintos mecanismos de resolución de conflictos y en el tema de puede disponer otros medios alternos al proceso judicial para solucionar y dirimir las controversias suscitadas, logrando por un lado que los conflictos sean solucionados lo más óptimamente posible y, por otro lado, que la impartición de justicia sea pronta, eficiente y eficaz, desahogando la carga de trabajo en los tribunales que ha entorpecido esa correcta administración de justicia.
2. De acuerdo a lo anterior, se deben crear marcos normativos que contengan leyes que preverán mecanismos alternativos de solución de controversias., en todas las materias. En la materia penal regularán su aplicación, asegurarán la reparación del daño y establecerán los casos en los que se requerirá supervisión judicial.” Por tal motivo debe de prever un sistema de justicia alternativa, incluyendo en la normatividad las figuras jurídicas de conciliación y mediación, auto composición, negociación, arbitrajes, arbitrajes técnicos, el crédito documentario, los mini trial y otros que surjan en el ámbito comercial tanto nacional como internacional, como medios alternativos de los juicios en todo tipo de procedimientos judiciales. Se estima necesario prever por mandato expreso, mecanismos alternativos de solución de controversias, que procuren asegurar la reparación del daño, sujetas a supervisión judicial en los términos que la legislación secundaria lo juzgue conveniente. Tal medida generará economía procesal, además de alcanzar un

objetivo fundamental, como es el de lograr evitar el conflicto y una armonía entre los seres humanos.

3. Los mecanismos alternativos de solución de controversias son las diferentes posibilidades que tienen las personas envueltas en una controversia para solucionarla sin la intervención de un juez. Así, dichos mecanismos consisten en una opción diferente al proceso judicial para resolver conflictos de una forma ágil, eficiente y eficaz con plenos efectos legales. Entre estos mecanismos se encuentran la conciliación, el arbitraje, mediación, arreglo directo, la negociación, la auto composición, los arbitrajes técnicos, el crédito documentario, el mini trial, y otros.

4. En la conciliación que es un mecanismo de resolución de conflictos a través del cual, dos o más personas gestionan por sí mismas la solución de sus diferencias, con la ayuda de un tercero neutral y calificado, denominado conciliador. La conciliación es un procedimiento con una serie de etapas, a través de las cuales las personas que se encuentran involucradas en un conflicto desistible, transigible o determinado como conciliable por la ley, encuentran la manera de resolverlo a través de un acuerdo satisfactorio para ambas partes además de las partes en conflicto, con ésta figura jurídica se involucra a un tercero que esta investido de imparcialidad y neutralidad el cual será conocido como facilitador y que actúa proporcionando el diálogo entre las partes en conflicto y promoviendo fórmulas de acuerdo que permitan llegar a la solución satisfactoria del conflicto. Desde una



perspectiva diferente además de ser un procedimiento, la conciliación es un acto jurídico en el cual intervienen sujetos con capacidad jurídica y distintos intereses y en donde su consentimiento y voluntad están dirigidos directamente a dar por terminada una obligación o una relación jurídica, a modificar un acuerdo existente o a crear situaciones o relaciones jurídicas nuevas que beneficien a ambas partes. Los alcances de los efectos del acuerdo conciliatorio son, en primer término, el acuerdo de conciliación hace tránsito a cosa juzgada, en otras palabras los acuerdos adelantados ante los respectivos conciliadores habilitados por ley, aseguran que lo consignado en ellos no sea nuevamente objeto de debate a través de un proceso judicial o de otro mecanismo alternativo de solución de conflictos con este efecto se busca dar certidumbre al derecho y proteger a las partes en conflicto de una nueva acción o una nueva sentencia, es la renovación de la autoridad del acuerdo conciliatorio que al tener la facultad de no volver a ser objeto de discusión, anula todos los medios de impugnación que puedan modificar lo establecido en él. En segundo término, cuando el acuerdo de conciliación contenga una obligación clara, expresa y exigible, será de obligatorio cumplimiento para la parte que se imponga dicha obligación. En caso de incumplimiento total o parcial de lo acordado por parte de uno de los conciliantes, la autoridad judicial competente podrá ordenar su cumplimiento.

5. La mediación es un mecanismo de solución de conflictos a través del cual un tercero ajeno al problema interviene entre las personas que se encuentran inmersas en un conflicto para escucharlas, ver sus intereses y facilitar un camino

en el cual se encuentren soluciones equitativas para las partes en controversial con este mecanismo de resolución de conflictos, las partes someten sus diferencias a un tercero diferente al Estado, con la finalidad de llegar a un arreglo amistoso. En estos casos, el tercero neutral elegido no tiene ninguna calidad especial según la ley y sus propuestas no son obligatorias, reduciendo su función a buscar una solución aceptable para las partes.

