

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

**EFFECTOS JURÍDICOS DE LA LEX MERCATORIA PARA GARANTIZAR LA  
SEGURIDAD JURÍDICA DE LAS OPERACIONES COMERCIALES  
INTERNACIONALES**

**LILIANA ELIZABETH CHE LIMA**

**GUATEMALA, FEBRERO DE 2022**

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

**EFFECTOS JURÍDICOS DE LA LEX MERCATORIA PARA GARANTIZAR LA  
SEGURIDAD JURÍDICA DE LAS OPERACIONES COMERCIALES  
INTERNACIONALES**

**TESIS**

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

**LILIANA ELIZABETH CHE LIMA**

Previo a conferírsele el grado académico de

**LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

Y los títulos profesionales de

**ABOGADA Y NOTARIA**

Guatemala, febrero de 2022

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

<b>DECANO:</b>	Licda.	Henry Manuel Arriaga Contreras
<b>VOCAL II:</b>	Lic.	Astrid Jeannette Lemus Rodríguez
<b>VOCAL III:</b>	Lic.	Helmer Rolando Reyes García
<b>VOCAL IV:</b>	Br.	Denis Ernesto Velásquez Gonzáles
<b>VOCAL V:</b>	Br.	Abidán Carías Palencia
<b>SECRETARIO:</b>	Licda.	Evelyn Johanna Chevez Juárez

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ  
EL EXAMEN TECNICO PROFESIONAL**

**PRIMERA FASE**

Presidente:	Lic.	Jesús Augusto Arbizú Hernández
Vocal:	Licda.	Lilian Claudia Johana Andrade Escobar
Secretario:	Licda.	Heidy Johana Argueta Pérez

**SEGUNDA FASE**

Presidente:	Lic.	Javier Estuardo Chacón
Vocal:	Lic.	Saúl Sigfredo Castañeda De León
Secretario:	Licda.	Verónica Loarca Cabrera

**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).



FACULTAD DE CIENCIAS  
JURÍDICAS Y SOCIALES

UNIDAD DE ASESORÍA DE TESIS  
PRIMER NIVEL EDIFICIO S-5

REPOSICIÓN POR: Extravió  
FECHA DE REPOSICIÓN: 11/11/2020

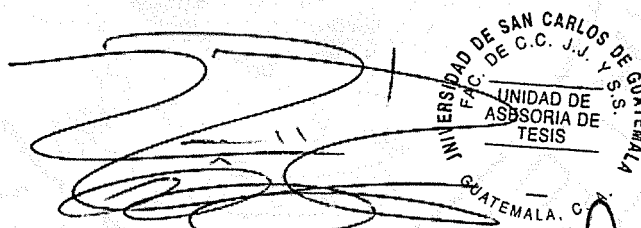


Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Unidad de Asesoría de Tesis. Ciudad de Guatemala, 23 de junio del año 2020

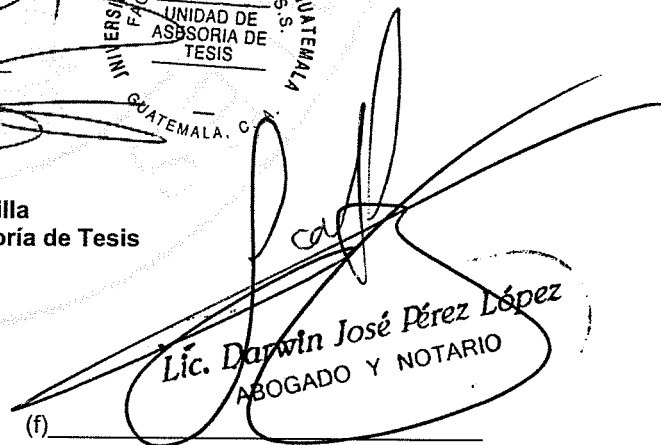
Atentamente pase al (a) profesional **DARWIN JOSE PEREZ LOPEZ**, para que proceda a asesorar el trabajo de tesis del (a) estudiante **Liliana Elizabeth Ché Lima**, con carné **201409406** intitulado **EFFECTOS JURIDICOS DE LA LEX MERCATORIA PARA GARANTIZAR LA SEGURIDAD JURIDICA DE LAS OPERACIONES COMERCIALES INTERNACIONALES**. Hago de su conocimiento que está facultado (a) para recomendar al (a) estudiante, la modificación del bosquejo preliminar de temas, las fuentes de consulta originalmente contempladas; así como, el título de tesis propuesto.

El dictamen correspondiente se debe emitir en un plazo no mayor de 90 días continuos a partir de concluida la investigación, en este debe hacer constar 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, la conclusión discursiva, y la bibliografía utilizada, si aprueba o desaprueba el trabajo de investigación. Expresamente declarará que no es pariente del (a) estudiante dentro de los grados de ley y otras consideraciones que estime pertinentes.

Adjunto encontrará el plan de tesis respectivo.



**Lic. Gustavo Bonilla**  
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis



**Lic. Darwin José Pérez López**  
ABOGADO Y NOTARIO

Fecha de recepción: 05 / 07 / 2020

(f)  
Asesor(a)  
(Firma y Sello)



**Lic. Darwin José Pérez López**  
**Abogado y Notario**  
**Teléfono: 57077200**  
**Guatemala C. A.**

Guatemala, 12 de noviembre de 2020

**Jefatura de la Unidad de Asesoría de Tesis**  
**Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales**  
**Universidad de San Carlos de Guatemala**

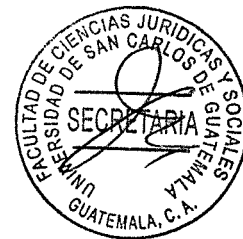


Respetable Licenciado

Atentamente me dirijo a usted, con el objeto de rendir dictamen en mi calidad de asesor de conformidad con el nombramiento de fecha 23 de junio de 2020, del trabajo de tesis titulado: **“EFECTOS JURÍDICOS DE LA LEX MERCATORIA PARA GARANTIZAR LA SEGURIDAD JURÍDICA DE LAS OPERACIONES COMERCIALES INTERNACIONALES”** elaborado por la bachiller Liliana Elizabeth Ché Lima.

Después de llevar a cabo una serie de modificaciones correspondientes se llegó a las siguientes consideraciones:

1. El contenido de la tesis es científico y técnico el cual durante el desarrollo de la misma la bachiller, de conformidad con el plan de investigación, muestra una amplia y exhaustiva explicación científica fundamentada en una recolección de datos referentes al tema, los cuales fueron obtenidos de forma minuciosa a través de la recopilación normativa de los instrumentos e instructivos aplicables y exigidos.
2. La metodología y técnicas de investigación utilizadas al llevar a cabo la elaboración de la tesis, fue necesario el empleo de los métodos analítico, sintético, deductivo, inductivo y jurídico y la técnica de investigación bibliográfica, para la obtención de conocimientos básicos relacionados con el tema investigado y para llegar a la conclusión discursiva
3. El trabajo de tesis cuenta con suficientes referencias bibliográficas, con lo que se resguarda el derecho de autor y se enriquece la investigación realizada por parte de la sustentante.

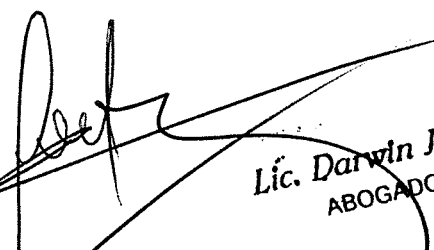


**Lic. Darwin José Pérez López**  
**Abogado y Notario**  
**Teléfono: 57077200**  
**Guatemala C. A.**

4. La redacción de los capítulos tiene un contenido acorde a la realidad. La misma es de útil consulta para la sociedad guatemalteca y señala los objetivos trazados.
5. La conclusión discursiva resalta lo novedoso de la investigación, y la realidad nacional que se vive actualmente, confirmando la hipótesis planteada y cumpliéndose de forma coherente los objetivos y supuestos planteados en el proceso de la investigación.
6. La investigación presenta interesantes aportes razonables, proporcionando abundante información de legislación guatemalteca para el efectivo análisis de la lex mercatoria en las relaciones comerciales internacionales.
7. Hago constar que nos soy pariente dentro de los grados de ley del bachiller Liliana Elizabeth Ché Lima.

Doy a conocer que el trabajo de tesis del sustentante cumple de manera eficaz con los requisitos establecidos en el Artículo 31 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, por lo que extiendo **DICTAMEN FAVORABLE** para que pueda continuar con el trámite respectivo, para evaluarse posteriormente por el Tribunal Examinador en el Examen Público de Tesis, previo a optar al grado académico de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y títulos de Abogado y Notario.

Atentamente.

  
**Lic. Darwin José Pérez López**  
**ABOGADO Y NOTARIO**

**LIC. DARWIN JOSE PEREZ LOPEZ**  
**ABOGADO Y NOTARIO**  
**ASESOR DE TESIS**  
**COELGIADO 11282**



**USAC**  
**TRICENTENARIA**  
 Universidad de San Carlos de Guatemala



Guatemala 02 de septiembre de 2021

Dr. Carlos Ebertito Herrera Recinos  
 JEFE DE UNIDAD DE ASESORÍA DE TESIS  
 FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES  
 UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA

JEFE DE UNIDAD DE ASESORÍA DE TESIS

FACULTAD DE CIENCIAS  
 JURÍDICAS Y SOCIALES

**RECEBIDO**  
 23 SET. 2021  
 UNIDAD DE ASESORIA DE TESIS  
 Hora:  
 Firma: *Jhossetyne*

Por este medio me permito expedir **DICTAMEN EN FORMA FAVORABLE**, respecto de la tesis de **LILIANA ELIZABETH CHÉ LIMA** cuyo título es **EFFECTOS JURÍDICOS DE LA LEX MERCATORIA PARA GARANTIZAR LA SEGURIDAD JURÍDICA DE LAS OPERACIONES COMERCIALES INTERNACIONALES**.

La estudiante realizó todos los cambios sugeridos, por lo que a mi criterio, la misma cumple con todos los requisitos establecidos en el Normativo respectivo para que le otorgue la **ORDEN DE IMPRESIÓN** correspondiente

Atentamente

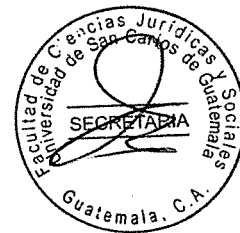
ID Y ENSEÑAD A TODOS

*Regina*  
*Morgan Santillano*  
 Licenciada Regina Carolina Morgan Santillano  
 Consejero Docente de Comisión de Estilo.





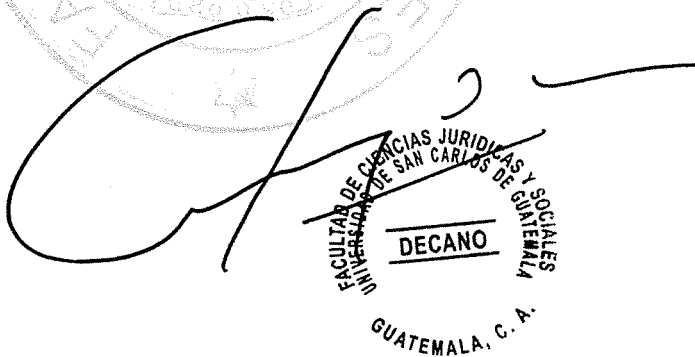
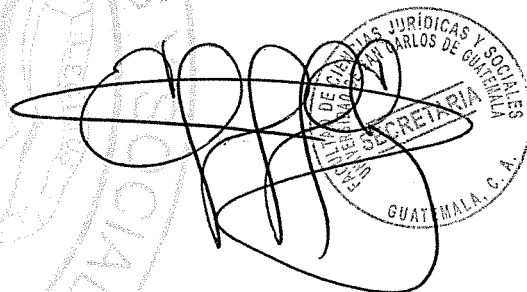
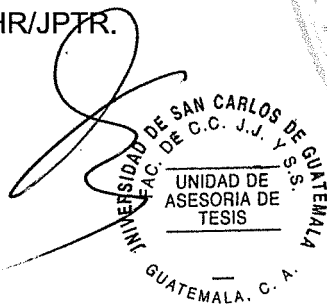
**USAC**  
**TRICENTENARIA**  
 Universidad de San Carlos de Guatemala



Decanatura de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala. Ciudad de Guatemala, trece de octubre de dos mil veintiuno.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis de la estudiante LILIANA ELIZABETH CHÉ LIMA, titulado EFECTOS JURÍDICOS DE LA LEX MERCATORIA PARA GARANTIZAR LA SEGURIDAD JURÍDICA DE LAS OPERACIONES COMERCIALES INTERNACIONALES. Artículos: 31, 33 y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

CEHR/JPTR.







## DEDICATORIA

- A DIOS:** Por concederme la sabiduría, la fuerza y la tenacidad necesaria para poder culminar mi carrera con éxito, por ser mi escudo y mi fortaleza a lo largo de mi vida.
- A EL PUEBLO DE GUATEMALA:** Ya que con el pago de sus impuestos permiten que muchas personas tengamos acceso a estudios superiores en la única universidad pública de Guatemala.
- A MIS PADRES:** Fredy Leonel Forkel y Carmen Liliana Lima Por acompañarme en todo momento para poder lograr mis metas, por sus consejos su amor y por su apoyo tanto emocional como económico.
- A MI FAMILIA EN GENERAL:** Por formar parte de mi vida, acompañarme en este sueño y por el apoyo brindado.
- A MIS AMIGOS:** En especial a Handerson, Anthony, Gabriela y Eduardo, por acompañarme a lo largo de la carrera y por ser el mejor grupo de estudio.
- A:** La gloriosa tricentenaria Universidad de San Carlos de Guatemala y en especial a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, por darme el honor y privilegio de haber sido una estudiante San Carlita.



## PRESENTACIÓN

Se realizó una investigación científica de carácter cualitativa, desde el punto de vista del derecho mercantil, siendo el derecho mercantil el conjunto de normas relativas a los comerciantes en el ejercicio de su profesión, a los actos de comercio legalmente calificados como tales y a las relaciones jurídicas derivadas de la realización de estos.

El objeto de la tesis fue demostrar que la *lex mercatoria* se ha desarrollado a través del tiempo de la misma forma en que ha evolucionado el derecho mercantil debido a la necesidad de éste de regular los actos de comercio, las relaciones jurídicas de los comerciantes y en función de la internacionalización de los negocios, así como también determinar que no existe una regulación que contemple derechos, garantías y obligaciones que surgen de las relaciones jurídicas producto de las operaciones comerciales internacionales siendo importante establecer mecanismos de aplicabilidad de la *lex mercatoria* dentro del campo del derecho mercantil guatemalteco para que pueda existir seguridad jurídica al momento de llevarse a cabo operaciones comerciales internacionales. El aporte académico señala que es importante determinar la aplicación de la *lex mercatoria* en el derecho mercantil guatemalteco, como un sistema moderno uniforme y equitativo que contribuya a brindar seguridad jurídica a las operaciones comerciales internacionales y que se establezcan políticas económicas en el registro mercantil, cámara de comercio, para garantizar los derechos y obligaciones en negociaciones internacionales para así garantizar la certeza jurídica del comercio internacional, a través de un marco normativo acorde a las necesidades, del comerciante para dotar de seguridad jurídica las actividades comerciales.



