

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



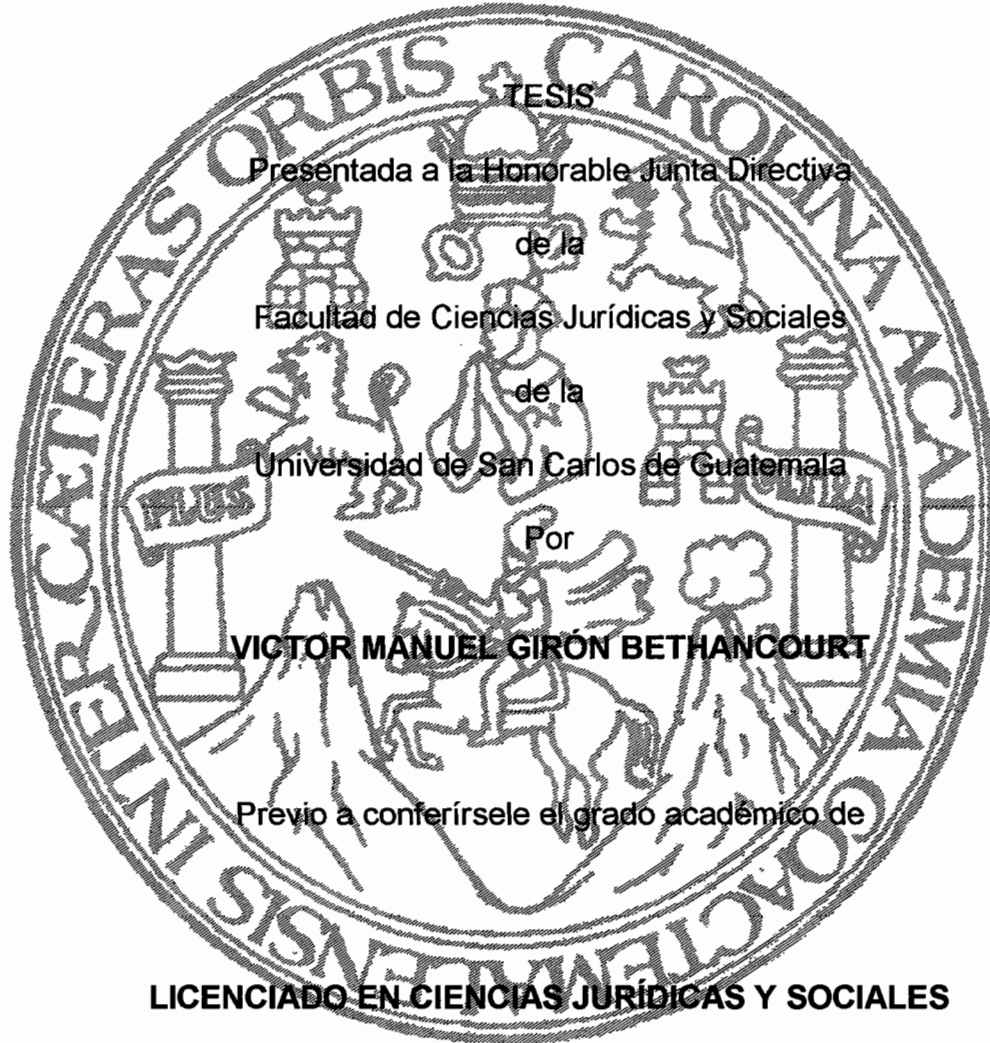
**LA VIOLACIÓN AL DERECHO DE DEFENSA DEL SOCIO POR LA CLÁUSULA
COMPROMISORIA CONTENIDA A LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS MERCANTILES,
POR MEDIO DE LA CUAL SE LE REMITE A UN ARBITRAJE**

VICTOR MANUEL GIRÓN BETHANCOURT

GUATEMALA, JUNIO DE 2016

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

**LA VIOLACIÓN AL DERECHO DE DEFENSA DEL SOCIO POR LA CLÁUSULA
COMPROMISORIA CONTENIDA A LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS MERCANTILES,
POR MEDIO DE LA CUAL SE LE REMITE A UN ARBITRAJE**



TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

VICTOR MANUEL GIRON BETHANCOURT

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, junio de 2016

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

DECANO: MSc. Avidán Ortiz Orellana
VOCAL I: Lic. Luis Rodolfo Polanco Gil
VOCAL II: Licda. Rosario Gil Pérez
VOCAL III: Lic. Juan José Bolaños Mejía
VOCAL IV: Br. Jhonathan Josué Mayorga Urrutia
VOCAL V: Br. Freddy Noé Orellana Orellana
SECRETARIO: Lic. Daniel Mauricio Tejeda Ayestas

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente: Lic. Edgar Manfredo Roca Canet
Vocal: Licda. Roxana Elizabeth Alarcón Monzón
Secretario: Licda. María Del Carmen Mansilla Girón

Segunda Fase:

Presidente: Lic. Mario Adolfo Soberanis Pinelo
Vocal: Lic. Lesther Castellanos Rodas
Secretario: Licda. Marta Eugenia Valenzuela Bonilla

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



LIC. JORGE NEPTALI ARREAGA CIFUENTES
ABOGADO Y NOTARIO
BUFETE PROFESIONAL
6ª Avenida 11-43, Zona 1, Edificio Panam.
Oficina 203, 2do. Nivel Guatemala Ciudad



Guatemala 11 de septiembre 2012.

Licenciado
Bonerge Amilcar Mejía Orellana
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Su Despacho.



Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis:

Me dirijo a usted, con el objeto de informarle que de conformidad con el nombramiento de fecha seis de agosto de dos mil once, fui designado por su despacho para proceder a la asesoría de tesis del bachiller **VICTOR MANUEL GIRÓN BETHANCOURT**, con carné numero **2006-16061**, intitulado: **"LA VIOLACIÓN AL DERECHO DE DEFENSA DEL SOCIO POR LA CLÁUSULA COMPROMISORIA CONTENIDA A LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS MERCANTILES, POR MEDIO DE LA CUAL SE LE REMITE A UN ARBITRAJE "**; para lo cual manifiesto lo siguiente:

- i. El contenido de la tesis contiene un análisis jurídico, del arbitraje en materia mercantil en nuestro país, la cláusula compromisoria en la constitución de las sociedades anónimas mercantiles, haciendo énfasis en la violación al derecho de defensa de los socios minoritarios de las sociedades anónimas mercantiles función que le otorga el Código de Comercio.
- ii. El aporte que se tiene que resaltar en el actual trabajo de tesis es su contribución científica para la sociedad guatemalteca, ya que contiene etapas de derecho mercantil y de la ley de arbitraje.
- iii. La redacción utilizada durante el desarrollo de la tesis es la adecuada. Los objetivos se alcanzaron al establecer que es fundamental la proposición de los lineamientos producidos en la presente investigación a los organismos que tienen iniciativa de ley, a fin que desaparezca la indefensión existente por la falta de reglamentación precisa en la Ley de Arbitraje ya que actualmente se comete abuso desmedido de este derecho afectando negativamente los derechos de los socios de las sociedades anónimas mercantiles.
- iv. Durante el desarrollo del trabajo señalado se utilizaron los siguientes métodos de investigación: analítico el cual se utilizó en todo el proceso de investigación para poder dar la posible solución a la violación de los derechos de los accionistas en las sociedades anónimas mercantiles, sintético que dio a conocer cuántos y en qué consistieron cada uno de los capítulos en forma abstracta abarcados en la presente investigación, deductivo e inductivo con el que se establece el contexto actual en que se ejerce la constitución de sociedades anónimas mercantiles.



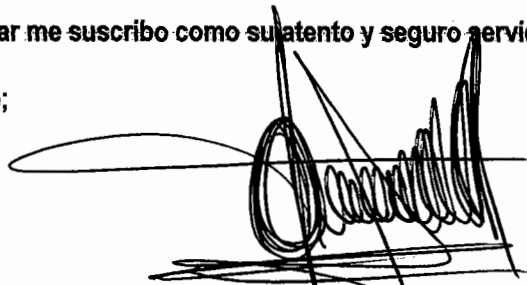
LIC. JORGE NEPTALI ARREAGA CIFUENTES
ABOGADO Y NOTARIO
OFICINA DE ASESORIA Y BUFETE PROFESIONAL
6ª Avenida 11-43, Zona 1, Edificio Panam.
Oficina 203, 2do. Nivel Guatemala Ciudad

- vi. El contenido del trabajo de tesis tiene relación con las conclusiones y recomendaciones, siendo la bibliografía empleada la correcta y relacionada con las citas bibliográficas de los capítulos.
- vii. El trabajo denota esfuerzo, dedicación y empeño; personalmente me encargué de guiarlo durante las etapas del proceso de investigación científica, aplicando las técnicas de investigación y los métodos anotados; con lo cual se comprobó la hipótesis de que es necesario elevar la proposición de los lineamientos producidos en la presente investigación a los organismos que tienen iniciativa de ley al Código de Comercio y la Ley de Arbitraje, ya que las anteriores leyes imponen obligatoriamente la inclusión de la cláusula compromisoria que no cumple con la elaboración de procedimientos concretos que deben ser estipulados para invocar al arbitraje como medio de resolución de controversias y que el mismo sitúan al socio de las sociedades anónimas mercantiles en la indefensión de sus derechos y patrimonio, colisionado así con la norma constitucional que garantiza el derecho de defensa.

En razón de lo anterior, la tesis cuenta con los requisitos legales establecidos en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y el Examen General Público, siendo procedente emitir **DICTAMEN FAVORABLE**, para que continúe con el trámite que corresponde, previo a optar al grado académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales y los títulos profesionales de Abogado y Notario.

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

Deferentemente;



Lic. Jorge Neptali Arreaga Cifuentes
Asesor.
Colegiado 8089.

LICENCIADO
JORGE NEPTALI ARREAGA CIFUENTES
ABOGADO Y NOTARIO



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

Ciudad Universitaria, zona 12
GUATEMALA, C.A.



UNIDAD ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.
Guatemala, 22 de octubre de 2012.

Atentamente, pase al LICENCIADO JACOBO ADRIÁN ALVAREZ MARROQUÍN, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del estudiante VICTOR MANUEL GIRÓN BETHANCOURT, intitulado: "LA VIOLACIÓN AL DERECHO DE DEFENSA DEL SOCIO POR LA CLÁUSULA COMPROMISORIA CONTENIDA A LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS MERCANTILES, POR MEDIO DE LA CUAL SE LE REMITE A UN ARBITRAJE".

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. BONERGÉ AMILCAR MEJÍA ORELLANA
JEFE DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS



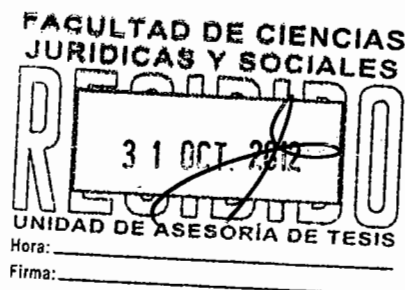
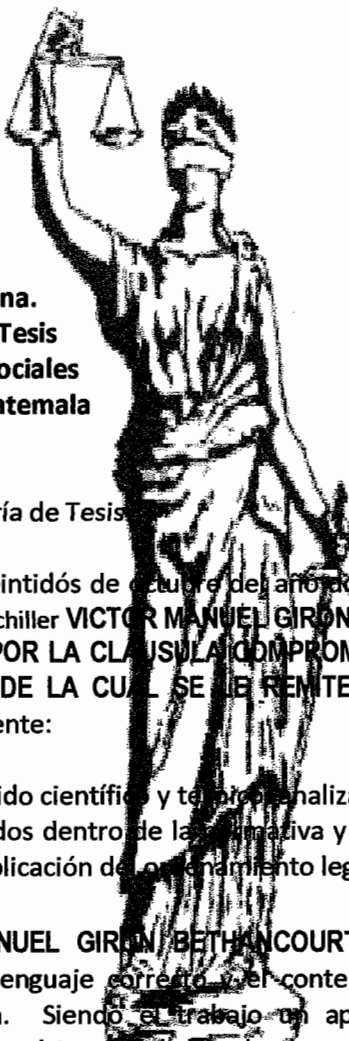
cc.Unidad de Tesis
BAMO/iyr.

Lic. Jacobo Adrián Álvarez Marroquín, Abogado y Notario, Colegiado 5232
4ta. Avenida 12-07 segundo nivel Oficina 204
Edificio Schifer. Teléfono 2412-8800



Guatemala, 31 de octubre de 2012

Dr. Bonerge Amilcar Mejía Orellana.
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Su Despacho.



Señor Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis

conformidad con el oficio de fecha veintidós de octubre del año dos mil doce, me permito informar a usted e he revisado el trabajo de tesis del bachiller VICTOR MANUEL GIRÓN BETHANCOURT, intitulado "LA VIOLACIÓN DEL DERECHO DE DEFENSA DEL SOCIO POR LA CLÁUSULA COMPROMISORIA CONTENIDA A LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS MERCANTILES, POR MEDIO DE LA CUAL SE LE REMITE A UN ARBITRAJE"; precedente resulta taminar respecto a la **Revisión** lo siguiente:

1. La tesis abarca un contenido científico y técnico analizando jurídicamente lo fundamental de los presupuestos contemplados dentro de la normativa y respecto al análisis jurídico, ya que en la práctica no concurre la aplicación del ordenamiento legal.
2. El bachiller VICTOR MANUEL GIRÓN BETHANCOURT, en la elaboración de su trabajo de investigación utilizó un lenguaje correcto. El contenido de la misma es de interés para la ciudadanía guatemalteca. Siendo el trabajo un aporte científico para los estudiantes y catedráticos que manejen el tema del derecho mercantil, especialmente en lo referente a la violación al derecho de defensa del socio por la cláusula compromisoria contenida en las sociedades anónimas mercantiles. Dicho aporte bien merece ser tomado en cuenta por ser de interés social, ya que afecta al socio en general, y tanto como a los mismos interesados en el sostenimiento de la misma sociedad.
3. Los métodos y técnicas utilizadas para la realización del trabajo de tesis fueron acordes para el desarrollo de la misma. Se utilizó el método analítico, con el cual se determinó la importancia de regular el trámite especial de la cláusula compromisoria de ambas partes, tanto por parte del Estado de Guatemala, como el particular; el sintético señaló lo fundamental de las normas aplicables; el inductivo estableció la normativa vigente. Durante el desarrollo del trabajo se utilizó la técnica de fichas bibliográficas y la documental, debido a que con las mismas se obtuvo la información acorde para la elaboración de la tesis con datos de actualidad.

Lic. Jacobo Adrián Álvarez Marroquín, Abogado y Notario, Colegiado 5232
4ta. Avenida 12-07 segundo nivel Oficina 204
Edificio Schifer Zona 1 Guatemala.



4. No fueron necesarios cuadros estadísticos, debido a que la investigación no lo ameritaba.
5. Las conclusiones y recomendaciones planteadas por el sustentante son acordes y se relacionan con el contenido de la tesis, en virtud que se requiere de una serie de tramites, aplicación y sin pérdida de tiempo como lo es actualmente el análisis jurídico en relación a la violación al derecho de defensa del socio por la cláusula compromisoria contenida en las sociedades anónimas mercantiles, por medio de la cual se le remite a un arbitraje, haciendo necesario incorporar dentro de la regulación nacional la no violación evidente al derecho de defensa en materia mercantil.
6. La bibliografía utilizada es la adecuada y actualizada. De manera personal me encargue de guiar al estudiante bajo los lineamientos de todas las etapas correspondientes al proceso de investigación científico, aplicando para el efecto los métodos y técnicas acordes para la resolución de la problemática relacionada.
7. El trabajo de tesis, efectivamente reúne los requisitos de carácter legal, por lo cual emito **DICTAMEN FAVORABLE** de conformidad con el cumplimiento de 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, para su posterior evaluación por el Tribunal Examinador, previo a optar al grado académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Atentamente




Lic. Jacobo Adrián Álvarez Marroquín
Abogado y Notario



USAC TRICENTENARIA

Universidad de San Carlos de Guatemala
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Edificio S-7 Ciudad Universitaria
Guatemala, Guatemala



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, 04 de julio de 2013.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis del estudiante VICTOR MANUEL GIRÓN BETHANCOURT, titulado LA VIOLACIÓN AL DERECHO DE DEFENSA DEL SOCIO POR LA CLÁUSULA COMPROMISORIA CONTENIDA A LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS MERCANTILES, POR MEDIO DE LA CUAL SE LE REMITE A UN ARBITRAJE. Artículos: 31, 33 y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

CMCM/silh.

Lic. Avidán Ortiz Orejano
DECANO





DEDICATORIA

- A DIOS:** Ser omnipotente, fuente de mi sabiduría. Por tus bendiciones, misericordia y amor infinito.
- A MI PADRE:** Por tu amor y sabios consejos que me has brindado, durante toda mi vida, por tus sacrificios y ejemplos para lograr este éxito.
- A MI MADRE:** Por la vida, amor, cariño, y oraciones dedicadas siempre a mí persona, he podido llegar a realizar las más grandes de mis metas.
- A MI FAMILIA:** Por estar siempre presentes, brindándome su apoyo incondicional. Con cariño a mis tías.
- A MI NOVIA:** Por tu amor y apoyo constante. Por tu compañía y palabras de aliento en todo momento.
- A MIS CATEDRÁTICOS:** Con respeto y aprecio que supieron enseñarme y educarme con bastante esmero y paciencia.
- A MIS COMPAÑEROS:** Gracias por haber compartido conmigo todo el proceso educativo a todo el apoyo brindado.
- A MIS ASESORES:** Gracias por su asesoría y tiempo dedicado a la revisión de este trabajo.



A MIS PADRINOS:

Ejemplos a seguir en mi vida profesional.

AGRADECIMIENTO ESPECIAL:

A la gloriosa y tricentenaria Universidad de San Carlos de Guatemala y la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, casa de estudios que me forjó e instruyo.

A TODAS LAS PERSONAS:

Que de una y otra forma, me ayudaron alcanzar el triunfo obtenido.

A USTED:

Gracias por compartir conmigo este triunfo.



ÍNDICE

Pág.