6. En el caso de los arbitrajes técnicos, la importancia del tema de proceso arbitral, es que va permitir una de las diferentes formas de resolver los conflictos, que es el proceso arbitral, quienes administran justicia, son el tribunal de arbitramento, siendo estos particulares, dándole un oxígeno, a la congestión de los procesos que se adelantan ante la justicia ordinaria. Ya que este es un proceso que es solicitado por las partes en un conflicto, tiende a resolver el caso concreto en un término inferior a la que se desarrolla en la justicia ordinaria, debido a la congestión despachos judiciales. A evitar perjuicios graves en las partes que acuerdan este proceso arbitral.

7. Dentro de las características del arbitramiento es que cuando es voluntario la decisión de presentar las disputas surgidas ante un tribunal de arbitramiento antes de acudir a la justicia ordinaria, es el resultado de un acuerdo de voluntades entre las partes que discuten un derecho, libre y efectuado por los contratantes.

8. Es de carácter temporal, no es posible pensar que las atribuciones judiciales que se confieren a los particulares en calidad de árbitro se pueda ejercerse de manera indefinida, pues de la naturaleza del arbitramiento se deriva la existencia de una jurisdicción meramente transitoria, limitada en el tiempo, a la resolución de conflicto específico que las partes decidan llevarlo ante un tribunal

9. El arbitramiento es excepcional la habilitación de particulares para solucionar conflicto, cuenta también con clara limitaciones materiales, pues no todo tema jurídico puede ser de un laudo, el legislador ha sido consciente de que la equiparación funcional que se hace entre los funcionarios del estado y ciertos ciudadanos, temporalmente investido de poder jurisdiccional no se pueda extenderse a todas las materias El arbitraje puede ser en derecho, en equidad, y en técnico.

10. En la cláusula compromisoria o en el compromiso, las partes indicaran el tipo de arbitraje: si nada se estipula, el arbitraje será en derecho.

11. También el arbitraje podrá ser independiente, institucional o legal. El arbitraje independiente es aquel en que las partes acuerdan autónomamente las reglas de procedimiento aplicables en la solución de su conflicto, institucional, aquel en el que las partes se someten a un procedimiento establecido por el centro de arbitraje; y, legal, cuando a falta de dicho acuerdo, el arbitraje se realice conforme a las disposiciones legales vigentes.

12. Se debe establecer cuál es la diferencia entre los métodos ya señalados y la negociación. Es quizás es el que menos problemas presenta, ya que cuando de ella hablamos nos estamos refiriendo a un procedimiento que las partes llevan a cabo sin intervención de terceros. La negociación se hace directamente entre las partes, sin ayuda ni facilitación de terceros y no necesariamente implica disputa previa. Es un proceso voluntario, predominantemente informal, no estructurado, que las partes utilizan para llegar a un acuerdo mutuamente aceptable. Generalmente, las personas en controversia tienen posiciones asumidas respecto a cómo quisieran que el conflicto se resuelva y ven a la negociación como un choque al que van con actitud defensiva o agresiva, lo que condiciona un esquema competitivo. Los negociadores competitivos igualmente se sienten en confrontación cuando se trata de celebrar un contrato, tratando de obtener todo, destruyendo a la contraparte en el camino. Con otros criterios más colaborativos, se puede lograr pasar de las posiciones a los intereses de las partes que subyacen bajo éstas, generándose así opciones que permiten llegar a una mejor solución al problema, con lo que los contratantes pueden suscribir un acuerdo en el cual ambos ganen más que lo que hubieran obtenido de su mejor alternativa fuera de la negociación; o -conociendo cuál es el límite de su conveniencia - pueden levantarse de la mesa sin haber arribado a un acuerdo, manteniendo la relación para otra oportunidad más provechosa. Cuando las partes se han hecho representar por profesionales del derecho y éstos negocian sobre los derechos de sus clientes, el procedimiento es conocido por "Negociación legal", que tiene sus características propias, y reglas éticas para los abogados negociadores.

13. En cuanto a la mediación es como una negociación asistida por un tercero neutral.

Este tercero, el mediador, no tiene poder de decisión, no aconseja, no da opinión, sólo conduce el procedimiento y realiza una delicada tarea con la finalidad de que las partes restablezcan la comunicación y a partir de allí estén en condiciones de negociar. El mediador identifica el conflicto y las cuestiones que lo generan, hace que las partes descubran sus intereses y necesidades, y ayuda a generar opciones para la resolución de la disputa en forma satisfactoria para las partes.

Esa predisposición al cumplimiento que deriva del acuerdo no impuesto y de que las relaciones con la parte contraria no se han deteriorado -llegando en algunos casos a mejorarse - determina que los contrayentes encaren el cumplimiento de aquello a que se han obligado sin resistencia y con buena voluntad, modificando su actitud al respecto. Es propio de la mediación que por someterse a su procedimiento, las partes nada tengan que perder, pues un intento frustrado de mediación, es decir si los contendientes inician este acercamiento y tras la discusión mediada no llegan a un acuerdo, les asisten todos sus derechos legalmente adquiridos y pueden utilizar otras opciones como el arbitraje o el litigio. Preciso es aclarar que existen diversos modelos de mediación y tantos estilos como mediadores. Respetando las características definitorias enunciadas es posible detectar distintos enfoques según sea concebido el objetivo último del movimiento de mediación. Algunos afirman que el objetivo fundamental de la mediación debe ser promover la resolución del conflicto mediante acuerdos que las partes consideren satisfactorios para ambas. En forma secundaria, está el mejorar la relación entre los involucrados en el conflicto fortaleciendo la relación.