## HIPÓTESIS

Efectos jurídicos de la Lex mercatoria para garantizar la seguridad jurídica en las operaciones comerciales internacionales. El derecho mercantil es evolutivo por lo que exige cambios en la forma en la que debe aplicarse y en este caso en específico a cómo debería aplicarse a las operaciones comerciales internacionales. Actualmente las actividades mercantiles ocurren de manera similar en todo el mundo y existen diferencias en los sistemas jurídicos de cada Estado que no permiten la uniformidad de un marco legal relativo a las operaciones mercantiles, debido a la incapacidad de las leyes locales de regular las operaciones comerciales internacionales en beneficio de los comerciantes situados en cualquier parte del mundo, hoy por hoy no existen en el derecho mercantil internacional leyes que hayan sido adoptadas o proferidas per se por parte del cuerpo legislativo de un estado, por lo que existe la posibilidad entonces que los comerciantes basados en un conjunto de reglas y usos de carácter consuetudinario las acojan siempre y cuando hayan sido reconocidas a nivel internacional y no contravengan el orden público de un estado: Por lo tanto es importante que en Guatemala sean reconocidos los principios UNIDROIT que han sido fijados por una agencia especializada de las Naciones Unidas que tiene como misión la unificación del derecho privado, así como sus efectos esto con el fin de que las transacciones que se realicen con la aplicación de la lex mercatoria sean seguras, se aumenten los ingresos económicos y se reduzcan los costos de las transacciones internacionales.



## COMPROBACIÓN DE LA HIPÓTESIS

La hipótesis formulada al tema de tesis efectos jurídicos de la lex mercatoria para garantizar la seguridad jurídica de las operaciones comerciales internacionales, se validó y se comprobó al indicar que la lex mercatoria se ha desarrollado a través del tiempo de la misma forma en que ha evolucionado el derecho mercantil debido a la necesidad de éste de regular los actos de comercio, las relaciones jurídicas de los comerciantes y en función de la internacionalización de los negocios y que con su aplicación en Guatemala se podrían aumentar ingresos económicos y reducirse los costos de las transacciones internacionales ya que las actividades mercantiles ocurren de manera similar en todo el mundo y existen diferencias en los sistemas jurídicos de cada estado que no permiten la uniformidad de un marco legal relativo a las operaciones mercantiles, debido a la incapacidad de las leyes locales de regular las operaciones comerciales internacionales.

Para la comprobación de la hipótesis se utilizaron los métodos: documental y los métodos investigativos fueron los siguientes: analítico, sintético, inductivo y deductivo, que permitieron la comprobación de la hipótesis, toda vez que se logró determinar con ayuda de la información doctrinaria y legislativa, se crean instrumentos capaces de suplir las necesidades que surjan de las distintas relaciones jurídicas producto de las operaciones comerciales; por lo que es importante establecer cómo puede la Lex Mercatoria contribuir a brindar seguridad jurídica a las operaciones comerciales internacionales y fortalecer el ordenamiento jurídico guatemalteco.



## ÍNDICE

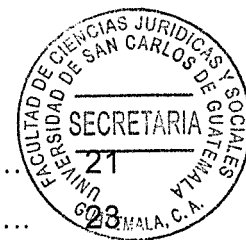
Introducción.....	i
-------------------	---

### CAPÍTULO I

1. Reseña histórica del derecho mercantil.....	1
1.1. Derecho mercantil en la antigüedad.....	1
1.2. Derecho mercantil en la edad media.....	1
1.3. Derecho mercantil en la época moderna.....	2
1.4. Derecho mercantil contemporáneo.....	3
1.5. Derecho mercantil guatemalteco.....	3
1.6. Comerciante individual y social.....	4
1.7. La sociedad mercantil.....	6
1.7.1. Antecedentes de la sociedad mercantil.....	7
1.8. Definición de sociedad mercantil.....	8
1.9. Elementos de la sociedad mercantil.....	10
1.9.1. Elementos subjetivos.....	10
1.9.2. Elementos objetivos.....	11
1.9.3. Elemento formal.....	12
1.10. El capital social de las sociedades mercantiles.....	13
1.11. Clases de sociedades mercantiles.....	14
1.11.1. clasificación legal de las sociedades mercantiles.....	14
1.12. Aumento y disminución del capital social.....	15

### CAPÍTULO II

2. Antecedentes de la lex mercatoria.....	17
2.1. Evolución histórica.....	19



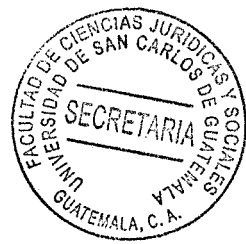
2.2.	Posturas sobre la existencia de la lex mercatoria.....	21
2.3.	Conceptualización de la lex mercatoria.....	21
2.4.	Aspectos que comprende la lex mercatoria.....	25
2.5.	Principios de la lex mercatoria.....	27
2.6.	Lex mercatoria y el derecho mercantil internacional.....	32

### CAPÍTULO III

3.	Usos y prácticas de carácter internacional de la lex mercatoria.....	37
3.1.	Costumbres mercantiles en la lex mercatoria.....	39
3.2.	Doctrina internacional.....	42
3.3.	Contratos tipo en la lex mercatoria.....	44
3.4.	Leyes modelo en la aplicabilidad de la lex mercatoria.....	45
3.5.	Condiciones generales de contratación.....	47

### CAPÍTULO IV

4.	Efectos jurídicos de la lex mercatoria para garantizar la seguridad jurídica de las operaciones comerciales internacionales .....	50
4.1.	Efectos de la aplicabilidad de la lex mercatoria en Guatemala.....	50
4.2.	Aplicación de nuevos sistemas jurídicos en materia mercantil.....	53
4.3.	Los incoterms dentro de la legislación guatemalteca.....	54
4.4.	Lex mercatoria y su ámbito de aplicación.....	56
	<b>CONCLUSIÓN DISCURSIVA.....</b>	<b>63</b>
	<b>BIBLIOGRAFÍA.....</b>	<b>65</b>



## INTRODUCCIÓN

Se desarrolla haciendo un análisis con respecto a aplicabilidad de la lex mercatoria como sistema uniforme en la seguridad jurídica de las operaciones comerciales internacionales, derivado de que la lex mercatoria se ha desarrollado a través del tiempo de la misma forma en que ha evolucionado el derecho mercantil de una forma espontánea uniforme y de cierta manera universal, debido a la necesidad de éste de regular los actos de comercio, las relaciones jurídicas de los comerciantes y en función de la internacionalización de los negocios. El derecho mercantil se caracteriza por ser un derecho global y progresivo que responde a las variaciones de las condiciones socioeconómicas del comercio por lo que es necesario que evolucione y se actualice constantemente ya que es el derecho que gobierna las relaciones comerciales internacionales.

Esta investigación hace referencia a la llamada nueva lex mercatoria o lex mercatoria como se le denomina indistintamente, la cual se encuentra conformada de la misma forma que la antigua lex mercatoria, sigue teniendo la misma importancia solo que con mayor intensidad, sigue utilizando como base los usos y costumbres de la edad media solo que actualmente los usos y costumbres tal y como se usaron en la antigüedad se manifiestan a través de codificaciones para su aplicación, requiriendo únicamente para esto el reconocimiento de los sistemas jurídicos estatales para su aplicación e integración a través de leyes modelo, convenios y tratados internacionales esto ha sido producto de la labor de organizaciones internacionales cuya función se basa en el desarrollo y unificación del derecho mercantil internacional, con la finalidad de formar un régimen uniforme y universal que este a la altura y compita en una forma igualitaria con las normativas de los estados sobre la regulación de la internacionalización de los negocios.

La necesidad de regular la nueva lex mercatoria dentro del derecho comercial internacional radica en que la variedad de ordenamientos jurídicos que ha sido aplicada para regular las relaciones comerciales internacionales resulta ser, en ciertos casos, inadecuadas e inaplicables para resolver o regular la complejidad en ciertas cuestiones



suscitadas en el ámbito del comercio internacional. Es a esta problemática que la *lex mercatoria* pretende darle una salida que beneficie a las partes que forman el comercio internacional y que exista una aplicación única a nivel mundial para las contrataciones comerciales evitando caos en la solución de conflictos y estableciendo un sistema igualitario de aplicación de justicia.

Esta investigación tiene un enfoque desde el punto de vista doctrinario, analizando antecedentes, conceptos, principios, teorías que han sido establecidas por expertos y estudiosos en la materia; se enfoca igualmente desde el punto de vista jurídico estudiando y analizando legislación aplicable tanto nacional como internacional, siendo el objetivo principal evaluar la efectividad del sistema jurídico guatemalteco al regular los actos de comercio que se dan en el derecho internacional.

La hipótesis planteada fue: "Determinar la aplicación de la *lex mercatoria* en el derecho mercantil guatemalteco, como un sistema moderno, uniforme y equitativo que contribuya a brindar seguridad jurídica a las operaciones comerciales nacionales e internacionales y a la vez estudiar los antecedentes y la evolución de este sistema jurídico, así como precisar los conceptos jurídicos que brinda la *lex mercatoria* y desarrollar las distintas manifestaciones que comprende, evaluar la efectividad del sistema jurídico guatemalteco.". Fue plenamente comprobada conforme el desarrollo de la investigación doctrinaria, documental y análisis de las instituciones referentes al comercio nacional e internacional y la regulación tanto en el ordenamiento nacional e internacional

La tesis de grado que se presenta a continuación se elaboró y desarrolló en cuatro capítulos. En el capítulo I: derecho mercantil guatemalteco; en el capítulo II: antecedentes de la *lex mercatoria*; en el capítulo III; usos y prácticas de carácter internacional de la *lex mercatoria*; y en el capítulo IV: efectos jurídicos de la *lex mercatoria* para garantizar la seguridad jurídica de las operaciones comerciales internacionales.





## CAPÍTULO I

### 1. **Reseña histórica del Derecho Mercantil**

Se abordan las 4 etapas más importantes en la evolución del derecho mercantil, derecho mercantil en la antigüedad, en la edad media, en la época moderna y el derecho mercantil contemporáneo.

#### 1.1. **Derecho mercantil en la antigüedad:**

Se puede establecer que en la antigüedad existieron distintas culturas y que cada una de ellas desarrollaba de forma distinta su comercio, con sus propias formas y costumbres, algunas de ellas como los griegos desarrollaron el comercio en el mar, la vía marítima era su principal forma de realizar el comercio, otras figuras utilizadas en la edad antigua fueron la echazón, que es un antecedente de la avería gruesa; el préstamo a la gruesa ventura, que consistía en que un sujeto hacía un préstamo a otro y que se condicionaba con el hecho de que al navío no le ocurriera ninguna tragedia o un siniestro en el camino en Roma no se dio la división tradicional del derecho privado, según el Doctor Villegas Lara "En Roma no existió la división tradicional del del derecho privado. No se dio un derecho mercantil en forma autónoma. El jus civile era el universo para toda relación de orden privado."<sup>1</sup>

#### 1.2. **Derecho mercantil en la edad media**

Debemos recordar que la caída del Imperio romano es la marca de inicio de la edad media, la cual fue una época que se caracterizó principalmente por la gran inseguridad

---

<sup>1</sup> Villegas Lara, René Arturo, **derecho mercantil guatemalteco**. Pág. 28.



la violencia y la confusión, y el feudalismo surgió como una alternativa derivada de la fragmentación del territorio europeo por las constantes invasiones de los barbaros. Esta etapa aborda entre otros, la letra de cambio, las sociedades mercantiles, el contrato de seguros, así como el inicio del registro mercantil. Pero lo más importante es el derecho mercantil toma toda su autonomía del derecho civil y a este respecto el Doctor Villegas Lara indica "El Derecho Mercantil Principiará a caminar por sus propios medios tratando de estructurar una doctrina plasmada en leyes capaces de regir un fenómeno tan cambiante como el tráfico mercantil. Todo lo que se haya hecho a partir de esa época por esta materia se debe, pues a las necesidades reales de la nueva clase comerciante."<sup>2</sup>

### **1.3. Derecho mercantil en la época moderna.**

Una vez se consolido el estado-nación, los estatutos fueron remplazados por leyes expedidas por los soberanos pues estos eran los que tenían facultad exclusiva de expedir leyes. No obstante, es necesario tener en mente que las leyes expedidas por los monarcas fueron el resultado de las practicas comerciales que se habían desarrollado con anterioridad es así como la costumbre como fuente de del derecho aparentemente perdió importancia frente a la ley sin embargo siguió dando contenido a las normas jurídicas. El Doctor Villegas Lara indica textual "La revolución industrial, los inventos importantes de la ciencia exigieron esa objetivación que durante largos periodos inspiró códigos en el mundo entero."<sup>3</sup>

---

<sup>2</sup> *Ibíd.* Pág. 31

<sup>3</sup> *Ibíd.*



#### **1.4. Derecho mercantil contemporáneo.**

El Doctor Villegas Lara se pronuncia de la siguiente manera: "En la actualidad el derecho mercantil estudia la actividad profesional del comerciante, los medios que facilitan la circulación de las mercancías, los bienes o cosas mercantiles, (empresa, títulos de crédito, mercancías) las reglas del comercio nacional e internacional, la propiedad industrial, los procedimientos para reclamar la solución de un conflicto de intereses; en fin su contenido amplio proveniente de actividades sujetas a constante cambio hacen que este derecho sea uno de los más nutridos en experiencias que muchas veces rebasan la previsión del legislador."<sup>4</sup> Esto indica que el derecho en su totalidad refleja los intereses y los conflictos de las clases sociales; pero si en alguna rama no es difícil detectar ese reflejo es en el derecho mercantil. Esta rama está vinculada actualmente con el sistema capitalista lo que significa que debe de existir una prevalencia del interés social sobre el particular de manera que este derecho sea ejercido por hombres y mujeres que contribuyan al progreso social.

#### **1.5. Derecho Mercantil Guatemalteco.**

El derecho mercantil guatemalteco fundamenta todos los actos de comercio realizados por las personas individuales o jurídicas dedicadas a la actividad comercial, aunque en diversos casos el sujeto que los realiza no tenga la calidad de comerciante, porque las exigencias de la economía contemporánea imponen la asociación de capital y trabajo, provocando que el empresario colectivo o social desplace en forma acentuada al empresario individual. La sociedad mercantil nace a la vida jurídica como consecuencia de un contrato, es decir, la sociedad mercantil es el resultado de una declaración de

---

<sup>4</sup> *Ibíd.* Pág. 24.

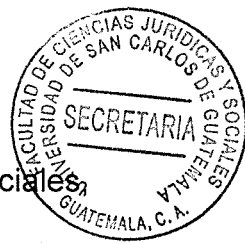


voluntad contractual, en donde la sociedad constituye una personalidad jurídica nacida de un contrato, con un patrimonio autónomo, el cual debe ser de carácter permanente, teniendo que realizarse para fines preponderantemente económicos lo cual constituye la esencia de una actividad mercantil.