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

CAPÍTULO I

1. Antecedentes de la sociedad anónima en el derecho mercantil.....	1
1.1. Generalidades.....	1
1.2. Antecedentes históricos de la sociedad anónima.....	2
1.3. Concepto.....	4
1.4. Elementos jurídicos para su constitución.....	6
1.5. Órganos de la administración.....	7
1.6. La administración de la sociedad anónima.....	9
1.7. Prohibición para ser administrador en la sociedad anónima	13
1.8. Revocación de los administradores en la sociedad anónima.....	14
1.9. Regulación legal de la administración en la sociedad anónima.....	15

CAPÍTULO II

2. La cláusula compromisoria.....	23
2.1. Requisitos generales de la cláusula compromisoria.....	23
2.2. Requisitos esenciales.....	25
2.3. Características.....	25
2.4. Cláusulas compromisorias defectuosas.....	26
2.5. Técnica para la elaboración de las cláusulas compromisorias.....	26
2.6. Elementos.....	32

2.7. Fundamento legal de la cláusula compromisoria.....	33
---	----

CAPÍTULO III

3. El juicio arbitral.....	37
3.1. Antecedentes históricos del derecho de arbitraje.....	37
3.1.1. Sociedades primitivas.....	40
3.1.2. Época antigua.....	41
3.1.3. El arbitraje en el derecho romano	42
3.1.4. Edad media.....	44
3.1.5. Estados modernos.....	46
3.1.6. Época contemporánea.....	51
3.1.7. Derecho eclesiástico.....	52
3.2. Breve historia del arbitraje en Guatemala.....	53
3.3. Definición del juicio arbitral.....	59
3.4. Naturaleza jurídica del arbitraje.....	59
3.5. Regulación legal.....	64

CAPÍTULO IV

4. Derechos y obligaciones de los socios.....	65
4.1. Los socios tienen los siguientes derechos.....	65
4.2. Las principales obligaciones de los socios	71
4.3. Órganos de la sociedad.....	77
4.4. Efectos de la exclusión y de la separación de un socio.....	81



CAPÍTULO V

5. Propuesta de la solución del problema.....	83
5.1. Fundamentos para afirmar que la cláusula compromisoria coloca al Accionista en la indefensión de sus derechos y por lo mismo, es inconstitucional	83
5.2. Inconstitucionalidad del Artículo 270 del Código Procesal Civil y Mercantil y su derogatoria.....	85
5.3. La indefensión de los derechos del accionista al invocarse el Artículo 10 del Decreto 67-95 del Congreso de la República.....	86
5.4. Agotada la vía del arbitraje que el accionista tenga acceso a los tribunales de justicia por omisión de actas.....	90
5.5. Jurisdicción ordinaria.....	91
5.5.1. Código de Comercio de Guatemala Decreto 2-70 del Congreso de la República.....	91
5.5.2. Ley de Arbitraje Decreto 67-95 del Congreso de la República.....	92
CONCLUSIONES.....	95
RECOMENDACIONES.....	97
BIBLIOGRAFÍA.....	99

INTRODUCCIÓN

La sociedad anónima es, un mecanismo apropiado para desarrollar actividades mercantiles. La globalización y la economía del mercado inclinan a pensar idealmente que la unión hace la fuerza. Este supuesto mueve a cualquier individuo a formar y a participar en este tipo de ficciones jurídicas, las que facilitan esas uniones de capitales e intereses. En efecto, si las personas que participan cumplen con todos los supuestos contemplados en la normativa aplicable y no sólo con algunos, tal tipo de sociedad así cumplen con las expectativas que la originan.

El objetivo principal de la investigación, fue determinar que las sociedades anónimas contienen entre los requisitos necesarios para la validez del instrumento y de las estipulaciones propias de la sociedad, la inclusión de una cláusula compromisoria que remite a los contratantes a redimir sus diferencias por medio de un arbitraje. Pero no está definida la amplitud del término “diferencias”, por lo que tal situación podría prestarse a la tergiversación, convirtiendo a la cláusula compromisoria en una norma inconstitucional y por lo mismo convierte en inconstitucional a la Ley de Arbitraje.

La hipótesis planteada, consistió en que la cláusula compromisoria, debería surtir efectos jurídicos siempre y cuando no elimine la desigualdad económica, o las desventajas del socio minoritario, en un proceso adecuado, en donde la sociedad sea requerida a comparecer al proceso y obligada a sufragar los gastos de cualquier litigio. Y si ello no está debidamente regulado, la cláusula compromisoria debería ser inaplicable aunque esté prevista en la escritura que dio origen a la sociedad, permitiendo al socio agraviado a que acuda sin limitación a los tribunales de justicia.

El trabajo que se presenta consta de cinco capítulos: el primero se refiere, a los antecedentes históricos de la sociedad anónima en el derecho mercantil, sus generalidades, conceptos, elementos jurídicos para su constitución, órganos de administración, prohibiciones y revocaciones para ser gerente y administrador en la sociedad anónima, su regulación legal; el capítulo segundo menciona, la cláusula compromisoria, concepto, requisitos generales, requisitos esenciales, características,



elementos y el fundamento legal; en el capítulo tercero se desarrolla, el juicio arbitral, antecedentes históricos, propios del derecho de arbitraje, sociedades primitivas, época antigua, el arbitraje en el derecho romano, edad media, estados modernos, época contemporánea, derecho eclesiástico, breve reseña histórica de Guatemala, definición del juicio arbitral, naturaleza jurídica del arbitraje, y su regulación legal; el capítulo cuarto desarrolla, los derechos y obligaciones de los socios en las sociedades anónimas, los derechos y las principales obligaciones de los socios, órganos de la sociedad, efectos de la exclusión y de la separación de un socio; y el capítulo quinto, regula: la propuesta de la solución del problema, fundamentos para afirmar que la cláusula compromisoria coloca al accionista en la indefensión de sus derechos y por lo mismo, es inconstitucional, la inconstitucionalidad del Artículo 270 del Código Procesal Civil y Mercantil y su derogatoria, la indefensión de los derechos del accionista al invocarse el Artículo 10 del Decreto 67-95 del Congreso de la República Ley de Arbitraje, agotar la vía del arbitraje para que el accionista tenga acceso a los tribunales de justicia por omisión de actas, jurisdicción ordinaria, Código de Comercio de Guatemala Decreto 2-70 del Congreso, Ley de Arbitraje Decreto 67-95 del Congreso.

En la investigación se implementaron algunos métodos, dentro de ellos, el método científico, que abarca el estudio de los experimentos, dados en el análisis de las leyes; el histórico, retrotrae a la actual situación el contenido de, materiales originales como fuente de información certera; el deductivo, se utilizó por la magnitud del tema, en abordar ciertos puntos; el inductivo, es para la elevación y conocimiento del tema, de carácter general; y, el sintético y el analítico, atendiendo siempre al estado y progreso de la investigación, para establecer lo esencialmente necesario y fundamentar determinados factores.

Sirva pues la presente investigación como eslabón en la cadena de aprendizaje y una contribución en el tema, para que, aquellos actores facultados para tomar medidas jurídicas y de hecho para solventar la problemática, puedan atender la relación jurídica en la cual se vive en la actualidad.



CAPÍTULO I

1. Antecedentes de la sociedad anónima en el derecho mercantil

Las sociedades anónimas surgieron cuando el desarrollo de las fuerzas productivas llegó al estadio en que la fundación de empresas gigantes, la construcción de ferrocarriles, canales, la cual exigía la centralización de capitales individuales.

Los beneficios de la sociedad anónima a parte de los recursos que se destinan a ampliar la producción, a aumentar el capital de reserva, al pago del personal que dirige la sociedad y de los impuestos que establece el Estado se reparten entre los accionistas bajo el aspecto del dividendo.

Los apologistas de la burguesía intentan presentar el desarrollo de las empresas en forma de sociedades anónimas como democratización del capital.

1.1. Generalidades

La sociedad existe debido a que el contrato es bilateral o plurilateral, supuesto en el cual intervienen como mínimo dos personas. Además cuenta con carácter mercantil debido a que se encuentra comprendida en la relación que existe como consecuencia de la personalidad jurídica, la sociedad asume la calidad de comerciante.

El principal elemento del contrato social, lo constituye el capital, al encontrarse el elemento como característica, donde el nombre de esta especie o denominación de la sociedad siempre se formará con el nombre de alguna cosa, fin objetivo, y seguidas de las iniciales S.A. o palabras Sociedad Anónima.

Al respecto establece Broseta Pont, Manuel, que: “La sociedad tiene que contar al momento de la constitución con un capital suscrito mínimo, del cuál deberá estar exhibido cuando menos el un porcentaje si ha de pagarse en efectivo, luego entonces el capital fundacional será igual al del capital suscrito”.¹

Las acciones nominativas son porciones iguales en que se ha dividido el importe del capital social; estos títulos de crédito constituyen el conjunto de derechos y obligaciones que tiene un accionista frente a la sociedad, es decir, la calidad del accionista.

1.2. Antecedentes históricos de la sociedad anónima

Se establece que el autor José Alberto Garrone, determina que: “Históricamente las sociedades anónimas encuentran su origen en las compañías coloniales, la primera fue la holandesa de las indias en el año de 1602, dichas compañías a su vez parecen proceder del condominio naval germánico y de algunos presentes italianos como la Casa de San Jorge. Esta última era una asociación, de los acreedores de la República genovesa, la cual para garantiza sus créditos. Había asumido sucesivamente la gestión

¹ Broseta Pont, Manuel. **Manual de derecho mercantil**. Pág. 94.

de un importante servicio, la exacción de tributos, desarrollándose así una compleja actividad comercial”.²

El autor anteriormente citado señala que, sus participantes eran, simples acreedores de la república genovesa y no estaban expuestos a otro riesgo que el perder su propio crédito, este se hallaba representando por títulos circulantes en el comercio como son hoy los títulos del estado, y eran, por lo mismo, continuamente diversas las personas de los participantes.

Este origen demuestra la importante función económica que las sociedades anónimas desempeñan como instrumento de las grandes empresas industriales, bancarias o mercantiles, ya que las limitaciones de las responsabilidades de los socios y la representación de sus aportaciones por medio de acciones, títulos de crédito de circulación, permiten grandes capitales por medio de pequeñas inversiones de los ahorros de gran número de personas y una contribución efectiva de la circulación de la riqueza de país; pero esta misma facilidad trae consigo a su vez la necesidad de protección de estos pequeños inversionistas, para evitar que sean defraudados, y por esta razón se establecen bases rigurosas en cuanto a la forma de constitución de las sociedades anónimas.

El autor José Alberto Garrone, establece que: “De conformidad con la opinión más extendida en la doctrina mercantilista, la sociedad anónima encuentra su antecedente

² Garrone José Alberto. **Sociedades anónimas mercantiles**. Pág. 85.

directo en Holanda, a inicios del siglo XVII a raíz de la explosión capitalista y la necesidad de expansión ligada a la actividad colonialista que se desarrolló en Europa”.³

Su creación responde a una alianza entre la incipiente burguesía industrial, comercial y las monarquías, que se explica porque la primera está interesada en realizar la colonización siempre que le sean concedidos determinados privilegios para llevarla a cabo y, a su vez, la monarquía observa en estas empresas un instrumento adecuado para aumentar su poderío político y económico. Surge así, la primera empresa de esta naturaleza denominada Compañía de las Indias Orientales, en la cual aparecen rasgos que en el futuro se conocerían como propios de la sociedad anónima.

Contemporáneamente, se establece la sociedad anónima y constituye uno de los instrumentos jurídicos de mayor relevancia en el desarrollo de las actividades financieras, debido a que permite reunir grandes sumas de capital dirigidas a la consecución de objetivos y metas concretas.

1.3. Concepto

La sociedad anónima, es aquella sociedad mercantil cuyos titulares lo son en virtud de una participación en el capital social a través de títulos o acciones, las acciones pueden diferenciarse entre sí por su distinto valor nominal o por los diferentes privilegios vinculados a estas, como la percepción a un dividendo mínimo.

³ Garrone. **Ob. Cit.** Pág. 555.



Los accionistas guatemaltecos no responden con su patrimonio personal de las deudas que tiene la sociedad anónima, sino únicamente hasta el monto del capital que ha sido aportado. La sociedad anónima guatemalteca es la forma de organización de las grandes empresas dominante en los países capitalistas y su capital se obtiene mediante la venta de acciones.

En la gestión de las sociedades anónimas, la mayoría de los accionistas no desempeñan ningún papel, pues los organismos rectores de la sociedad se eligen, formalmente, en asambleas generales de accionistas, donde cada uno de ellos cuenta con un número de votos proporcional al de las acciones que posee, de ahí que, en las elecciones, el voto decisivo corresponda a los grandes capitalistas, y por medio del mismo les corresponde el control de las acciones.

Para los creadores de las sociedades anónimas, el capital se constituye mediante acciones resulta singularmente beneficiosa la colocación de acciones de pequeño valor entre sus propios obreros y empleados, y por lo general, se organiza descontando regularmente de los salarios el importe de las acciones.

Por lo tanto con determinados dirigentes de las sociedades anónimas no solo obtienen recursos monetarios adicionales, que emplear para extraer beneficios, sino que, además, durante un lapso considerable, mientras los obreros no han pagado íntegramente el importe de las acciones, disponen de éstas y perciben los dividendos correspondientes.

Consecuentemente se regula que mediante la colocación de acciones entre los obreros que trabajan en las empresas de la sociedad anónima, los capitalistas crean la apariencia que los trabajadores participan en la distribución de las ganancias.

De la forma ya establecida, se procura ligar a los trabajadores al capital, en donde intentan convencerles de que unos y otros se hallan interesados en el adecuado funcionar de la empresa y en el incremento de las ganancias, e intentan estimular a los obreros para que eleven la intensidad y la productividad del trabajo, y así tratan de provocar la decisión en las filas obreras, para procuran y por ende desviar de la lucha de clases a los obreros.

El autor José Alberto Garrone, señala que: "Sociedad anónima es una sociedad mercantil capitalista, con denominación y capital fundacional, representado por acciones nominativas suscritas por accionistas que responden hasta por el monto de su aportación".⁴

1.4. Elementos jurídicos para su constitución

Las sociedades anónimas, se caracterizan por la presencia de los siguientes elementos para su respectiva constitución entre las cuales son:

- La división del capital por acciones;
- La formación del capital a través de los aportes de los socios; y

⁴ Garrone. **Ob. Cit.** Pág. 24

- La ausencia de responsabilidad personal por las deudas que contraiga la sociedad.

En conclusión la sociedad anónima se define como, una sociedad capitalista que, teniendo un capital propio dividido en acciones, funciona bajo el principio de la falta de responsabilidad de los socios por las deudas sociales.

Básicamente, el aspecto de mayor importancia que introduce la sociedad anónima es la independencia del capital y de la riqueza personal de sus socios, de forma que responde exclusivamente por las deudas que se adquieran a su nombre.

1.5. Órganos de la administración

Regula el Código de Comercio de Guatemala, cuales son los órganos de la administración en el capítulo sexto, y en sus respectivos apartados como se cita son los siguientes:

- Sección tercera: El Artículo 132. "Asamblea general, también denominada órgano supremo. La asamblea general es formada por los accionistas legalmente convocados y reunidos, el cual es el órgano supremo de la sociedad".
- Sección cuarta: Establece el Artículo 162. "Órgano de administración, la cual esta integrado por un administrador único o varios administradores constituidos legalmente en consejo de administración".

- Sección quinta: Artículo 182. “Órgano de fiscalización, la cual esta bajo el control por uno o varios contadores o auditores, o por uno o varios comisarios según consta en la escritura social”.

Como consecuencia se desarrolla en el apartado correspondiente lo siguiente, “Artículo 181. Nombramiento de gerentes, la asamblea general o los administradores, según lo disponga la escritura social, podrán nombrar uno o más gerentes generales o especiales, sean o no accionistas”.

Los nombramientos de gerentes podrán ser revocados en cualquier tiempo por la asamblea general o por los administradores, según sea el caso. El cargo de gerente es personal e indelegable. Artículo 182. “Facultades de los gerentes, los gerentes tendrán las facultades y atribuciones que establezca la escritura social, y además aquellas que les confiera el consejo de administración y, dentro de ellas, gozarán de las más amplias facultades de representación legal y de ejecución. Deberán rendir periódicamente cuenta de su gestión al consejo de administración”.

Si las facultades y atribuciones de los gerentes no fueren delimitadas, tendrán las de un factor. El gerente responderá ante la sociedad, por las mismas causas que los administradores. La administración y representación puede estar a cargo de uno o más socios gestores o de terceros, quienes durarán en sus cargos el tiempo fijado en los estatutos de la sociedad.

El capital se encuentra dividido en pequeñas partes y representado en acciones. Los socios o accionistas, como también se les denomina limitan su responsabilidad a la suma que hayan invertido en la sociedad. La vida activa de la sociedad es independiente de los accionistas; su duración se fija en su acta constitutiva. Las acciones pueden cambiar de propietario continuamente sin afectar a la sociedad.

Debido a su denominación social, la misma puede incluir el nombre de una o más personas de existencia visible y debe contener la expresión siguiente: sociedad anónima. Los administradores denominados directores pueden o no tener acciones de la misma empresa que administran.

1.6. La administración de la sociedad anónima

En Guatemala, la administración de una sociedad anónima se realiza por los mandatarios designados, los cuales pueden ser socios o personas extrañas a la sociedad. El Consejo de Administración es un órgano obligatorio, de ejecución que tiene las más amplias facultades de administración; por lo tanto, es quien debe lograr el fin social y representar a la sociedad judicial y extrajudicialmente.

El Artículo. 44. "Administración. La administración de la sociedad estará a cargo de uno o varios administradores o gerentes, quienes podrán ser o no socios y tendrán la representación judicial".



Los administradores no podrán dedicarse por cuenta propia o ajena al mismo género de negocios que constituyan el objeto de la sociedad, salvo pacto en contrario. El mismo cuerpo legal en él: Artículo. 45. "Nombramiento de administradores. Salvo pacto en contrario, el nombramiento y la remoción de los administradores de hará por resolución de los socios".

En la sociedad ninguno de los socios pueden ser removidos de sus nombramientos, salvo cuando por resolución de los mismos, y es cuando la Inamovilidad en las sociedades no accionadas cuando el administrador sea socio y en el contrato se pactare su inamovilidad, sólo podrá ser removido judicialmente por dolo, culpa, incapacidad o incumplimiento de sus obligaciones.

El ordenamiento jurídico Código de Comercio manifiesta en el Artículo 47. "Facultades de los administradores. Los administradores o gerentes tienen, por el hecho de su nombramiento, todas las facultades para representar judicialmente a la sociedad, de conformidad con las disposiciones de la Ley del Organismo Judicial."

Tendrán además las que se requieran para ejecutar los actos y celebrar los contratos que sean del giro ordinario de la sociedad, según su naturaleza y objeto, de los que de él se deriven y de los que con él se relacionan, inclusive la emisión de títulos de crédito. Sin embargo, en la escritura social pueden limitarse tales facultades. Para negocios distintos de ese giro, necesitarán facultades especiales detalladas en la escritura social, en acta o en mandato.