Otros sostienen que la mediación puede hacer mucho más que promover acuerdos y mejorar las relaciones. Puede transformar la vida de la gente, infundirle tanto un sentido más vívido de su propia eficacia personal (como revalorización), y una mayor apertura y más aceptación (reconocimiento) de la otra persona. Para esta postura si no se alcanza un acuerdo, si no hay reconciliación, de todos modos debe considerarse a la mediación como un éxito si aporta revalorización y reconocimiento. Y si también hay acuerdo, tanto mejor.

14. Respecto a la conciliación, que se concibe como un intento de llegar voluntariamente a un acuerdo mutuo, en que puede ayudar un tercero quien interviene entre los contendientes en forma oficiosa y desestructurada, para dirigir la discusión. Puede también reservarse el vocablo para la facilitación de un acuerdo presidida por un Juez, terminología conforme con la mayoría de los Códigos Procesales de Latinoamérica. En tal sentido, la conciliación está regulada normativamente para permitir que el juez convoque a las partes en litigio a fin de intentar que lleguen a un avenimiento.

15. En cuanto al arbitraje, existen nuevas variantes de este método que se caracterizan por no tener la decisión arbitral fuerza vinculante para las partes, estando éstas facultadas para no acatar la decisión e iniciar un juicio o acudir a otro remedio. Dentro de ellas se encuentra el "adjudicador", quien recibe de las partes en forma confidencial, la presentación de sus posiciones y sus pruebas, especialmente cuando se trate de documentación técnica que contiene secretos

de fabricación que no se desean ver divulgados. Otras nuevas formas son vinculantes, pero restringen el poder de decisión del árbitro al laudar, como el arbitraje denominado "de la última oferta". Las partes negocian en forma directa, y si no logran un acuerdo someten al árbitro la última y mejor concesión o propuesta que puedan hacer; éste sólo está facultado para elegir una u otra oferta, no pudiendo partir diferencias. El procedimiento está diseñado para instar a las partes a negociar todo lo que puedan a fin de poner a disposición del árbitro propuestas razonables, pues cuanto más se alejen las posiciones de las partes, más puede perder cada uno. Cuando el recurso al arbitraje surge de una orden judicial, éste no es vinculante. También cabe mencionar el llamado "arbitraje unilateralmente vinculante" de utilización frecuente en conflictos entre consumidores o por productos elaborados. La justificación de esta forma de arbitraje se encuentra en la equiparación de fortalezas entre las partes y eliminación de suspicacias para la más débil ya que la parte más fuerte del conflicto queda vinculada por el laudo y la más débil puede acatarlo o no.

16. Lo que se denomina como Mediación/arbitraje (med/arb). Pueden combinarse algunos métodos, por ejemplo, la mediación y el arbitraje de modo secuencial, con la cláusula "med/arb", con la cual las partes se comprometen a intentar la resolución de su conflicto en forma escalonada, haciendo uso de la mediación y en caso de fracasar ésta, continuar con el arbitraje. Se trata de una combinación de ambas figuras y constituye una opción por la que contrincantes consienten la mediación pero con la cláusula adicional que si la mediación no produce un

acuerdo, será seguida del arbitraje automático. La elección de la fórmula "med/arb" da la seguridad de que quien entra a la mediación, de un modo u otro, saldrá con su conflicto resuelto. O llega a un acuerdo, o quien luego actúe como árbitro, dictará un laudo. Si bien puede preverse que el mediador actúe como árbitro para tomar una decisión final y vinculante en la causa, consideramos preferible que el arbitraje se conduzca por una persona distinta que aquélla que actuó como mediador. Esto requiere una audiencia totalmente nueva pero elimina la posibilidad de que el mediador convertido en árbitro se vea inadecuadamente influenciado por las expresiones vertidas en confianza por las partes durante las reuniones. A la inversa, esta variante conlleva el riesgo que -sabiendo que el mediador puede luego convertirse en árbitro con el poder de decidir el caso - las partes no hablen libremente, manteniéndose duramente en su posición, lo que podría frustrar la posibilidad del acuerdo propio de los contendientes.

17. Arbitraje/mediación (arb/med). La combinación de las figuras se da de manera inversa a la anterior, con la ventaja de no estar el laudo influenciado por lo conocido en audiencias confidenciales. El procedimiento comienza con un juicio arbitral ordinario. Cuando el árbitro llega a una decisión, coloca el laudo en un sobre y sale un momento de la habitación. Les dice a las partes que pueden leer juntas el fallo o retomar el control de su disputa y comenzar a negociar. Al reingresar el árbitro, puede ocurrir que los participantes hayan decidido leer el fallo o que, por el contrario, se abstengan de ello. Si cuando vuelve a la sala las partes están hablando entre sí y no han abierto el sobre con el laudo, el tercero se transforma en mediador. En caso que lleguen a un acuerdo, el facilitador se

guarda el sobre y nadie sabe cuál era la decisión. En forma similar, se puede pactar que el árbitro haya decidido y tenga su laudo guardado en el bolsillo antes de comenzar una mediación ordinaria. El facilitador toma su decisión la noche anterior y la reserva hasta el fin de la mediación. Si no hay acuerdo, abre el sobre con el laudo y lo da a conocer. El laudo tiene carácter vinculante por pacto previo.

18. "Alto-bajo" (high-low) .Se trata de una metodología que se puede utilizar para acordar una cifra máxima y otra mínima que puede obtener el acreedor, luego de que un tercero neutral árbitro determine si tiene derecho a la prestación. Es útil cuando las partes tienen pendiente no sólo la cantidad adeudada, sino que también están enfrentadas acerca de la calidad de acreedor y deudor, por lo que puede ponerse a decisión de un árbitro lo básico: si quien pretende ser acreedor resulta tal. Si lo es, obtendrá la cifra mayor acordada, pero si no lo es, igualmente obtendrá la mínima, con lo que nunca perderá del todo. El método se utiliza para incitar a aceptar el arbitraje, el que será vinculante. Mas, reiteramos, el arbitraje sólo se refiere a la calidad de acreedor de una parte y no incluye la cifra a abonar, ya que la cantidad a pagar está predeterminada en dos cantidades fijas, una alta y una baja, acordadas por los interesados.

19. Pericia arbitral. Es como expeditivo modo para la solución de diferendos que en la ejecución de ciertos contratos se suscitase sobre cuestiones de hecho; y el sometimiento impuesto en estos casos al juicio de árbitros peritos para la determinación de los hechos a que se refieren las reglas del Código de Comercio configura una prueba legal y lo decidido por un laudo puede hacerse valer como



cosa juzgada con relación a tales hechos. La pericia arbitral puede ser extrajudicial o practicarse judicialmente.

20. La figura del oyente neutral. Se trata de un procedimiento extrajudicial sencillo, rápido y directo. Las partes designan oyente neutral a una persona de destacados antecedentes en quien confían. El tercero recibe de cada una de las partes la mejor propuesta que cada una de ellas se siente en condiciones de efectuar a la otra. El oyente examina ambas propuestas, las compara y luego informa a las partes si las propuestas se acercan lo suficiente como para justificar la celebración de reuniones con el fin de ajustar o transar la diferencia. No necesita explicitar qué criterio usó para indicar la cercanía de las ofertas suministradas. El oyente neutral debe mantener la más estricta reserva sobre el contenido de cada propuesta, a menos que las partes lo releven expresamente de tal obligación.

21. Esclarecedor de cuestiones de hecho (fact-finder). Se acude a este procedimiento para que el interviniente neutral con tal cometido presida una audiencia referida a las circunstancias que han llevado a una situación de bloqueo en las negociaciones. En este caso, el tercero neutral dará a los contendientes (o a aquél a quien éstos hayan transferido el poder decisorio), una opinión imparcial sobre cómo ve se han desarrollado los hechos en contradicción; puede combinarse su capacidad de emitir opinión con la facultad de ofrecer una solución recomendada, de carácter no vinculante, en cuyo caso escribe un informe que contiene su recomendación para el acuerdo.

22. Consejero especial (special master). Si bien no estamos verdaderamente ante un método alternativo de resolución de controversias, pues este tercero opera dentro del esquema del litigio, a veces figura como tal pues su contacto directo e intermediación con las partes y terceros reclamantes le permite ejercer una actividad conciliatoria y de composición de intereses; y, si bien tiene cierto poder, no es Juez, ya que su jerarquía es menor. A su vez, es alguien que por su prestigio en un área, merece respeto por lo que tiene fuerza de persuasión. Se trata de un funcionario judicial o designado ad hoc por un Juez, persona con gran experiencia en ciertos temas, al que un tribunal encomienda tareas concretas y determinadas sobre su especialidad, a efectos de que cite y escuche a las partes y a testigos, se forme una opinión y luego elabore y recomiende un plan a seguir que debe presentar al Juzgado en un dictamen o informe escrito. El carácter de su informe es el de una mera recomendación, más una vez aprobado por el Juez, se convierte en decisión del tribunal. Por ejemplo, en una quiebra, puede tratarse de un plan de inversión y pago, previa citación a acreedores; en una cuestión de familia, de un plan de régimen de visitas, luego de un análisis pormenorizado de la situación; inclusive la Corte Suprema de Estados Unidos designa un special master para hacer recomendaciones en casos de competencia originaria.