Es decir, implica que la sociedad mercantil es producto de un contrato en virtud del cual dos o más personas, puedan disponer libremente de sus bienes o industria y los ponen en común, con el fin de dividir entre sí el dominio de los bienes y las ganancias y pérdidas, porque la finalidad es el lucro como objetivo del esfuerzo comercial llevado a cabo por la comunidad de personas que participan en la sociedad, siendo esta actividad eminentemente voluntaria porque en esencia lo que se busca es la mejora económica de las personas que forman parte de la sociedad.

#### **1.6. Comerciante individual y social.**

Debe de establecerse que el comerciante es aquella persona que, con intenciones de lucro compra para revender, colocándose o desarrollando una actividad intermediadora entre productor y consumidor de bienes y servicios. Es decir, la idea doctrinaria y la legal rebasan al simple intermediario para dar una concepción amplia del comerciante. A partir de lo dicho, se encuentra que existen dos clases de comerciantes, siendo el primero individual y el segundo social. Los primeros son las personas individuales cuya profesión es el tráfico comercial y los segundos, las sociedades mercantiles. El autor Rafael Cuevas establece al respecto "El comerciante individual es el sujeto que ejercita una actividad en nombre propio y con finalidad de lucro, mediante una organización adecuada. Lo que caracteriza al comerciante que ejercita actos de comercio, de aquel



que no es comerciante, pero si realiza actos de comercio. Son comerciantes sociales las sociedades organizadas bajo la forma mercantil, con calidad de comerciantes, cualquiera que sea su objeto, quienes ejercen en nombre propio y con fines de lucro, cualquier actividad que se refiera a la industria dirigida a la producción o transformación de bienes y a la prestación de servicios, la banca, seguros y fianzas.

En el caso del comerciante social, el plazo de su surgimiento principia desde la fecha de su inscripción en el Registro Mercantil, lo cual implica que pueden constituirse por plazo determinado e indefinido, existiendo el primero cuando se fija el momento en que la sociedad finalizara su actividad, aunque los socios pueden prorrogarlo y el segundo cuando los socios no señalan el momento de finalización de la actividad, manteniéndose la misma hasta que los socios decidan o la ley los obligue a finalizar su actividad”.<sup>5</sup>

La sociedad tiene establecido su domicilio es el lugar donde tenga su asiento principal, debiéndose determinar en la escritura pública de constitución de esta. En caso de que existan agencias o sucursales de esta, las sedes se consideraran el domicilio de la misma, aun cuando se encuentren en lugares distintos del domicilio social, para los efectos legales de los actos o contratos que las agencias o sucursales celebren o ejecuten. Nuevamente menciona el tratadista Rafael Cuevas al respecto “Los elementos personales lo constituyen las personas individuales o jurídicas dedicadas al comercio y cuando la actividad se lleva en colectivo son denominados socios. Para la constitución de una sociedad mercantil es necesaria la pluralidad de socios, mientras que el objeto

---

<sup>5</sup> Cuevas del Cid, Rafael. El capital, los socios y la administración. Pág. 10.



social es la actividad que realiza la sociedad debe de ser licito, posible y determinado. Asimismo, hay que tomar en cuenta que el objeto del contrato de sociedad es el conjunto de obligaciones de los socios; es decir, deberes que se instituyen al momento de otorgarse la escritura constitutiva de la sociedad mercantil".<sup>6</sup> En la sociedad, las aportaciones dinerarias son la forma más común de crear la misma, lo cual consiste en la entrega de dinero en efectivo en la cantidad, forma y plazo pactado en la escritura social; mientras que las aportaciones no dinerarias pueden ser de diversa naturaleza: inmuebles, muebles, patentes de invención marcas de fábrica, nombres comerciales, valores inmobiliarios, acciones, créditos, estudios de pre factibilidad y factibilidad, costos de preparación de la empresa.

Así como la estimación de la promoción de esta, siempre que sean susceptibles de valoración pecuniaria; no aceptándose como tal la simple responsabilidad del socio, que se daría, por ejemplo, en el caso de que se conviniera en forma simple que un socio aporte solo un compromiso de responder de las obligaciones sociales, lo que no es permitido por la ley porque sería un aporte ficticio.

### **1.7. La sociedad mercantil**

Es importante determinar la funcionalidad de la sociedad mercantil, ya que por el amplio margen de manejo que tienen los socios en cuanto a responsabilidades, hay que establecer límites en cuando al funcionamiento de cada uno de los diversos tipos de capital es por ello que la "Sociedad mercantil es la agrupación de varias personas que,

---

<sup>6</sup> Cuevas del Cid, Óp. Cit. Pág. 12.



mediante un contrato, se unen para la común realización de un fin lucrativo, crean un patrimonio específico y adoptan una de las formas establecidas por la ley”.<sup>7</sup> Esto lo que hace referencia es que una sociedad mercantil siempre será creada con el ánimo de generar ganancias para quienes conforman esa sociedad, algunos con mayores porcentajes ( socios mayoritarios) y otros con menores porcentajes( socios minoritarios) sin embargo ambos tendrán una participación importante en la toma de decisiones de estas sociedades.

### **1.7.1. Antecedentes de la sociedad mercantil**

Cuando hablamos de los orígenes de la sociedad mercantil podemos decir que estos denotan de diversos factores en el cual existen diversas formas usos y costumbres en que se constituía la misma y por consiguiente las diversas formas de funcionamiento es por ello por lo que el reconocido Doctor Villegas Lara a ese respecto cita “En la antigüedad la primera forma de sociedad que se dio fue la copropiedad que existía sobre bienes dejados por un jefe de familia, que al fallecer eran explotados por los herederos. En el Código de Hammurabi identificado como el cuerpo legal de Babilonia, contiene una serie de normas para una especie de sociedad en que sus miembros aportaban bienes para un fondo común y se dividen las ganancias”.<sup>8</sup>

El muy reconocido autor Arturo Puente menciona que “El Comercio es la actividad de cambio e intermediación que se realiza con el propósito de lucro; el cual radica su

---

<sup>7</sup> Vásquez Martínez, Edmundo. *Derecho mercantil guatemalteco*. Pág. 44.

<sup>8</sup> Villegas Lara, Óp. Cit. Pág. 38.



importancia en que da lugar a abundantes relaciones de contratación y a una activa circulación de títulos valores. El comercio no solo se ejerce por los individuos, sino también por organizaciones creadas que forman una sociedad, a las cuales la ley, por una abstracción, ha concedido personalidad jurídica, o lo que es lo mismo una individualidad de derecho”.<sup>9</sup> Por lo que el comercio es una de las primeras formas de comercio que ha existido a lo largo de la historia, y protege el derecho de los comerciantes.

### **1.8. Definición de sociedad mercantil**

Las sociedades mercantiles se encuentran reguladas en el artículo 14 del Código de Comercio de Guatemala, siendo éste un concepto generalizado para todas las formas de sociedades no existe un concepto específico. El artículo 3 del Código de Comercio de Guatemala el que determina que se consideran comerciantes sociales, a las sociedades organizadas bajo forma mercantil, cualquiera que sea su objeto; estableciéndose que la regulación mercantil no indica concepto legal. Podemos definir como comerciante individual a toda persona jurídica que ejerce en nombre propio y con fines de lucro cualquier actividad que se refiera a la industria dirigida a la producción de bienes y a la prestación de servicios, la banca, seguros y fianzas y las análogas de estas.

El autor Arturo Villegas Lara, cita a Vicente y Gella, quien define la sociedad mercantil como: “La unión de personas y bienes o industrias para la explotación de un negocio,

---

<sup>9</sup> Puente y Flores, Arturo. *Derecho mercantil*. Pág. 47.





cuya gestión produce, con respecto de aquellas, una responsabilidad directa frente a terceros". Crea confusión, porque conforme a nuestro derecho hay casos, como la sociedad anónima, en donde el socio no tiene responsabilidad directa; y como en la colectiva en donde es subsidiaria".<sup>10</sup> De acuerdo al análisis doctrinario la definición de sociedad mercantil que más se adecua a nuestra realidad jurídica y es el criterio que inspira el Código de Comercio de Guatemala, es la que cita el licenciado Edmundo Vásquez Martínez, que indica que la sociedad mercantil es "la agrupación de varias personas que mediante un contrato se unen para la común realización de un fin lucrativo, crean un patrimonio específico y adoptan una de las formas establecidas en la ley";<sup>11</sup>

Para lo cual se desarrollarán los elementos que componen esta definición; en primer lugar, establece que es la agrupación de varias personas, siguiendo aquí la teoría institucional, tomada del derecho político del autor francés Marc Hauriou, que aplica al campo civil, que establece que la sociedad es una institución como persona u órgano que influye en toda la estructura del derecho guatemalteco. Al determinar, mediante un contrato, quiere decir que la sociedad no es un contrato, sino que surge de un contrato, lo cual contradice a lo preceptuado por el Código Civil en el artículo 1728, al establecer que la sociedad es un contrato.

Otro elemento que contiene esta definición es: que se unen para la común realización de un fin lucrativo, lo que es indispensable en toda entidad mercantil, ya que estas

---

<sup>10</sup> Villegas Lara. *Óp. Cit.* Pág. 39.

<sup>11</sup> Vásquez Martínez. *Óp. Cit.* Pág. 44.

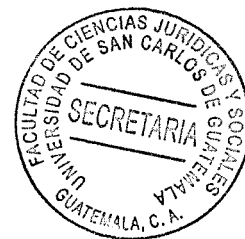


sociedades al constituirse persiguen como el fin el lucro al desarrollar las actividades comerciales. Al establecer que crean un patrimonio específico, es porque el patrimonio es específicamente de la sociedad, independiente de los socios individualmente considerados, es decir, el patrimonio que se establece como sociedad mercantil es independiente al patrimonio que cada socio pueda tener en forma individual. Al referirse que adoptan una de las formas establecidas por la ley, se refiere a las formas de sociedades que existen: sociedad colectiva, de responsabilidad limitada, en comandita simple, en comandita por acciones y anónima; las que están reguladas en el Artículo 10 del Código de Comercio de Guatemala Decreto número 2-70 del Congreso de la República, el cual entró en vigencia el 1 de enero de 1971.

En la legislación guatemalteca no define lo que es sociedad mercantil, en el derecho comparado el único Código que tiene una definición de sociedad es el Código de Comercio español, los demás solo se concretan a describir lo que es una sociedad; pero en nuestra legislación se aplica supletoriamente el Código Civil que en el artículo 1728 contiene una definición de sociedad civil similar a la de la sociedad mercantil y preceptúa el artículo 1728.

### **1.9. Elementos de la sociedad mercantil**

En este tipo de sociedades participan tres elementos que configuran una sociedad y que resultan ser esenciales para el desarrollo de las mismas los cuales se describirán a continuación de una forma breve pero muy precisa para comprender todos y cada uno de ellos.



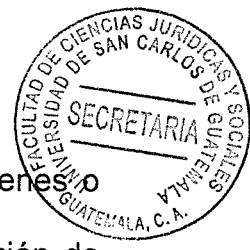
### **1.9.1. Elementos subjetivos**

Están constituidos por personas individuales, porque de acuerdo con la definición que fue desarrollada, se inicia indicando que la sociedad mercantil es la reunión de dos o más personas, según el Artículo 1728 del Código Civil; por lo que toda forma de sociedad dedicada al comercio está conformada por personas físicas a las que el Código de Comercio de Guatemala regula y denomina socios o accionistas según el tipo de sociedad. Las personas individuales que integran una sociedad mercantil deben ser capaces y hallarse en el libre ejercicio de sus derechos civiles. Sin embargo, la legislación guatemalteca contempla dentro de las disposiciones generales de las sociedades mercantiles situaciones especiales que conllevan a resaltar que en toda sociedad mercantil debe existir más de una persona individual.

El Código Civil en el Artículo 15 regula que además pueden ser socios de una sociedad mercantil las personas jurídicas, las cuales deben comparecer debidamente representadas por la persona individual que tenga capacidad legal y personería acreditada. Por lo que para la constitución de una sociedad mercantil es necesaria la pluralidad de socios entre los que se celebra el contrato de sociedad. Los socios en la sociedad tienen una posición de igualdad relativa de deberes.

### **1.9.2. Elementos objetivos**

La constitución de una sociedad requiere de elementos materiales que los socios deben de aportar a la sociedad, los cuales se reflejan y representan en cifras monetarias que



son cuantificables para formar el capital social (aportaciones dinerarias), los bienes instrumentos y el trabajo aportado (de un socio industrial); así como la aportación de créditos y acciones. El capital social está conformado por las aportaciones dinerarias, los bienes aportados, los derechos que se ejercen y las obligaciones que contrae, conformando así el patrimonio de la sociedad, lo cual crea certeza para los terceros que contratan con la sociedad.

La regulación legal de estos elementos que constituyen el patrimonio de la sociedad la encontramos regulada en el Código de Comercio de Guatemala en los siguientes Artículos: el 27 lo referente a las aportaciones no dinerarias, el 28 se refiere a la aportación de créditos y acciones; el 29 lo referente a la época y forma en que se deben efectuar las aportaciones y el 92 establece que las aportaciones en efectivo, deberán depositarse en un banco del sistema, a nombre de la sociedad, debiendo certificarse ese extremo en la escritura constitutiva.

### **1.9.3. Elemento formal**

Este elemento consiste en que la sociedad mercantil debe constituirse en escritura pública, lo cual es un requisito indispensable para su validez, ello implica que el contrato de sociedad mercantil es un contrato solemne a diferencia de otros tipos de contratos que no requieren de formalidades para su validez. Así mismo, las modificaciones, prórrogas, aumento o reducción de capital, cambio de razón social o denominación, fusión o disoluciones que se hagan a la sociedad para su validez legal, debe hacerse constar en escritura pública según el Artículo 16 del Código de Comercio



de Guatemala; constituyendo éste un elemento importante por referirse al carácter solemne del contrato de sociedad mercantil, lo que incide en su existencia jurídica.

#### **1.10. El capital social de las sociedades mercantiles**

En toda sociedad mercantil el capital social es la suma del valor de las aportaciones a del valor nominal de las acciones en que está dividido, o bien la suma del valor en dinero de los bienes aportados por los socios y que es susceptible de ser evaluado. Es una cifra a expresión de valor monetario fijo, cuya certeza, en cuanto al monto, es una garantía para terceros que contratan con la sociedad y para la sociedad misma, esto implica que el patrimonio social se constituye por todos los bienes, derechos y obligaciones de la empresa y se modifica constantemente según el éxito o el fracaso de la gestión económica de la misma.

De acuerdo con la normativa legal de Guatemala, específicamente el Código de Comercio en el artículo 88 establece que "el capital social es el que se encuentra autorizado, lo cual implica la suma máxima que una sociedad puede emitir en acciones sin necesidad de formalizar un aumento de capital, pudiendo el mismo estar total a parcialmente suscrito al constituirse la sociedad". Al constituirse una sociedad debe hacerse constar el capital suscrito, que es el monto que, en un momento dado, los socios deben pagar por las acciones adquiridas a las aportaciones indicadas el cual debe ser el 25% del valor nominal a aportación de dichas acciones. Es el capital aportado por los socios y socias que forman parte del elemento personal de una sociedad ya establecida. Esta norma se aplica a todas las sociedades excepto a la de



responsabilidad Limitada, ya que aquí el pago debe ser íntegro. Siendo el capital social parte fundamental de una sociedad para poder constituirse y trabajar apegada a lo que establecen las normas legales del país.