El Decreto 2-70 establece: Artículo 52. "Responsabilidad de los administradores. El administrador es responsable ilimitadamente por los daños y perjuicios que ocasione a la sociedad por dolo o culpa. Si fueren varios los administradores y procedieren conjuntamente, su responsabilidad será solidaria".

Es nula toda estipulación que tienda a eximir a los administradores de esta responsabilidad o bien a limitarla. Quedan exentos de responsabilidad los administradores que hubieren hecho constar su voto disidente.

Consiste en que ningún administrador queda libre de la responsabilidad que se le encomienda guiar en el debido desempeño de su ejercicio para la cual se ha nombrado, ya que la misma está establecida en ley, y puede quedar exento si el mismo deja constancia de su voto.

Para que el Consejo de Administración funcione legalmente, deberá asistir por lo menos, la mitad de sus miembros; y sus resoluciones serán válidas cuando sean tomadas por la mayoría de los presentes. En caso de empate, el Presidente del Consejo decidirá con voto de calidad.

En los estatutos, se podrá prever que las resoluciones tomadas fuera de sesión de consejo, por unanimidad de sus miembros tendrán, para todos los efectos legales, la misma validez que si hubieren sido adoptadas en sesión de consejo; siempre que se confirmen por escrito.

Cuando los administradores sean tres o más, el contrato social determinará los derechos que correspondan a la minoría en la designación, pero en todo caso la minoría que represente un porcentaje nombrará cuando menos un consejero, este porcentaje es el relativo a aquellas sociedades que tengan inscritas sus acciones en la bolsa de valores.

- Nombrar uno o varios gerentes generales o especiales, sean o no accionistas. Los nombramientos de los gerentes serán revocables en cualquier tiempo por el administrador o consejo de administración, o por la asamblea general de accionistas. Los gerentes tendrán las facultades que expresamente se les confieran; no necesitarán de autorización especial del administrador o consejo de administración para los actos que ejecuten y gozarán, dentro de la órbita de las atribuciones que se les hayan asignado; de las más amplias y diversas facultades de representación y ejecución.

- Dentro de sus respectivas facultades, conferir poderes en nombre de la sociedad, los cuales serán revocables en cualquier tiempo. Las delegaciones y los poderes otorgados por el Administrador o Consejo de Administración y por los Gerentes no restringen sus facultades. La terminación de las funciones de Administrador o Consejo de Administración o de los Gerentes, no extingue las delegaciones ni los poderes otorgados durante su ejercicio.

1.7. Prohibición para ser administrador en la sociedad anónima

Se establece que los que conforme a la ley estén inhabilitados para ejercer el comercio, los estatutos o la asamblea general de accionistas, podrán establecer la obligación para los administradores y gerentes de prestar garantía para asegurar las responsabilidades que pudieran contraer en el desempeño de sus encargos.

No podrán inscribirse los nombramientos de los administradores y gerentes sin que se compruebe que han prestado la garantía, en caso de que los estatutos o la asamblea establezcan dicha obligación. Los administradores continuarán en el desempeño de sus funciones aun cuando hubiere concluido el plazo para el que hayan sido designados, mientras no se hagan nuevos nombramientos y los nombrados no tomen posesión de sus cargos.

Asimismo establece el Código de Comercio en el Artículo 189. "Incompatibilidad. No podrán ser auditores ni comisarios de la sociedad las siguientes personas que establece el presente ordenamiento jurídico".

- 1o. Las personas que no sean ciudadanos guatemaltecos.
- 2o. Los profesionales que estén inhabilitados para el ejercicio de su profesión.
- 3o. Quienes conforme a la ley estén inhabilitados para ser comerciantes.
- 4o. Los empleados o funcionarios de la sociedad.
- 5o. Las personas que se encuentren, en relación con los administradores o gerentes de la sociedad, en los casos que den lugar a la recusación de jueces.

1.8. Revocación de los administradores en la sociedad anónima

Se establece que en los casos de revocación del nombramiento de los administradores, se observarán las siguientes reglas:

- Si fueren varios los administradores y solo se revocaren los nombramientos de algunos de ellos, los restantes desempeñaran la administración; si se reúne el quórum estatutario,
- Cuando se revoque el nombramiento del administrador único, o cuando habiendo varios administradores se revoque el nombramiento de todos o de un número tal que los restantes no reúnan el quórum estatutario, los comisarios designarán con carácter provisional a los administradores faltantes.
- El administrador que en cualquiera operación tenga un interés opuesto al de la sociedad, deberá manifestarlo a los demás administradores y abstenerse de toda deliberación y resolución. El administrador que contravenga esta disposición, será responsable de los daños y perjuicios que se causen a la sociedad.

El Artículo 178. "Remoción. Los administradores pueden ser removidos, sin necesidad de expresión de causa, mediante acuerdo adoptado por una asamblea general. Al resolver la remoción de uno o varios administradores, la propia asamblea nombrará a quienes los sustituyan".



La remoción parcial de los administradores, se hará una votación por cada uno que se quiera remover; para lograrlo se necesitará que los votos que se opongan a su remoción, sean menores que los requeridos para elegirlo.

Si la escritura contemplare la elección de administradores por diversas clases de acciones, su remoción se hará por votación de los accionistas de la misma clase. En lo aplicable, se observa que se debe tomar muy en cuenta la acumulación de votos la cual queda prescrita en el mismo ordenamiento jurídico en el Artículo 115.

1.9. Regulación legal de la administración en la sociedad anónima

El Código de Comercio de Guatemala, establece el Artículo 162. "Administración. Un administrador único o varios administradores, actuando conjuntamente constituidos en consejo de administración, serán el órgano de la administración de la sociedad y tendrán a su cargo la dirección de los negocios de la misma".

Si la escritura social no indica un número fijo de administradores, corresponderá a la asamblea general determinarlo, al hacer cada elección. Los administradores pueden ser o no socios; serán electos por asamblea general, en el desempeño de sus funciones aun cuando hubiere concluido el plazo para el que fueron designados mientras sus sucesores no tomen posesión. El nombramiento de administrador es revocable por la asamblea general en cualquier tiempo.

La realidad jurídica tiene existencia para que la ley reconozca como medio técnico para que todo grupo de individuos pueda realizar el fin lícito que se propone. Con esta norma la ley posibilita, en fin, una amplia elaboración de las consecuencias de la personalidad jurídica; y también de soluciones para aquellos casos en que este recurso técnico sea empleado para fines que exceden las razones de su regulación.

Esta disposición legal da a conocer que la personalidad jurídica societaria no constituye una realidad pre normativa, ello es en consecuencia un recurso técnico destinado a facilitar el cumplimiento del objeto social, cuyo alcance lo determina la ley. Con determinada razón se sostiene que el ejercicio de la actividad empresarial por la sociedad, dentro de los cánones que la disciplina normativa reconoce como legítimos.

Es de destacar que en la doctrina mercantil, llama la atención el problema del abuso con la personalidad jurídica societaria, ya que todas las sociedades mercantiles constituyen personas jurídicas distintas de los socios, concepción de la cual se ha abusado a veces, obligando a la jurisprudencia guatemalteca a contemplar la realidad detrás de la forma jurídica.

Se debe hacer mención que, en un primer momento se atribuía personalidad jurídica solamente a la sociedad anónima, y la cual se explica, por haber sido desarrollado el concepto de la personalidad jurídica, primero en el derecho público y por haber sido las primeras sociedades anónimas las sociedades coloniales que ejercían derechos de soberanía en las colonias.

El concepto de sociedad anónima no tiene que olvidarse que es muy reciente y que carece de la firmeza de otros conceptos jurídicos basados en una milenaria tradición; por lo mismo, la doctrina moderna ha pretendido y en buena parte logrado enraizarlo en el concepto clave de a persona jurídica, lo que ha hecho que, durante bastante tiempo, que se admita sin recelos a todo lo que de extraño tiene esta figura de la sociedad anónima.

Conceptualmente, a la larga, ha resultado insuficiente, pues hoy se duda y cada vez en más amplios círculos de la justificación jurídica de la sociedad anónima, sino que su consideración como persona jurídica parece ser reflejamente la principal causa del escepticismo de buena parte de la doctrina respecto a la persona jurídica.

Es de importancia señalar el carácter de instrumento técnico jurídico de la sociedad anónima actual, así como de los demás tipos societarios mercantiles, reconociendo la posibilidad de su mal uso. Se declara expresamente la calidad de sujeto de derecho que la sociedad reviste, si bien se precisa que ella guarda el alcance fijado en la ley.

Ello adopta la más evolucionada posición en punto a la personalidad jurídica, y de este modo, la sociedad resulta no como una regulación del derecho constitucional de asociarse con fines útiles y como una forma de ejercer una actividad económica, sino que constituye una realidad jurídica, esto es, ni una ficción de la ley reñida con la titularidad de un patrimonio de la personalidad como el domicilio, el nombre la capacidad, ni una realidad física; resulta en pugna con una ciencia de valores.

En la doctrina actual más acreditada se destaca que las teorías tradicionales sobre la personalidad jurídica se han sometido a reelaboración, para considerar que ellas son personas sólo en sentido funcional, con el fin de dar un tratamiento especial a determinados grupos, asimismo se establece que debe agregarse lo que se refiere a una técnica de afectación patrimonial consistente en limitar los riesgos o de una técnica de gestión de empresas.

La administración en el ordenamiento jurídico se encuentra regulada en los distintos Artículos que a continuación se establecen:

Establece el Artículo 163. "Facultades de los administradores. La extensión de las facultades de los administradores se regirá por lo que disponga la escritura social y en su defecto por las disposiciones del Artículo 47 de este Código y sus limitaciones deberán expresarse en el propio nombramiento".

Asimismo se desarrolla en el Artículo 164. "Representación legal. El administrador único o el consejo de administración en su caso tendrán la representación legal de la sociedad en juicio y fuera de él y el uso de la razón social, a menos que otra cosa disponga la escritura constitutiva."

El consejo de administración podrá otorgar poderes a nombre de la sociedad, pero el administrador único podrá hacerlo solamente si estuviere facultado para ello, por la escritura social o por la asamblea general.



También se establece que dentro de la sociedad se debe hacer mención en la escritura constitutiva el nombramiento del presidente del consejo de administración, y el cual se establece el Código de Comercio en el “Artículo 166. Presidente del consejo de administración. La escritura social determinará la forma de designar al presidente del consejo de administración y, a falta de estipulación, será presidente el administrador primeramente nombrado y, en su defecto, el que le siga por orden de designación.”

El presidente del consejo de administración será el órgano ejecutivo de la sociedad y la representará en todos los asuntos y negocios que ella haya resuelto, salvo pacto en contrario. No obstante lo anterior, el consejo de administración podrá nombrar de entre sus miembros en delegado para la ejecución de actos concretos. Se establece que pueden existir administradores suplentes, según lo preceptúa el Artículo 168. “Administradores suplentes. La escritura social puede disponer el nombramiento de administradores suplentes. Estos llenarán las vacantes temporales o definitivas que se presenten en el consejo de administración, de acuerdo con las disposiciones de la escritura social”.

De no haber administradores suplentes, ni haberse previsto en la escritura social la forma de llenar las vacantes que se presenten en el consejo de administración o en el cargo de administradores, la asamblea general hará la designación. Se plasma de manera específica la responsabilidad de los administradores solidarios en el Artículo 172. “Responsabilidad específica. Además, los administradores serán también solidariamente responsables”.



- 1o. De la efectividad de las aportaciones y de los valores asignados a las mismas, si fueren en especie.
- 2o. De la existencia real de las utilidades netas que se distribuyen en forma de dividendos a los accionistas.
- 3o. De que la contabilidad de la sociedad se lleve de conformidad con las disposiciones legales y que esta sea veraz.
- 4o. Del exacto cumplimiento de los acuerdos de las asambleas generales.

Se establece la manera de cómo se queda extinguida la responsabilidad de los administradores, de acuerdo al Código de Comercio de Guatemala, en el Artículo 173. "Extinción de la responsabilidad. La responsabilidad de los administradores ante la sociedad y los accionistas queda extinguida".

- 1o. Por la aprobación de los informes y de los estados financieros rendidos en las asambleas generales respecto de las operaciones explícitamente contenidas en ellos, salvo que:
 - a) La aprobación de tales documentos se haya hecho en virtud de datos no verídicos; y
 - b) Si hay acuerdo expreso de los accionistas de reservar o ejercer la acción de responsabilidad.
- 2o. Si hubiere procedido en cumplimiento de acuerdos de la asamblea general que no sean notoriamente ilegales.
- 3o. Por la aprobación de su gestión o por renuncia expresa o transacción acordada por la asamblea general.



El órgano de fiscalización es parte fundamental en la presente investigación para la cual establece el Artículo 184. "Quiénes fiscalizan, las operaciones sociales serán fiscalizadas por los propios accionistas, por uno o varios contadores o auditores, o por uno o varios comisarios, de acuerdo con las disposiciones de la escritura social y lo establecido en este capítulo. La escritura social podrá establecer que la fiscalización se ejerza por más de uno de los sistemas antes señalados."



CAPÍTULO II

2. La cláusula compromisoria

Es aquella por la cual las partes en común acuerdo someten solucionar sus conflictos futuros total o parcialmente en relación con un contrato determinado.

2.1. Requisitos generales de la cláusula compromisoria

Se establece que, las sociedades anónimas se reputan siempre mercantiles, aun cuando se formen para la realización de negocios de carácter civil. Se regula como requisitos o contenido general de toda escritura constitutiva para la formación de una sociedad anónima los siguientes:

- Introducción: a) El número de orden, lugar, día mes y año del otorgamiento, b) Los nombres, apellidos, edad, estado civil, nacionalidad, profesión, ocupación u oficio y domicilio de los otorgantes; c) La fe de conocimiento de las personas que intervienen en el instrumento y de que los comparecientes aseguran hallarse en el libre ejercicio de sus derechos civiles; d) La identificación de los otorgantes cuando no los conociere el Notario, por medio de la cédula de vecindad o el pasaporte, o por dos testigos conocidos por el notario, o por ambos medios cuando así lo estimare conveniente; e) Razón de haber tenido a la vista los documentos fehacientes que acrediten la representación legal de los comparecientes en nombre de otro,

describiéndolos e indicando lugar, fecha y funcionario o notario que los autoriza. Hará constar que dicha representación es suficiente conforme a la ley y a su juicio, para el acto o contrato; f) La intervención de un intérprete nombrado por la parte que ignore el idioma español, el cual de ser posible, deberá ser traductor jurado. Si el intérprete no supiere o no pudiere firmar, lo hará por él un testigo.

- **Cuerpo:** a) La relación fiel, concisa y clara del acto o contrato; b) En todo acto o contrato el otorgante que se obligue hará constar, de manera expresa, si sobre los bienes que motivan el acto o contrato, existen o no gravámenes o limitaciones, cuando estos puedan afectar los derechos del otro otorgante y el notario les advertirá las responsabilidades en que incurran si así no lo hicieren.
- **Cierre:** a) La fe de haber tenido a la vista los títulos y comprobantes que corresponda, según la naturaleza del acto o contrato; b) La transcripción de las actuaciones ordenadas por la ley, o que a juicio del notario sean pertinentes, cuando el acto o contrato haya sido precedido de autorización u orden judicial o proceda de diligencias judiciales o administrativas, b) La fe de haber leído el instrumento a los interesados y su ratificación y aceptación, c) La advertencia a los otorgantes de los efectos legales del acto o contrato y de que deben presentar el testimonio a los registros respectivos; y d) Las firmas de los otorgantes y de las demás personas que intervengan y la del notario, precedida de las palabras: Ante mí. Si el otorgantes no supiere o no pudiere firmar, pondrá la impresión digital de su dedo pulgar derecho y en su defecto, otro especificará el notario, firmando por el un testigo, y si fueren

varios los otorgantes que no supieren o no pudieren firmar, lo hará un testigo por cada parte o grupo que represente un mismo derecho. Cuando el propio notario fuere otorgante, pondrá antes de firmar la expresión: Por mí y ante mí.

2.2. Requisitos esenciales

Los requisitos esenciales de la cláusula compromisoria, consiste y se debe dejar constancia en un documento la expresión de voluntad de las partes, de someter sus controversias que puedan surgir al derecho de arbitraje. Si la cláusula compromisoria consta en un contrato separado al documento del acuerdo de voluntades, es necesario para que produzca efectos jurídicos y sea vinculante al acuerdo de voluntades constar con los siguientes aspectos:

- Nombre de las partes;
- Indicar en forma precisa el contrato al cual se refieren.

2.3. Características

Las características fundamentales en la cláusula compromisoria para diferenciarlas se establecen las siguientes:

- La cláusula compromisoria opera para diferencias futuras; es por eso que se debe pactar antes de que se origine cualquier conflicto o controversia entre las partes.

Tiene relación directa con un contrato, es decir, no se pueden someter a la decisión de los árbitros asuntos o diferencias extracontractuales.

2.4. Cláusulas compromisorias defectuosas

Se analiza la interpretación de cómo se ha redactado un acuerdo arbitral es de suma importancia en cuanto a la inoperancia de las cláusulas compromisorias. La inoperancia de las cláusulas compromisorias puede resultar de que las partes no cumplan con los plazos estipulados o de la actitud de las partes de revocar o renunciar al acuerdo arbitral en forma tácita, es decir, se refiere al aspecto práctico o mecánico.

Así también, puede resultar que una cláusula compromisoria sea defectuosa debido a que el contrato principal sea nulo, la cual se establece:

Cláusulas compromisorias con redacciones patológicas, como la de someter al arbitraje cuando se redacta el término conflictos y la terminología litigio a un tribunal ordinario; es por ello que la mayoría de cortes arbitrales han tratado de mantener una disposición arbitral que no pueda derivarse ningún sentido.

2.5. Técnica para la elaboración de las cláusulas compromisorias

Se establece que todo resultado en la solución de diferencias sometidas al derecho de arbitraje tiene que ver con la técnica para elaborar o redactar cláusulas compromisorias,

es por eso que es de suma importancia la presente investigación y el tema seleccionado, ya que el éxito de cualquier negociación final reflejará los esfuerzos de las partes para crear un proceso viable de resolver conflictos que puedan ser políticos, económicos, jurisprudenciales y culturales.