23. Programas de quejas y reclamos. Entre los posibles mecanismos de resolución de disputas que pueden utilizar con ventaja los consumidores se encuentran las secciones de reclamos o quejas en oficinas gubernamentales (especialmente las

fiscalías), u operadas por los medios de prensa y comunicación, como ser diarios, radio y televisión. Se basan en la conciliación y la mediación, generalmente efectuada por correo o por teléfono. Algunas empresas también han decidido que el desarrollo y utilización de formas innovativas de manejo de los reclamos y quejas de consumidores y de empleados puede mejorar su imagen pública, sus ventas y sus relaciones con sus trabajadores y han establecido innovaciones tales como el "análisis de problemas por grupos de pares" o "programas de atención de clientes", lo que además de satisfacer a aquéllos a quienes estaban dirigidos, constituyen sistemas para evitar ir a los tribunales. También existen programas formales de denuncias, reclamos o quejas en escuelas, prisiones, etc., que combinan la negociación, la mediación, el arbitraje y la conciliación en forma progresiva a fin de evitar la escalada del conflicto.

24. Minijudio no es un juicio, sino una presentación oral efectuada por los abogados ante los directivos de las empresas entre las que se ha suscitado una controversia, quienes luego intentan arribar a un acuerdo. Se trata en definitiva de un intercambio de información entre los contendientes, utilizado para cuestiones complejas y de gran envergadura, en que los abogados presentan los elementos más relevantes de su argumentación y prueba en forma privada a sus propios principales y los de la contraria en forma conjunta. Ello permite a quienes no han intervenido todavía directamente en el conflicto (manejado hasta tal momento por sus subordinados o departamentos legales), tomar contacto con las dos versiones generalmente diferentes y contrastantes del eventual pleito y tener un sentido

de realidad sobre el futuro desarrollo del caso, al oír y ver en ejercicio de la argumentación y presentación de pruebas, no sólo al letrado de su empresa, al que pueden ya haber escuchado sobre la propia fuerza y razón de su parte, sino -por primera vez, quizá viendo y evaluando otro punto de vista y la razón que también le asiste al de la contraria. El procedimiento da gran resultado, por cuanto recién al escuchar la otra campana, los interesados tienen un cuadro completo de la situación y se confrontan con la noción de cómo puede aparecer "su caso" ante un tribunal. La audiencia es en cierta medida similar a la de un juicio, se lleva a cabo a puertas cerradas y según las reglas pactadas entre las partes. Está presidida por un "consejero neutral", para lo que habitualmente se elige a un abogado eminente, a un profesor o académico reconocido o a un Juez retirado, cuyo único cometido es el de actuar de moderador y preservar el orden en las presentaciones, tras las cuales los directivos, sin sus abogados, se retiran a otra habitación a negociar. Si no llegan a un avenimiento, puede el "consejero neutral" actuar como evaluador neutral, como mediador o como árbitro, de acuerdo a lo que se haya convenido previamente. Pueden existir también etapas de negociación directa intermedias entre los pasos, todo ello conforme a lo previsto, pues el procedimiento no es único y depende de las necesidades de los interesados. Se considera como una herramienta ventajosa para resolver disputas entre empresarios, siempre que los abogados estén familiarizados con el sistema, haya cierta confianza recíproca en cuanto a la credibilidad de los profesionales y ejecutivos y el poder de negociación sea equilibrado. Este proceso, es satisfactorio por cuanto permite a los principales de las empresas mantener el control de la decisión, la que queda en la esfera de los negocios; simultáneamente,

da a los abogados la oportunidad de "sacarse los ojos" y lucirse con la presentación, haciendo aquello para lo que fueron entrenados. Combina así algunos de los mejores elementos de los métodos adversariales y no adversariales.

25. Alquiler" de un juez. El "alquiler" de un Juez constituye una variante del arbitraje a la que se acude cuando los tribunales están atestados de casos y tienen una demora de varios años. Se trata de un procedimiento privado, para el cual las partes contratan a quien deberá actuar en la toma de decisión, el que generalmente es un Juez retirado. A diferencia del arbitraje, en que el laudo puede ser dado en equidad, este método se caracteriza por cuanto hay que fallar según el derecho y los precedentes legales. Este modo se distingue de otros por ser más formal, al regirse, en principio, por las normas procesales y de prueba, aunque las partes pueden conformar el procedimiento, por lo cual si lo desean será el de un juicio tradicional completo, o más flexible, según sus necesidades. Los contendientes y sus profesionales son los que tendrán control sobre los términos que demandará cada paso del juicio y la fijación de las fechas de audiencias, lo que les ahorrará estar ellos y los testigos estar reservando su agenda a la espera de ser convocados, con el consiguiente costo en tiempo y dinero. Además, evitan la participación del público pues no se prevén mecanismos para dar a conocer los horarios y lugares de las audiencias. Por lo menos en 48 jurisdicciones de Estados Unidos se permite la derivación de casos por consenso de ambas partes a un Juez privado, aunque difieren los estados respecto del tipo de cuestiones de hecho o de derecho que pueden someterse a este tipo de

procedimiento; también existen diferencias respecto de la remuneración u honorarios devengados por la contratación, ya que en tanto en algunas jurisdicciones los particulares pagan, en otras ello está prohibido y paga el Estado.

26. Tribunales religiosos. Los grupos étnicos y religiosos han establecido históricamente sus propios sistemas alternativos de solución de desavenencias, a fin de eludir los valores gubernamentales de la mayoría y conservar sus propios medios de resolución. Durante siglos, la iglesia o templo ha desempeñado un papel destacado en la resolución de conflictos entre sus miembros. Con frecuencia el párroco, sacerdote, ministro o rabino local eran invitados a intervenir como mediadores, especialmente en desavenencias familiares, para sugerir formas en que los contendientes podían convivir o reorganizar sus relaciones. Existe una rica tradición de mediación en el Nuevo testamento y la mediación es congruente con el perdón, la reconciliación y la comunidad, con variadas bases bíblicas que aprueban a los mediadores como pacificadores. A su vez y desde antiguo, también la comunidad religiosa judía desarrolló sus propios sistemas de resolución de disputas en tiempos en que los tribunales seculares les eran hostiles. Luego, los practicantes tradicionalistas de la religión continuaron sometiendo sus conflictos de negocios o de familia a la corte rabínica. Asimismo, los puritanos, cuáqueros y mormones son proclives a resolver sus controversias dentro de las propias comunidades. Las decisiones de este tipo de tribunales se toman de acuerdo a los usos y costumbres y conforme a las prácticas religiosas y no según la ley del estado, a fin de mantener la independencia y establecer

normas propias. En general, los tribunales laicos han tratado estos procedimientos como formas de arbitraje.

27. Embellecimiento de contratos. Se trata de un procedimiento poco ortodoxo que fuera utilizado en forma experimental, mas da idea de que la creatividad en la materia no tiene límites. El "embellecedor" no es mediador ni árbitro, sino algo intermedio. Suponiendo que las partes tienen en trámite negociaciones complejas. Inmediatamente después que cada una comprende de qué se trata o cuáles son los puntos sobre los que están por decidir, interviene el facilitador. Comienza por entrevistar por separado a cada parte, con carácter confidencial, sobre sus necesidades, percepciones, posibles concesiones, etc., yendo a fondo en las cuestiones. Luego, sin revelar nada y sin otra intervención, se retira del lugar hasta que terminen las negociaciones normales. Como conoce mucho sobre las creencias, valores, aspiraciones y limitaciones de cada uno, está en condiciones de apreciar si las partes han arribado a un acuerdo eficiente, es decir el más fructífero posible. Si no es así, comienza su tarea para "embellecer" el contrato, es decir para diseñar el acuerdo alternativo óptimo, que debería ser preferible para ambos. Pero, como podría estar equivocado, en la próxima etapa pregunta su opinión a cada uno, por separado y en forma reservada, para averiguar si los contendientes están dispuestos a aceptar su punto de vista. Si se llega a este punto de armonía, se sustituye el convenio por el sugerido por el facilitador. No hay nuevo regateo respecto del proyecto.

28. Como remuneración el tercero recibe una proporción (por ejemplo, un quinto) de la diferencia o valor agregado al contrato con su actuación, en tanto éste quedó mejorado. En suma, las partes sin ayuda llegan a un acuerdo; y el "embellecedor" del contrato, conociendo los valores, las creencias y las restricciones de ambas partes, intenta lograr un acuerdo más eficiente que ambos preferirían con relación al texto logrado.

29. Operador del proceso. A este tercero se le otorga, o tiene, el poder de manipular o ajustar las normas del proceso, es decir de modificar las reglas de juego que se utilizan en la negociación, alterando o restringiendo el contexto en que se opera. Se trata de imponer no una solución de fondo, sino un procedimiento para la resolución de la disputa. Dentro del concepto también se incluye la noción de poder prohibir cierto modo de actuación negativo.

30. Las Iniciativas en estudio, contemplan propuestas útiles, y en el análisis de éstas, consideramos enriquecedor y necesario extraer de cada una de ellas lo más importante así como sus similitudes entre ambas, integrando y formando un solo proyecto de Ley más completo, abordando todos los temas relevantes, y que serán de vital importancia para la regulación y aplicación de estos mecanismos alternativos de solución de controversias en Guatemala.

31. En el capítulo I se debe contemplar las disposiciones generales de la Ley, estableciendo en su articulado el objeto y los conceptos que se manejarán en todo el cuerpo de la Ley; es importante manifestar que entre los conceptos establecidos se encuentran las figuras o instituciones ya relacionadas.

32. El Capítulo II debe señalar cuáles son los mecanismos alternativos de solución de controversias, siendo todos aquellos que sean adecuados para solucionar pacíficamente el conflicto suscitado entre las partes, así como el señalamiento de los principios rectores a los que se sujetaran dichos mecanismos entre dichos principios se encuentra la voluntariedad, confidencialidad, buena fe, neutralidad, imparcialidad, equidad, entre otros.
33. De igual manera en este Capítulo se debe abordar las controversias que pueden ser materia de aplicación de los mecanismos alternativos, así como aquéllas conductas en las que procederá dicha aplicación y la manera de iniciar dichos mecanismos.
34. El Capítulo III se debe abordar a las partes en conflicto que pueden intervenir en la aplicación de dichos mecanismos alternativos, así como sus derechos y obligaciones.
35. En el Capítulo IV se debe hacer referencia a la figura jurídica de los facilitadores, los diversos tipos de facilitadores, cuáles son los requisitos que deben de cubrir cuando se trata de los privados y cuáles son sus obligaciones que tienen, como el de ejercer con probidad, eficiencia y respeto a los principios rectores, conducirse de manera parcial en el procedimiento alternativo, vigilar que en los mecanismos que intervengan no afecten derechos de terceros, entre otros.

36. El Capítulo V debe hacer referencia al Centro Estatal de Solución de Controversias, el cual es un órgano desconcentrado de la Administración de Justicia, con autonomía técnica para conocer y facilitar la solución de controversias que le sean planteadas mediante mecanismos alternativos no jurisdiccionales y se contempla a la Procuraduría General de la Nación como Centro Público de Solución de Controversias, en el ámbito de su competencia material y en concordancia con las atribuciones otorgadas por esta ley.
37. El Capítulo VI se debe detallar los requisitos para actuar como Centros Privados de Solución de Controversias, sus obligaciones y las responsabilidades. En el Capítulo VII se deben fijar las reglas que debe seguir el procedimiento que se instruye, desde el momento en que se presenta una solicitud de aplicación de los mecanismos alternativos, hasta el momento en el que se suscribe el acuerdo o convenio.
38. Con respecto al Capítulo VIII se debe establecer el momento procesal oportuno en el que el juez que conozca de un proceso civil, mercantil, familiar, penal o de justicia para adolescentes, e incluso el Ministerio Público durante la averiguación previa, deberá convocar a las partes para hacerles de su conocimiento la posibilidad de dirimir la controversia aplicando los mecanismos alternativos de solución de controversias. Asimismo, se debe enunciar cómo opera la suspensión, prescripción y la caducidad de la instancia en los procesos y procedimiento mencionados.

39. El Capítulo IX se debe contemplar el carácter ejecutivo o los efectos de cosa juzgada que tiene el convenio las diferentes formas de garantizar la autenticidad y legalidad de los mismos y las autoridades encargadas de reconocerlos y certificarlos.

40. Finalmente en el Capítulo X la Ley se debe establecer las faltas en que pueden incurrir los servidores públicos del Centro Estatal y la responsabilidad a que se harán acreedores, así como las sanciones que pueden aplicarse a los facilitadores privados y a los Centros Privados de Solución de Controversias por el incumplimiento a las disposiciones de la Ley de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias y el procedimiento para la imposición de las mismas.



CONCLUSIONES

1. El Derecho Mercantil tiene influencia del comercio nacional e internacional, y sus instituciones en la actualidad, no se encuentran ajustadas al avance en materia tecnológica y de las comunicaciones a nivel internacional, especialmente en cuanto a los marcos normativos que lo regulan.
2. El comercio se ha expandido y se circunscribe al ámbito nacional, por lo que por las características que encierra la actividad de los comerciantes y en muchos casos trasciende a lo internacional, es necesario que las leyes que se regulan se ajusten a estas necesidades.
3. En la sociedad siempre van a existir controversias, disputas, conflictos, y el Estado juega un papel importante en la resolución de las mismas como un tercero neutral a través de su intervención pero esto se realiza con mayor énfasis en la intervención que tienen los jueces, circunstancia que no es positiva para los comerciantes.
4. Los métodos alternativos de resolución de conflictos que existen en las leyes guatemaltecas, no han dado respuesta efectiva a las disputas y controversias que se plantean especialmente en el ámbito mercantil, pues continúan los procesos judiciales con mucho tiempo para su tramitación y resolución.





RECOMENDACIONES

1. El Estado de Guatemala, a través del legislativo, y la comisión respectiva, tienen la obligación de propiciar los cambios necesarios en las leyes para ajustarlas a las realidades concretas, que tengan como fin la resolución de los conflictos que se pudieran generar entre los ciudadanos.
2. El Estado debe fomentar una política de pacificación en la resolución de las controversias, a través de crear instituciones nacionales e internacionales que regulen la resolución de conflictos mercantiles de manera extrajudicial, lo que beneficiara en el desarrollo y progreso del país.
3. El legislador al considerarse que los métodos actuales de resolución de conflictos, no han sido efectivos totalmente, por la acumulación de expedientes que existen en los Tribunales sin resolver, debe el Estado a través del Organismo Judicial fomentar la celeridad implementando más juzgados y personal que los atienda.
4. El legislador podría considerar los nuevos métodos o formas de resolver conflictos que se han señalado en el presente trabajo de investigación, para crear una ley efectiva para los ciudadanos en los distintos ámbitos, y en general para los comerciantes, que logre dilucidarse sus controversias surgidas de las relaciones nacionales e internacionales que mantienen.