### **1.11. Clases de sociedades mercantiles**

Al entrar a conocer las sociedades mercantiles en la actualidad se centra en toda organización que se encuentra bajo una forma mercantil, sin embargo en el derecho español se clasificaba a las sociedades mercantiles por la actividad que desarrollaban dentro del ámbito del comercio, por lo que es importante hacer mención de las sociedades que establece el Código de Comercio de Guatemala, habiendo diversidad de sociedades que se pueden constituir de acuerdo a la conveniencia de cada uno de los socios fundadores de la sociedad, ya que hay elección en cuanto a la forma de responsabilidad que adquiere cada socio.

#### **1.11.1. Clasificación legal de las sociedades mercantiles**

El Código de Comercio de Guatemala en el artículo 10 enumera cuales son las sociedades organizadas bajo forma mercantil, y que son las que se utilizan por cualquier comerciante que desea optar por una forma de comercio de sociedad, siendo las siguientes:

- a) Sociedad colectiva;
- b) Sociedad en comandita simple;



- c) Sociedad de responsabilidad limitada;
- d) Sociedad anónima;
- e) Sociedad en comandita por acciones y
- f) Sociedad de emprendimiento.

En el artículo 12 de este mismo cuerpo legal, regula las sociedades mercantiles de carácter social especial, como bancos, aseguradoras y análogas las que se registrarán en cuanto a su forma, organización y funcionamiento, por leyes especiales y por las disposiciones del Código de Comercio de Guatemala en lo que no contravenga sus propias leyes.

#### **1.12. Aumento y disminución del capital social**

El aumento del capital social se da para atender nuevas necesidades de la sociedad, lo cual dependerá del tipo de sociedad. En las sociedades accionadas existen dos formas: Primero: Las nuevas acciones pueden pagarse en dinero o con bienes o por la conversión de reservas (capitalización). Segundo: Puede hacerse una nueva aportación pagada en dinero o en otros bienes o de capitalización de reservas. Regulado en los Artículos 204 y 207 del Código de Comercio.

En las sociedades no accionadas el aumento se hace aumentando el valor de los aportes mediante el otorgamiento de Escritura Pública de ampliación. En esta clase de sociedades como la Sociedad de Responsabilidad Limitada, el capital aumentado debe estar pagado en su totalidad para que se pueda otorgar la escritura de aumento de



capital. Todo esto está regulado en el Artículo 205 del Código de Comercio. De conformidad con la ley el procedimiento de aumento de capital debe ser resuelto por el órgano correspondiente en cada sociedad en la forma que determine la Escritura Social, siendo en dado caso una Junta o Asamblea General Extraordinaria de acuerdo con el inciso 1) del Artículo 135 y al Artículo 203 del Código de Comercio. Por lo que la resolución debe ser adoptada con un quórum del 60% de las acciones con derecho a voto y con más del 50% de las acciones con derecho a voto emitida por la sociedad según el Artículo 149 del Código de Comercio.

En caso de aumento del valor de las acciones se requiere el consentimiento unánime de los accionistas, tal como lo establece el Artículo 209 del Código de Comercio; la resolución de aumento debe hacerse en escritura pública e inscribirse en el Registro Mercantil, según los artículos 16 y 206 del mismo cuerpo legal citado.





## CAPÍTULO II

### 2. Antecedentes de la Lex Mercatoria

En las operaciones comerciales es importante establecer los mecanismos que permitan a los comerciantes realizar transacciones a través de las fronteras y que les permitan contratar con otros y solucionar los conflictos que surjan de las actividades de los comerciantes.

“Surge así, para dar respuesta a las necesidades del tráfico, un derecho nuevo, ágil y flexible, aplicable a los comerciantes en el ejercicio de su actividad profesional que se conoce como *ius mercatorum* o *lex mercatoria*, basado en la equidad, la seguridad del tráfico, el crédito y la tutela de la buena fe. Este derecho basado en las exigencias del tráfico y destinado a regir en las transacciones comerciales, más que un Derecho especial frente al *ius civile* o un derecho que se desgaja de éste, surge como un derecho distinto, dotado de sus propios principios, de sus propias fuentes normativas y de su propio orden jurisdiccional y en el que sea crean instituciones jurídicas completamente nuevas”.<sup>12</sup>

La funcionalidad y la legitimidad de la *lex mercatoria* se deriva del aspecto que está diseñada para solventar los conflictos que surjan de los contratos entre los comerciantes, la *lex mercatoria* también llamada *ley mercante* es un término que engloba distintos conceptos pertenecientes a un sistema comunitario cuya práctica

---

<sup>12</sup> Vargas Vasserot, Carlos. *Evolución histórica del derecho mercantil y su concepto*. Pág. 34.



conforma un sistema legal, que constituye usos, técnicas organizacionales, principios, normas reguladoras de relaciones de comerciales internacionales, todo esto se refiere a un cuerpo de ley sustantiva que rige todas éstas relaciones. La nueva lex mercatoria o lex mercatoria como se le denomina indistintamente radica en la existencia de un cuerpo legal de carácter internacional que forma parte del Derecho Mercantil internacional; la lex mercatoria tiene su fundamento en los principios del derecho mercantil internacional y normas de derecho consuetudinario.

Existen diversos criterios sobre si la lex mercatoria se constituye como un ordenamiento jurídico autónomo, un ordenamiento subordinado a otros ordenamientos jurídicos de carácter estatal o como un instrumento de derecho internacional privado.

El Renacimiento de la ley mercante ha tenido lugar al final de la última década del siglo veinte dando lugar a la nueva lex mercatoria caracterizada por el hecho de que sus fuentes son de carácter internacional. No obstante, sentado esto, conviene separar debidamente dos aspectos distintos. De un lado, la denominada legislación internacional, constituida por un amplio número de tratados internacionales que crean un derecho uniforme del comercio internacional que incluye, preferentemente, las siguientes materias: compraventa mercantil internacional, pagos internacionales, transporte, derechos de propiedad intelectual e industrial, etc. En este sector existe, ciertamente, una práctica de los comerciantes generadora de normas materiales comunes, pero son los Estados, por el cauce de un tratado internacional, quienes las recogen y formulan, incorporándolas a su orden jurídico interno. De otro lado, un sector relevante de las fuentes de la nueva lex mercatoria está integrado por lo que

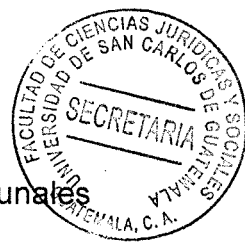


genéricamente se califica de usos y costumbres del comercio internacional pero que en un análisis más detenido, comprende fundamentalmente, según establece José María Gondra Romero en la revista La moderna lex mercatoria y la unificación del derecho mercantil del año 1973 en la página 34, en los "términos comerciales uniformes entre los que se encuentran los incoterms adoptados por la cámara de comercio Internacional, las condiciones generales de venta aceptadas en ciertos sectores del comercio internacional, los contratos tipo para la venta de ciertos productos, etc..."

La lex mercatoria considerada como un conjunto de principios, reglas, usos e instituciones que se utilizan para regular las actividades de los comerciantes, inspirados en la libertad, innovación y rapidez de los medios para comerciar, de ésta se puede decir que se encuentra dispersa en distintos elementos normativos de carácter internacional que se adaptan a las necesidades del comercio internacional y que se aplican con preeminencia sobre el derecho interno ya que en el derecho mercantil los usos y las practicas han sido la regla en cualquier situación de tráfico comercial. Por lo que es importante establecer la forma de aplicabilidad con que se ha ido realizando conforme el pasar de los años, ya que son condiciones o formas de comercio que hoy en día siguen su curso de aplicación.

## **2.1. Evolución histórica**

La ley mercante medieval, aparece entre el siglo XI y XII, como un régimen relativamente eficiente para regular el comercio transfronterizo, este sistema legal fue operado por agentes de comercio, la función de la ley mercante medieval era facilitar a



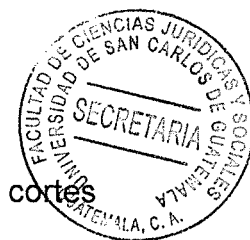
los comerciantes la resolución de conflictos, fuera de la jurisdicción de los tribunales establecidos. Para finales del siglo veinte la ley mercante medieval funcionaba a lo largo de Europa incluyendo puntos clave del mediterráneo y las rutas comerciales del este.

Nuevamente menciona Gondra Romero, “en términos jurídicos importa detenerse en las fuentes de la nueva lex mercatoria. Si el Derecho común de los comerciantes de la Edad Media se basaba fundamentalmente “en la práctica y usos universalmente aceptados por los participantes en el comercio internacional”.

“El derecho mercantil medieval, donde encuentra su antecedente más claro la lex Mercatoria, compuesto por un régimen legal de comercio más allá de las fronteras, relativamente amplio y eficiente. Este sistema legal era operado por los comerciantes y sus agentes. La lógica funcional del derecho medieval mercantil era sencilla: permitía a los comerciantes no someterse a los conflictos entre los variados usos y costumbres locales, evitaban el sometimiento a la autoridad de jueces atados a jurisdicciones preexistentes (los tribunales de los señores feudales, las ciudades estados, los gremios locales, la Iglesia). Esta lex mercatoria medieval fue voluntariamente producida, voluntariamente adjudicada, y voluntariamente cumplida, El régimen consagró ciertos principios constitutivos, incluyendo Buena fe (las promesas deben de ser mantenidas), reciprocidad, la no discriminación entre extranjeros y locales en el sitio de intercambio; y resolución de conflictos favoreciendo la equidad en las controversias”.<sup>13</sup> En la práctica la lex mercatoria medieval requirió de comerciantes para aplicar los contratos, los

---

<sup>13</sup> Poveda Piedra, Federico. Principios de la jurisprudencia arbitral comercial internacional. Pág. 23.



cuales fueron gradualmente estandarizados, y de resolver sus controversias en cortes ocupadas con otros comerciantes (expertos y no generalistas). Los comerciantes y sus jueces mercantiles dieron mayor importancia a la rapidez en los juicios y no se quitó el énfasis en los procedimientos litigiosos. La efectividad de la *ex mercatoria* medieval dependía de modo crítico de los efectos de su reputación, y del miedo de ser condenado al ostracismo de la comunidad comerciante.

## **2.2. Posturas sobre la existencia de la *lex mercatoria***

En torno a la *lex mercatoria* se han generado distintos criterios que por un lado la consideran como un sistema jurídico y otros que sostienen que ésta no puede considerarse un sistema jurídico debido a distintos criterios. Por su parte el autor Carlos Ochaita Larios expone su postura sobre la *lex mercatoria* como “un conjunto de normas y reglas fragmentarias que rigen exclusivamente determinados aspectos de la contratación internacional y de las relaciones privadas comerciales internacionales; en consecuencia, no se está frente a un sistema jurídico, atento a su falta de completitud dado que sólo se regulan algunos aspectos de tales relaciones jurídicas”.<sup>14</sup>

Por lo que se asevera la existencia de la *lex mercatoria* como un sistema u ordenamiento jurídicos supraestatal, anacional, pero sin existir una barrera absoluta entre la *lex mercatoria* y los ordenamientos jurídicos nacionales “En efecto los estados regulan jurídicamente los contratos, también establecen un derecho de los contratos internacionales, existiendo aspectos fundamentales de estos que la *lex mercatoria* no

---

<sup>14</sup> Larios Ochaita, Carlos. *Derecho internacional privado*. Pág. 236.



regula, tal el caso de la capacidad de las partes, los vicios del consentimiento, los poderes de los órganos y representantes de las sociedades mercantiles y sobre todo el propio contrato en sí. En la *lex mercatoria* se está frente a un ámbito de libertad dejado por los Estados a las partes contratantes en sus contratos internacionales, espacio que responde utilitariamente a la dinámica y necesidades del comercio internacional urgido de agilidad, pero también de seguridad jurídica”.<sup>15</sup>

El autor Vladimir Aguilar Guerra brinda tres posturas desde las cuales se puede entender la *lex mercatoria*; para ello expone que al hablar de *lex mercatoria* se desarrolla como un ordenamiento jurídico auténtico y autónomo creado dentro del comercio internacional por sus sujetos y que tiene como finalidad evitar la aplicación del ordenamiento jurídico estatal. “Este ordenamiento sería independiente de los demás ordenamientos jurídicos nacionales, esto es, liberarse de la rigidez y de la falta de sensibilidad para el tráfico mercantil internacional de las legislaciones internas a través de un culto hacia el principio de autonomía de la voluntad y de la auto regulación en este sector”.<sup>16</sup>

Cuando se refiere a la autonomía de la voluntad y la auto regulación es necesario hacer referencia a la utilización de cláusulas o contratos tipo, decisiones uniformes y laudos arbitrales, así mismo, Aguilar Guerra indica que la *lex mercatoria* como derecho de los comerciantes incide en el ámbito de la contratación internacional. “Dentro del mismo contexto sostiene que la *lex mercatoria* comprende un conjunto de normas que operan

---

<sup>15</sup> *Ibíd.*

<sup>16</sup> Aguilar Guerra, Vladimir. *El negocio jurídico*. Pág. 93.



de forma alternativa a una ley nacional, cuya regulación es suficiente para resolver las controversias surgidas dentro del tráfico mercantil; en este sentido hace referencia al aspecto de la *lex mercatoria* como reguladora contractual esto vinculado con la existencia de un "conjunto de principios de Derecho, comunes a todas las naciones que participen en la actividad mercantil internacional, y de usos del comercio internacional".<sup>17</sup> En tercer lugar expone la aproximación de la *lex mercatoria* "como complementaria al Derecho nacional, entendiéndose como la gradual consolidación de los usos y costumbres del comercio internacional".<sup>18</sup> Por lo que se usan de acuerdo a los usos y costumbres del lugar donde deberá realizarse la aplicación.

### 2.3. Conceptualización de la *lex mercatoria*

"Un elemento que traspasa claramente todas las fronteras de los cambios es el del recurso a normas materiales específicas (de origen consuetudinario o jurisprudencial principalmente) para regular las transacciones derivadas del tráfico internacional de mercaderías. Existen rastros de ellas en el Derecho de Grecia de las ciudades, en Roma desde sus orígenes y encontramos en el periodo medieval una *lex mercatoria* en torno a las rutas de peregrinación y comercio, con rasgos muy similares al hoy llamado *new merchant law* o más significativamente nueva *lex mercatoria*.

Para el autor Larios Ochaita establece al respecto "Hoy la Nueva *lex mercatoria* responde a fenómenos más amplios o diferentes a los que le dieron origen en la edad

---

<sup>17</sup> Aguilar Guerra. *Óp. Cit.* Pág. 95.