En los países de derecho anglosajón, la jurisprudencia como la doctrina han adoptado un análisis jurídico que divide en dos las cláusulas de arbitraje siendo:

3. La primera en restringida o estricta,
4. La segunda en amplia.

Las cláusulas restringidas o amplias, han ayudado a los fallos de las cortes en cuanto a la nulidad de cláusulas compromisorias en relación a los contratos. Citado a “Rolando Bond en relación a las cláusulas estrictas y amplias manifiesta lo siguiente: En un caso en Estados Unidos, un tribunal Federal de Distrito falló considerando que los términos surgidos de eran relativamente restrictivos en materia de arbitraje y que por lo tanto dicha cláusula se refería sólo a desavenencias y controversias relativas a la interpretación del contrato y a su ejecución”.⁵

Con base en esta interpretación, una cuestión relacionada con cualquier vicio del consentimiento no podría ser examinada por el tribunal arbitral, en un caso más reciente, otro Tribunal norteamericano, con base en el caso antes citado, que la frase en conexión en un arbitraje de la cual debe ser interpretada restrictivamente por cada uno de los grupos controvertidos existentes entre las partes.

⁵ Bond, Rolando. **Cláusulas compromisorias amplias**. Pág. 888.

La cláusula debe de ser entendida como comprendiendo una amplia gama de cuestiones sometidas al derecho de arbitraje, ella incluye todas las desavenencias entre las partes que tengan una relación determinante *significant relationship*, con el contrato, independientemente de la relación que se de a la controversia.

Situación importante, en cuanto a la redacción o técnica de cláusulas compromisorias es el lugar de arbitraje ya que han existido fallos en donde han favorecido a una de las partes por adoptar una legislación parecida a la nacionalidad de las partes en conflicto.

Es así como Rolando Bond expone un caso sometido a la entre una sociedad finlandesa y una sociedad australiana; donde “Londres fue seleccionada como sede del arbitraje por mención expresa de la cláusula compromisoria. La controversia se refería al no pago de ciertas regalías pactadas y a la rescisión del contrato a partir de 1976. El cedente de la licencia inició el arbitraje en 1982”.⁶

El derecho del árbitro, se consideró que en la medida en que el arbitraje se debía llevar a cabo en Inglaterra era aplicable el régimen inglés de prescripción contenido en la English Limitation Act. En consecuencia, aun considerando que el derecho finlandés era aplicable al contrato y que dicho sistema jurídico no consagraba una prescripción similar, el árbitro aplicó el correspondiente régimen inglés de seis años y declaró prescritas las pretensiones fundadas sobre hechos ocurridos antes de 1976, es decir, en el referido caso, la totalidad de la demanda.

⁶ Ob. Cit. Pág. 41.

Se establece que, aparentemente una simple elección del sitio del arbitraje, no debe hacerse a la ligera, y mucho menos en un caso ante una Corte Federal de Estados Unidos cuya base era un arbitraje entre una parte norteamericana y otra iraní en el que la cláusula compromisoria redactada antes de la revolución iraní señalaba a Irán como lugar del arbitraje, la corte norteamericana se negó a aceptar la petición de una de las partes en el sentido de modificar el lugar de arbitraje, sosteniendo que no había una autorización legal ni de equidad que nos permita modificar el acuerdo con base en la conveniencia de las partes ex post.

Se debe tener también en cuenta aspectos que refleje las políticas de administración de ambas partes y dirigidas hacia el acuerdo, consecuencia de ello es recomendable no dejar hasta el final de las discusiones del contrato lo relativo a la cláusula compromisoria.

En toda situación, para la solución de conflictos se debe tomar en cuenta la negociación, las resoluciones no vinculantes y las vinculantes; en cuanto a la negociación, con las personas que tengan que ver con el poder de decidir y no precisamente con las personas que están involucradas en el conflicto; en cuanto a las resoluciones vinculantes y no vinculantes es establecer un arbitraje que obligatorio y evitar alternativas para la solución de conflictos de la mediación y la conciliación.

Existe un elemento que con base en toda elaboración de una cláusula de arbitraje siendo este, el ordenamiento normativo. Importante en cuanto a un sistema legal que

tenga relación con el objeto de las controversias que puedan aparecer con respecto a un contrato, importante en cuanto a excluir normas de leyes internacionales de arbitraje y fundamental para solucionar las diferencias surgidas para el tipo de contrato en causa.

Al respecto queda plasmado lo que establece Arismendi, José Loreto, en su obra: “Tratado de las sociedades civiles y mercantiles, donde las características en términos generales, de las sociedades anónimas, ya que se reputan siempre mercantiles, aun cuando se formen para la realización de negocios de carácter civil”.⁷

Por lo mismo, queda regulado como parte fundamental en la presente investigación las características de la sociedad anónima como parte fundante en la constitución de la misma siendo las siguientes:

- Limitación de responsabilidad de los socios frente a terceros;
- División del capital social en acciones;
- Negociabilidad de las participaciones;
- Estructura orgánica personal;
- Existencia bajo una denominación pública;
- Que existe bajo una denominación;
- Que se compone de socios o accionistas con responsabilidad limitada al pago de sus aportaciones;

⁷ Arismendi, José Loreto. **Tratado de las sociedades civiles y mercantiles**. Pág. 64.

- Que las acciones deben estar representadas por títulos negociables, nominativos;
- Las sociedades anónimas están divididas en pequeñas partes denominadas acciones;
- La responsabilidad de los socios o accionistas limita su responsabilidad a la suma a la que hayan invertido en la sociedad;
- Es una sociedad de capital por excelencia ya que le interesan los capitales más que las personas de los socios, estos pueden no conocerse entre si ni los terceros que contratan con la sociedad, de allí su denominación de anónima;
- Tiene vida continuada ya que la vida de la sociedad es independiente de sus propietarios. Su duración se fija en el acta constitutiva. La muerte de algunos de los socios no la afecta;
- Las acciones transferibles pueden cambiar continuamente de dueño sin afectar a la sociedad. La denominación social de las mismas puede incluir el nombre de una o mas personas de existencia visible con el aditamento de sociedad anónima;
- Personería legal siendo un ente jurídico separado de sus propietarios puede adquirir derechos y contraer obligaciones. Separación de las funciones de administración y propiedad: en estas empresas existe una propiedad pasiva de los que ponen el capital y una activa a cargo de los que administran;
- Constitución de una sociedad anónima: la cual puede ocurrir simultáneamente o por acto único continuada o por suscripción pública, por constitución simultánea o por activo único;
- Acto constitutivo: es el instrumento por medio del cual los socios dejan expresada su voluntad de dar nacimiento a la sociedad anónima y puede o no contener un estatuto;

- Estatuto de una sociedad anónima: es el conjunto de reglas que siguiendo normas legales son adoptadas por los socios para la organización, funcionamiento, disolución; liquidación y partición de la sociedad anónima en Guatemala;
- Suscripción del capital: es el compromiso de adoptar e integrar el capital: es el cumplimiento de ese compromiso. Integración en efectivo que no puede ser inferior a la suscripción total;
- Integración en especies: tiene que consistir en obligaciones de dar pero no en obligaciones de hacer;

2.6. Elementos

Se establece que los elementos de la cláusula compromisoria, se debe, a ambas clases, las cuales deviene a convenio o pactos arbitrales, que guardan un mismo objetivo, la cual es el someter controversias a los árbitros, pero son diferentes ya que una contiene:

- Elementos genéricos es decir, es a priori (cláusula compromisoria).
- Elementos presentes, es decir, controversias que ya se están suscitando, o sea a posteriori (compromiso arbitral).

Las sociedades anónimas, se caracterizan por la presencia de tres elementos: a) La división del capital por acciones, b) La formación del capital a través de los aportes de los socios y c) La ausencia de responsabilidad personal por las deudas que contraiga la sociedad, la cual se establece en capítulo anterior.



La vida activa de la sociedad es independiente de los accionistas; su duración se fija en su acta constitutiva. Las acciones pueden cambiar de propietario continuamente sin afectar a la sociedad. Debido a su denominación social, la misma puede incluir el nombre de una o más personas de existencia visible y debe contener la expresión siguiente: sociedad anónima.

Contemporáneamente, la sociedad anónima constituye uno de los instrumentos jurídicos de mayor relevancia en el desarrollo de las actividades financieras, debido a que permite reunir grandes sumas de capital dirigidas a la consecución de objetivos y metas concretas.

El patrimonio, es el conjunto efectivo de bienes con que cuenta la sociedad en un momento determinado, el cual durante el transcurso de la vida de la sociedad puede ser superior o inferior al capital social.

Por su parte, el capital social es una cifra de carácter contable que coincide con el monto de los aportes iniciales brindados por los socios, así como la suma total del valor nominal de las acciones y que por lo general suele mantenerse invariable.

2.5. Fundamento legal de la cláusula compromisoria

Establece la ley de arbitraje en el Artículo 10. "Forma del Acuerdo de Arbitraje". De manera más estratégica se citan los siguientes:



El acuerdo de arbitraje deberá constar por escrito y podrá adoptar la fórmula de un compromiso o de una cláusula compromisoria, sin que dicha distinción tenga consecuencia alguna con respecto a los efectos jurídicos del acuerdo de arbitraje.

Se entenderá que el acuerdo consta por escrito cuando consignado en un documento firmado por las partes o en un intercambio de cartas, telex, telegramas, telefax, u otros medios de telecomunicación que dejen constancia del acuerdo, o en un intercambio de escritos de demanda y contestación en los que la existencia de un acuerdo sea afirmada por una parte sin ser negada por la otra.

La referencia hecha en un contrato a un documento que contiene una cláusula arbitral constituye acuerdo de arbitraje siempre que el contrato conste por escrito y la referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato.

El acuerdo arbitral podrá constar tanto en una cláusula incluida en un contrato, o en la forma de un acuerdo independiente.

1) Si el acuerdo de arbitraje ha sido incorporado a contratos mediante formularios o mediante pólizas, dichos contratos deberán incorporar en caracteres destacados, claros y precisos, la siguiente advertencia: este contrato incluye un acuerdo de arbitraje.

La cual consiste en que está violando el derecho de defensa a la persona como tal y en consecuencia se debe declarar inconstitucional dicha norma. El mismo cuerpo legal regula en el Artículo 20. "Derecho a exigir anticipo de gastos y honorarios".



Salvo pacto en contrario, la aceptación del cargo confiere a los árbitros, así como a la institución encargada de la administración del arbitraje, el derecho a exigir de las partes un anticipo de los fondos que estimen necesarios, para atender a las retribuciones de los árbitros, y los gastos de la administración del arbitraje.

Si el pago del anticipo no se efectúa dentro de los quince días siguientes al requerimiento correspondiente, el tribunal arbitral podrá ordenar la suspensión o la conclusión del procesamiento de arbitraje.



CAPÍTULO III

3. El juicio arbitral

Es una forma de resolución de conflictos, por medio de la cual, las partes, deciden poner en conocimiento de un árbitro un conflicto, para que lo resuelva, mismo que es por medio de un laudo arbitral ya que no es una sentencia por no tramitarse en un órgano jurisdiccional, teniendo su resolución la categoría de cosa juzgada, y en consecuencia se acude a dicha vía sobre todo tomando en cuenta el principio fundamental en este procedimiento el principio de celeridad, ya que el proceso no será conocido por el poder estatal.

3.1. Antecedentes históricos del derecho de arbitraje

El arbitraje es una de las primeras formas de resolver conflictos jurídicos entre las personas, siendo su origen antiguo, como lo demuestran las inscripciones Babilónicas, los relatos bíblicos y el sistema romano los cuales tenían referencia del arbitraje, es por ello, la importancia de partir y de conocer sus antecedentes históricos.

Concuerdan quienes han trabajado con detenimiento los orígenes del arbitraje en reconocer que desde el principio de la humanidad se encuentra de alguna manera registrada su existencia y sentadas las bases que, aún hoy día, o bien determinan algunos de los pilares de la institución o propician para algunos de los más reiterados equívocos vinculados con él.



Al respecto el autor Matthies, Félix Ronald, ha confirmando: “La apreciación a partir de la cual los hoy se le denomina métodos alternativos de resolución de controversias, dentro de ellos el arbitraje, no son nada diferentes que los usos naturales para lograr este objetivo, se aprecia, desde el inicio de los tiempos, una marcada influencia de éste en el desarrollo de las instituciones judiciales que hoy se conoce”.⁸

Ciertamente reconocido por los historiadores, en relación al tema, es el hecho de que en las sociedades primitivas cada individuo y grupo se administraban la justicia por ellos mismos y la manera de hacerlo, el instrumento para llevarlo a cabo era la fuerza, quizás la mejor expresión de esta filosofía era la ley de la venganza sin medida.

Así, el nivel de reacción no guardaba tampoco ninguna proporcionalidad, ni el remedio a la ofensa, en un medio donde la actual división entre la parte penal y civil de la acción no tenía ninguna diferencia ni consecuencia. Con el paso del tiempo, nuevos criterios entran a hacerse sentir, uno de ellos vigente aún en la actualidad, es el de la relación entre la ofensa y la pena, así como el necesario condicionamiento; se encuentra gráficamente retratado en la norma: ojo por ojo y diente por diente.

Dentro de esta nueva visión, Merchán menciona que: “Aparece cada día con más fuerza, la tendencia de renunciar al derecho de decidir las disputas a mano armada propias de las bárbaras sociedades primitivas y es cada día más someterlas al

⁸ Matthies, Félix Ronald. **Análisis sobre el derecho de arbitraje**. Pág. 198.

conocimiento, para su decisión de terceros elegidos entre las personas más prominentes de la comunidad”.⁹

De manera adecuada se establece entonces que, el ofendido y ofensor recurrían ante el tercero designado de común acuerdo, para que este regulara la composición, que el segundo debía pagar al primero o en otros casos dicho tercero ejercía las funciones de un mediador exhortando a las partes a encuadrar su conducta a un arreglo pacífico.

Y en consecuencia este a su vez, fuera incluso el rey o el jefe del clan o grupo, carecería de jurisdicción obligatoria; su intervención tan solo se deba en aquellos asuntos en que las partes voluntariamente se lo solicitaban y no podía imponer coactivamente sus decisiones, basadas exclusivamente en el compromiso contraído por ellas para acatarlas, qué duda presentó, ya que se encuentran en estas remotas épocas los orígenes del actual diseño del arbitraje en estas notas esenciales puestas de presente, es carácter de la justicia que se observa en todos los pueblos primitivos y aún en los propios griegos, los matices variaban, según el grado de evolución de cada grupo social.

Pues a medida que progresan determinadas características de carácter voluntario, y diferentes tipos de procedimientos, y así sucesivamente se fueron tomando en obligatorios y desarrollados en el fundamento de lo que, posteriormente, se convierte en la función jurisdiccional a cargo del Estado.

⁹ Merchán Álvarez, Antonio. **Desarrollo histórico del arbitraje mercantil**. Pág. 145.

3.1.1. Sociedades primitivas

El arbitraje fue una de las primeras formas de resolver conflictos entre gentes y se imponía diferir a terceros la resolución de sus disputas, surge la justicia arbitral en las primeras etapas de la humanidad como una necesidad del hombre, en una sociedad donde la fuerza era un medio de justicia que solo conocía el límite de quien la ejercía, y es donde se impuso una nueva idea que garantizaba una solución justa del conflicto.

La necesidad de una justicia más humana hace que el diferendo se someta a la decisión final de un anciano. Así lo hicieron los hebreos, celtas y algunas comunidades de América tales como los mayas, aztecas, incas.

Es así como la humanidad inicia su paso de la Era Primitiva a la civilizada, cuando establece reglas de comportamiento social y, decide que unos hombres en este caso eran los sacerdotes, los ancianos, los doctos en la materia resuelvan, de una manera humanamente y que cuando esas reglas se han infringido y la pena que puedan sufrir fuera aceptada dicha intervención de los mismos.

Posteriormente aparece la formación de la institución judicial como una función primordial del Estado, establecida precisamente para impartir justicia por medio de un sistema permanente y estable con la adopción al mismo tiempo de una serie de pautas para el ejercicio de su actividad, sistema disponible para tutelar los derechos.

Eso que el Estado al asumir la función de administrar justicia no sustituyó ni ha sustituido definitivamente el arbitraje, el cual se ha conservado en casi todos los sistemas jurídicos por tratarse de una institución vigente en el tiempo.

3.1.2. Época antigua

En Grecia se establece que hacia el año 1520 A.C. surgió en una forma de justicia arbitral que eran los consejos anfictiónicos, que resolvían los conflictos entre los grupos étnicos, se conformaban por doce ancianos representantes de las diferentes tribus. Existieron también árbitros de carácter público, que eran elegidos al azar y árbitros escogidos por las partes en donde conocían solamente de contratos privados. Los árbitros de carácter público eran elegidos al azar entre 44 patriarcas y debían de tener 70 años de edad y de ser de conducta irreprochable.

Los jueces árbitros que juzgaban en los templos de Esparta después de haber hecho jurar a las partes para que se sometieran a su decisión. Se sabe que el arbitraje en la China se tiene como antecedentes la mediación y el arbitraje siendo los principales recursos para resolver desavenencias en aquella época. Y la solución de las desavenencias se lograba a través de la persuasión moral y el acuerdo y no bajo la coacción. La autoayuda unilateral y la intervención de un adversario ponen fin a una relación armoniosa y por tanto serian la antítesis de la paz y la comprensión, que constituye la esencia del pensamiento de una determinada confusión pero con sentido humanitario.

Así también, el arbitraje entre los hebreos se encuentra documentado en el Talmud, donde se designa a un tribunal llamado De los Diez al cual se recurría en ciertas causas dudosas. Estos juicios de árbitros se celebraban ya antes de Moisés, en el Antiguo Testamento podemos ver alguno de los ejemplos de arbitraje; así se ve que el primer centro de arbitraje que se tenga noticia, el cual aparece, en la Santa Biblia, Éxodo 18, 13-20, el cual narra sobre la huida de los israelitas de la esclavitud de los egipcios guiados por Moisés.

En el mismo texto se indica, quién les informaba sobre las leyes y enseñanzas de Dios cuando su pueblo tenía dificultades; a Moisés le hacia difícil y cansado ser el único en tener a su cargo la enseñanza de las Leyes de Dios por lo que a petición de su suegro Jetro encomendó a hombres capaces que tuvieran temor de Dios, sinceros y que no buscaran ganancias mal habidas a resolver los problemas pequeños, y así Moisés se encargaría de los problemas más grandes. Otro ejemplo de arbitraje, aparece en el *beth din judío* consejo formado por un grupo de rabinos con el propósito de mediar, conciliar y arbitrar controversias, conflictos y desavenencias entre la comunidad judía.

3.1.3. El arbitraje en el derecho romano

Aporta importantes figuras jurídicas como funciones jurisdiccionales entre estas en persona diferente al gobernante, es así que el procedimiento romano tuvo según en las épocas, tres sistemas que estuvieron sucesivamente en vigor como eran: las acciones de la ley en donde se establecen los siguientes procedimientos:



- El procedimiento ordinario.
- El procedimiento extraordinario.

Bajo los dos primeros sistemas de procedimiento hay dos clases de jueces, los simples particulares designados para cada asunto y cuya misión termina en cuanto han pronunciado la sentencia y los jueces que componen los tribunales permanentes. Habían jueces designados para cada asunto en lo que se distinguían el judex, al arbiter y los recupetatores.

El Judex término que se empleaba para designar al juez, y se encargaba a la solución precisa de una cuestión de derecho estricto, el arbiter término que se empleaba para designar al árbitro el cual se encargaba de los asuntos que era necesario apreciar la buena fe y donde era preciso tener poderes más extensos, estos jueces eran elegidos para cada proceso en las listas confeccionadas por el Pretor y puestos en el foro; de donde viene la calificación de selecti judices o judices in albo relati. Hasta los últimos tiempos de la República fueron escogidos por los senadores; pero en el año 531 la ley Sempronia decidió que los jueces se tomaran de la orden de los caballeros y sus listas comprendían unos trescientos al principio.

En cuanto a los recupetatores se tienen pocas noticias y se dice que juzgaban los procesos entre ciudadanos y peregrinos es decir manejaban los intereses del pueblo, tomados la mitad entre los ciudadanos y peregrinos, también se añadía un tercero para que no hubiera empate.



El arbitramiento en el derecho romano tenía dos características principales; la primera era que se necesitaba del acuerdo previo de las partes y la segunda característica que los árbitros decidían pero no ejecutaban. En Roma bajo el emperador Diocleciano se pasó de la justicia privada a la justicia pública y de la voluntaria a la obligatoria cuando se estableció que los tribunales en Roma a través de los magistrados asumieran en nombre del poder público la plenitud de la jurisdicción y dictaran sentencia bajo el amparo del Estado.

El arbitraje privado como modo extrajudicial de terminar litigios se fue desarrollando en Roma, y con posterioridad a Diocleciano aparecieron las diferentes modalidades del arbitraje, la cláusula compromisoria *arbiter incontractibus* por medio de la cual las partes estaban de acuerdo someter a un árbitro designado previamente, todas las controversias que surgieran de la ejecución de un contrato.

La jurisdicción de la Iglesia tiene un origen arbitral es por ello que los primeros cristianos evitaban también la justicia romana y sometían sus controversias a sus propios obispos, naciendo así los tribunales Eclesiásticos que fueron reconocidos oficialmente en los tiempos de Constantino.

3.1.4. Edad media

Queda regulada la evolución de una mejor organización que en los poderes reales hizo que el arbitraje se sometiera al propio rey o por los menos a sus delegados, también se

puede decir que a veces sustituía lo que era la justicia pública. El arbitraje subsistía en los siglos XII, XIV al lado de la jurisdicción común como un uso enteramente privado pero muy frecuente, y en cuanto a la ejecución de la sentencia arbitral se requería de una cláusula penal para asegurar su ejecución y cumplimiento del mismo.

Es preponderante, como lo reconoce la doctrina la cual se continua, la incidencia e influencia durante esta etapa de la historia, surge dentro de la misma una falta de organización estable de parte de los Estados y la autoridad de los poderes públicos formales resulta casi nula, como consecuencia, se carece de los medios efectivos para imponer sus jurisdicciones de manera obligatoria. De otra parte, el auge de las agremiaciones o corporaciones que tuvieron su origen en esta época y del nacimiento de la burguesía, presionaron decididamente en la búsqueda de una jurisdicción especial y particular para resolver las controversias que en el interior de las asociaciones se presentaban.

Al hacer una acotación de una serie de circunstancias que suscitan en la presente investigación, se establece que Aguirre, Rafael, en: "Las siete partidas del Rey, es en primera instancia en el fuero juzgo donde parece encontrarse una primera regulación ordenada y completa del arbitraje, así como regulaciones parciales que venían desde el breviario de Alarico, de tendencia privatista y, en el liber iudiciorum que determinó la tendencia judicialista del procedimiento como regla general, no era originalmente la

sentencia ejecutoria por sí misma, su ejecutabilidad se forzaba mediante la presencia de la cláusula penal desarrollada a semejanza de la fórmula romana.”¹⁰

A finales de la Edad Media se practicaba el procedimiento de homologación de laudo ante juez lo que le otorgaba fuerza ejecutiva por sí mismo, se considera a quien conocía como una especie de juez, las sentencias en tanto llegaron a tener fuerza ejecutiva estaban dotadas de cosa juzgada.

Surge igualmente, por esta época, en las leyes de partida la distinción entre árbitro propiamente dicho, que declara el derecho y amigable componedor, que no está sujeto a ninguna regla de procedimiento ni de derecho; en este cuerpo legal se encuentra un refuerzo en la eficacia del laudo al establecerse, adicionalmente a la pena, la presunción legal de una confirmación tácita de la sentencia, por el silencio de las partes una vez transcurridos diez días después de pronunciada.

3.1.5. Estados modernos

Constituidos los Estados modernos al centro de los cuales se encuentra un poder público más o menos absoluto, el órgano supremo reclama para sí el ejercicio exclusivo de las funciones jurisdiccionales y el procedimiento arbitral deja entonces de ser el motor del desarrollo de las instituciones judiciales adquiriendo la fisonomía particular que hasta hoy le distingue.

¹⁰ Aguirre, Rafael. **Las siete partidas del Rey**. Pág. 183.



Tanto las legislaciones consuetudinarias como las escritas, reconocen al particular derecho de sustraer al conocimiento de los tribunales de Estado, y juzgamiento de ciertos asuntos, para ser entregados al conocimiento de simples particulares de su libre elección y confianza.

No obstante, es visto con cierta desconfianza y se le rodea de la intervención de los jueces para efectos de un control más o menos riguroso. Se le considera como un medio ventajoso para resolver ciertos asuntos, en específico aquellos en que la discusión versa más sobre circunstancias de hecho que de derecho.

En Francia, se establece dentro de ese orden de ideas y en las ordenanzas de 1560 y 1673, el arbitraje obligatorio en litigios entre familiares, que someten al juicio de parientes próximos, y para las dificultades que surjan entre los socios en las sociedades comerciales.

De particular importancia e incidencia, resulta la Revolución Francesa que determina y provoca una gran extensión en éste, se le mira como un remedio contra los abusos, lentitudes y gastos de la justicia, se lo estima muy de acuerdo con los principios republicanos y liberales que, fundamentados en la idea del contrato social, preconizan la libre elección por los ciudadanos de todos los funcionarios del Estado.

A partir de estos criterios, la Asamblea Constituyente lo declara el medio más razonable de terminar los litigios entre ciudadanos y lo eleva a la categoría de principio

constitucional, estableciendo el derecho de los ciudadanos para terminar definitivamente sus litigios por la vía del arbitraje, no puede sufrir restricción alguna por actos del poder Legislativo.

En la realidad, los legisladores proponen como prontamente una vigorosa reacción que derogó todos los casos de arbitraje forzoso, a excepción de la hecha de las diferencias entre socios de sociedades comerciales, e incluso, estuvo a punto de llevar a la supresión aún de uno voluntario en general.

Por otra parte, explica Garro que: “Pasados algunos años y ante la reacción en contra de la ideología revolucionaria, comenzó a crecer la hostilidad del poder judicial francés hacia el arbitraje, lo que se tradujo en la redacción de una normatividad sumamente controlista contenida en el Código de Procedimientos Civiles de 1806, que esta hostilidad hacia la institución tuvo como punto culminante el fallo de la Corte Suprema francesa del diez de julio de 1843, en el caso seguido entre L'Alliance contra Prunier y que en ese fallo se declaró expresamente que era nulo el pacto por el cual las partes acuerdan arbitrar cualquier futura controversia cláusula compromisoria”.¹¹

La explicación de esta reacción del supremo tribunal de justicia francés poco tuvo que ver con consideraciones jurídicas y más con criterios políticos, juicios de manifiesta hostilidad y temor hacia el arbitraje.

¹¹ Garro, Miguel Alejandro. **Refuerzo de procedimientos arbitrales**. Pág. 314.

Por su parte Von Mehren explica de lo anterior que: “El fallo demostró el temor de los jueces de que si el pacto arbitral suscrito antes de que surja una controversia luego denominado cláusula compromisoria era permitida”.¹²

De lo ya anotado, es decir que, sería pactado por la generalidad de los individuos, quitándole de esa manera poder a los magistrados y obviamente tuvo como única finalidad la de impedir que las partes acudieran a arbitrar sus controversias, ya que la experiencia había demostrado en esa época, como hoy en día, que en la generalidad de los casos las partes acuerdan arbitrar antes de que se presente el conflicto; en cambio, los pactos arbitrales post conflicto son excepcionales.

Fue luego del fallo del tribunal francés que los juristas se encargaron de explicar jurídicamente, la distinción entre el pacto previo, cláusula compromisoria y el acuerdo suscrito una vez surgida la controversia compromiso arbitral, dando a entender, mediante la aplicación de muchas teorías, que existían entre ambos contratos grandes diferencias, cuando en la realidad la distinción poco o nada tenía que hacer con el derecho, sino simplemente con una visión discrepante hacia el arbitraje.

Es así, que a partir de los primeros años del siglo XX, pero en especial luego de la Segunda Guerra Mundial, el arbitraje ha vuelto a constituirse en un mecanismo idóneo de resolución de conflictos entre particulares, especialmente en la solución de discusiones derivadas del intercambio comercial internacional.

¹² Mehren, Von. **Pacto arbitral**. Pág. 35.

Como reflejo de ese renacimiento del arbitraje, los países que efectivamente decidieron promover su utilización, eliminaron la absurda distinción entre cláusula compromisoria y compromiso arbitral. Sin embargo, la gran mayoría de legislaciones latinoamericanas no sólo copiaron la cláusula compromisoria y compromiso arbitral en sus primigenias legislaciones arbitrales, sino que inclusive la mantuvieron inmutable hasta años muy recientes, despreocupándose, no se sabe si de forma intencional, de sus funestas consecuencias prácticas.

En España, por su parte, el nutrido desarrollo de normatividad proclive de la institución y la extensión en su utilización, tuvo su punto más alto en la constitución de 1812 que, siguiendo el ejemplo de la francesa de 1791, de la declaración de la Asamblea Constituyente, le dio rango constitucional, como un derecho fundamental del ciudadano, expresado en la presentación de dicho cuerpo constitucional español como el derecho de todo individuo de una sociedad mercantil y terminar sus diferencias por medio de jueces árbitros, basado en el incontrastable principio de la libertad natural.

A partir del momento histórico, del Código de Comercio de 1829 y su ley procesal de 1830 se desarrollo como medio privilegiado para que se resolvieran las controversias entre comerciantes que, por otra parte, abrieron, en especial el primero de dichos cuerpos legislativos, la puerta al traumático debate del arbitraje como forzoso en tanto, hasta la época siempre se había hablado de él como una institución derivada de la autonomía de la voluntad de carácter eminentemente mercantilista.

Otro negativo legado del legislador español lo fue el de haber abierto el debate sobre la ubicación real de él; esta discusión, derivada de la toma de partido por las diversas tesis sobre la naturaleza jurídica del arbitraje, derivaron de que, en cierto momento, el legislador civil español, apartándose de la tradición formada en el derecho comparado que lo ubicó siempre en el derecho procesal, instituyeran el compromiso como contrato, en tanto las normas procedimentales le abrían campo dentro de la regulación de juicio de conocimiento, dando así lugar a infinitas discusiones que, aún, se mantienen en varias legislaciones.

3.1.6. Época contemporánea

Los tratados de Jay, en Estados Unidos, dieron inicio al arbitraje internacional moderno en 1794 entre Gran Bretaña y Estados Unidos. Así también se regula que los conflictos que se dieron por defender los derechos de pesca en áreas específicas entre Gran Bretaña y Estados Unidos fueron conciliados con el tratado de Ghent en 1814.

El Congreso de Estados Unidos estableció que el arbitraje era el procedimiento más deseable para resolver conflictos acerca de la aplicación o interpretación de pactos colectivos de trabajo por medio de la ley Taft Hartley, dando como resultado la creación de la institución de arbitraje del servicio Federal de conciliación y mediación del gobierno de los Estados Unidos se dio a dicha institución la cual se encarga de evitar las interrupciones del libre tráfico comercial que puedan resultar de conflictos laborales.

Así que, a través de la conciliación y mediación ya sea por motu proprio, o ha solicitud de una o más de las partes en disputa. Si no se llega a un arreglo en un tiempo prudencial pueden inducir a las partes someterse a arbitraje sus disputas sin que se llegue a huelgas. También esa institución tiene árbitros calificados para que las partes en conflicto soliciten sus servicios. El arbitraje en el ramo comercial es más utilizado en industrias dedicadas a las construcciones, vestido, textiles así como empresas de seguros y controversias que involucran negociación de acciones y títulos.

La ley federal de arbitraje ha gobernado desde el año de 1925, en todo lo que respecta a arbitraje, es decir ha creado normas para solucionar conflictos de transacciones marítimas y transacciones interestatales o de comercio internacional, a través de sus disposiciones reglamentarias ha establecido que puedan hacerse acuerdos para someter a arbitraje tanto futuras como existentes disputas, que las cortes no tendrán competencia a acuerdos válidos de arbitraje, como si existe alguna disputa acerca de la validez o efectividad de un contrato que contenga cláusula de arbitraje, solamente serán competentes en cuanto a su laudo.

3.1.7. Derecho eclesiástico

La manera más efectiva, de resolver los conflictos, de la iglesia en la cual tuvo su origen arbitral, pues era la forma más adecuada ya que evitaban ser juzgados por la justicia romana creando, sus tribunales eclesiásticos en donde los fallos los daban sus propios obispos y así poder proseguir sus actividades regulares en aquella época.

Para quien ha reseñado el devenir del arbitraje y a quienes se han citado, que en el derecho eclesiástico se dio un desarrollo similar al del romano, a esto se debe que la actual jurisdicción en sentido fue determinada en sus orígenes y evolución, por el arbitraje. Queda regulado que los primeros cristianos rehuyeron la utilización de las justicia de los romanos y sometían la decisión de sus controversias al juicio de los obispos, al generalizarse esta práctica, se da cuerpo a los hoy conocidos como tribunales eclesiásticos que tuvieron su reconocimiento original en la época de Constantino y que hasta hoy tienen existencia y continúa.

3.2. Breve reseña historia del arbitraje en Guatemala

Desde sus inicios Guatemala ha sido como tal un país interesado en el arbitraje, si bien durante mucho tiempo tan solo en el campo del derecho internacional público, no ha sido así en el campo del derecho privado que ya regulado, no había logrado hasta hace no mucho tiempo un nivel de desarrollo importante. Determinante de esta situación fue, según el criterio de algunos estudiosos, la deficiente regulación que, antes que invitar y facilitar el desarrollo del mismo, se constituía en un serio obstáculo y una limitación, y a veces insalvable.

El Código de Enjuiciamiento Civil y Mercantil de 1934, repitiendo las disposiciones tradicionales al respecto, establecía la vía procesal ejecutiva para aquellos eventos, en los cuales no se honrara el compromiso adquirido por alguna de las partes, de llevar un determinado asunto al conocimiento, y resultó siempre poco expedita, costosa y lenta.



En consecuencia determinado problema, entre otros, produjo siempre un reservado desánimo, y desincentivó el uso del arbitraje, ya que ante la falta de una normatividad que permitiera el respeto al pacto celebrado y abriera la puerta por el contrario a hacer de este un debate judicial, la efectividad y celeridad del arbitraje, desde sus inicios estuvo siempre sujeta a cuestionamiento y por ende, la importancia de utilizar un sistema de resolución controversias que presuponía un juicio previo ante el juzgador ordinario.

Conscientes parcialmente de tan seria limitante, en el Código Procesal Civil y Mercantil de 1965 se reforma la norma para derivar ya no en la necesidad de un proceso sino un trámite de tipo incidental con lo que, según estiman algunos comentaristas guatemaltecos pioneros de la materia en el país se logró un adelanto significativo sin que, en la práctica esta y otras reformas menores de la materia, hubieran logrado motivar el estudio y aplicación del procedimiento que, por otra parte siguió siendo muy poco recomendada e incentivada por el gremio de los abogados.

En la vida real, no obstante, fue derivando cada vez más hacia la aplicación de soluciones que como la conciliación y el arbitraje mismo, se desarrollaron en los despachos de los abogados y notarios por fuera de un ambiente formal y sin que estratégicamente, éstos y otros de los métodos alternos tuvieran importancia.

En la normatividad vigente, la editorial transnacional en uno de sus documentos, Gonzalo afirmaba que: “La doctrina hasta antes de 1995, brindaba procedimientos

complicados, llenos de formalismos y por lo tanto, quiere decir que son inoperantes para actividades ágiles a las que urge dar una solución, conforme a la legislación vigente, recurrir al procedimiento arbitral implica algo tan engorroso, dispendioso y demorado en el tiempo como acudir a los tribunales”.¹³ Con el paso del tiempo, más evidente se hizo el rezago en la legislación, cuando se llegó a la adopción en 1984 en la Convención de Nueva York Decreto 9-84 y en 1986 con la de la Convención de Panamá Decreto 35-86 que no sólo se distancian en lo teórico con la normatividad interna vigente sino que, incluso, propiciaron discusiones doctrinales sobre la derogatoria de diversos preceptos internos a partir de la puesta en vigencia de estos textos constitucionales.

Por otro lado, en el mismo documento anteriormente mencionado se afirma que el Estado guatemalteco al respecto ha aceptado arbitrajes en materia de derecho internacional público, sin embargo en materia de derecho privado, el Estado de Guatemala se ha manifestado renuente a aceptarlo. Desde la Constitución Política de la República de Guatemala vigente de 1986, se vislumbra un cambio de actitud, si bien no se inscribe abierta y enfáticamente que afirme expresamente el rango constitucional de este, tampoco se encuentra en su construcción el ánimo de oponerse al desarrollo del mismo; al igual que ocurre en diversos países, abre la puerta para que a través de la ley, se establezcan además de los tribunales judiciales ordinarios otros adicionales, y se ha constituido como base para que conforme ha ocurrido en otros países, se encuentre allí el soporte constitucional.

¹³ Gonzalo Quiroga, Marta. **Arbitraje comercial**. Pág. 254.



Queda establecido en la nueva sistemática reguladora, que consta en el Decreto 67-95, esta tomada como modelo de institución comercial internacional propuesta por uncitral, corrige en buena medida todas las inconsistencias y limitaciones que la normatividad anterior contenía, si bien es cierto que quedan asuntos por superar y otros por mejorar, es evidente que el grado de avance, en lo fundamental, dado por el país, permite afirmar que el cuerpo legislativo con que cuenta es pro-arbitraje y permite el desarrollo tanto a nivel local como internacional.

La institucionalización de este procedimiento, considerada de menos y controvertida por la doctrina, hoy es de especial importancia, desde la aparición y creación de diversos centros tales como el CENAC, es evidente que el proceso de información y formulación en la materia, los niveles, de difusión y utilización se han incrementado muy seriamente y hoy, podría hablarse su franca expansión, con todos los compromisos y requerimientos que ello comporta, como parte de la organización mundial de propiedad intelectual OMPI, se lleva a adherir a los diversos instrumentos internacionales en la materia, lo que le ha llevado a colocar en vigencia los textos que lo regulan por la vía electrónica para solucionar las controversias que hoy el Internet y el uso de los nombres protegidos ha proporcionado lugar en esta materia.

Se establece de forma profunda que aún queda preparar y trabajar en la especialización del estudio de la materia, sin duda, como en el mundo entero ocurre, pero, ciertamente, es mucho el que se ha recorrido, lo que coloca al país sin dar lugar a controversia, quizá no como pionero en la aplicación de un procedimiento alternativo

que solucione conflictos en materia mercantil, pero sí dentro de todos los demás como uno de los más dinámicos y desarrollados en el tema tratado en América Central y, aún más, del continente Americano, donde se debe y puede tener la motivación de plasmar éste método de resolución de una forma más práctica pero que al momento de institucionalizarlo como medio de problemas mercantiles, volver a quien conozca un ente especializado para que tenga impacto en la sociedad guatemalteca y servir de ejemplo para otros países en su caso.

Los antecedentes que se establecen en Guatemala están en la ley de Enjuiciamiento del Código de Comercio Español de 1829 Ley citada por Fernando Linares Beltranena en su tesis de graduación en su título sexto contiene: El juicio arbitral y en el Artículo 252 establece lo siguiente: “Toda contienda sobre negocios mercantiles puede ser comprometida al juicio de árbitros”.¹⁴

Regula el autor Fernando linares, que: “En el Artículo 296 del Código de Comercio. Que los comerciantes podrán también comprometer la decisión de sus contiendas en amigables componedores;”¹⁵ también se habla del arbitraje de derecho. Esa ley de Enjuiciamiento del código de Comercio Español de 1829 establece sobre las sentencias en donde los árbitros eran los encargados de dictarlas y los laudos por los amigos componedores.

¹⁴ Linares Beltranena, Fernando. **Juicio arbitral**. Pág. 25.

¹⁵ Garrone. **Ob cit.** Pág. 4.



Así también, explica la ejecución tanto de las sentencias como la de los laudos en donde correspondía a la jurisdicción ordinaria ya sea por tribunales de comercio o jueces que entendían de negocios mercantiles.

Al respecto se pronuncia Caivano, Roque, haciendo la aplicación del sistema alternativo de solución de conflictos, donde según los antecedentes más relevantes del derecho de arbitraje en Guatemala es: “La asociación privada de Abogados llamada La Barra de Guatemala que fue fundada el 8 de noviembre de 1829, en uno de sus estatutos establecía que era obligación externa de los asociados que todo conflicto de sus clientes debían de someterse al arbitraje por medio de la cláusula arbitral consignada en sus contratos; y por lo mismo tenían un reglamento en todo lo concerniente al procedimiento, así como la separación que hacían con respecto de los árbitros juris y de los arbitradores.”¹⁶

El 1 de junio de 1964 entró en vigencia el Código Procesal Civil y Mercantil decreto ley 107 que derogó todas las leyes anteriores en cuanto a materia de arbitraje se refiere. En ese código regulaba sobre el contrato de compromiso arbitral. La nueva Ley de Arbitraje promulgada el 25 de noviembre de 1995 a través del decreto 67-95 vino a derogar en su totalidad todas aquellas normas que regulaban lo referente al arbitraje de los Códigos tanto Procesal Civil y Mercantil como del Código Civil. La Ley Nueva de Arbitraje fundamentada en la Ley modelo de Uncintra, hizo que el arbitraje en Guatemala se practicara más hasta en la actualidad.

¹⁶ Caivano, Roque. **Sistema alternativo de solución de conflictos**. Pág. 981.

3.3. Definición del juicio arbitral

Es un proceso 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 investidos de jurisdicción para proferir un laudo con la misma categoría jurídica y surte los mismos efectos de una sentencia judicial.

Con base en la definición, se establece que en principio no es un proceso por no estar regulado para que lo conozca un órgano jurisdiccional, pero si se rige por una Ley de Arbitraje y, es donde se establece que no tiene carácter de sentencia sino un laudo arbitral, pero si surte los efectos y por ende obligaciones que han de cumplirse de forma obligatoria.

3.4. Naturaleza jurídica del arbitraje

Para explicar la naturaleza jurídica del arbitraje han surgido tres teorías las cuales vienen a ser la base fundamental para entender la misma y son las siguientes:

- a) De la relación contractual: Se regula que el arbitraje surge de la mera actividad de las partes por medio de acuerdo de voluntades situación que no es de carácter conflictivo.

b) De la actividad jurisdiccional: Destaca que el arbitraje es un juicio de conocimiento y un medio para la resolución de conflictos y por ende su naturaleza es jurisdiccional se establece que se le denomina o entendida como la facultad de administrar justicia, mismo que es para no sobrecargar la administración de justicia como lo es en nuestro país Guatemala el Organismo Judicial.

c) Doctrina mixta: Para que el arbitraje sea considerado como una institución jurisdiccional se tiene que derivar de una relación contractual.

Se establece que el arbitraje se relaciona principalmente con los procesos de conocimiento como lo son: el juicio ordinario, oral, sumario, ya que igual que estos persigue la creación, modificación o extinción de un derecho, solo que en el arbitraje no intervienen jueces, es decir, es un fallo no jurisdiccional, e aquí la gran diferencia con los procesos de ejecución, probablemente tengan la única relación, en que, en el caso de no cumplirse con un laudo arbitral, este si puede ser objeto de ejecución.

El autor, Marroquín Escobar cita: "Todo arbitraje tiene fundamento en la autonomía de la voluntad fundamentada en la libertad y disposición de las partes para elegir la vía donde resolver sus diferencias y conflictos, en donde los árbitros no pertenecen a ninguna organización estatal, no son auxiliares de justicia ni funcionarios públicos."¹⁷

¹⁷ Marroquín Escobar, Hugo José Emilio. **El juicio de árbitros de derecho en la legislación guatemalteca.** Pág. 83.



Asimismo, un principio de autonomía, de la voluntad de las partes para resolver conflictos tiene límites, provenientes de la jurisdicción ordinaria de los tribunales en cuanto a la emisión de providencias cautelares y de la ejecución de sus laudos así, como del orden público en cuanto a la incompatibilidad y prohibición de someterse a arbitraje, siendo así que el arbitraje tiene plenamente fundamento contractual. Se concluye de forma en la que se establece, que todo arbitraje tiene su origen contractual, a través de cláusulas compromisorias que es *a priori* presente y compromiso arbitral que es *a posteriori* futuro.

La relación humana, está expuesta a conflictos de múltiples índole, en el que están en juegos diversos. A medida que el hombre ha ido evolucionando ha tratado de encontrar diversos medios para solucionar sus diferencias, hasta llegar al ordenamiento jurídico para garantizar condiciones de vida y normas de conducta dentro de la sociedad, con el fin de mantener la fuerza y evitar la violencia como métodos orientados a la administración de justicia, a través de un tercero imparcial que dirima sus confrontaciones.

Queda establecido que el mayor bien para el estado, no es la guerra ni la sedición sino la paz y la buena inteligencia entre los ciudadanos. Pero como la existencia de intereses contradictorios forman parte de la naturaleza del grupo, el estadista ha debido crear sistemas que ponga remedio a los disensos, obligando a los miembros a observar ciertas reglas y preventivo que en caso de presentar desavenencias, un tercero resuelva las disputas.

Es indispensable que se establezcan tribunales para cada sociedad y jueces que decidan sobre la marcha, las diferencias que se susciten. Tribunal que estará compuesto por los jueces más íntegros que sea posible encontrar. Un Estado no lo sería si lo que concierne a los tribunales no estuviese arreglado como es debido.

El Estado crea el derecho para justificar el carácter público de la entidad jurisdiccional, toda vez que la imposición obligatoria debe respetarla, lo que se traduce en una acción coercitiva de imposición, así pues en las organizaciones sociales modernas el Estado tiene la facultad de promover los órganos que resolverán esas situaciones de conflictos que alteran el orden social, para mantener la tranquilidad pública. Surge entonces la jurisdicción, actividad destinada a restablecer el orden jurídico alterado por conductas humanas al contrario de las normas establecidas.

La imposición de una determinada conducta específica a cada una de las partes que están obligadas a cumplirlas bajo amenaza de obtenerla en forma coactiva en caso de resistencia, la importancia del derecho no solamente radica en resolver el conflicto si no la forma como se resuelve, por ello cuando un sistema judicial es deficiente, no cumple su función a cabalidad se convierte en una ficción corriendo el riesgo de retroceder al pasado en que el hombre ejercía la justicia por su propia mano, haciendo imposible la convivencia social. Ello explica por que la necesidad de encontrar otras formas alternativas que puedan proveer las soluciones que en el sistema público no esta en condición de brindar.

El derecho de arbitraje, puede ser una de las formas a través de la cual las personas encuentren el acceso a una justicia eficiente administrada por las mismas partes, dentro de su esfera de libertad y en el marco de sus derechos disponible.

Si bien es cierto que el arbitraje descongestionaría la pesada carga procesal, no se debe concebirla como un competidor de la vía judicial sino más bien como una vía complementaria en el entendido que el arbitraje no es válido para cumplir aquellos litigios donde no exista la libre disposición, por lo consiguiente es regla general que en un litigio que verse sobre el orden público las partes no podrán recurrir al arbitraje que es de competencia del poder judicial.

Se establece que desde la producción de ciertas medidas probatorias la ejecución forzosa del laudo, el arbitraje requiere la colaboración de los jueces, es más, si obtenido el laudo se presentan demoras o través en la etapa de la ejecución judicial en la práctica, las deudas originalmente controvertidas y previamente reconocidas en el laudo, quedaran diferidas en el tiempo.

Por consiguiente se debe hacer conciencia a personas que utilizan dicho procedimiento que el arbitraje debe convivir con la justicia en forma armónica, manteniendo una relación y un respeto mutuo entre ambos sistemas, ya que el derecho de arbitraje, en cuanto a su naturaleza jurídica y definiciones analizadas, tiene su origen en la voluntad de las partes por medio de un acuerdo arbitral o pacto arbitral.



3.5. Regulación legal

Se establece principalmente en la autonomía de la voluntad, por medio de la cual, las partes pueden disponer libremente de sus derechos y obligaciones, siempre que no se encuentren limitados por la ley o el orden público para hacerlo.

El principio de celeridad, es otro de los fundamentos del arbitraje, ya que las partes buscan rapidez en la resolución de un conflicto privado, que afecta únicamente sus intereses.

Jurídicamente se encuentra basado en el Decreto. 67-95 Ley de arbitraje, y este a su vez en los Convenios Internacionales aceptados y ratificados por Guatemala, tales como: Nueva York, Panamá, Código de Bustamante los que en realidad se establece el cambio radical del contenido en la presente investigación científica.

CAPÍTULO IV

4. Derechos y obligaciones de los socios

Se establece que los derechos se ven de manifiesto en el mismo contenido, y las obligaciones de los socios se regulan que son cada uno de los componentes adecuados para darle sentido al tema que ocupa la realización y materialización de la investigación de campo.

4.1. Los socios tienen los siguientes derechos

En consecuencia los socios tienen los siguientes derechos que se desarrollan de manera detallada en el presente apartado:

- a) El principal y fundamental de ellos, es el de participar en la toma de decisiones dentro de la sociedad, donde los socios, reunidos en junta, constituyen el órgano soberano y jerárquicamente superior de la sociedad, en el que se pueden tomar toda clase de resoluciones que orienten, instruyan o, incluso, destituyan a los administradores.

En las Juntas de Socios, como antes hemos visto, se conocen los estados financieros de la sociedad, se recibe el informe de los administradores sobre sus actividades, se resuelve sobre la distribución de utilidades y, en general, se puede conocer y tomar resoluciones sobre cualesquiera de las cuestiones que afecten a la sociedad.

Todos y cada uno de los socios, tienen el derecho de participar en esa función, con voz y con voto, para así coadyuvar a la formación de la voluntad social. A ninguno de los socios se le puede excluir de participar en tales juntas, ni se le puede impedir que sea representado en ellas por mandatario acreditado por carta poder o mandato.

- b)** Los socios también tienen el derecho de información y vigilancia, que es correlativo a la obligación de los administradores de informar a los socios sobre las actividades de la sociedad y de rendirles cuentas de su administración.

Dicho derecho se puede ejercer por los socios, en la junta anual en donde los administradores deben presentarles estados financieros, memoria, inventario. El Artículo. 46, inciso. 10 del Código de Notariado y, además, mediante el examen del estado de la administración y la formulación de reclamaciones convenientes al interés común, dentro de los períodos y en las condiciones que establezca la escritura Artículo. 1764 Código Civil.

- c)** El derecho a las utilidades es inherente a la condición de socio y de la esencia del contrato, pues es el fin último de la sociedad obtener utilidades y repartirlas entre sus socios.

El derecho a las utilidades se hace valer, no sólo cuando se resuelve repartirlas, pues a cada socio le corresponde una parte de la cantidad a distribuir, sino también al concluir el proceso de disolución y liquidación de la sociedad, cuando el socio tiene derecho a

que se le entregue la parte que le toca de los -í excedentes que quedan después de cubiertas todas las obligaciones sociales y J de reembolsados los aportes de los socios. Este derecho, así como el de que se le devuelva su aporte de capital al terminarse la sociedad, la cual depende de que, después de pagadas todas las obligaciones de la sociedad, quede aún un remanente a distribuirse entre los socios como cuota de liquidación.

En otras palabras, estos derechos no son absolutos, pues no existe una garantía otorgada por la sociedad o por los demás socios, de que a cada socio se le reembolsará, con motivo de la liquidación, el capital que aportó, más su parte en las utilidades no distribuidas y la única obligación de la sociedad y de sus liquidadores es que, si quedare algún remanente después de pagar todos los pasivos, el mismo se repartirá entre los socios, como cuota de liquidación.

d) El derecho de administrar la sociedad, en caso la escritura no contuviera convenios especiales sobre la administración, en ese caso, todos y cada uno de los socios serán administradores, con facultad para obrar en nombre de la sociedad representación y de celebrar todos aquellos contratos que sean del giro ordinario de la misma, sin perjuicio de derecho de oposición de los demás socios administradores para impedir el perfeccionamiento del acto impugnado. También se establece el derecho de administración temporal, por parte de cada uno de los socios, en caso de que por cualquier circunstancia, la sociedad quede sin administrador y no se haya previsto un mecanismo rápido para llenar esa vacante.

- e) Los socios tienen también un derecho de veto a cualquier transmisión de derechos en la sociedad que un socio desee hacer a otra persona socio o no socio o a la delegación que un socio administrador desee hacer en un tercero de sus funciones, pues esa transmisión y esa delegación requieren el consentimiento de los demás.

Surge por supuesto la pregunta de si es requerido el consentimiento de todos los demás socios, para que uno de ellos pueda donar sus derechos en la sociedad civil, la norma citada, únicamente establece en transmitir el interés que tenga en la sociedad, sin calificar si la transmisión es a título oneroso o gratuito. Tal circunstancia parece que la transmisión a título oneroso está indudablemente comprendida dentro de la norma que nos ocupa; pero no podemos aceptar que esa limitación pueda extenderse hasta cubrir las transmisiones a título gratuito, lo que constituiría una restricción inaceptable a la libre disposición de los bienes.

En otras legislaciones y en el Código de Comercio lo establece el Artículo. 38, inciso 5, regula que: "En las sociedades mercantiles, la transmisión de derechos sociales a otra persona socio o no, requiere el consentimiento unánime de los demás socios lo que es una clara manifestación de *intuito personae* y, además, los otros socios tienen derecho de tanteo para adquirir los derechos a transmitirse", en virtud de hacer el análisis correspondiente, que la existencia de un derecho a favor de los demás socios, para que puedan adquirir los derechos del socio autorizado para transmitirlos, es necesario y beneficioso, pues es el mecanismo ideal para mantener la proporcionalidad en el control político y económico de la sociedad y para evitar roces y problemas entre los socios.



Sin embargo, la inclusión del derecho de tanteo, parece sustraer del ámbito de esa norma, las enajenaciones a título gratuito, y si bien es cierto que la necesidad de una autorización unánime de los demás socios a la transmisión de derechos que uno de ellos quiera hacer, puede abrir la puerta a negociaciones que permitan mantener equilibrado el control de la sociedad; pero la existencia de un derecho del tanteo asegura y refuerza el derecho de los socios a impedir el ingreso de personas no gratas o la concentración del control político y económico.

- f) En las sociedades constituidas por tiempo ilimitado, los socios tienen derecho de denunciar el contrato y provocar con ello la conclusión de la sociedad, siempre que no actúen de mala fe, ni intempestivamente, y da a los demás socios el derecho de continuar la sociedad, si así lo acuerdan o si así se pactó en la escritura constitutiva.

El segundo párrafo del Artículo 1774 de Código Civil establece: “una presunción que el socio denunciante actúa de mala fe, si mediante la terminación del contrato, pretende un lucro particular que no hubiere podido obtener si la sociedad continuara y que procede intempestivamente, si lo hace en circunstancias de no haberse concluido una negociación de convenir que continúe la sociedad por algún tiempo más, para evitar el daño o perjuicio que de lo contrario le resultaría”. No se está de acuerdo con que esta norma defina y enmarque en forma tan específica, en qué casos se presume que el socio denunciante actúa de mala fe o intempestivamente, pues el concepto de la norma no incluye todos aquellos casos de mala fe o intempestividad que, en la práctica, se pueden presentar que, por lo tanto, quedarían sin sanción.



En todo caso, se indica que la presunción legal, no solo admite prueba en contrario, sino que además, no impide que pueda accionarse contra el socio denunciante, si puede probar mala fe o intempestividad de su parte.

Se critica esta norma, porque la denuncia de uno de los socios, no debiera producir la conclusión de la sociedad, o lo que es lo mismo, su disolución total, sino solamente debiera ser causal de rescisión parcial separación del socio.

El dejar a la discreción de uno de los socios, la terminación del contrato y la disolución total de la sociedad, mediante la denuncia del contrato, coloca a los demás socios en una situación delicada, aparte de que les impone la carga de decidir si desean continuar la sociedad, ello es injusto y muy peligroso.

En consecuencia se esta frente a un caso especial de separación de un socio, que voluntariamente se retira de la sociedad constituida por plazo indefinido, que pone fin a su participación en la misma, mediante la denuncia del contrato, pues no pueden existir vínculos contractuales perpetuos; pero de ello debiera resultar únicamente la ruptura de uno de los vínculos sociales el del denunciante, de modo que la sociedad debiera continuar con los demás, sin necesidad de una nueva manifestación de voluntad por parte de estos, así la solución que nuestro Código Civil da a este caso, implica desconocimiento y desprecio de la plurilateralidad del contrato de sociedad.

4.2. Las principales obligaciones de los socios

- a) Efectuar el aporte que se comprometió a realizar, sea de efectivo, de bienes o de industria, entregándolo a la sociedad y respondiendo por el saneamiento.

El socio debe efectuar su aporte de capital en el tiempo y en las condiciones convenidas en el contrato de sociedad, y la demora o negativa del socio a hacerlo puede resultar, según los establece el Artículo 1744 del Código Civil, en que la sociedad le demande ejecutivamente la entrega pues la propiedad ya fue transmitida como efecto de la aportación, o en la rescisión del contrato, en cuanto a dicho socio en el último de los, casos, la sociedad se disolvería parcialmente, en lo que se refiere al socio moroso.

La ausencia del socio industrial que le impide realizar su aporte de industria y su renuencia a regresar o su incapacidad o impedimento para continuar aportando su industria, resultan también en la disolución parcial de la sociedad, mediante la exclusión del socio industrial. En la norma debe también aplicarse en caso el socio industrial, se negare a continuar su aporte de industria o fuere moroso y negligente en hacerlo. De todas formas, el socio industrial que explote o utilice su industria fuera de la sociedad, queda obligado a dar cuenta a la sociedad de los ingresos que ello le produzca, pues se entiende que el socio industrial ha aportado su industria a la sociedad y solo la puede explotar o aplicar en beneficio de ella, y cualquiera de los ingresos que obtenga por el ejercicio de la misma fuera de la sociedad, corresponden a ésta.



La obligación de aportar capital tiene un límite donde el socio no está obligado al aportar más capital, que el que voluntariamente se ha comprometido. De esa manera, toda vez ha cumplido el socio con entregar a la sociedad los bienes constitutivos de su aporte, no puede ser obligado a incrementar ese aporte contra su voluntad, el socio tiene, en primer lugar, el derecho de impedirlo negando su consentimiento y rehusándose a otorgar la escritura en que dicho aumento se pretenda formalizar.

No hay que confundir el derecho del socio a rehusarse a aumentar su aportación de capital, con la responsabilidad personal del socio, ante los acreedores de la sociedad, si el patrimonio de ésta es insuficiente para cubrir sus adeudos, el socio puede negarse a incrementar su capital y en éste, se trata de una obligación de otra naturaleza impuesta por ley, cual es la responsabilidad, personal de los socios hacia los acreedores de la sociedad, si el patrimonio de ésta es insuficiente para cubrir sus obligaciones.

Si la cosa que es objeto de aporte, es fundamental para la realización del objeto de la sociedad y la misma se pierde antes de ser entregada a la sociedad, ello provoca la disolución total de la sociedad. Así se establece la solución dada por el Código Civil es simplista y, por ello, incompleta inadecuada. En primer lugar, no se diferencia o califica si el socio obligado aportarla estaba o no en mora en la entrega, lo que tendría diferentes efectos de acuerdo con la teoría del riesgo que adelante estudiaremos, pues si el estaba en mora en la entrega, el riesgo caería sobre él y le corresponder reponerla o restituir su valor, por lo que disolver la sociedad resulta injusta para los demás socios y muy favorable para el aportante.

Por otro lado, no indica si la cosa pereció por culpa del socio, por fuerza mayor o caso fortuito pues en el primero de los casos, el socio aportante también tendría responsabilidad de restituirla o de pagar su valor, lo que haría innecesario disolver la sociedad, en tanto que si la pérdida ocurrió por caso fortuito fuerza mayor, o cuando la sociedad está en mora en la recepción de la cosa, riesgo correría por cuenta de la sociedad y, entonces, la pérdida sería por cuenta y sí procedería su disolución total.

En todo caso de mora o incumplimiento en el aporte, el socio moroso queda obligado al pago de intereses legales calculados a la tasa que establece el Artículo 1947 Código Civil, por todo el tiempo que se retardó en la entrega y sin perjuicio de que la sociedad pueda provocar su exclusión, de acuerdo con lo antes comentado. Asimismo en el Artículo 1748 Código Civil, establece que existen normas especiales sobre el riesgo de las aportaciones de capital, lo cual se establece de la siguiente manera:

- Cuando solo se aporta el uso, frutos o productos de una cosa cierta, determinada y no fungible, el riesgo de la cosa corresponde al propietario de ella. No tenemos nada que comentar;
- Si el aporte consiste en cosas fungibles o predecibles, el riesgo corresponde a la sociedad. Esta norma estaría bien, si las cosas ya habían sido determinadas y entregadas a la sociedad, pues si aún no lo fueren, es inaceptable que la sociedad corra con el riesgo de algo que aún no le pertenece y, peor aún, que el socio que no ha efectuado su aportación, quede liberado de responsabilidad.

- Si las cosas fungibles aún no han sido determinadas y entregadas, no puede haber ocurrido la transferencia del dominio y el socio, no la sociedad debiera correr con el riesgo de ellas.
- La sociedad corre con el riesgo de las cosas justipreciadas al aportarse, a falta de otro pacto, pero puede reclamar el precio en que fueron tasadas. Tampoco nos parece correcta y justa esta norma, pues omite tomar en cuenta la causa de la pérdida, el cumplimiento o incumplimiento de la obligación de entrega por parte del aportante, y por otro lado, no obstante que a la sociedad le asigna el riesgo de la cosa, le permite también reclamar su valor, lo que resultaría en un enriquecimiento indebido.

Si el riesgo es de la sociedad, a ella le toca asumir la pérdida de la cosa, y si el riesgo es del aportante, este debería quedar obligado a aportar el justiprecio de la cosa, pero si el riesgo corresponde a la sociedad, no se justifica que pueda reclamarle su valor al aportante que no tiene responsabilidad en la pérdida de la cosa.

Por otra parte, la norma calla en relación al riesgo de las cosas que no han sido justipreciadas al aportarse, sino serán posteriormente por un tercero o cuando su valoración queda sujeta a una determinación posterior, dejando así una grave laguna.

Todos y cada uno de los socios tienen una obligación de lealtad y fidelidad que les impide competir con la sociedad, aprovecharse de ella o de los bienes sociales para

beneficio propio, participar en la discusión y decisión de asuntos en los que ellos o sus parientes puedan tener interés, y el incumplimiento de tales obligaciones, es causal de expulsión rescisión parcial del vínculo contractual con el expulsado, por decisión de la sociedad. En el Código, se nota que casi todas las causales de rescisión parcial detalladas que tienen que ver con actos u omisiones que implican una ruptura o violación de la obligación de lealtad y fidelidad parte del socio:

- Usar el nombre, las garantías o el patrimonio de la sociedad, para negocios propios del socio desleal.
- Cometer fraude en la administración o cuentas de la sociedad cuando se menciona la palabra fraude cabría interpretar si la misma tiene este caso, una connotación delictiva o si se refiere al fraude civil, es tanto al fraude penal como al civil, modo que cualquier acto u omisión engañoso, conscientemente inexacto o abuso de derecho por parte del administrador de la sociedad, tiende a causarle un daño a la sociedad o del que pueda derivar un beneficio para sí, sería causal para expulsarlo de la sociedad.
- Ocuparse de sus negocios privados, cuando está obligado a dedicar tiempo a la atención de los negocios sociales. En el caso industrial, se señala cuales son las utilidades que aquel haya obtenido, en su actividad independiente benefician a la sociedad. Parece que dichas normas no alternativas, sino complementarias, de modo que el socio industrial e infrinja sus deberes de lealtad hacia la sociedad,

no sólo no puede excluirlo, sino que además debe entregar a la sociedad las ganancias que haya obtenido por el ejercicio de su industria.

También encajaría en esta norma, el caso del socio administrador que descuida sus funciones como tal, por atender sus propios negocios (aunque éstos no sean competitivos comercialmente).

- El retardo o la negativa del socio a cumplir con su aporte de capital o la comisión de daños o perjuicios a la sociedad, por razón de actos realizados con dolo, abuso de facultades o negligencia grave, así la primera parte de esta norma y, por ello, se refiere a lo antes indicado al respecto.

En cuanto a la segunda parte la comisión de actos u omisiones dañinos para la sociedad, por dolo, abuso de facultades o negligencia grave implica una seria infracción de deberes que todo socio tiene hacia la sociedad y sus consocios, que justifica la ruptura del vínculo.

- Se ausenta el socio industrial y, después de requerido, no regresa a prestar su industria a la sociedad o alega impedimento.

Esta norma ya fue comentada con anterioridad, con énfasis en el aporte y la participación del socio industrial en la sociedad. Ahora desde un punto de vista ético, pues como parte de su obligación de lealtad y fidelidad a la sociedad, el socio industrial

se ha obligado a prestarle a ésta sus servicios, poner a su disposición sus conocimientos y técnicas y emplear su industria únicamente en beneficio de la sociedad.

- Responsabilidad personal ante acreedores de la sociedad, si los bienes de ésta son insuficientes para cubrir las deudas, así se ve de manifiesta que es la única que toca este punto y plantea muchas dudas, por la forma escueta como está desarrollada.

4.3. Órganos de la sociedad

Toda sociedad, como ente jurídico y no físico, para la formación y exteriorización de su voluntad. De conformidad con lo que dispone el Artículo 1353 Código Civil, para que exista responsabilidad solidaria en un negocio jurídico civil, se requiere pacto expreso o disposición legal, y en este caso la ley no impone la solidaridad, por lo que los socios son obligados entre sí y ante terceros, en forma mancomunadamente simple y que, en consecuencia, cada uno de los acreedores tiene que requerir y cobrar a cada uno de los socios, su parte en la deuda no pagada por la sociedad.

Seguidamente, se trata de una responsabilidad subsidiaria, pues en primer lugar hay que agotar el patrimonio de la sociedad y sólo si éste fuere insuficiente, procede la acción de cobro personal contra los socios. Y finalmente, debe de terminarse en base a



qué factor se determina la responsabilidad personal de cada socio: el capital aportado o la participación en las utilidades y pérdidas.

Se establece que cada uno de los socios responde ante tercero en forma mancomunadamente simple y en igual proporción que su participación en las utilidades y pérdidas. El aporte de capital no es medio adecuado para determinar porcentualmente dicha responsabilidad, pues eximiría de la misma a los socios industriales, quienes de acuerdo con el Artículo 1755 Código Civil, responden cuando las pérdidas exceden del capital y sólo en la parte que excede del capital.

Es claro que la responsabilidad personal de los socios industriales principio cuando se ha agotado el patrimonio social, incluyendo el capital aportado, de modo que el socio industrial no puede eximirse de responsabilidad personal. Además, la proporción de participación de los socios en las utilidades, debe ser la misma que les corresponde las pérdidas y si el patrimonio social ya no alcanza para responder de sus obligaciones, es por la acumulación de pérdidas que han diluido reducido el patrimonio.

Modernamente, se ha desarrollado la doctrina del órgano, que señala que en las sociedades, el órgano es parte de su orden normativo social y producto de la regulación legal, completada o reglamentada por el estatuto social, con competencia específica para el ejercicio de funciones indelegables; ejercido por personas físicas o jurídicas. Los órganos expresan la capacidad de ejercicio de los derechos de la persona jurídica.

En las sociedades de personas, como la sociedad civil, en donde generalmente hay un número reducido de socios y en donde el *affectio societatis* es muy fuerte, no se requiere de una gran organización, ni una detallada estructura de los órganos sociales, con sus respectivas atribuciones.

Al tratar de la sociedad civil, el Código Civil ni siquiera una vez menciona a la Junta de Socios que sería el órgano de deliberación, equivalente de la Asamblea General de Accionistas, en la sociedad anónima, ni tampoco toca para nada lo relativo al órgano de representación legal de la sociedad, ni el órgano de fiscalización, concentrándose exclusivamente en la administración de la sociedad, a lo que dedica unas pocas normas.

Por ello, en la escritura se debiera regular todo lo relativo a convocatoria clases de juntas ordinarias y extraordinarias, representación de socios quórum, mayorías, atribuciones, para así llenar el vacío legal. No obstante lo expuesto, el Código Civil, sí contiene un conjunto de normas relativas a la administración y que tienen aplicación a falta de convenio especial en el contrato de sociedad, de las cuales son las siguientes:

- Si en la escritura constitutiva, se encarga a uno o más socios la administración de la sociedad, se entiende que se le ha designado irrevocablemente y por tiempo indefinido y que los demás socios no pueden oponerse su administración, ni revocar su nombramiento, sino en caso de dolo culpa, inhabilidad o incumplimiento de sus obligaciones.



Esta norma se presta e interpreta y que es legalmente posible que el administrador de una sociedad civil sea socio de la misma de no ser así, principia sí está encargada a uno o más de los socios, de irrevocabilidad del nombramiento de administradores sólo tiene validez si el designado es socio y no se ha pactado en la escritura que la gestión del administrador está limitada en el tiempo.

El nombramiento de administrador que recaiga en un tercero, es fundamentalmente revocable; la irrevocabilidad del nombramiento de administrador una estipulación que admite pacto en contrario. Por lo tanto, en el contrato puede pactarse que los administradores sean temporales y su nombramiento pueda ser revocado, aunque sean socios y hayan sido designados en la escritura constitutiva y también se puede estipular la renovación periódica del órgano de administración, por la junta de Socios y que corresponda a esta revocar el nombramiento de los administradores y elegir a los administradores.

La norma citada únicamente señala que en caso de dolo, culpa, inhabilidad o incumplimiento de las obligaciones del administrador, puede ser revocada su designación, pero no indica el procedimiento a seguir, ni cuál es el órgano competente para ello, debiera corresponder a la Junta de Socios, resolver sobre la revocación y la designación de nuevo administrador y que es el socio administrador removido el que, en caso de inconformidad, podría reclamar contra la sociedad, en la vía ordinaria o en la vía arbitral, si la escritura tuviere cláusula compromisoria.

4.4. Efectos de la exclusión y de la separación de un socio

Se establece que en primer lugar debe procederse a la liquidación de la parte que corresponde al socio excluido o que se ha separado, y para el efecto es procedente por analogía seguir el criterio que señala el Artículo 1773 del Código Civil, en relación a la liquidación de la parte del socio fallecido, si sus herederos no ingresan a la sociedad.

Sin embargo, dicha liquidación debe hacerse sobre valores reales, tanto de activos como pasivos y no necesariamente con los valores que muestra la contabilidad, de manera que muchos activos están sujetos a depreciación y que la contabilidad normalmente no refleja su valor comercial.

Por lo que es usual que tengan, en libros, valores que faltan ridículos frente a su valor actual la devaluación de la moneda y la inflación que estamos sufriendo, hacen necesario que a la hora de liquidar la parte de un socio que se retira o es excluido, tales valores, tales activos como de pasivos, sean utilizados, para poder hacer una y equitativa liquidación de la parte del socio excluido o separado.

Para finalizar esta parte, se debe señalar que para que pueda ejercerse por un socio el derecho de separación, o para que la sociedad pueda excluir a un socio, debe existir una causal válida, prevista en la ley o en la escritura social. Ni uno ni la otra pueden provocar la disolución parcial de la sociedad en forma discrecional v caprichosa.



Las causales generales que producen la extinción de los contratos, tales como la nulidad, la simulación, el acaecimiento de la condición resolutoria a que se hubiere sujetado el contrato, también provocan la disolución total de la sociedad, aunque no estén detalladas en el Artículo 1768 del Código Civil.

Finalmente, la muerte, la interdicción, la pérdida de administración de sus bienes o la quiebra de un socio o la denuncia del contrato, son previstos como causales de disolución total de la sociedad, regulados en los incisos 4 al 7 del Artículo 1,768 del Código Civil.



CAPÍTULO V

5. Propuesta de la solución del problema

En principio la cláusula compromisoria se encuentra en indefensión de sus derechos y en consecuencia se debe declarar inconstitucional, ya que el mismo está regulado en el Artículo 270 y su derogatoria, y por ende se atenta con la indefensión de los derechos del accionista en determinada sociedad mercantil.

Se establece una serie de soluciones, para fortalecer la base constitucional, y siendo que en su mayor parte se encuentra inmerso dicha Carta Magna se debe hacer un análisis de fondo en la presente investigación.

5.1. Fundamentos para afirmar que la cláusula compromisoria coloca al accionista en la indefensión de sus derechos y por lo mismo, es inconstitucional

La cláusula denominada compromisoria contenida en las escrituras de constitución de las sociedades anónimas, previas a la promulgación de la Ley de Arbitraje están redactadas de la siguiente forma:

“Las cuestiones que se susciten entre los accionistas que no puedan resolverse por decisión de la asamblea general, así como las de carácter litigioso que ocurran entre los



órganos de la sociedad y los accionistas o las que no hayan de decidirse por votación mayoritaria, las que provengan de impugnación de acuerdos o resoluciones que se consideren ilegales o contrarias a los términos del a escritura social por los accionistas y las acciones o reclamaciones que se entablen por accionistas en el número mínimo requerido contra los administradores o por el pago de daños y perjuicios por actos de gestión que pudiera dar lugar a tales demandas, se diriman en juicio arbitral de equidad y la presente constituye la cláusula compromisoria a que se refiere el Artículo 270 del Código Procesal Civil y Mercantil”.

Las partes convienen en que se designará un árbitro único nombrado por las partes y en su caso que no pudiesen ponerse de acuerdo en la persona del árbitro, convienen en que éste sea designado por un juez de primera instancia y el procedimiento que habrá de seguirse para el arbitraje será el señalado para el arbitraje de equidad por el Código Procesal Civil y Mercantil.

De manera que al hacer el análisis correspondiente aunado al mismo el autor Morales Hernández, Alfredo, establece que: “El derecho mercantil, sucede que si un socio minoritario se encuentra marginado o discriminado por los miembros del Consejo de administración, si ni siquiera puede impugnar los acuerdos tomados en dicho consejo, porque no tuvo acceso a conocerlos, por ello la solución que se propone gira en sentido directamente diferente y se establece:”¹⁸

¹⁸ Morales Hernández, Alfredo. **Curso de derecho mercantil**. Pág. 25.

- a. Para aplicar el arbitraje, este debe ser debidamente reglamentado previo a su aplicación. Con el simple requerimiento de un socio de recurrir a un arbitraje ante un centro de arbitraje, las costas deben correr por cuenta de la sociedad y no por cuenta de cada socio.

- b. El arbitraje no está debidamente reglamentado, su inaplicabilidad debe ser declarada y ello debe permitir automáticamente el acceso a los tribunales de justicia.

5.2. Inconstitucionalidad del Artículo 270 del Código Procesal Civil y Mercantil y su derogatoria

Se establece que dicha norma es inconstitucional puesto que al aplicarse la misma, existe violación constitucional a la garantía de irretroactividad de la ley por las siguientes razones: El Artículo 15 de la Constitución Política de la República de Guatemala preceptúa que: “La ley no tiene efecto retroactivo, salvo en materia penal cuando favorezca al reo”.

En el presente caso el Artículo 270 del Código Procesal civil y Mercantil, referido en la cláusula compromisoria, fue derogado por el Artículo 55 del Decreto 67-95 del Congreso de la República, mismo que contiene la Ley de Arbitraje, de los Artículos citados no están vigentes y por lo mismo, en la actualidad, no se aplica, puesto que al aplicarlo se viola el derecho constitucional a la garantía de irretroactividad de la ley.

De la misma forma, la cláusula compromisoria contenida en las escrituras de constitución de entidades mercantiles constituidas antes de la promulgación de la Ley de Arbitraje, tampoco se puede referir a la Ley de Arbitraje antes citada o interpretarse extensivamente, puesto que la misma no existía en la época de constitución de la sociedad anónima.

En todo caso, para poderse referir a ella, debe ser renovada tal cláusula, en cada una de las sociedades anónimas afectadas, mediante nuevo acuerdo de accionista, celebrado en Asamblea General Extraordinaria Totalitaria que esté legalmente convocada, en donde se acceda en forma unánime a reemplazar la cláusula compromisoria antigua, que hace alusión a un procedimiento y a un Artículo que actualmente se encuentran derogados, por una cláusula nueva que esté fundamentada en la nueva ley, y que la misma sea garante de los derechos constitucionales, humanos y accionarios de los accionistas.

Todo ello debe elevarse a una escritura pública que cumpla con las formalidades de los contratos. Por estas razones, dicha norma es inconstitucional y no es aplicable.

5.3. La indefensión de los derechos del accionista al invocarse el Artículo 10 del Decreto 67-95 del Congreso de la República

Existe indefensión para el accionista minoritario en la norma antes citada por las siguientes razones:

- a. Violación Constitucional al derecho de igualdad, el Artículo cuarto de la Constitución Política de la República de Guatemala preceptúa en su parte conducente que: “En Guatemala todos los seres humanos son libres e iguales en dignidad y derecho.”

El Artículo 10 de la Ley de Arbitraje es violatorio al derecho de igualdad, puesto que requiere la capacidad económica para poder nombrar a los árbitros, así como para acceder a las instituciones encargadas del arbitraje, las que a su vez, tienen un reglamento interno regulando sus precios en dólares americanos, lo que deja en desventaja y desigualdad a todo aquel accionista que carezca de los medios económicos referidos en el Artículo 20 de dicha ley, en donde por falta de anticipo de fondos.

Por lo tanto, se faculta al tribunal arbitral ordenar la suspensión o la conclusión del procedimiento de arbitraje, por falta de anticipo de fondos, se faculta al tribunal arbitral ordenar la suspensión o la conclusión del procedimiento de arbitraje, por lo que los derechos humanos a la propiedad privada del titular, así como aquellos derechos que confieren los títulos de acciones a sus accionistas, se encuentran en desigualdad por la incapacidad económica que pueda existir entre los mismos, la que impide un acceso ala defensa de sus intereses y derechos patrimoniales.

Por esta razón, la norma antes citada, contradice, disminuye y restringe los derechos de la persona humana y del accionista en las sociedades mercantiles que, por medio de cláusula compromisoria, son remitidas a la Ley de Arbitraje.

- b. Violación constitucional al derecho de defensa: El Artículo 12 de la Constitución Política de la República de Guatemala preceptúa en su parte conducente que: “La defensa de la persona y sus derechos son inviolables.”

En el presente caso, el Artículo 10 de la Ley de Arbitraje es violatorio al derecho de defensa, puesto que se requiere de capacidad económica para poder nombrar a los árbitros, así como para acceder a las instituciones encargadas del arbitraje, las que a su vez, tienen un reglamento interno regulando toda clase de previos que existan en el curso del asunto en dólares americanos, lo que deja en indefensión a todo aquel accionista que carezca de los medios económicos referidos en el Artículo 20 de dicha ley, en donde por falta de anticipo de fondos, se faculta al tribunal arbitral ordenar la suspensión o la conclusión del procedimiento de arbitraje, lo que implica que los derechos del accionista se ven disminuidos, e inaccesibles para aquel económicamente débil, privándole de la defensa de sus derechos.

Por esta razón, la norma indicada contradice, disminuye y restringe los derechos de la persona humana y del accionista en las sociedades mercantiles que contienen cláusula compromisoria de acudir al arbitraje y, por esa razón, dicha cláusula es inconstitucional.

- c. Violación constitucional de derecho a la propiedad privada: El Artículo 39 de la Constitución Política de la República de Guatemala preceptúa que: “Se garantiza la propiedad privada como un derecho inherente a la persona humana. Toda persona puede disponer libremente de sus bienes de acuerdo con la ley, El Estado garantiza

el ejercicio de este derecho y deberá crear las condiciones que faciliten al propietario el uso y disfrute de sus bienes, de manera que se alcance el progreso individual y el desarrollo nacional en beneficio de todos los guatemaltecos”.

El Artículo 10 de la Ley de Arbitraje es violatorio a la libre disposición, uso y disfrute de los bienes de los accionistas a través de sus derechos accionarios en las sociedades anónimas que contienen cláusula compromisoria, tanto de representatividad ante el Consejo de Administración, como el de su participación en las asambleas, puesto que les antepone y coloca una barrera inaccesible como lo es el arbitraje para poder reclamarlos; y el arbitraje a su vez, es inaccesible por las razones económicas, legales y constitucionales discutidas.

Por ello, la norma antes citada, disminuye y restringe los derechos de la persona humana y del accionista en las sociedades mercantiles anónimas que contienen la cláusula de arbitraje y, por lo mismo, dicha cláusula es inconstitucional.

d. Violación constitucional de los derechos inherentes a la persona humana: el Artículo 44 de la Constitución Política de la República de Guatemala en su parte conducente establece que: “Serán nulas ipso jure las leyes y las disposiciones gubernativas o de cualquier otro orden que disminuyan, restrinjan o tergiversen los derechos que la Constitución garantiza.”



Si bien es cierto que está concebida e inspirada en ciertos supuestos legítimos que tienden a desjudicializar los conflictos entre las partes, la aplicabilidad del Artículo 10 de la Ley de Arbitraje es violatorio a esta norma constitucional puesto que su contenido dista diametralmente de tales supuestos.

Toda vez que tal contenido disminuye, restringe y tergiversa los derechos de la persona humana que la Constitución garantiza a los habitantes de Guatemala en cuanto a libertad, igualdad, defensa y propiedad, así como los derechos accionarios que, tanto el Código de Comercio de Guatemala, como la escritura de constitución confieren al accionista, motivos por los cuales la norma antes citada en este apartado es inconstitucional, nula ipso jure y su inaplicabilidad deber ser declarada.

5.4. Agotada la vía del arbitraje que el accionista tenga acceso a los tribunales de justicia por omisión de actas

Al haberse comprobado por parte del tribunal de arbitraje la incomparecencia de la sociedad, los socios, o la omisión de actas por parte de la sociedad, en donde se pueda establecer claramente la existencia de la o las controversias afirmadas por el promoviente del arbitraje, se tendrá por agotada esa vía y concederá al promoviente del arbitraje el libre acceso a los tribunales de justicia.

5.5. Jurisdicción ordinaria

En la presente investigación legal, del derecho de arbitraje, y para tal efecto, el hacer referencia de las leyes de carácter ordinario que regulan esta materia, tomando en cuenta que dentro del derecho mercantil existe cualquier controversia que se presente a través de éste y que la misma ley que regula todo lo referente a la actividad comercial.

Supletoriamente, otra ley para el desarrollo del mismo y, de donde centra la importancia de la investigación ya que si la Carta Magna otorga el fundamento necesario y se dirige a los principios de la rama mercantil, se tendrá como resultado la mejor disposición en su utilización y que como tal debe conocerse por tribunales establecidos pero sobre todo especializados que ayuden al sistema de justicia a ventilar cualquier eventualidad que se presente, la Ley del Organismo Judicial establece la justicia, como la jurisdicción de instituciones establecidas que deben velar por una pronta aplicación, pero que poseen conforme a la Ley una alternativa de solución de conflictos.

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

Regula el Código de Comercio de Guatemala, en el Artículo 1039 Decreto 2-70 establece que: "A menos que se estipule lo contrario en este Código, todas las acciones a que dé lugar su aplicación, se ventilarán, en juicio sumario, salvo que las partes hayan convenido en someter sus diferencias a arbitraje".

Si bien, es cierto el mismo Código preceptúa en su última línea del Artículo anteriormente citado, que salvo las partes hayan convenido en someter sus diferencias, entonces se encuadra al mismo como un procedimiento de tipo mercantil plenamente integrado dentro de la legislación, claro, como punto de inicio ya que como procedimiento se desarrolla en otro cuerpo legal; como punto de partida que presenta el Código de Comercio, permite tener una visión a donde puede llegar en la utilización de un juicio arbitral en materia mercantil, ya que por sus ventajas es de gran utilidad para la pronta resolución de un problema de esta índole en la cual deja abierto un nuevo ámbito para la solución de controversias.

5.5.2. Ley de Arbitraje Decreto 67-95 del Congreso de la República

La Ley de Arbitraje establece un procedimiento específico, la cual se desarrolla su contenido en diez capítulos y cincuenta y seis artículos, en esta ley a su inicio como disposición general, en su ámbito de aplicación, se establece que se aplicará a nivel nacional e internacional, cuando en el lugar se encuentre el territorio nacional, sin perjuicio de cualquier tratado multilateral o bilateral vigente del cual Guatemala sea parte, y solo será externamente del territorio:

- Primero, cuando las partes en un acuerdo tienen al momento de su celebración, sus domicilios en Estados diferentes, o uno de los lugares siguientes está situado fuera del país en el que los particulares tienen sus domicilios: el lugar del arbitraje, si éste se ha determinado en el acuerdo o con arreglo al mismo, o el

lugar del cumplimiento de una fracción sustancial de las obligaciones de la relación comercial o el lugar con el cual el objeto del litigio tenga una relación más estrecha; o, las partes han convenido expresamente en que la cuestión objeto del acuerdo de arbitraje está relacionada con más de un Estado.

- Segundo, si alguno tiene más de un domicilio, el mismo será el que guarde una relación más estrecha con el convenio, o si una no tiene ninguna residencia habitual, se considerará domiciliada en el lugar donde se encuentre.

En la Ley de Arbitraje para la aplicación en materia, como un procedimiento mercantil que se estable el Decreto 67-95 del Congreso como materia objeto de la institución, que se aplicará en todos aquellos casos en que la controversia verse sobre constituyentes en que las partes tengan libre disposición conforme a derecho, también se aplicará el Decreto 67-95 Ley de Arbitraje a todos aquellos otros casos en que, por disposición de otras leyes, se permita el procedimiento arbitral, según lo establece el Artículo 1039 Código de Comercio Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala, siempre que el acuerdo sea válido para el Decreto 67-95.

Así se establece los casos en que se puede conocer de éste como procedimiento, el Decreto 67-95 también presenta que no podrá ser objeto del mismo, las cuestiones sobre las que haya recaído resolución judicial firme, salvo los aspectos derivados de su ejecución, las materias inseparablemente unidas a otras sobre las que las partes no tengan libre disposición, cual la ley lo prohíba expresamente o señale un modo especial

para determinados casos, así como especialmente quedan excluidos del ámbito de aplicación en los juicios de esta materia laborales. Como tal se presenta en el Artículo 1039 Código de Comercio Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala, sí se puede llevar alguna litis de tipo mercantil dentro del mismo como un procedimiento de esta índole, según las disposiciones del mismo Decreto 67-95 que brinda u otorga los parámetros para su aplicación.

En el plano estrictamente nacional, se abre la puerta para la disposición de este juicio de conocimiento, no sólo en el campo del derecho privado y comercial rigurosamente si no que afirma la aplicabilidad de su contenido al arbitraje internacional en concordancia con las disposiciones de derecho internacional aplicables y también para el Estado y las personas de derecho público.

En consecuencia es necesario establecer que de este cuerpo legal que rige el arbitraje, merece la pena destacar la ley de contrataciones del Estado Decreto 57-92 Congreso de la República de Guatemala que en sus Artículos 102 y 103 regula, así como admite, la utilización de la conciliación y del procedimiento en esta materia.

Por lo consiguiente se sigue un proceso en el que está debidamente violando el derecho de los accionistas siempre y cuando se invoca en primer lugar la Constitución Política de la República de Guatemala.

CONCLUSIONES

1. La falta de aplicación de la Ley, en relación a los aportes que realizan los socios a las sociedades anónimas en Guatemala, no permite el adecuado impulso y debido desarrollo de avances en la vida económica, a través del apoyo de grandes compañías y permite el exceso de abuso de la responsabilidad jurídica.
2. Contrario a lo que la mayoría puede creer, la cláusula compromisoria coloca a cualquiera de los socios minoritarios de una sociedad anónima mercantil, en una total indefensión, toda vez que se le remite a un camino procesal totalmente indefinido, oscuro, confuso, ambiguo y dolarizado, porque la ley de arbitraje contiene serias deficiencias y lagunas, que impiden utilizarlo como medio de defensa de los intereses del afectado.
3. Se tiene que regular en la ley, las limitaciones de la responsabilidad de los socios en el abuso de la personalidad jurídica en las sociedades anónimas, debido a las cuales se encuentran limitadas al monto de su aporte, en el valor nominal que correspondan, a las obligaciones que no comprometan la responsabilidad personal de los socios.





RECOMENDACIONES

1. Es necesario que el Congreso de la República reforme la institución del arbitraje dentro de la legislación, por la controversia existente entre las normas del Código de Comercio y de Notariado, que imponen obligatoriamente la inclusión de una cláusula compromisoria que no cumple con la elaboración de procedimientos concretos y específicos, que deban ser estipulados para invocar el arbitraje como medio de resolución de controversias; y que por lo mismo sitúa al socio en la indefensión, colisionando así con la norma constitucional que garantiza el derecho de defensa.
2. El Congreso de la República, debe tomar en cuenta el pacto de la cláusula arbitral, elaborando distintos lineamientos que deban ser implementados por los notarios en la constitución de las sociedades anónimas, para que los socios minoritarios no sean situados en la indefensión, para así poder acceder a los tribunales de justicia.
3. Que toda sociedad antes de ser citada a comparecer ante un tribunal de arbitraje, deberá estar obligada a presentar una cláusula compromisoria, desarrollada por un reglamento interno, y en caso no lo tuviera al momento de su comparecencia, se tendrá por agotada la vía de arbitraje y permitirá al promoviente del mismo a acudir a los tribunales de justicia imposibilitando a la sociedad a invocar la excepción de incompetencia.





BIBLIOGRAFÍA

- AGUIRRE, Rafael. **Las siete partidas del Rey**. Madrid, España: Ed. Universitaria, 1983.
- ARISMENDI, José Loreto. **Tratado de las sociedades civiles y mercantiles**. Barcelona, España: Ed. Ariel, 1964.
- BOND, Rolando. **Cláusulas compromisorias amplias**. Buenos Aires, Argentina: Ed. Abeledo-Perrot. 2005.
- BROSETA PONT, Manuel. **Manual de derecho mercantil**. Madrid, España: Ed. Tecnos, 1994.
- CAIVANO, Roque. **Sistema alternativo de solución de conflictos**. Barcelona, España: Ed. Laia, 1981.
- GARRO, Miguel Alejandro. **Refuerzo de procedimientos arbitrales**. Buenos Aires, Argentina: Ed. Abeledo-Perrot, 1996.
- GARRONE, José Alberto. **Manual de derecho I**. Barcelona, España: Ed. Aranzadi, 1999.
- GARRONE, José Alberto. **Sociedades anónimas mercantiles**. Barcelona, España: Ed. Aranzadi, 1997.
- GONZALO QUIROGA, Marta. **Arbitraje comercial**. Caracas, Venezuela: Ed. Nacional, 1964.
- LINARES BELTRANENA, Fernando. **Juicio arbitral**. Caracas, Maracaibo: Ed. Jurisvensa. 1992.
- MARROQUÍN ESCOBAR, Hugo José Emilio. **El juicio de árbitros de derecho en la legislación guatemalteca**. Tesis de la facultad de ciencias jurídicas y sociales, Universidad de San Carlos, Guatemala L.M. impresos 1963.
- MATTHIES, Félix Ronald. **Análisis sobre el derecho de arbitraje**. Caracas, Venezuela: Ed. Facultad de derecho, 1998.
- MEHREN, VON. **El pacto arbitral**. Buenos Aires, Argentina: Ed. De la flor, 1976.
- MERCHÁN ÁLVAREZ, Antonio. **Desarrollo histórico del arbitraje mercantil**. Buenos Aires, Argentina: Ed. Kapeluz, 1980.
- MORALES HERNÁNDEZ, Alfredo. **Curso de derecho mercantil**. Primera edición. Ed. Universitaria, Guatemala: 1993.



Legislación:

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

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

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

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

Estatutos de la Comisión de Resolución de Conflictos de la Cámara de Industria de Guatemala -CRECIG-. Junta Directiva de la Cámara de la Industria de Guatemala, 1998.