BIBLIOGRAFÍA

- ACOSTA ZAC, Lizardo. **La nulidad absoluta del negocio jurídico de compraventa de bienes arqueológicos de Guatemala.** Guatemala: EDI-ART impresos, junio de 1986.
- ÁLVAREZ FENDIN, Sabino. **Tratado de derecho administrativo.** Barcelona: Ed. Bosch, 1958.
- ÁLVAREZ R., Luís. **El derecho de consumo.** España: Ed. Lerner Limuza, 2000.
- ALVARADO SANDOVAL, Ricardo. **Estudio gráfico de los contratos en particular en la legislación civil guatemalteca.** Guatemala: (s.e.), Universidad de San Carlos de Guatemala, 1976.
- AYLWIN AZÓCAR, Patricio. **El juicio arbitral.** Chile: Ed. Jurídica de Chile, 1958.
- BARRERA SANTOS, Cesio. **Folleto material para mediadores, sección de reproducción del organismo judicial.** Guatemala: (s.l.i.), 2003.
- BIELSA, RAFAEL. **Derecho administrativo.** 6ª. ed.; Ley Sociedad Anónima. Buenos Aires: Ed. e Impresora, 1964.
- BUSTAMANTE SÁNCHEZ. **Manual obligaciones civiles.** Colección de textos jurídicos universitarios, 3ª. ed.; México: (s.e.), (s.f.).
- BURHAN, Beckwich. **Economía socialista.** Alemania: Ed. Friedrich Heimann, 1990.
- CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario de derecho usual.** (s.l.i.): Ed. Heliasta,S.R.I. 1986.
- CABEZAS CESCATO, **Los contratos mercantiles y comerciales.** Colección Iberia 2ª. ed.; Madrid, España: Ed. Iberia, 1990.



CALDERÓN MORALES, Hugo H. Derecho administrativo I. 8va. Ed.; Guatemala: Ed. Fénix, 2005.

CASTILLO GONZÁLEZ, Jorge Mario. Derecho administrativo. Instituto Nacional de Administración Pública. Guatemala, C.A: (s.e.), 1990.

COVIELLO, Nicolás. Doctrina general del derecho Civil. 4ª. ed.; Unión Tipográfica. México: Ed. Hispano América, 1949.

DÍAZ CASENSO, José Luís, Armonización de la legislación sobre el tráfico económico. España: Ed. Heliasta, 1982.

ESPIN CANOVAS, Diego. Manual de derecho civil español. Vol. III, Obligaciones y contratos, 4ª. ed.; Madrid: Ed. Revista de Derecho Privado, (s.f.).

GARCÍA MAYNEZ, Eduardo. Introducción al estudio del derecho. 5ª. ed.; reformada. México, D.F.; Ed. Porrúa, S.A., (s.f).

MARTÍNEZ, Francisco J. El mercado de los derechos de consumo. Madrid España: Ed. Porrúa, 1993.

MEJÍA ORDOÑEZ DE ESCOBAR, Mima Estela. El negocio jurídico, su forma. Guatemala: Ed. Universitaria, Universidad de San Carlos de Guatemala, 1978.

GUTIÉRREZ DEL ÁLAMO, José. Administración económica del Estado. 2ª. Ed.; Madrid: Ed. de Derecho Financiero, 1960.

<http://www.goesjuridica.com.html> (Consultado: 12/10/2012).

OSPIONA FERNÁNDEZ, Guillermo y Eduardo Ospina Acosta. Teoría general de los actos o negocios jurídicos. 2ª. ed.; Bogotá, Colombia: Ed. Temis Librería, (s.f.).

OSSORIO, Manuel. Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales. (s.l.i.): Ed. Heliasta, S.R.L. 1981.



PETIT, Eugene. **Tratado elemental de derecho romano**. México: Ed. Nacional, 1976.
PUIG PEÑA, Federico. **Tratado de derecho civil español**. Vol. II, 3ª. ed.; Madrid: Ed. pirámide, S.A., revista de derecho privado, (s.f.)

RIVERA NETZE, Antonio Guillermo. **Arbitraje & conciliación, alternativas extrajudiciales de solución de conflictos**. 3ª. ed.; (s.l.i.): (s.e), 2001.

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

Legislación:

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

Código Civil. Enrique Peralta A zurdía, Jefe de Gobierno de la República de Guatemala. Decreto Ley número 106, Guatemala, 1964.

Código Procesal Civil y Mercantil. Enrique Peralta A zurdía, Jefe de Gobierno de la República de Guatemala. Decreto Ley número 107, Guatemala, 1964.

Código Procesal Penal. Congreso de la República de Guatemala, Decreto número 51-92, Guatemala, 1992.

Código de Comercio de Guatemala. Congreso de la República de Guatemala, Decreto número 2-70, Guatemala, 1971.

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

Ley de Arbitraje. Congreso de la República de Guatemala, Decreto número 67-95, Guatemala, 1995.

Ley de lo Contencioso Administrativo. Congreso de la República de Guatemala, Decreto número 119-96, Guatemala, 1996.



Ley de Protección y Asistencia al Consumidor y Usuario y su Reglamento.
Congreso de la República de Guatemala, Decreto número 06-2003, Guatemala,
2003.