<sup>18</sup> *Ibíd.* Pág. 96.



media. La función de la lex mercatoria de la “globalización”, se dirige a superar la discontinuidad y particularismos, que en forma fragmentada nos presentan los distintos derechos mercantiles codificados nacionales con motivo de la actividad comercial mundial, basado principalmente los usos y costumbres mercantiles en el comercio internacional”.<sup>19</sup> Por lo que “Se trata de un orden legal espontaneo, autónomo, no autoritario y anacional, que se manifiesta de manera limitada a una parte del derecho mercantil internacional, Cuenta con jurisdicción propia, que no es administrada por jueces nacionales sino por los propios comerciantes. Y que inspirado en los usos y costumbres propios de los comerciantes conforma un “conjunto de normas, principios, reglas, usos o prácticas del comercio internacional que rigen las transacciones comerciales a nivel mundial”.<sup>20</sup>

Para ello el autor Vladimir Aguilar menciona que “La nueva lex mercatoria, enriquecida, perfeccionada y consolidada con sus usos y costumbres particulares, se proyecta hacia el futuro sustentada en un derecho espontaneo, autónomo y uniforme que tiende de manera natural a alejarse de las regulaciones estatales, intentando de esa manera dar solución definitiva a los nuevos conflictos del comercio internacional”.<sup>21</sup>

“El desarrollo de determinadas reglas para el comercio internacional (privado) se acerca a la idea de que habría para las relaciones entre los socios comerciales un ordenamiento legal propio, constituido con base en las costumbres comerciales internacionales, la práctica de los tratados internacionales y los principios generales del

---

<sup>19</sup> *Ibíd.* Pág. 237.

<sup>20</sup> *Ibíd.* Pág. 239.

<sup>21</sup> *Ibíd.* Pág. 97.





derecho: "lex mercatoria" (algunos hablan en ese contexto también de un "derecho transnacional"). La existencia de un ordenamiento jurídico de este tipo es discutible.

Durante largo tiempo, la opinión prevaleciente consideró que todas las relaciones jurídicas deben someterse bien al derecho internacional o bien al derecho nacional, sin darle ningún espacio a la existencia de un tercer orden jurídico entre estas dos posibilidades. En la jurisprudencia nacional reciente, especialmente en la de los tribunales de Europa occidental, existe una disposición cada vez más marcada, en el caso de negocios comerciales internacionales, principalmente en el marco de los procesos arbitrales a remitir el tema de los acuerdos contractuales a los principios consuetudinarios de la lex mercatoria o a los principios generales del derecho contractual, como "derecho" aplicable a la reglamentación de las relaciones negociales".<sup>22</sup>

#### **2.4. Aspectos que comprende la lex mercatoria**

Es importante señalar que es lo que comprende en si la denominada nueva Lex mercatoria a ese respecto se señala lo siguiente: "La lex mercatoria Comprende los usos de carácter internacional, las prácticas de carácter internacional, costumbres de carácter internacional, doctrina de carácter internacional, jurisprudencia arbitral de carácter internacional, contratos tipo que también son de carácter internacional, leyes modelo, principios generales de comercio internacional y también las condiciones generales de contratación. Todos estos elementos, aunque prescinden de los Estados,

---

<sup>22</sup> Herdegen, Matthias. Derecho internacional público. Pág. 7.



regulan las transacciones internacionales con carácter vinculante entre los contratantes que acepten voluntariamente su aplicación en sus relaciones comerciales”.<sup>23</sup>

“Lo que constituye propiamente la “nueva lex mercatoria” no es otra cosa que un conjunto de reglas de comportamiento y cláusulas de interpretación uniformes y típicas que se generan de manera constante y reiterada en el comercio internacional y que son asumidas por los particulares en virtud de la existencia de una convicción de su carácter vinculante: lo que genéricamente se califica de “usos y costumbres del comercio internacional” que en el análisis detenido comprende fundamentalmente: los llamados términos comerciales uniformes, condiciones generales de venta aceptadas en ciertos sectores del comercio internacional, los contratos tipo para la venta de ciertos productos”.<sup>24</sup> Es decir una unificación y universalidad de reglas, prácticas y costumbres desarrolladas de manera usual por las personas, en este caso comerciantes que se dedican a las transacciones comerciales internacionales.

Nos hallamos pues, ante, una serie de técnicas de unificación jurídica que, prescindiendo de los Estados, inciden de manera directa en la reglamentación de las transacciones comerciales internacionales y que están protagonizadas por los actores directos del comercio internacional. Tales técnicas han dado como resultado una reglamentación paralegal que suele limitarse a las relaciones internacionales, marginando las puramente internas y que ofrece un carácter material con exclusión de soluciones conflictuales.

---

<sup>23</sup> *Ibíd.* Pág. 239.

<sup>24</sup> *Ibíd.* Pág. 97.



## 2.5. Principios de la lex mercatoria

Los principios del comercio internacional abarcan distintos aspectos de vital importancia que tienen injerencia sobre las distintas actividades que abarca el comercio; por esto organizaciones como la organización mundial del comercio y el instituto internacional para la unificación del derecho privado; han desarrollado variedad de instrumentos que se encuentran inspirados en principios fundamentales considerados como base para el comercio internacional.

La organización mundial del comercio desarrolla estos principios con el propósito fundamental de igualar la situación comercial entre los distintos países y promover un sistema uniforme para las negociaciones; de esta forma el principio de igualdad es fundamental dentro del comercio internacional pues en virtud de este no se otorgan ventajas especiales que de ser concedidas a una de las partes deberían concederse a todas las partes involucradas en la relación comercial.

Este principio se conoce como Principio de trato de la nación más favorecida, la Organización Mundial del Comercio en su artículo los principios del sistema de comercio página 34 sobre este principio expone "Suena como una contradicción. Parece indicar un trato especial, pero en la OMC significa realmente no discriminación, es decir, tratar prácticamente a todos de igual manera. Ocurre lo siguiente: cada miembro trata a todos los demás Miembros, por ejemplo, como interlocutores comerciales más favorecidos. Si un país aumenta los beneficios que concede a uno de sus interlocutores comerciales, tiene que dar ese mismo mejor trato a todos los demás Miembros de la OMC, de modo que todos sigan siendo los "más favorecidos".



Este principio se ve reflejado en instrumentos como el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio en el Artículo 1; en el Acuerdo General sobre el Comercio

Servicios regulados en el Artículo 2; y en el Acuerdo General sobre los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio.

Existen excepciones a este principio y que se aplican únicamente sobre condiciones establecidas y concediendo las mismas condiciones sobre las cuales se aplica una excepción a todos los mercados; las excepción consisten en la aceptación de productos de terceros países dentro del marco de un acuerdo de libre comercio cuya aplicación recaiga únicamente sobre los productos del país con el que se celebró éste; también se exceptúan los casos en los que se brinde acceso privilegiado a países en desarrollo y que esto permita el fortalecimiento de sus mercados; y el acceso de productos que no favorezcan a la libre competencia.

a) Principio de trato nacional; el cual implica la igualdad de condiciones para las mercancías de producción nacional y las mercancías de importación; también se aplica en cuanto a las marcas, patentes y derechos de autor cuya protección abarca el ámbito nacional e internacional, este principio basa su funcionamiento en la condición en que la mercancía o producto debe haber ingresado comercialmente al mercado de un estado pagando los impuestos aduanales y aranceles de importación.

Este principio se ve reflejado en instrumentos como el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio regulado en el Artículo 3; en el Acuerdo General



sobre el Comercio de Servicios contenido en el Artículo 17; y en el Acuerdo General sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio que lo contempla en el Artículo 3.

- b) Principio de libertad de comercio; el cual tiene la finalidad de facilitar los mecanismos que permitan la disminución de dificultades y que proporcionen los medios idóneos para las negociaciones comerciales generando beneficios y propiciando la apertura de los mercados; este principio se aplica con la finalidad de reducir todas aquellas circunstancias que dificulten el ingreso de las mercancías a los mercados por cuestiones aduaneras o de aranceles. Es importante establecer que este principio debe de ser considerado como un principio inviolable e inherente a toda actividad comercial internacional y universal por ser el comercio una actividad lícita que genera economía nacional e internacional a través del intercambio de bienes y servicios.
  
- c) Principio de previsibilidad; como su denotación claramente lo establece este principio, aparte de ser de suma importancia para el comercio, busca establecer los medios idóneos para la inserción de las economías estatales a los mercados globales asegurando la transparencia y relaciones comerciales sólidas; este principio opera sobre la base de regular límites a los tipos arancelarios, derechos de importación a través de tipos consolidados, esto quiere decir que los mercados consolidan sus compromisos respecto al establecimiento de los tipos arancelarios y derechos de importación con relación a productos y mercancías, para lograr que los tipos aplicados.



Es decir los que se encuentran establecidos en la regulación legal o consuetudinaria de un estado o nación, sean iguales a los consolidados, los tipos consolidados siempre están sujetos a negociación en virtud de lo cual se pueden modificar o cambiar e inclusive esto puede representar compensaciones a terceros involucrados en las negociaciones comerciales que se realicen; cuando la modificación represente pérdidas en el comercio; todas estas concesiones y obligaciones se logran a través de compromisos vinculantes con la finalidad de brindar mayor seguridad jurídica a los mercados; estabilidad y principalmente previsibilidad, es decir facilitar los medios para el establecimiento de futuras negociaciones comerciales, lo que también debe verse reflejado en las políticas comerciales de cada país .

**d)** Principio de fomento de una competencia leal; a través del cual es necesario fijar un sistema que favorezca al libre comercio en cualquier Estado o nación, basado en prácticas de libre competencia y evitar la competencia desleal; y lograr condiciones equitativas para el comercio. Este principio encuentra su aplicación en las normas relativas al dumping que se refiere según la Organización Mundial del Comercio en su artículo los principios del sistema de comercio página 24, a "la práctica monopolística de discriminación de precios. Práctica comercial discriminatoria consistente en vender un mismo producto a precios diferentes en distintos mercados.

En su acepción más corriente, el dumping consiste en vender en los mercados exteriores un producto a un precio inferior al de ese mismo producto en el mercado interior e incluso por debajo de su coste de producción, cuando no es posible darle

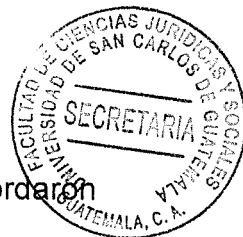


salida a ese producto a un precio que le permita a su productor obtener un margen comercial razonable, o cuando la pérdida que le produce en unos mercados la puede compensar el productor con las ganancias de otros. Por ser considerado como una práctica competitiva desleal, el dumping suele estar expresamente prohibido en los tratados comerciales internacionales”. Siendo así la aplicabilidad de la norma.

e) Principio de promoción del desarrollo y la reforma económica; con la finalidad de promover el desarrollo económico de los países en desarrollo y lograr mayor apertura en los mercados. Fundamentalmente se aplica a la aplicación de normas que faciliten las condiciones para las negociaciones comerciales de países en desarrollo o que se encuentran en transiciones económicas.

Por otra parte el Instituto Internacional para la unificación del derecho privado; UNIDROIT cuya finalidad es la modernización, armonización y coordinación de los principios e instituciones que conforman el derecho privado; como parte de su labor y en virtud de la modernización e internacionalización del comercio ha elaborado distintos instrumentos internacionales que permitan la existencia de un sistema normativo uniforme; de esa forma se establecen los principios sobre contratos comerciales internacionales.

Según el instituto internacional para la unificación del derecho privado en su artículo titulado Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales en su página 56 estos principios tienen la finalidad de establecer “las reglas generales aplicables a los contratos mercantiles internacionales que rigen cuando las partes



acuerdan someter su contrato a ellas o, simplemente, si los contratantes acordaron registrarse por los principios generales del Derecho o lex mercatoria. Los principios UNIDROIT también pueden utilizarse para interpretar o complementar otros instrumentos internacionales o el derecho nacional". Por lo que cada uno de los efectos de la norma debe de estar contemplados para su aplicabilidad.

## 2.6. Lex mercatoria y el derecho mercantil internacional

La universalidad del Derecho Mercantil permite que distintos estados tengan legislación similar con la finalidad que es regular las relaciones del comercio, y que exista una manera uniforme para la resolución de conflictos es por ello por lo que el Doctor Carlos Larios Ochaíta establece textualmente lo siguiente "no obstante lo anterior, existen todavía algunos aspectos que dan lugar a conflictos de aplicación de leyes, ya sea de orden sustantivo, ya sea de orden adjetivo. La organización de las naciones unidas, por medio de su comisión jurídica, ha venido trabajando en una especie de Código Mercantil Universal. Regionalmente (América, Europa, etc.) también ha surgido la inquietud de uniformización, sin que hasta la fecha se haya llegado a algo concreto".<sup>25</sup>

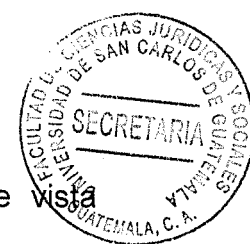
"El comercio internacional se enfoca en sus relaciones generales con el Derecho Internacional; en alguna forma se trata el aspecto económico propiamente dicho. El comercio es tan antiguo como el ser humano. El comercio internacional aparece cuando trasciende las fronteras de los Estados".<sup>26</sup>

---

<sup>25</sup> Larios Ochaíta, *Óp. Cit.* Pág. 241.

<sup>26</sup> *Ibíd.* Pág. 243.





Jurídicamente el comercio internacional puede enfocarse desde el punto de vista internacional público e internacional privado; "En el primer caso involucra la actividad de los Estados; impuestos, restricciones, cuotas, tarifas preferenciales, trato preferencial, mercados comunes, naciones más favorecidas, etc. Y en el segundo caso involucra a los individuos (físicos o jurídicos) pertenecientes a diferentes Estados intercambiando bienes y servicios".<sup>27</sup>

En cuanto al derecho mercantil internacional es necesario hacer referencia a la actividad principal que es el intercambio de bienes y servicios y la regulación de las transacciones comerciales internacionales; dicha actividad se realiza a través de contratos mercantiles internacionales.

Dentro del derecho mercantil existe la posibilidad de que "los interesados concluyan contratos que sean una mezcla de diferentes tipos legales o que creen figuras contractuales de valor sustantivo que no encajen en ningún tipo legal pues no es posible dar una solución igual para todos los casos, de forma que dependerá de la finalidad que las partes se proponen y de la equitativa valoración de los intereses en juego para la creación de un contrato".<sup>28</sup>

Atendiendo además a la rapidez que requiere el tráfico mercantil suelen crearse contratos que no pueden acoplarse a ningún tipo legal en los cuales rige la autonomía de la voluntad, (o bien las costumbres y prácticas que se han ejercido) de las partes

---

<sup>27</sup> *Ibíd.* Pág. 244.

<sup>28</sup> Garrigues, Joaquín. *Curso de derecho mercantil.* Pág. 76.



para crear modificar o dar por finalizado un determinado modelo contractual que garantice la seguridad jurídica para ambas partes contratantes. Por lo que en este caso la buena fe rige como norma para la interpretación y ejecución de los contratos sobre la cual se lleva a cabo también el comercio internacional estableciendo “un mínimo de formalidades escritas, la obligación del seguro, la protección del estado a través de convenios con otros estados, uniformidad de documentos utilizados, las cámaras de comercio, el arbitraje como medio de arreglar controversias, rapidez de intercambio de información, universalidad del lenguaje, alto grado de seguridad en los diferentes medios de transporte especializados”.<sup>29</sup>

Relacionado a la contratación mercantil internacional y la *lex mercatoria* podría decirse esta se utiliza por medio de su contenido expresado en los usos, prácticas y costumbres mercantiles vertidas en un contrato o que proporcionen una utilización según la funcionalidad de cada una.

También puede encontrarse expresada en la contratación mercantil internacional a través de la utilización de contratos tipo o la implementación de condiciones generales de contratación o la creación de estipulaciones que inserten disposiciones basadas en una norma creada en virtud de una ley modelo y considerando la uniformidad de los documentos utilizados y el arbitraje como medio de arreglar controversias siendo un aspecto importante la jurisprudencia arbitral. Debido a la abundancia de distintas figuras contractuales que pueden surgir sería necesario determinar en un caso concreto relacionado a la necesidad de las partes para poder nombrar un contrato en particular, pero como referencia a los criterios expuestos puede decirse que en la contratación

---

<sup>29</sup> Larios Ochaíta, Carlos. *Óp. Cit.* Pág. 87.



mercantil internacional actualmente es común la existencia de contratos compraventa que al realizarse se adoptan medidas existentes en instrumentos internacionales en cuanto a las condiciones de la compraventa, el transporte utilizado, y la forma de resolver las controversias que puedan surgir de la celebración del contrato. Y la utilización reglas estándar de compra y venta de mercancías, entrega, transporte, derechos y obligaciones de las partes como lo son los Incoterms.

Otro caso común y que surge con la modernización del comercio es la contratación en línea o negocios on-line los cuales pueden llegar a regirse por instrumentos relativos a la utilización de las comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales. Los distintos factores evolutivos del comercio como el transporte y los regímenes jurídicos bajo los cuales se encuentra regulado han propiciado que se genere un sistema de regulación de aplicación universal convirtiendo al Derecho Mercantil Internacional en un derecho regulador de las actividades comerciales internacionales.

La situación actual del comercio y la existencia de distintas manifestaciones jurídicas normativas de la actividad comercial y atendiendo a la rapidez, libertad, adaptabilidad y seguridad del tráfico jurídico establece un sistema conformado por convenios, tratados, acuerdos, leyes modelo y convenciones que buscan brindar mayor estabilidad y normar de forma adecuada las actividades comerciales bajo un régimen uniforme y universal que se adapte a las necesidades del comercio y los comerciantes, que permita realizar las transacciones con rapidez y libertad y que a la vez brinde seguridad jurídica sobre los medios para el cumplimiento de las obligaciones y reducción de los riesgos que conllevan las transacciones comerciales que se realizan actualmente. De ello se deriva



la importancia de esa universalidad que beneficie a todos los comerciantes ya que esto es importante para fortalecer las economías nacionales e internacionales, que el tráfico comercial sea más eficaz, más constante, más seguro y más justas para todos los comerciantes ubicados en cualquier región del mundo.



## CAPÍTULO III

### 3. Usos y Prácticas de carácter internacional de la Lex Mercatoria

Los usos comerciales considerados como el conjunto de prácticas realizadas por los comerciantes y que en virtud de la ley son consideradas como normas de derecho consuetudinario y fuente del derecho; operan dentro del derecho mercantil en la interpretación de los contratos y regulan desde los inicios del comercio las actividades de los comerciantes como una norma no escrita reconocida y válida, que con la evolución del comercio pasó a formar parte del derecho codificado y de esta forma desarrolla y caracteriza del derecho mercantil. La aplicación de los usos y costumbres en los negocios de carácter internacional permiten afirmar a los tratadistas que se han venido formando un conjunto de normas y principios de aceptación general a las que las partes se someten tacita o expresamente y es a esto a lo que llamamos lex mercatoria o ley mercante.

Para desarrollar este aspecto se hace necesario determinar lo que son los usos del comercio y la costumbre, pues dentro de la amplitud del derecho se distinguen una de la otra y son comprendidas de distinta forma dentro de la doctrina y la ley.

Así los usos del comercio, según Manuel Ossorio en su diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales en su página 76, se entienden como "La práctica o modo de obrar, no contrarios a ley, que rige entre los comerciantes en los actos y contratos propios del tráfico mercantil. El carácter internacional del comercio y la carencia de



leyes supranacionales han contribuido poderosamente a la adopción de diversos usos mercantiles por la generalidad de los países, e incluso al reconocimiento de su fuerza supletoria por los códigos de comercio”.

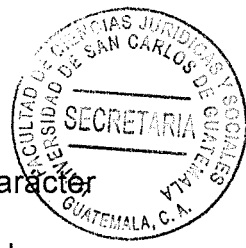
Los usos son aquellos cuya aplicación se limita a las prácticas habituales de los comerciantes en cuanto a la forma de contratar y sobre las prácticas habituales dentro de la actividad que ejercen los comerciantes; se considera su aplicación por virtud de la ley y tiene especial relación con el principio de autonomía de la voluntad, pues permite dar forma e interpretar la voluntad de las partes.

“Aun hoy, los usos y costumbres continúan en su papel revitalizador del derecho de los negocios. Además, se constituye como una alternativa a las dificultades que pueden presentarse a la hora de tratar de definir la ley nacional o internacional que resulte aplicable a los contratos y negocios en particular. Las nuevas realidades mercantiles, la apertura de los mercados, el desarrollo de tecnología que facilita las transacciones de bienes y servicios, la agilidad en los modernos medios presentes en el transporte de mercancías, seguramente llevan en sí, una dosis alta de costumbres que, por convicción de tratarse de normas de derecho obligatorias para las partes, la uniformidad, reiteración y publicidad de estas, las convierten en la nueva lex mercatoria del mundo moderno”.<sup>30</sup>

La lex mercatoria conformada en parte por los usos y prácticas reconocidos por los comerciantes y dentro del comercio internacional ha pasado a conformar el Derecho Mercantil internacional; estos usos incorporados a través de la lex mercatoria se

---

<sup>30</sup> Oviedo Alban, Jorge. Los usos y costumbres en el derecho privado contemporáneo. Pág. 34.



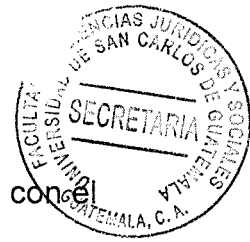
reconocen dentro de la legislación estatal vertidos en instrumentos de carácter internacional que regulan el comercio internacional a través de los usos expresados en prácticas comunes; cuya función puede ser normativa o interpretativa.

De esta manera se puede establecer que los usos representan gran importancia dentro del derecho mercantil internacional brindando las pautas para su desarrollo y la creación de instituciones jurídicas de Derecho Mercantil. En la actualidad los usos se encuentran presentes en las normativas de carácter internacional como convenios, tratados, y leyes modelo, un ejemplo de esto es la consideración que contiene la convención de las naciones unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías contenido en la Convención de Viena de 1980.

Al respecto el artículo 8 de la convención establece que para determinar la intención o el sentido sobre el cual se realiza una negociación deben tenerse en cuenta los usos y el comportamiento de las partes; así mismo el artículo 9 hace referencia a que las partes quedan obligadas en virtud de cualquier uso o práctica que se haya establecido o hayan convenido, y que el contrato será aplicable de acuerdo a un uso del que las partes han tenido conocimiento y que es reconocido en el comercio internacional.

### **3.1. Costumbres mercantiles en la *lex mercatoria***

La costumbre se encuentra establecida como una fuente de derecho dentro del derecho interno y con la internacionalización del derecho y el aporte de distintos sistemas jurídicos a este la costumbre también ha pasado a conformar una fuente de derecho



internacional, siendo relevante para distintas ramas del derecho que se relaciona con el derecho internacional. De esta manera es que las costumbre como fuente de Derecho Mercantil ha pasado a obtener importancia y aplicabilidad convirtiéndose en costumbre mercantil internacional, la importancia de ésta es su influencia dentro del comercio internacional como resultado de la globalización y como en los últimos años se ha convertido también en pauta de derechos y obligaciones en la contratación mercantil internacional. Según la revista electrónica La Lex Mercatoria y los Principios Jurisprudenciales de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional de derecho internacional en su pagina 2 señala que la costumbre “consiste en la repetición de manera constante y uniforme de actos idénticos comisivos u omisivos a través del consentimiento tácito de todas las personas que admitan su fuerza o valor como norma a seguir en la práctica de tales actos”.

En el derecho internacional la costumbre atiende fundamentalmente a la opinión iuris sive necessitatis interpretada como la obligación de cumplir un deber jurídico como un elemento subjetivo de la costumbre aplicada como fuente de derecho por medio de la cual un Estado puede llegar a reconocer determinadas conductas o maneras de actuar como obligatorias o constitutivas de un derecho. Para que exista dicho reconocimiento dentro del sistema jurídico internacional es necesario considerar si la costumbre puede tener un carácter vinculante.

Para determinar la existencia de un carácter vinculante el estatuto de la corte internacional de justicia establece que en cuanto a la resolución de las controversias que le sean sometidas tomará en cuenta la costumbre internacional como prueba de





una práctica que generalmente sea aceptada como un derecho. Expresada la costumbre mercantil como “un conjunto de usos o prácticas que realizan los comerciantes y que cumplen los requisitos exigidos por el código de comercio para adquirir tal denominación”.<sup>31</sup> De lo anterior podría establecerse que al constituir una práctica realizada y reconocida por los comerciantes y que además cumple con los requisitos establecidos en la ley, puede reconocerse la costumbre mercantil con carácter vinculante.

Dentro de los requisitos que un sistema legal puede instaurar para reconocer la costumbre como fuente de derecho se puede establecer que ésta debe ser uniforme es decir que los actos establecidos como costumbre deben ejecutarse de manera uniforme dentro de un mismo grupo o sector; debe ser reiterada de manera que sea una práctica constante y que no tenga carácter temporal u ocasional; la costumbre debe considerarse obligatoria para aquellos que la reconocen y la practican además de reconocerse de forma pública y ser practica en la actualidad es decir que sea vigente.

Al establecer el carácter de la costumbre mercantil deriva una funcionalidad interpretativa en cuanto al sentido de los actos de la contratación, dicha funcionalidad radica en tres aspectos que son muy importantes y por lo tanto deben señalarse; la función normativa de la costumbre, por medio de la cual se determina aquello que no se encuentre regulado por la ley pero que si ha sido utilizado; función interpretativa de la costumbre, la cual cumple con dar sentido a los términos bajo los cuales se realiza

---

<sup>31</sup> Cardoso, Juan Pablo. *La costumbre mercantil internacional como mecanismo de solución de conflictos en la contratación mercantil internacional*. Pág. 32.



determinado acto o contrato mercantil; y una función integradora la cual radica en la aplicación de la costumbre por disposición extra de la ley.

### 3.2. Doctrina internacional

La doctrina se considera como una fuente de derecho internacional reconocida y aceptada por distintos estados y se instituye como "el resultado de la labor intelectual científica de los estudiosos del derecho, contenida en sus libros, artículos de alta investigación, enciclopedias de valor científico, manuales de estudio, actas de congresos, conferencias, simposios, encuentros, seminarios".<sup>32</sup> Podemos decir entonces que la doctrina como fuente de derecho son los pensamiento, estudios, investigaciones de juristas y escritores plasmados en papel y que ayudan a establecer directrices sobre un tema y que tienen un valor intelectual para las personas.

La doctrina como tal sostiene una función que radica en complementar determinado ordenamiento jurídico de la forma en que lo establezca el tribunal de mayor jerarquía y que aparejada a esta función la doctrina suele utilizarse como medio de interpretación para la aplicación de la ley y la costumbre.

Dentro del ámbito de derecho internacional se puede hacer referencia al estatuto de la corte internacional de justicia en cuanto a la aplicación de la costumbre conforme al derecho internacional para la resolución de las controversias que le sean sometidas. El artículo 38 inciso g) del estatuto de la corte internacional de Justicia conviene la

---

<sup>32</sup> Larios Ochaíta, *Óp. Cit.* Pág. 24.



aplicación de la doctrina de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones como un medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho. Tratándose del derecho mercantil dentro del ámbito internacional aquel se relaciona en cuanto a la teoría general y sus fuentes lo que permite determinar dentro de una teoría del Derecho Mercantil internacional cómo se relacionan las normas jurídicas del derecho mercantil con el derecho internacional y sus elementos comunes; respecto a los elementos comunes puede establecerse la doctrina como una fuente y como un medio auxiliar para la interpretación de la ley comercial internacional, los actos del comercio y las relaciones jurídicas que puedan existir. Como una fuente del derecho mercantil internacional la doctrina se considera como tal cuando a través de documentos internacionales se sustentan principios o nociones sobre la interpretación y existencia de normas cuya aceptación internacional le otorgan determinada calidad. La doctrina entonces se aplicará como un respaldo jurídico que, de una noción racional sobre la aplicación, del derecho mercantil internacional y que justifica la vigencia o el sentido de un derecho.

En cuanto al derecho mercantil internacional y la nueva *lex mercatoria* comprendida como una expresión del derecho mercantil Internacional se encuentra presente en distintas doctrinas que desarrollan las posturas sobre su existencia y su contenido; con la existencia de estas doctrinas existen distintos criterios según cada autor, que la han desarrollado como un ordenamiento jurídico; como un conjunto de principios de derecho comunes al comercio internacional y como escritos complementarios al ordenamiento jurídico de un estado o nación . Considerando los criterios vertidos se puede expresar que la doctrina conforma *lex mercatoria* en cuanto a su existencia dentro de estudios,



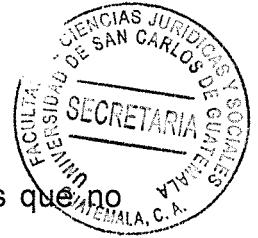
libros, artículos y al efecto permite aplicarla e incorporarla como auxiliar dándole validez a su contenido. Es por ello por lo que la doctrina se debe de utilizar como complemento en la negociación.

### **3.3. Contratos tipo en la lex mercatoria**

Los contratos tipo son modelos de contrato que contienen las estipulaciones que rigen las relaciones entre vendedor y comprador en determinadas relaciones que se dan habitualmente dentro de las actividades comerciales, lo que les brinda un uso universal y uniforme, conocidos por su nombre en inglés standard contracts los contratos tipo empleados para determinados casos deben ser revisados por un organismo supervisor el cual establece la seguridad jurídica de estos documentos.

Su contenido se basa en las condiciones generales de venta y suministro que serán válidas para determinado producto y su valor dentro de otras relaciones contractuales; así mismo se fijan los precios pudiendo establecer las condiciones de venta que se relacionen a los precios fijados por el vendedor y el derecho a modificar los precios según la condición que se establezca o las condiciones que modifiquen directamente los costos de producción.

Un contrato tipo al igual que cualquier otro contrato se perfecciona con su aceptación o extraordinariamente con la condición que se fije entre comprador y vendedor, al igual que se fijan las condiciones sobre las cuales serán suministradas las mercancías objeto del contrato, el plazo para la entrega de las mismas y las acciones por incumplimiento de las obligaciones incluyendo rescisión del contrato y pago por daños y perjuicios,



siempre y cuando no sea por fuerza mayor o por hechos imprevisibles en los que no medie culpa por parte del vendedor. También se establecen las condiciones sobre la devolución de los productos suministrados, el plazo y el estado de que deben guardar las mercancías para ser completamente aceptadas de vuelta y lo relativo a los cargos de envío que genere la devolución.

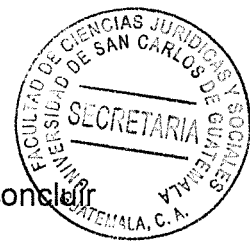
"Con relación a los precios de compra de las mercancías se establece el precio convenido, la moneda en la que ha de realizarse el pago y la forma de pago, si existen cargos extras y qué se incluye en la venta por el precio acordado, generalmente los costos relativos al flete, tasas, derechos de aduana y despachos para exportación corren por cuenta del comprador, salvo que expresamente se determine lo contrario; dentro de las condiciones de pago se fijan las condiciones sobre las cuales se efectuará el pago (moneda, deducciones, forma, retenciones) y los pagos por mora una vez incurrido en retraso dentro del plazo establecido".<sup>33</sup>

#### **3.4. Leyes modelo en la aplicabilidad de la lex mercatoria**

Las Leyes Modelo son instrumentos formulados para brindar a los estados una pauta para reformar y modernizar sus leyes sobre determinados aspectos que tienen relación con el comercio o que influyen particularmente en las actividades comerciales; con esta finalidad se han creado distintas leyes modelo cuyo contenido abarca procedimientos, reconocimiento de éstos y su ejecución siendo aceptados e incorporados por distintos estados dentro de las prácticas comerciales y los diferentes ordenamientos jurídicos;

---

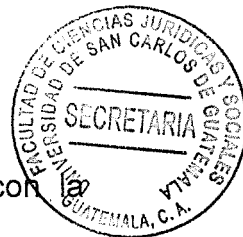
<sup>33</sup> *Ibíd.* Pág. 29.



estableciendo un régimen uniforme que brinde certeza jurídica. Podemos concluir entonces con lo establecido en la revista La Lex Mercatoria y los Principios Jurisprudenciales de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional que en su página 12 cita “que las leyes modelo son un sistema de unificación del derecho que consiste de reglas destinadas a reemplazar las actualmente existentes en los estados interesados, no constituyen convenciones internacionales, ni los estados forman parte de éste, son sencillamente recomendaciones que formula el organismo que las ha elaborado para que se conviertan en ley.”

Una ley modelo brinda los regímenes aplicables que faciliten la cooperación y coordinación jurisdiccional, trabaja sobre los lineamientos de reconocimiento, procedimientos y cooperación entre los estados; no constituye un sistema legal uniforme sino un marco de referencia para la toma de decisiones políticas y la realización de la legislación de un estado, es más bien un instrumento que contiene las recomendaciones en que se fundamenta para una adecuada incorporación a un sistema jurídico nacional.

Las divergencias entre los distintos sistemas jurídicos de cada país no permiten la aplicación de métodos adecuados y de solución de conflictos que pueden surgir entre las leyes nacionales, lo que ha generado dificultades dentro del comercio internacional. El objetivo fundamental de una ley modelo es establecer procedimientos que sean reconocidos a nivel internacional y que permitan la adaptación de las leyes para agilizar los procedimientos implícitos en las operaciones comerciales y a la vez facilitar los medios que permitan su funcionamiento de forma ordenada y equitativa. Una ley



modelo suele incorporar una guía para su incorporación al derecho interno con finalidad de proveer los medios para que los organismos de gobierno puedan incorporar la ley a su ordenamiento, tomar las decisiones sobre su incorporación y aplicar e interpretar la ley.

La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza: la perspectiva judicial Página, 54 establece "Se ha promulgado legislación basada leyes modelo de la comisión de las naciones unidas para el derecho mercantil internacional en unos 20 Estados. Cada vez es mayor el número de solicitudes de reconocimiento y asistencia presentadas con arreglo a esas legislaciones, así como la variedad de jurisdicciones afectadas por esas solicitudes. Se pide con más y más frecuencia a los jueces que decidan acerca de cuestiones relativas a casos transfronterizos con las que tal vez estén poco familiarizados o tengan poca experiencia. El texto pretende ofrecer a los jueces una introducción al uso y la aplicación de la ley modelo, fomentando así un entendimiento común y una interpretación uniforme de la ley modelo, y aumentando la previsibilidad".

### **3.5. Condiciones generales de contratación**

Las condiciones generales de contratación cumplen con una función de rapidez y agilidad para la contratación mercantil por medio de cláusulas redactadas para ser utilizadas en todos y cada uno de los contratos las cuales no están sujetas a cambio o modificación alguna y las cuales prevén todas las situaciones posibles de acuerdo con las necesidades del negocio que se celebra y de la voluntad de cada una de las partes,



de esta manera se puede contratar en menos tiempo, a menor costo y en mayor cantidad siendo esto beneficioso para ambas partes del contrato. Todas aquellas condiciones generales que tiendan a favorecer a una sola de las partes en perjuicio de la otra se tienen como cláusulas abusivas y son éstas generalmente las que pueden causar inestabilidad en la contratación.

Para la interpretación de las cláusulas generales de contratación suele atenderse al propio sentido de lo que se encuentra dentro de los contratos o una interpretación más compleja en la cual deben considerarse las relaciones existentes entre las partes, la posición de las partes y la finalidad que se persigue dentro de la actividad comercial.

Las cláusulas que contienen las condiciones generales de contratación pueden ser adoptadas de por las partes en determinado sentido tomando siempre como rectores los principios de buena fe guardada y que toda prestación se presume onerosa y cuando existan cláusulas ambiguas se interpretan de la manera que mejor favorezca al tráfico comercial.

Puede considerarse también la funcionalidad de las condiciones generales de contratación como un medio para proporcionar igualdad entre las partes contratantes para brindar seguridad jurídica y fomentar las relaciones económicas a través de la protección de los intereses de las partes a través de un equilibrio adecuado de las obligaciones y derechos que derivan de un contrato. Para que las condiciones generales de contratación puedan formar parte de un contrato se requiere que estas condiciones sean conocidas por la que se obliga a través de un contrato, que se redacten en forma clara, concreta y sencilla y que no estén pre dispuestas a beneficiar en mayor grado a quien redacta el contrato.





Las condiciones generales de contratación se encuentran en la práctica dentro de los contratos de adhesión y se presentan generalmente en la contratación de determinados servicios. No pueden utilizarse condiciones generales de contratación en contratos relativos al trabajo, constitución de sociedades y aquellos asuntos relacionados a la familia, además se debe contar con la aceptación de quien se adhiere y la indicación sobre la incorporación de condiciones generales de contratación dentro del contrato al que se adhiere; de no existir dicha indicación no se podrá tener por aceptado el contrato en los términos establecidos.

No podrán incorporarse aquellas condiciones que no se conozcan de forma completa o que sean ambiguas, oscuras o incomprensibles además serán nulas aquellas que perjudiquen a una de las partes y o que impongan limitaciones a los derechos que les correspondan.





## CAPÍTULO IV

### **4. EFECTOS JURÍDICOS DE LA LEX MERCATORIA PARA GARANTIZAR LA SEGURIDAD JURÍDICA DE LAS OPERACIONES COMERCIALES INTERNACIONALES.**

La Nueva lex mercatoria se presenta a través de distintas manifestaciones, es por esta razón que es necesario establecer cuáles son los efectos de su aplicabilidad en Guatemala.

#### **4.1. Efectos de aplicabilidad de la Lex Mercatoria en Guatemala**

Debido a que una de las características del derecho mercantil es que tiende a ser internacional una de las características y principios fundamentales, la lex mercatoria viene siendo el resultado una fuente aplicable al derecho mercantil, la idea de contar con una lex mercatoria es la idea de unificar principios, conceptos, tasas aduaneras, en fin, crear una unidad dentro de lo que es el derecho mercantil y que al aplicar la lex mercatoria en Guatemala se brinde esa seguridad jurídica en las operaciones comerciales internacionales, derivado de que no existe la incertidumbre para los comerciantes en cuanto a la aplicación de una norma externa desconocida, y de esta manera se sentirán más seguros de aplicar la misma.

La lex mercatoria en su conjunto, así como todo lo que comprende e integra hablando de principios, doctrinas, leyes, convenios y tratados pues a lo que va, es a tratar de unificar el derecho mercantil. Sus antecedentes se dan precisamente por el crecimiento



económico y la evolución se va dando más en los últimos días debido a las tendencias globalizadoras.

Como fuente de derecho todas las normas que se emitan en un sentido uniforme o común para agilizar las negociaciones dentro de los distintos países como fuente de aplicabilidad del derecho dentro del derecho mercantil. Ahora como lo que debe constituir viéndolo desde el lado de su aplicabilidad depende mucho de los convenios que se puedan establecer en un momento determinado dentro de la globalización y los tratados de libre comercio. Así mismo en cuanto al funcionamiento de la legislación guatemalteca en cuanto a las operaciones comerciales internacionales Guatemala no se ha querido quedar rezagada en este tipo de aspectos de negociación mercantil internacional y ha tratado de signar todos los convenios y tratados internacionales, Guatemala se ha tenido que adaptar a lo que implica la globalización y los tratados de libre comercio, el problema es que se signan los tratados y convenios pero no siempre se analizan las consecuencias que esto puede provocar al interior o sea que Guatemala podría ponerse al día con todo el tráfico mercantil internacional siempre y cuando no se descuide lo interno porque debe generar condiciones para una de las principales fuentes económicas que tiene Guatemala como lo son las micro y pequeñas empresas.

El código de comercio tiene muchas ventajas y prerrogativas, si se busca alguna supletoriedad el código remite al derecho común o el derecho civil, sin embargo, me parece que tratándose de transacciones comerciales internacionales hay algunas debilidades que deberían satisfacerse por medio de reformas hechas dentro del propio código de comercio o por medio de normas especiales o normas específicas para



atender las negociaciones internacionales. La ratificación de tratados y convenios internacionales no siempre es suficiente, se necesita que haya una normativa para poder hacer prácticas y aplicables las negociaciones internacionales.

En cuanto a la adopción de instrumentos sobre derecho mercantil, Guatemala suscribe algunos convenios y tratados internacionales que de alguna manera le pueden traer beneficios a la par de esto, otros instrumentos con los que se debe contar es la normativa interna a efecto de crear mejores condiciones y que los pequeños y medianos empresarios no se queden fuera de los procesos de negociación porque ante las circunstancias actuales, solo podrían exportar los grandes comerciantes guatemaltecos, los grandes consorcios, las grandes empresas y todo el resto del movimiento económico de Guatemala podría quedarse en el aire si no se crean este tipo de instrumentos que hagan aplicables las normativas externas hacia el interior.

#### **4.2. Aplicación de nuevos sistemas jurídicos en materia mercantil**

Las ventajas que se requieren para la aplicación vendrán en función de que esos sistemas jurídicos representen buenas alternativas para Guatemala para que sea todo lo que se haga de análisis sobre sistemas jurídicos que tiendan a la unificación del derecho mercantil y la internacionalización que se pretende del derecho mercantil, las ventajas serán en la medida en que los sistemas jurídicos estén provistos de las condiciones necesarias para que el país no quede en desventaja y que exista igualdad de condiciones en todo momento, especialmente en las negociaciones comerciales de carácter internacional.



Así mismo expone, al respecto de la integración al derecho mercantil guatemalteco: todo puede ser ventajoso mientras no se descuide a los distintos sectores comerciales que existen en Guatemala y se les den las mismas opciones y oportunidades de crecimiento económico, en la medida que esto se pueda hacer. Por lo que supletoriamente se debe de aplicar los usos y costumbres para proteger los efectos jurídicos de las negociaciones mercantiles.

#### **4.3. Los incoterms dentro de la legislación guatemalteca**

En el sistema jurídico guatemalteco, la prelación de las fuentes del derecho mercantil según el artículo dos de la ley del organismo Judicial, los actos de comercio se regirán por la ley, en su defecto por la jurisprudencia, en dado caso por la costumbre.

Esta es una de las manifestaciones del ordenamiento jurídico guatemalteco, según el cual la fuente principal de derecho es la ley, después la jurisprudencia y por último la costumbre. Como los incoterms son reglas que nacen de un ordenamiento privado y por lo tanto no están dotadas de características necesarias para considerarlas leyes o costumbres, la doctrina las ha englobado dentro de los llamados usos mercantiles y son aquellos mecanismos que se encargan de facilitar el comercio mundial y las relaciones entre agentes económicos de compra y venta de mercancías. Eso es así porque en la práctica diaria ha superado las expectativas de los legisladores, de todos modos, esos usos mercantiles no lo son propiamente respecto de los incoterms, porque para poder aplicarlos se debe de producir un acuerdo de voluntad de las partes, incorporándolos en el contrato de compraventa mercantil.



El principio de autonomía de la voluntad, o libertad contractual, consiste en el poder que la ley reconoce a los particulares para regular libremente por sí mismos el contenido y modalidades de las obligaciones que imponen contractualmente. Es así como en materia de contratos, la mayor parte de las normas son de carácter supletorio o dispositivo y no imperativas. Este principio tiene relación con la libertad y se refiere, fundamentalmente, a la libertad que tienen las personas para elegir por sí mismas.

El Código Civil y la convención, permiten que el contrato de compraventa se modifique o extinga por el mero acuerdo. Con relación a la responsabilidad precontractual, la convención en su Artículo 4, excluye totalmente del ámbito de su aplicación a la responsabilidad precontractual, ya que no se pudo llegar a un consenso sobre su adaptación a la convención, por lo que la responsabilidad precontractual quedara en caso concreto, regulada por la legislación que resulte aplicable.

La adopción de la parte II de la convención no implicaría el desuso o el desplazamiento de alguna forma de las normas que pudieran relacionarse con el poder de representar a otra persona en el proceso de negociación, formación y ejecución de un contrato de compraventa. Del análisis general acerca de las disposiciones sobre la formación de contratos de compraventa en la legislación guatemalteca y la Convención de las Naciones Unidas sobre contratos de compraventa internacional de mercaderías se llega a concluir que las normas de la convención no implicasen el desuso o desplazamiento de alguna forma de las normas que pudieran relacionarse con poder representar a otra persona en proceso de negociación, formación y ejecución de un contrato de compraventa. Para que surta sus efectos jurídicos en materia mercantil.

#### 4.4. Lex mercatoria y su ámbito de aplicación.

Según la revista electrónica de difusión científica, Impacto en Colombia de la Lex Mercatoria los principales actores que impulsan la aplicación y desarrollo de la nueva Lex mercatoria son:

- i. Los operadores del comercio internacional, empresas corporativas, sociedades internacionales con ánimo de lucro.
- ii. Corporaciones jurídicas internacionales
- iii. Organizaciones internacionales gubernamentales, La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), La Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), Organización Mundial del Comercio (OMC), y el Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (Banco Mundial).
- iv. Organizaciones internacionales no gubernamentales, como el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT) y la Cámara de Comercio Internacional (CCI).
- v. Procesos de Integración regionales, como la Unión Europea, el Área de Libre Comercio de las Américas (ALCA), el ASEAN, el APEC, el NAFTA, CAFTA-DR.
- vi. Centros Internacionales de Arbitraje, mediación y conciliación, como son el Centro de Arbitraje y Mediación de la OMPI, la Asociación Americana de Arbitraje (AAA), La Corte Internacional de Arbitraje de la CCI, El Órgano de Solución de Diferencias de la OMC, La Comisión Interamericana de Arbitraje





Comercial (CIAC), y el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI).

El comercio internacional comprende el mundo entero como campo de actuación y queda, por tanto, bajo la esfera de intervención de organismos internacionales, de carácter universal o regional; por ello el ordenamiento regulador de esta realidad jurídica de naturaleza transnacional coarta la posibilidad del legislador estatal de determinar con entera libertad las respuestas jurídicas a estas transacciones de acuerdo con su propia concepción del mercado.

En el mercado internacional se realizan las transacciones comerciales más importantes siendo el intercambio de bienes y servicios la principal pero no la única, actividad, formalizados a través de contratos mercantiles, en la creación de dichos documentos se realiza una mezcla de diferentes tipos legales o que creen figuras contractuales de valor sustantivo que no encajen en ningún tipo legal pues no es posible dar una solución igual para todos los casos, dependerá de la finalidad y de la equitativa valoración de los intereses en juego para que se adapte a las disposiciones comerciales que demande la relación contractual.

Según el Doctor José Carlos Fernández Rozas establece que el comercio internacional jurídicamente se enfoca desde el punto de vista internacional público e internacional privado; "en el primer caso involucra la actividad de los Estados; impuestos, restricciones, cuotas, tarifas preferenciales, trato preferencial, mercados comunes, naciones más favorecidas, etc.



En el segundo caso involucra a los individuos (físicos o jurídicos) pertenecientes a diferentes Estados intercambiando bienes y servicios”.<sup>34</sup>

Este intercambio ha logrado un desenvolvimiento de la nueva lex mercatoria de proyección universal constituye uno de los aspectos estructurales más importantes en las mutaciones que experimenta el derecho privado de la economía, como vía de superar las insuficiencias del método clínico de los conflictos de leyes y de los modestos resultados alcanzados por el método preventivo de la elaboración de un derecho mercantil uniforme, tiene base consuetudinaria y su aplicación se apoya en el frecuente recurso al arbitraje.

Por eso la lex mercatoria se configura como un derecho espontáneo, un nuevo ordenamiento autónomo, creado por los propios comerciantes con el propósito fundamental de evitar en sus transacciones internacionales la aplicación siempre conflictiva, de las legislaciones locales de sus respectivos países.

“Esto es, liberarse de la rigidez y falta de sensibilidad para el tráfico mercantil internacional de las legislaciones internas a través de un culto hacia el principio de la autonomía de la voluntad y de la autorregulación en este sector”.<sup>35</sup>

La lex mercatoria se fundamenta en un derecho poco sistemático, con sus reglas, adjudicación y aplicación espontánea y acelerada, la globalización del comercio ha cambiado muchas cosas entre ellas, la forma de concebir el derecho. El uso

---

<sup>34</sup> Fernández Rozas José Carlos. *Derecho de los negocios internacionales*. Pág. 26.

<sup>35</sup> Larios Ochaíta. *Óp. Cit.* Pág. 32.



permanente en el comercio internacional de créditos documentarios, de incoterms, de marcos de operaciones financieras tipo ISDA (asociación internacional de swaps y derivados), de contratos tipo internacionales, requieren de una relativa estabilidad y seguridad.

Por lo que se observa una creciente manifestación de voluntad de someterse a arbitrajes internacionales en caso de controversia, los cuales son manifestaciones evidentes de estas modernas prácticas comerciales. "Los créditos documentarios aplicados a los créditos bancarios, del mismo modo los usos uniformes adoptadas por las asociaciones bancarias, y la banca individual en 175 países, han optado por utilizar las reglas de la London Commercial Trade Association para el comercio de granos, incluyendo 60 fórmulas tipo, en la misma modalidad mercados de seda, productos forestales y minerales entre otros".<sup>36</sup>

El arbitraje internacional es la principal institución que permite a las partes en una controversia a eludir una vía judicial, sometiendo la resolución a un tercero, por vía arbitral. "La Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional (1985) reconoce la procedencia de la Lex Mercatoria, al establecer en su artículo 28, que el tribunal arbitral decidirá el litigio de conformidad con las normas de derecho elegidas por las partes como aplicables al fondo del litigio. Se entenderá que toda indicación del derecho u ordenamiento jurídico de un Estado determinado se refiere, a menos que se exprese lo contrario, al derecho sustantivo de ese Estado y no a sus normas de conflicto de leyes".<sup>37</sup>

---

<sup>36</sup> Ávila de la Torre, Alfredo, *Lecciones de derecho de los contratos en el comercio internacional*. Pág. 37.

<sup>37</sup> Guardiola Sacarrera, Eduardo. *Contratos de colaboración en el comercio internacional*. Pág. 25.



La lex mercatoria supone un espacio transnacional, ya que no hay un terreno físico delimitado, donde no existen límites fronterizos, cuyo objetivo es evitar conflictos jurisdiccionales legales en sus transacciones internacionales. Por ello “la lex mercatoria actúa dentro de una realidad caracterizada por la división política de los mercados en una pluralidad de Estados, su función es superar la discontinuidad jurídica por éstos provocada. Dentro de esta nueva lex mercatoria se disuelven tanto los particularismos jurídicos de las codificaciones y como fenómeno todavía más significativo, también las diferencias entre el civil law y el common law”.<sup>38</sup>

La lex mercatoria se empeña en superar la discontinuidad jurídica disolviendo los particularismos introducidos por las codificaciones de los Estados. Se ha tomado como verdadero en la lex mercatoria, la tendencia hacia la internacionalidad, la existencia de un ordenamiento jurídico y la consolidación de procedimientos de controversias al margen del Estado, han propiciado un ordenamiento interno e internacional, incluso unificación de las legislaciones estatales, cuyo ámbito de vigencia no corresponde a las exigencias de uniformidad que el comercio internacional plantea.

La nueva lex mercatoria, nacida de la práctica comercial internacional, alude a un derecho espontáneo, uniforme y de cierta manera universal, que son usos propios de los comerciantes, tratando de superar conflictos de leyes nacionales producto de la relación jurídica contractual en un ámbito internacional globalizado.

Al tratar de superar los conflictos, la interrelación con la autonomía conflictual y el derecho material se considera “que no se entiende por qué una libertad que puede

---

<sup>38</sup> Galgano, Francesco. Derecho comercial. Pág. 65.



llegar a transformar las leyes estatales en simples catálogos de recetas susceptibles de combinarse, en simples modelos a seguir, se pueden ser adaptados y recortados, no llegaría a permitir darse una reglamentación contractual por referencia a la *lex mercatoria* o adoptar los Principios de UNIDROIT”.<sup>39</sup>

“Los principios de los contratos de comerciales internacionales, llevados a cabo por el Instituto Internacional para la Organización de la unificación del Derecho Privado UNIDROIT en 1994, es una comisión intergubernamental independiente ubicada en Roma, recopila principios generales de derecho comercial sobre formación de contratos de carácter internacional, validez, interpretación y resolución cuando las partes y árbitros no apliquen a legislaciones nacionales para dirimir disputas”.<sup>40</sup> El desenvolvimiento de la nueva *lex mercatoria*, es desarrollar un derecho mercantil uniforme, con base consuetudinaria y su aplicación se apoya en el frecuente uso de cláusulas y de aplicación generalmente por vía arbitral, que manifiesten la voluntad legítima de las partes contratantes.

“Por ello, la *lex mercatoria* se elige como un orden jurídico propio, aunque incompleto, ya que este se encuentra subordinando a un ordenamiento jurídico nacional para su aplicación y eficacia, cuya dependencia no afecta su autonomía”.<sup>41</sup>

Es normal encontrar cierto recelo en la aplicación de los principios de la *lex mercatoria* en la jurisdicción nacional, ya que como esta es manejada en un contexto de arbitraje

---

<sup>39</sup> Silva Jorge Alberto, *Estudios sobre lex mercatoria*. Pág. 113.

<sup>40</sup> Matute Morales, Claudia, *La Lex Mercatoria y los Principios Jurisprudenciales de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio*. Pág. 76.

<sup>41</sup> Silva Jorge. *Óp. Cit.* Pág. 115.



internacional, los árbitros están acostumbrados a la diversidad legislativa y que en las relaciones contractuales sea viable la elección de las partes de someterse a la aplicación de principios de carácter internacional en el ámbito mercantil.

No así los jueces nacionales, que se limitan al ordenamiento nacional, o cuando se requiera como fundamento de derecho tratados internacionales especificando claramente el artículo que indican sea invocada su aplicación en aspectos que no sea posible enmarcar a una norma específica, los principios realizan una función integradora utilizados para suplementar o interpretar proporcionando una solución a la controversia en cuestión.



## CONCLUSIÓN DISCURSIVA

En cuanto a los antecedentes de la Lex Mercatoria se concluye que ésta surge como una fuente de derecho aplicable basada en los usos y costumbres de los comerciantes lo que a la vez la convierte en una fuente de Derecho Mercantil, que en principio tiene la finalidad de uniformizar las normas de Derecho Mercantil y universalizar las prácticas y costumbres comerciales que se han desarrollado a lo largo del tiempo. Por lo que La Lex Mercatoria puede aplicarse a todos aquellos actos que se rijan por la voluntad de las partes en cuanto a los principios generales del Derecho Mercantil, para interpretar o complementar la voluntad de las partes.

La Lex Mercatoria puede encontrarse materializada en todas aquellas normas nacionales o internacionales que tengan la finalidad de armonizar, uniformizar y responder a la internacionalización del Derecho Mercantil, usos y prácticas comerciales, costumbres, doctrina, jurisprudencia y medios utilizados en la contratación mercantil internacional. Los instrumentos internacionales o normas de derecho interno que se inspiran en la Lex Mercatoria, conservan la flexibilidad necesaria dentro del Derecho Mercantil y se adapta a las disposiciones de los comerciantes en cuanto no exista pacto en contrario. La Lex Mercatoria como un sistema de aplicación normativa puede utilizarse como fuente de integración, inspiración o reguladora de las actividades comerciales internacionales. Para que la nueva lex mercatoria sea reconocida de forma globalizada como un ordenamiento jurídico aplicable es completamente necesario que sus normas, usos y prácticas sean aceptadas como un instrumento internacional y de esa manera ser aplicadas al ordenamiento jurídico interno de Guatemala.







## BIBLIOGRAFÍA

AGUILAR GUERRA, Vladimir. **El negocio jurídico**, Guatemala, Magna Terra

Editores S.A., 2008, Sexta Edición.

AVILA DE LA TORRE, Alfredo, **Lecciones de derecho de los contratos en el**

**comercio internacional**, España, Universidad Salamanca, 2006.

BRISEÑO SIERRA, Humberto. **El arbitraje comercial doctrina y legislación**, México,

Editorial Limusa Noriega Editores, 1999.

CASTÁN TOBEÑAS, José, **Los sistemas jurídicos del mundo occidental**, España,

Editorial Reus, 1957, Segunda Edición.

CRUZ MIRAMONTES, Rodolfo, **Contratación internacional comentarios a los**

**principios sobre los contratos comerciales internacionales del unidroit**,

Universidad Nacional Autónoma de México.

DIEZ DE VELASCO, Manuel, **Prácticas de derecho internacional privado**, Madrid,

Editorial Tecnos, 1986, Tercera Edición.

GARRIGUES Joaquín, **curso de derecho mercantil**, Volumen 1, México, Editorial

Porrúa, 1979, Séptima edición.

GALGANO, Francesco, **Derecho comercial**, volumen 1, España, 2005.

GUARDIOLA SACARRERA, Eduardo, **Contratos de colaboración en el comercio**

**internacional**, Barcelona, Editorial Bosh, 1998.



GARRIGUES, Joaquín, **Curso de derecho mercantil**, México, Editorial Porrúa S.A.

1979, Sexta Edición.

HERDEGEN Matthias, **Derecho internacional público**, Universidad Nacional

Autónoma de México, México, 2005.

HERDEGEN, Matthias, **Derecho internacional privado**, México, Universidad Nacional

Autónoma de México Fundación Konrad Adenauer, 2005.

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, **Curso de lex mercatoria y su**

**impacto**, México 1998, Primera edición.

JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo, **El derecho internacional contemporáneo**,

España, Editorial Tecnos, 1980.

LARIOS OCHAITA, Carlos, **Derecho Internacional privado**, Guatemala, Editorial

Maya'wuj, 2010, Octava Edición.

LARIOS OCHAITA, Carlos, **Derecho internacional privado**, Guatemala, Editorial

estudiantil Fénix, 2004, séptima edición.

MANTILLA MOLINA Roberto L., **Derecho mercantil**, México, Editorial Porrúa, 2010,

Vigésima novena edición.

MATUTE MORALES, Claudia, **La lex mercatoria y los principios jurisprudenciales**

**de la corte de arbitraje de la cámara de comercio**, Revista de Derecho No. 27

de Colombia.



PALLARES Jacinto, **Derecho mercantil**, México, Dirección General de Publicaciones  
Universidad Nacional Autónoma de México, 1987.

PERALES VISCOSILLAS, José, **El derecho uniforme del comercio internacional**,  
Argentina, Editorial Heliasta, 1990.

PÉREZ VARGAS Víctor, **La lex mercatoria, antología de derecho de la contratación  
internacional**, Costa Rica, Universidad de Costa Rica, 2005.

PEREZ NIETO CASTRO, Leonel, **Derecho internacional privado parte general**,  
México, Editorial Servicios Litográficos Ultrasol, 1999, Séptima Edición.

PEREZ NIETO CASTRO, Leonel, Silva Silva, Jorge Alberto, **Derecho internacional  
parte especial**, México, Editorial Castillo Hermanos, 2000.

ROMERO DEL PRADO, Víctor N., **Derecho internacional privado**, Tomo II, Cordova,  
Editorial Assandri, 1961.

SÁNCHEZ CALERO, Fernando, **Principios de derecho mercantil**, Madrid, Editorial  
McGraw-Hill, 2002, Sexta Edición.

SILVA Jorge Alberto, **Estudios sobre lex mercatoria**. México, UNAM, Instituto de  
Investigaciones Jurídicas, segunda edición, 2013,

VÁSQUEZ DEL MERCADO, Oscar, **Contratos mercantiles**, México, Editorial Porrúa,  
1985.



VILLEGAS LARA, René Arturo, **Derecho mercantil guatemalteco**, Guatemala,

Editorial Universitaria Universidad de San Carlos de Guatemala, 2004, Sexta edición.

**Legislación:**

**Constitución Política de la República de Guatemala.** Asamblea Nacional Constituyente, vigencia 14 de enero de 1986.

**Código de Comercio de Guatemala.** Decreto número 2-70 del Congreso de la República de Guatemala, vigencia 1 de enero de 1971.

**Código de Comercio de Guatemala.** Decreto número 2-70 del Congreso de la República de Guatemala, comentado con exposición de motivos, vigencia 1 de enero de 1971.

**Código Civil.** Enrique Peralta Azurdia, jefe de Gobierno de la República de Guatemala, Decreto Ley número 106, vigencia 1 de julio de 1964.

**Código Procesal Civil y Mercantil.** Enrique Peralta Azurdia, jefe de Gobierno de la República de Guatemala, Decreto Ley número 107, vigencia 1 de julio de 1964.

**Ley del Organismo Judicial.** Decreto número 2-89 del Congreso de la República de Guatemala, vigencia 31 de diciembre de 1990: