

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

**RELACIÓN PERJUDICIAL DE LAS MICROEMPRESAS AL SER SOMETIDAS A
ARBITRAJE**

BRENDA LUCIA PEÑA REYNA

GUATEMALA, JULIO DE 2023

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

**RELACIÓN PERJUDICIAL DE LAS MICROEMPRESAS AL SER SOMETIDAS A
ARBITRAJE**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

BRENDA LUCIA PEÑA REYNA

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Guatemala, julio de 2023

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

DECANO:	M.Sc.	Henry Manuel Arriaga Contreras
VOCAL I:	Licda.	Astrid Jeannette Lemus Rodríguez
VOCAL II:	Lic.	Rodolfo Barahona Jácome
VOCAL III:	Lic.	Helmer Rolando Reyes García
VOCAL IV:	Br.	Javier Eduardo Sarmiento Cabrera
VOCAL V:	Br.	Gustavo Adolfo Oroxom Aguilar
SECRETARIA:	Licda.	Evelyn Johanna Chevez Juárez

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).



USAC
TRICENTENARIA
Universidad de San Carlos de Guatemala



Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Unidad de Asesoría de Tesis. Ciudad de Guatemala,
nueve de abril de dos mil veintiuno.

Atentamente pase al (a) Profesional, EDWIN ARTURO PACHECO BARCO
_____, para que proceda a asesorar el trabajo de tesis del (a) estudiante
BRENDA LUCÍA PEÑA REYNA, con carné 199917020,
intitulado RELACIÓN PERJUDICIAL DE LAS MICROEMPRESAS AL SER SOMETIDAS A ARBITRAJE.

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.



ASTRID JEANNETTE LEMUS RODRÍGUEZ
Vocal I en sustitución del Decano



Fecha de recepción

26 / 11 / 2021

f)

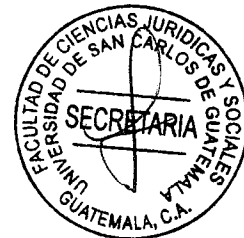
Asesor(a)
(Firma y Sello)

Licenciado
Edwin Arturo Pacheco Barco
Abogado y Notario



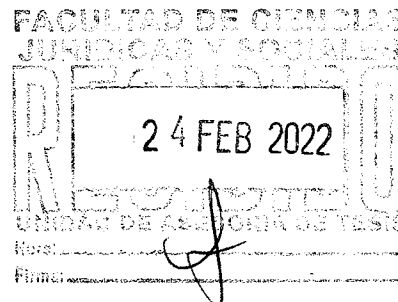


LIC. EDWIN ARTURO PACHECO BARCO
Abogado y Notario. Col 9758
15. Calle "A" 10 - 44 zona 1
Teléfono. 5935 2367
pachecobarcoarturo1956@gmail.com



Guatemala, 24 de febrero de 2022.

Doctor.
Carlos Ebertito Herrera Recinos
Jefe de la Unidad Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Presente.



Distinguido Doctor. Herrera Recinos.

De conformidad con el nombramiento emitido con fecha nueve de abril del año dos mil veintidós, en el cual se me nombra para realizar las modificaciones de forma y de fondo en el trabajo de investigación como Asesor de Tesis de la Bachiller **BRENDA LUCÍA PEÑA REYNA**, me dirijo a usted haciendo referencia a la misma con el objeto de informar mi labor y oportunamente.

EXPONGO:

1. He procedido a revisar metódica y técnicamente al estudiante en el desarrollo de su tesis titulada **RELACIÓN PERJUDICIAL DE LAS MICROEMPRESAS AL SER SOMETIDAS A ARBITRAJE**
 - a. Al realizar la revisión le sugerí correcciones que en su momento consideré necesarias, para la mejor comprensión del tema, las cuales fueron corregidas.
 - b. Contenido científico y técnico de la tesis: La sustentante abarcó tópicos de importancia en materia mercantil enfocado desde un punto de vista jurídico, por la necesidad de un análisis crítico.
 - c. La metodología y técnicas de la investigación: Para el efecto se tiene como base el método analítico: con el objeto de analizar la legislación civil; el método sintético: para la unificación de la información del trabajo final; el método deductivo: Con el que se obtuvieron los datos que comprobaron la hipótesis; y el inductivo: para conformar el marco teórico que sustenta el informe de tesis. La técnica de investigación fue la bibliográfica, al consultarse diferentes autores nacionales y la legislación.



LIC. EDWIN ARTURO PACHECO BARCO
Abogado y Notario. Col 9758
15. Calle "A" 10 - 44 zona 1
Teléfono. 5935 2367
pachecobarcoarturo1956@gmail.com



el inductivo: para conformar el marco teórico que sustenta el informe de tesis. La técnica de investigación fue la bibliográfica, al consultarse diferentes autores nacionales y la legislación.

- d. La redacción: La estructura formal de la tesis está compuesta de cuatro capítulos, desarrollando temas que se relacionan entre sí.
- e. La hipótesis formulada fue comprobada y los objetivos alcanzados. La conclusión discursiva se comparte con el investigador y se encuentra debidamente estructurada. Además, la bibliografía y presentación final es correcta.
2. Atendiendo a lo indicado en el Artículo 31 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, informo a usted, que **APRUEBO**, ampliamente la investigación realizada, por lo que emito dictamen favorable, ya que considero el tema un importante aporte.

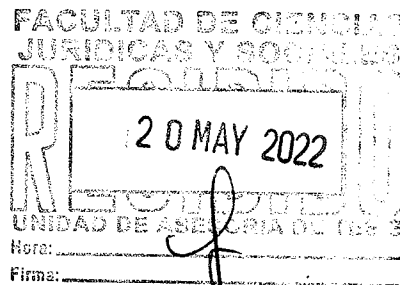
LIC. EDWIN ARTURO PACHECO BARCO
Abogado y Notario. Col 9758

Licenciado
Edwin Arturo Pacheco Barco
Abogado y Notario

Guatemala 20 de mayo de 2022



JEFE DE UNIDAD DE ASESORÍA DE TESIS
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA



Estimado Jefe de Unidad de Tesis:

Respetuosamente a usted informo procedí a revisar la tesis de la bachiller: **BRENDA LUCÍA PEÑA REYNA**, cuyo título es: **RELACIÓN PERJUDICIAL DE LAS MICROEMPRESAS AL SER SOMETIDAS A ARBITRAJE**. Le recomendé al bachiller algunos cambios en la forma, estilo, gramática y redacción de la tesis, por lo que habiendo cumplido con los mismos emito **DICTAMEN FAVORABLE** para que se le otorgue la correspondiente **ORDEN DE IMPRESIÓN** correspondiente.

Atentamente

ID Y ENSEÑAD A TODOS


Lic. Otto Rene Vicente Revolorio

Consejero de Comisión y Estilo



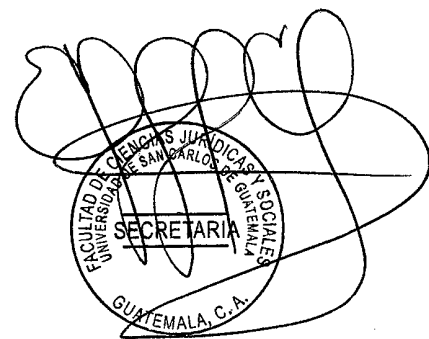
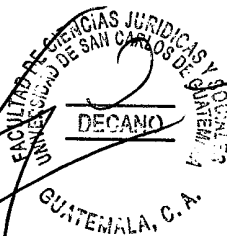
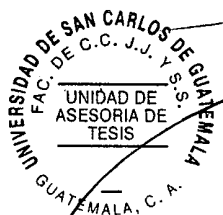
USAC
TRICENTENARIA
Universidad de San Carlos de Guatemala



Decanatura de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala. Ciudad de Guatemala, diez de mayo de dos mil veintitrés.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis de la estudiante BRENDA LUCIA PEÑA REYNA, titulado RELACIÓN PERJUDICIAL DE LAS MICROEMPRESAS AL SER SOMETIDAS A ARBITRAJE. Artículos: 31, 33 y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

CEHR/SAQO



Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Edificio S-7, Ciudad Universitaria Zona 12 - Guatemala, Guatemala





DEDICATORIA

A DIOS:

Por darme el don de la vida y llenarla de aprendizajes, experiencias y sobre todo felicidad, a nuestro señor Jesucristo y a la Santísima Virgen María, por ser mi fortaleza en momentos de debilidad y haberme acompañado y guiado a lo largo de este camino formativo.

A MI MADRE:

María Alicia Reyna González, por su dedicación, comprensión y su amor incondicional. La admiro y respeto, con mucho cariño le dedico esta tesis.

A MIS HERMANOS

Carlos Onam Peña Reyna, Lester Saúl Peña Reyna y Ligia del Rosario Peña Reyna, por el apoyo incondicional que me mostraron en todo momento.

A MIS FAMILIARES:

Gracias por sus consejos.

A MIS AMIGOS:

Gracias por brindarme su compañerismo, respeto y apoyo, por todo buen momento que pasamos juntos, no importando las adversidades que se presentaban.

A:

La Facultad de Ciencias Jurídicas Y Sociales, por inculcarme la dedicación y disciplina a tan honorable profesión.

A:

La Universidad de San Carlos de Guatemala, por ser parte principal de mi formación académica.



PRESENTACIÓN

La investigación realizada pertenece a la rama del derecho cognoscitiva a la rama del derecho mercantil, pero con relación directa con el arbitraje. El estudio fue realizado en el municipio de Guatemala; siendo el sujeto principal los comerciantes sometidos al arbitraje; la investigación se realizó conforme lo establecido entre los años de 2016 a 2021.

El objeto de estudio será la aplicación del arbitraje a las microempresas que ser sometidas a arbitraje. Como aporte académico cabe destacar la obligación legal de las microempresas cuando se someten a arbitraje.



HIPÓTESIS

El análisis realizado de las microempresas como entidades mercantiles con capital limitado se encuentran en problemas cuando son sometidas a arbitraje para resolver controversias mercantiles, ya que la diferencia de una migro empresa y una empresa solidada no son sosteniblemente iguales al someterse a arbitraje.



COMPROBACIÓN DE LA HIPÓTESIS

Para poder establecer la hipótesis planteada se utilizaron distintos mecanismos como técnicas de investigación y se logró establecer y comprobó que existen una desigualdad de posiciones en el arbitraje cuando se somete a una microempresa a solucionar conflictos pues los propietarios de estas microempresas tienen a ser autoempleados por lo que cualquier día que dejen de trabajar son personas y en un arbitraje pueden perder lo poco que tienen.

Dentro de las técnicas de investigación se encuentran inmersas en el trabajo las siguientes: la observación, como elemento fundamental de todo proceso investigativo apoyándose en esta el sustentante para poder obtener el mayor número de datos, la observación, científica obteniendo con ella un objetivo claro, definido y preciso, la bibliográfica y documental y para el efecto se tiene como base el método analítico, sintético, deductivo e inductivo.

ÍNDICE

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

CAPÍTULO I

1. El derecho mercantil y el comercio.....	1
1.1. Derecho mercantil.....	1
1.2. Definición	2
1.3. Evolución del derecho mercantil.....	2
1.3.1. En la etapa antigua.....	3
1.3.2. En roma.....	4
1.3.3. Edad media.....	5
1.3.4. Época moderna.....	6
1.4. El derecho mercantil en Guatemala.....	15
1.5. Características del derecho mercantil.....	17
1.6. Antecedentes del comercio.....	18
1.6.1. Comercio antiguo.....	18
1.6.2. Los sumerios.....	19
1.6.3. Los hebreos.....	19
1.6.4. Los fenicios.....	20
1.6.5. Los griegos.....	21
1.6.6. Los romanos.....	23
1.6.7. Época medieval.....	23
1.6.8. Los germanos.....	24
1.6.9. Los francos.....	24
1.6.10. El feudalismo.....	25

CAPÍTULO II

2. El comerciante.....	27
2.1. El comerciante.....	27
2.2. Otras acepciones de comerciante.....	28

2.3. Características del comerciante.....	28
2.4. Fundamento legal del comerciante.....	30
2.5. Clases de comerciantes.....	32
2.6. El comerciante individual.....	32
2.7. Definición.....	33
2.8. Ejercicio en interés propio.....	33

CAPÍTULO III

3. Derecho internacional.....	35
3.1. Definición de derecho internacional.....	35
3.2. Naturaleza del derecho internacional.....	36
3.3. Evolución histórica.....	38
3.4. Existencia del derecho internacional.....	42
3.5. Escuelas indicadoras de la existencia del derecho internacional.....	43
3.6. Sujetos del derecho internacional.....	46
3.7. Fuentes.....	47

CAPÍTULO IV

4. Resolución de conflictos.....	51
4.1. Concepto.....	52
4.2. Formas de resolver conflictos.....	53
4.3. La Conciliación.....	54
4.4. La Mediación.....	56
4.5. El arbitraje.....	57
4.6. Características del arbitraje.....	58
4.7. Clasificación del arbitraje.....	59
4.8. El Arbitraje de Consumo.....	60

CAPÍTULO V

5. Relación perjudicial de las microempresas al ser sometidas a arbitraje.....	63
--	----

5.1. Los tratados Internacionales.....	63
5.2. La empresa.....	65
5.3. Fundamento legal de la empresa.....	66
5.4. La microempresa.....	67
5.5. Nuevas relaciones socio-económicas.....	67
5.6. Problemática.....	68
5.7. Análisis.....	68
5.8. Solución.....	71
CONCLUSIÓN DISCURSIVA.....	73
BIBLIOGRAFÍA.....	75

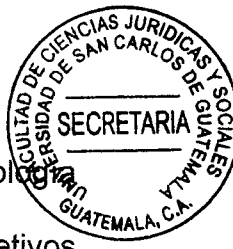


INTRODUCCIÓN

Las microempresas son entidades mercantiles cuya característica principal es que tienen un capital limitado de trabajo o poco capital, así como que sus resultados son ganancias de sobrevivencia, lo cual determina que es un problema que se les aplique el arbitraje como mecanismo de resolución de controversias mercantiles, pues los propietarios de estas tienen a ser autoempleados por lo que cualquier día que dejen de trabajar implica pérdidas económicas para ellos, ante lo cual no deben ser sujetos obligados a someterse a arbitraje, pues implica que sus pocas ganancias pueden perderse al tener que pagar un árbitro, además del tiempo perdido al asistir a las audiencias de arbitraje.

El objetivo del estudio de la presente investigación se orienta a comprobar la manera en que las microempresas como entidades mercantiles a ser sometidas a arbitraje por controversias mercantiles pueden ser desaparecidas por el simple hecho que son entidades mercantiles donde los propietarios tienden a ser autoempleados y no contar con cantidades grandes de recursos económicos

El contenido de esta tesis se integra por cinco capítulos, en el primer capítulo se expondrá, el derecho mercantil y el comercio, en el segundo capítulo se orientará a El comerciante, en el tercer capítulo, el derecho internacional, en el capítulo cuarto, la resolución de conflictos, finalizando con el quinto capítulo, con las relaciones perjudiciales de las microempresas al ser sometidas a arbitraje.



Para el desarrollo de la investigación, se utilizaron varios métodos y la metodología utilizada incluyó varios tipos de métodos, como técnicas para alcanzar los objetivos establecidos el método analítico, el método deductivo, la técnica documental bibliográfica, la recopilación y selección adecuada de la información relacionada, para sustentar la investigación, ya que a través de las cuales se estudió el fenómeno investigado y culminó con la comprobación de la hipótesis.

Considero que la investigación es pertinente recomendar su estudio a profundidad como base para la discusión del problema social expuesto, para provocar el cambio en los problemas del arbitraje para las microempresas como entidades mercantiles.

CAPÍTULO I

1. El derecho mercantil y el comercio

Las economías parecen imponer una revisión de la estructura del derecho mercantil. En efecto, las exigencias de abundante producción y tráfico racionalizado, para la rápida satisfacción de necesidades siempre crecientes y abastecimiento de grandes mercados, que caracterizan a la economía actual, han vuelto punto menos que intrascendente para la práctica mercantil la regulación de los actos de comercio aislados, para centrar su interés en los celebrados en forma reiterada o masiva, que exigen una articulación legal especial y diversa de la de los actos aislados, en la cual las peculiaridades de estos quedan relegadas a segundo término, para dar énfasis a la forma repetida o encadenamiento con que los actos se realizan. Ahora bien, esta regulación masiva de actos requiere indefectiblemente, de una organización especializada y profesional, de una adecuada combinación de los factores de la producción o empresa que permita su realización.

1.1. Derecho mercantil

Con esta nueva concepción, el núcleo central del sistema de regulación mercantil, se desplaza del acto aislado hacia la organización, hacia la empresa, en cuyo seno se realizan los actos reiterados masivos, y en los que destaca más la ordenación que el acto, más la forma o apariencia que la esencia.

El derecho mercantil no se agota con el tráfico de mercaderías, en atención a la actividad del comerciante o a éste; ya que abarca a muchos más elementos como la empresa y la prestación de servicios. Se observa que la manera de establecer una distinción adecuada es determinarlo en función de una conceptualización del comercio; obviamente desde el punto de vista legal.

De esa manera toca al derecho positivo precisar su sentido, sin embargo, esto no se deja al arbitrio de los legisladores, sino que depende de principios fundamentados por leyes anteriores, los usos y costumbres.

1.2. Definición

“El derecho mercantil como rama del derecho en general, es reciente si se toma en cuenta la antigüedad de otras disciplinas, ello obedece a circunstancias históricas, precisas en el desarrollo de la civilización.”¹

1.3. Evolución del derecho mercantil

El derecho mercantil, como conjunto de normas coordinadas por principios comunes, es un fenómeno histórico y su concepto, por tanto, una categoría histórica; cuyo significado y contenido hay que captar en contexto o en función de su evolución.

¹ Villegas Lara, René Arturo. **Derecho mercantil guatemalteco**. Pág. 36.

1.3.1. En la etapa antigua

El comercio, como fenómeno económico y social, se presenta en todas las épocas y lugares.

Por ello aun en los pueblos más antiguos pueden encontrarse normas aplicables al comercio; o más bien, a algunas de las relaciones e instituciones a que aquella actividad da origen.

Así sucede en los sistemas jurídicos de Babilonia, Egipto, Grecia, Fenicia y Cartago.

Sin embargo, en esos sistemas jurídicos no había un derecho especial o autónomo, propio de la materia mercantil.

Es decir, no existió un derecho mercantil como hoy se entiende, sino tan sólo normas aisladas relativas a determinados actos o relaciones comerciales.

Entre esas normas, los autores hacen especial mención de las llamadas: "Leyes rodias de la isla de Rodas, que en realidad constituyeron una recopilación de un conjunto de usos sobre el comercio marítimo. Esas leyes han alcanzado fama a través de su incorporación al derecho romano".²

². De Pina Vara, Rafael. **Elementos del derecho mercantil mexicano**. Pág.7.



1.3.2. En Roma

La doctrina más numerosa niega la existencia en Roma de un derecho mercantil en especial, porque sus funciones las cumplía el derecho honorario.

En ese sentido el autor Oscar Álvarez menciona que el derecho mercantil: “Nacido con varios siglos de diferencia, como desprendimiento del viejo tronco común del derecho civil, el derecho mercantil postula desde sus inicios, normas especiales aplicables a situaciones jurídicas y relaciones humanas para cuya regulación no resultaban ya adecuadas las normas tradicionales que el ius civile había venido elaborando desde los tiempos de la Roma republicana e imperial...”³

El advenimiento del mercantilismo, a finales de la edad media e inicios del renacimiento, comportó que las transacciones comerciales adquiriesen una importancia y un dinamismo que no encontraba un adecuado marco regulatorio en las normas del derecho civil.

De allí que, atendiendo a otros criterios de autores hacen mención de que: “Las nuevas modalidades del comercio, se fueron desarrollando, a lo largo de décadas, una disciplina jurídica especializada cuyo centro de atención, no siempre nítida y unánimemente definido, fue la actividad profesional del comerciante y el acto de comercio. Tal disciplina ha sido, durante siglos, fiel compañera y reguladora de la

³. Hernández Álvarez, Oscar. **El derecho mercantil y el derecho del trabajo: Fronteras y espacios de concurrencia**. Pág. 2.

actividad mercantil y ha sabido adaptarse a los vertiginosos cambios de la misma con una flexibilidad y un dinamismo que nunca fueron propios de las viejas normas civilistas...”⁴

1.3.3. Edad media

El derecho mercantil como derecho especial y distinto del común, nace en la edad media, y es de origen consuetudinario. El auge del comercio en esa época, el gran desarrollo del cambio y del crédito, fueron entre otras las causas que originaron la multiplicación de las relaciones mercantiles, que el derecho común era incapaz de regular en las condiciones exigidas por las nuevas situaciones y necesidades del comercio.

El nacimiento de la regulación mercantil como tal, está ligado íntimamente a la actividad de los gremios o corporaciones de mercaderes, pues se organizan en las ciudades comerciales medievales para la mejor defensa de los intereses comunes de la clase.

Las corporaciones perfectamente organizadas, no sólo estaban regidas por sus estatutos escritos, que en su mayor parte recogían prácticas mercantiles, sino que además instituyeron tribunales de mercaderes; jurisdicción consular, que resolvían las cuestiones surgidas entre los asociados, administrando justicia según usos o costumbres del comercio.

⁴. Duque Justino, Fernando. **Algo sobre la historia del comercio y los negocios**. Pág. 25.

Es así que, en el seno de los gremios y corporaciones, principalmente en florecientes ciudades medievales italianas, va creándose un conjunto de normas sobre el comercio y los comerciantes, tendientes a dirimir las controversias mercantiles; normas de origen consuetudinario, que son aplicadas por los cónsules, órganos de decisión de aquellos gremios o corporaciones.

Estas normas consuetudinarias, y las decisiones mismas de los tribunales consulares, fueron recopiladas en forma más o menos sistemática, llegando a constituir verdaderos ordenamientos mercantiles de la época.

1.3.4. Época moderna

Fue en Francia donde propiamente se comenzó a comprender y sentir la necesidad reclamada por la actividad del comercio, también se satisfizo cumplidamente; asentando la piedra angular sobre la que se ha levantado el edificio del moderno régimen mercantil, el que desde entonces, emancipándose completamente del derecho romano, del derecho común y de los derechos forales, no solamente ha adquirido una verdadera autonomía jurídica, sino que tiende a obtener un carácter de universalidad internacional; llegando su influencia, como es natural, hasta modificar los preceptos del derecho civil de cada pueblo, pues el cotejo de los diversos códigos mercantiles, su estudio comparativo por los jurisconsultos y su perfeccionamiento constante, conducen inflexiblemente a correcciones del derecho civil, que de todas maneras tiene que estar en armonía con el derecho mercantil de cada Estado.

Fue así que partiendo de obras como el *code merchant* francés de 1673, un número de Estados redactaron legislaciones similares para regular la materia que compete. Este gran movimiento legislativo de todas las naciones trajo consigo un gran movimiento científico en la esfera de la literatura jurídica del derecho mercantil, cuyas obras de estudio forman hoy una riquísima biblioteca.

Sobre todo la materia de la legislación comparada adquirió, como era de esperarse, un gran desarrollo, pues siendo el comercio cosmopolita por su naturaleza y por el grande impulso que en los tiempos modernos le comunican las pacíficas relaciones internacionales, los tratados, las vías de comunicación marítimas y terrestres, es natural que la regulación mercantil, reflejo de las necesidades del comercio, tienda a buscar esa unidad de preceptos y doctrinas, esa universalidad de principios que exige el cosmopolitismo del tráfico en sus diversas manifestaciones.

Entre los varios ramos de la legislación mercantil hay algunos en que más se ha acentuado la necesidad de uniformar el derecho de las distintas naciones, como sucede en lo relativo a las letras de cambio entre muchos otros aspectos.

Con motivo de la necesidad de uniformar por lo menos ciertos aspectos de la normativa mercantil; entre las diversas naciones se comenzaron a celebrar congresos y conferencias entre éstas; para llegar a acuerdos y tratados.

Siendo la primera de ellas la reunión en Berna en 1878, a la cual le han seguido innumerables intentos a través del tiempo con el fin de lograr la tan deseada

obtención de acuerdos que produzcan la uniformidad tan necesaria en materias mercantiles.

Nace así un derecho especial, para la clase de los comerciantes, que crea, sin interferencias del poder público, principios nuevos e instituciones adecuadas a las necesidades de la profesión. La competencia de los tribunales consulares determina subjetivamente: el derecho especial es para los comerciantes inscritos en la matrícula de la corporación.

No se aplica a todas las cuestiones entre los comerciantes, sino a las controversias nacidas del tráfico, *ratione mercaturae*, a problemas del mercado.

Este derecho especial, de clase, experimenta durante su evolución un proceso de extensión subjetiva y objetiva. Subjetivamente se aplica no sólo a las controversias entre comerciantes, sino a las nacidas de negocios en que una de las partes lo es, siempre que el demandado no comerciante consienta en ello; por otro lado, se aplica no sólo a los comerciantes inscritos, sino a los que se dedican realmente al comercio, y a quienes, por razón de su estado clérigos, nobles, no pueden serlo. Objetivamente su campo de aplicación no se redujo al comercio en sentido estricto, como intermediación, sino también a operaciones conexas: tráfico cambiario, transportes, comercio marítimo.

Con la aparición de las nacionalidades el derecho mercantil se nacionaliza y el fortalecimiento del poder central estataliza este conjunto de normas. Las

corporaciones pierden su autonomía jurídica y es el poder real quien aprueba ordenanzas corporativas.

En cambio, en el terreno del derecho mercantil se verifica por primera vez la unificación jurídica, consecuencia de la creación de un mercado nacional, cuya expresión es la Ordonnance Touchant le Commerce de Luis XIV en 1673, Code Marchand o Code Savary, y la Ordenanza de la Marina de 1681.

Esta primera y verdadera codificación mercantil no significó un cambio sustancial del estado anterior; continuaba siendo un derecho de clase, con su propia jurisdicción, que afectaba a la producción en la limitada medida en que existían artesanos y artífices. En esta dirección se producen las Ordenanzas del consulado de Bilbao en 1737. Se consolida la tendencia, aparecida en la época anterior, a aplicar el derecho mercantil a determinadas categorías de operaciones en los procesos de intermediación, pero en otros supuestos continúa requiriéndose la intervención de un comerciante.

El cuadro de instituciones se enriquece con la privatización de la sociedad anónima, atendiéndose también las necesidades del crédito y su circulación mediante la creación del billete de banco y la admisión del endoso de las letras de cambio.

Con la ruptura del orden gremial y estamental se disuelven las corporaciones en Italia, en 1770; Francia, en 1791; España, en 1813. La libertad de comercio hace accesibles

estas profesiones a todo ciudadano. Carecía, por tanto, de sentido un derecho de clase.

El proceso codificador que se desarrolla durante todo el Siglo XIX apenas cambia el contenido del derecho mercantil. Pero innova profundamente su espíritu, que pretende ahora desprenderse de toda referencia subjetiva, centrando el sistema sobre el acto de comercio.

El fracaso de las recopilaciones generales en España, con la Novísima Recopilación; en Alemania con el *Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten* de 1794; la existencia de colecciones nacionales en España eran de general aplicación las Ordenanzas de Bilbao y la general postura ideológica de la abolición de clases y privilegios condujeron a la codificación mercantil. El *Code de Commerce* de 1807 es el primer cuerpo legal que irradiará su influencia hasta casi finales del Siglo XIX y que, llevado por los ejércitos napoleónicos, estará vigente, con varias modificaciones, en algunos Estados alemanes e italianos, incluso después de la derrota de Napoleón.

Tal pervivencia fue posible porque existía una previa coincidencia o, al menos, analogía de los principios que inspiraban el anterior *stylus mercatorum* del tráfico internacional Raisch. La aportación fundamental del *Code de Commerce* es la de que la competencia de los tribunales no se determina por la calidad de las personas, sino por la naturaleza de los actos de que nace la controversia sometida a su conocimiento. El comerciante juega un papel secundario.

El derecho mercantil, es un derecho especial de una clase de operaciones, accesibles a todo ciudadano, y sometidas a su régimen en razón a su naturaleza.

El acto ocasional o aislado, realizado por un no comerciante fuera del tráfico profesional, se somete al mismo régimen que el tráfico profesional.

El proceso codificador inspirado en el francés continúa en España con el primer Código de Comercio de 1829, debido a Sainz de Andino, que manifiesta la contradicción entre la concepción objetiva al acotar la jurisdicción mercantil y las supervivencias subjetivas al determinar la aplicación de sus preceptos.

Una extensión considerablemente superior al proceso codificador francés, fue juzgado favorablemente por los autores contemporáneos Saint-Joseph, que influyó no sólo sobre las legislaciones hispanoamericanas, sino también sobre el propio Código alemán de 1861: en la parte de comisión: Raisch. El Código de Comercio portugués de 1833, debido a José Ferreira Borges, y el Código de Comercio holandés de 1838 son las etapas de un proceso objetivador que alcanza su punto culminante en el *Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch* de 1861. Este Código, al que se llega después de varios proyectos, es la culminación de la dirección objetiva, ya que pasa desde el acto de comercio como delimitador de la competencia de los tribunales mercantiles al acto de comercio con función material sustancial, delimitador de la materia mercantil, que la doctrina francesa, sin real apoyo positivo, había ido construyendo sobre los textos del Código de Comercio de 1807.

Por otro lado, también marca el final de la gran extensión que en esta familia de Códigos tenía la parte de obligaciones y contratos como consecuencia de que la codificación mercantil, anterior a la civil, carecía de un derecho general codificado en ese sector jurídico. En Italia, después de una breve vigencia del Código de Comercio francés desde 1818 hasta la Restauración, el Código Albertino de 1842 adquiere vigencia general. El *Codice di Commercio del regno* de Italia de 1865, modificado en la parte de sociedades, mediadores y letra de cambio, da paso al *Codice di Commercio de Zanardelli* promulgado el 31 octubre de 1882, que acentúa la dirección objetiva al colocar en primer plano sistemático al acto de comercio cuya enumeración adquiere riqueza mayor con función material.

En España, después de un laborioso proceso, el Código de Comercio de 1829 es sustituido por el promulgado el 22 agosto de 1885, que rige desde el 1 de enero de 1886.

El mismo, deliberadamente objetivista, era inferior al anterior en calidad y extensión. Ha sido complementado por numerosas leyes especiales. Sus 955 artículos están divididos en cuatro libros: de los comerciantes y del comercio en general; de los contratos especiales de comercio; del comercio marítimo; de la suspensión de pagos; de las quiebras y de las prescripciones.

La tendencia objetivista del proceso codificador se quiebra con la promulgación del *Handelsgesetzbuch* de 1897, que, pese a no ser en muchos puntos más que una

reelaboración y reducción del de 1865, reintroduce la dirección subjetiva, al basar sistema sobre el comerciante, definido previamente en alguna de sus categorías.

Criticado primeramente por juzgarse que constituía una regresión en el proceso objetivado, ha constituido con posterioridad el primer eslabón para formular la doctrina de la empresa, superadora de la contraposición entre teorías subjetivas y objetivas.

La codificación independiente del derecho mercantil, se cierra en este momento. El derecho privado se había unificado en el sistema inglés por razón de su especial evolución histórica. La codificación suiza, a principios de siglo, y el *Codice Civile* italiano de 1942 representan los acontecimientos más importantes en esta dirección unificadora.

Con posterioridad, la redacción de un único Código Mercantil tropieza con la quiebra de los principios de la economía de mercado y la consiguiente legislación que interviene en el proceso de la economía y también con la urgencia de la tarea legislativa, que, reforzada por la rapidez de las transformaciones económico-sociales, tiene que renunciar a una visión de conjunto, limitándose a formular leyes especiales, con lo que parece adquirir vigencia la tesis de la disolución de la regulación mercantil.

De *Nussbaum*, por otra parte, para satisfacer las necesidades del tráfico internacional *Goldstain*, la unificación internacional se realiza con ámbito regional de la normativa mercantil de la comunidad europea y se pretende una legislación mercantil universal,

cuyo principal órgano es la Comisión de la Organización de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional.

En Iberoamérica ha sido decisiva la influencia española en la formación de su derecho mercantil. Hasta la codificación estuvieron vigentes las Leyes de Indias promulgadas por Carlos II en 1680, cuyo capítulo IX lo constituían las Ordenanzas del Consulado de Sevilla de 1564, las Ordenanzas de Bilbao de 1737 y la Novísima Recopilación, promulgada por Carlos IV en 1805.

Durante la primera mitad del Siglo XIX regía la legislación anterior a la independencia hasta que se formaron cuerpos propios: el Código de Comercio de 1829 rigió en Argentina, donde alcanzó una autoridad comparable a la de los autores, y en México, inspirando, solo o en unión de la regulación mercantil francesa; los Códigos de Ecuador 1831, Paraguay 1846, Perú, Costa Rica y Colombia 1853, Bolivia 1835, Brasil 1850 y México 1854. El Código de Comercio de 1885, menos afortunado que su antecesor, se aplicó en Honduras 1890, Perú 1902, Puerto Rico y Cuba 1886.

Los Códigos que se han promulgado con posterioridad son de muy desigual valor. Los más importantes son, según Barrera: el de Brasil 1850, impulsado por la obra de Ferreira Borges y de Silva Lisboa; el de Argentina 1859, en cuya redacción intervino Vélez Sarsfield; el de Chile 1867 redactado por Ocampo y que después influyó sobre muchos de los Códigos posteriores.

Los últimos Códigos son el de Nicaragua, el de Panamá 1916 y el de Honduras 1950 redactado por Rodríguez con influencia italiana. La influencia española y la francesa es sustituida por la italiana, por la alemana y, sobre todo, por la anglosajona.

Esta última, perceptible primeramente en el derecho cambiario, por ejemplo, en Argentina, y en el marítimo, se insinúa también en el derecho de sociedades. La tendencia se refuerza por la extensión de la vigencia del *Uniform Commercial Code*, en 1952 por iniciativa privada. En este sentido el Instituto de Arbitraje Comercial Internacional, realiza estudios para la unificación de algunos campos del derecho mercantil. Para Iberoamérica: como derecho de títulos valores, de sociedades.

A inicios del Siglo XXI, después de muchas décadas de existencia que ha conocido buenos y malos momentos, en la regulación mercantil, así como la disciplina madre, el derecho civil, siguen cumpliendo, en sus respectivos ámbitos de aplicación, importantes funciones de regulación de la conducta humana. Ocurre, sin embargo, que no siempre estos se encuentran claramente definidos, lo cual ha dado lugar a importantes dificultades, cuya solución requiere la precisión de los criterios aplicables para determinar fronteras y reglas de funcionamiento en aquellos espacios en los cuales las dos disciplinas tienen posibilidades de acción.

1.4. El derecho mercantil en Guatemala

Guatemala en la época de la colonia, regía su sistema jurídico por la legislación española; entre las leyes que regían y que contenían normas que reflejaban la



actividad comercial, se encontraban la recopilación de Leyes de Indias, las Leyes de Castilla, las Siete Partidas y las Ordenanzas de Bilbao.

En la época de la independencia política de Centro América, la legislación española sigue teniendo vigencia y es el doctor Mariano Gálvez, a la sazón Presidente de la República, que trató de modificar las leyes, pero cometiendo el error de adoptar los llamados Códigos de Livingston que eran leyes para el Estado de Louisiana, Estados Unidos de Norte de América; que comprendían normas distintas al comercio, pero como es de suponer, eran dedicadas a una cultura diferente a la guatemalteca, por lo que fue un fracaso.

En el gobierno conservador de Rafael Carrera, no evolucionan las leyes en lo que a materia mercantil se refiere, adoptando la legislación española y utilizando las Leyes del Toro y la Novísima Recopilación. En 1877, se promulgan nuevos códigos en Guatemala, siendo estos, el Código Fiscal, Código Civil y Código de Comercio que contenía una ley especial de enjuiciamiento mercantil.

En 1942, se promulga un nuevo Código de Comercio, Decreto número 2946 del Presidente de la República. El veintiocho de enero de 1970, se promulga el actual Código de Comercio, Decreto 2-70 del Congreso de la República; el Dr. Villegas Lara, señala al respecto: "El que pretende ser instrumento moderno, adaptado a las nuevas necesidades de tráfico comercial en Guatemala, tanto en el aspecto nacional como

internacional”.⁵

1.5. Características del derecho mercantil

Hay cinco características básicas de la regulación mercantil que es importante enfatizar:

- Es un derecho profesional. Creado y desarrollado para resolver los conflictos y la actividad propia de los empresarios.
- Es un derecho individualista. Al ser una parte del derecho privado que regula las relaciones entre particulares y por lo tanto deja de lado aquellas relaciones jurídicas en las cuales intervienen los poderes públicos.
- Es un derecho consuetudinario. Esto ya que a pesar de estar codificado se basa en la tradición, en la costumbre de los comerciantes.
- Es un derecho progresivo. Al mismo tiempo que evolucionan las condiciones sociales y económicas el derecho mercantil ha de ir actualizándose.
- Es un derecho global internacionalizado. Pues las relaciones económicas cada vez son más internacionales por lo que este derecho ha tenido que hacerlo también, para lo cual diversos organismos trabajan en su normativización internacional.
- “Así tenemos a la Ley de Arbitraje Comercial Internacional de las Naciones Unidas, Unificación del Derecho Privado, a la Cámara de Comercio Internacional de París que desarrolla los Incoterm, cláusulas que con carácter internacional se

¹². Villegas Lara, René Arturo. **Ob. Cit.** Pág. 34.

aplican a las transacciones internacionales, la Asociación Legal Internacional y Comité Marítimo Internacional”.⁶

1.6. Antecedentes del comercio

Sólo en el idealismo ecológico se habla de comunidades autosuficientes, parecidas a las de los anacoretas, esos hombres que vivieron en el desierto alejados de cualquiera otro de su misma especie.

La cultura del comercio y el negocio, nace entonces de dos puntos básicos: el excedente de producción, lo que no uso de lo que hago porque ya estoy abastecido y el negocio, la mejor manera de obtener beneficios del intercambio.

Los antecedentes del comercio se originan del comercio que a continuación se indican:

1.6.1. Comercio antiguo

El comercio antiguo, se transportaba por varios medios, y las mercaderías eran variadas, entre estos comerciantes de la antigüedad, se encuentran los sumerios, hebreos, fenicios, griegos y a los romanos, cuyos comercios se exponen a continuación.

¹³. Méndez Beltrán, Thanya Patricia. **Nociones generales de derecho mercantil**. Pág.23.

1.6.2. Los sumerios

Ríos como el Tigris y el Éufrates que le dan el nombre a la Mesopotamia y el río Nilo, que cada año inundaban las vegas; permitieron que los hombres que allí se habían establecido crearan sistemas económicos propicios para el intercambio.

De esto dan fe las tablillas sumerias, en las que se da cuenta de cantidades de ganado, de trigo recogido y de negocios hechos.

La cultura sumeria fue la primera que desarrolló un Código Ético con normas estrictas, así como un proceso de globalización económica que involucró a todos los pueblos vecinos. Estas normas se aplicaban a la convivencia para que pudiera haber intercambio y, como resultado, negocios.

1.6.3. Los hebreos

Los hombres de la Biblia, herederos de Sumeria, Babilonia y Caldea, hablan de ciudades y de todo lo que allí se negociaba. La familia de Abraham, por ejemplo, producía y vendía cerámicas. En estas ciudades, sitios seguros donde se reunía mucha gente, se llevaban a cabo todo tipo de transacciones. Allí llegaban las caravanas con lo que no existía en la ciudad y de allí salían las caravanas con lo que no había en el exterior.

Esos mismos hombres de la Biblia hablan después de Egipto como bodega y almacén

para obtener lo que les hace falta. Allí, en Egipto, ya se nota un pensamiento estratégico: se debe racionalizar el consumo de la cosecha, almacenarla, contarla, dotarla de un precio. Los sueños de José, la llegada de los hijos de Jacob a comprar trigo, ilustran sobre el caso. Esto para mencionar historias que todos conocen. Las civilizaciones productivas primitivas constituyeron los primeros centros de producción, transformación e intercambio.

1.6.4. Los fenicios

Los fenicios, los vikingos y los griegos, grandes navegantes y buenos comerciantes demuestran que Isidoro, que pensó mucho tiempo después de los griegos, los vikingos y los fenicios, no tenía razón porque tanto hubo comercio en las costas europeas como en las africanas, en las que estaban situados los comercios del norte y el sur y a los que llegaban hombres de todos los tipos trayendo consigo cosas desconocidas o mejor elaboradas que en otras partes.

Vale la pena anotar que de las costas africanas llegó el concepto del aseo, la cortesía y el buen comer y los productos que representaban estas palabras. De ellas vivieron los cartagineses hasta que el paso a Europa en elefantes, promoviendo una guerra, los acabó. Se nota que Aníbal, el gran guerrero, entró en crisis al tratar de hacer lo que no fue capaz. Este concepto de crisis es claro en la Ethica de Spinoza: "Si hago más de esto, de lo que puedo, entro en crisis. De los fenicios sabemos que iban desde las costas de Palestina, hasta el fin de la tierra, Finisterre, como la llamaron los

romanos o Las Columnas de Hércules, como aparecía en las cartas de navegación de los griegos.

Estos fenicios, de origen semita, crearon una ruta comercial no sólo transportando mercancía y haciendo negocios, sino fundado ciudades que al comienzo fueron puntos de abastecimiento. En términos modernos, fueron los primeros que mundializaron sus empresas. Una ciudad como Cádiz, fue fundación fenicia y lo mismo se supone de Barcelona y Palermo, de Tetuán y Alejandría la vieja.”⁷

Los fenicios, comerciaban telas, colorantes, esencias, especias, armas, ámbar, piedras preciosas y conocimiento. Y fueron prósperos debido a la estricta contabilidad que hacían de sus negociaciones.

1.6.5. Los griegos

La era del comercio griego comienza con la caída de Fenicia en el año 1000 antes de Cristo y termina en el año 200 antes de Cristo, teniendo por consiguiente una duración de 800 años. Al desaparecer Fenicia como la potencia de mayor ascendencia en el Mediterráneo, Grecia asume el liderato político, social y económico en esta región.

Aunque los griegos consideraban la actividad comercial como necesaria y esencial para el desarrollo y el bienestar de la comunidad, la estimaban igualmente como una función de segunda importancia económica para la vida cotidiana del pueblo. Por tal

⁷ Rehme, Pablo. **Historia del derecho mercantil**. Pág. 33.

razón, tomaron las debidas precauciones para supervisar y regular toda actividad comercial, de suerte que se controlaran las ganancias pecuniarias y el pueblo fuera el que se beneficiara.

En el período griego existían ciudades de grandes proporciones que facilitaron el desarrollo del comercio tanto local como internacional.

En las ciudades de la antigua Grecia, el comercio se efectuaba en centros de mercadeo debidamente organizados y supervisados por las autoridades públicas. “Los centros establecidos en las ciudades de Rodas y Mileto eran los más importantes. La ciudad de Rodas sobresalió por haber adoptado normas comerciales de carácter progresivo, por la promulgación de leyes marítimas que se consideran como las bases actuales de las leyes de navegación internacional.”⁸

Cada ciudad griega tenía un lugar de mercadeo, conocido por el nombre de agora. Allí se realizaban las transacciones comerciales y la gente se reunía para celebrar actos cívicos, políticos, judiciales y festivos. Había dos clases de agora: una para las ventas al detal y otra para las ventas al por mayor.

El control de las agoras lo tenían los gobiernos de las ciudades, quienes a su vez delegaban esta responsabilidad a las juntas especiales de mercadeo, que se organizaban por ley para ese fin.

⁸ González Meza, Miguel Fernando. **Trueque mudo derecho comercial**. Pág. 3.

1.6.6. Los romanos

Herederos de los griegos, nombraron al Mediterráneo *Mare Nostrum*, y desde el puerto de Ostia establecieron la ruta de comercio marítimo más completa que se haya conocido hasta que se dio el descubrimiento de América.

La época del comercio romano cubre un periodo de siete Siglos, desde el año 200 antes de Cristo, hasta el 500 después de Cristo, cuando sucumbe el imperio romano. Los romanos comerciaban con todo lo conocido y su moneda internacional era la sal de donde proviene la palabra salario.

Pero no sólo hacían comercio por el mar, sino que, haciendo una gran red de caminos por encima de los cuales hoy pasan la mayoría de las autopistas europeas; lograron cubrir todo el imperio. No se despreció ningún mercado.

“Los romanos, al contrario de los griegos y otras culturas, fueron los primeros en hacer ciudades realmente cosmopolitas. En Roma había gentes de todas las naciones conocidas: griegos, galos, hispanos, germanos, judíos, africanos.”⁹

1.6.7. Época medieval

Durante el comercio de la época medieval están los germanos y los francos, ya que el desarrollo del comercio fue totalmente diferente al de la época antigua.

⁹ Rehme, Pablo **Ob. Cit.** Pág. 40.

1.6.8. Los germanos

La era del comercio medieval comienza con la caída del imperio romano, en el año 476, y termina aproximadamente en el 1500, poco después que Cristóbal Colón descubrió el nuevo mundo. Fue una época de desajustes y ajustes cívicos, de guerras sangrientas, de descubrimientos y de conquistas. Se establecieron sistemas feudales y la iglesia católica asume el liderato político, social y económico de Europa. Todo esto trajo como consecuencia una gran variedad de innovaciones y adaptaciones a la técnica de compra-venta; aunque muchos de los principios de los griegos y romanos se siguieron observando.

1.6.9. Los francos

Aunque la economía se debilitó por las continuas luchas internas y las guerras civiles entre los diversos grupos que gobernaban, así como por la inseguridad de la época; la conquista de Italia por los lombardos en el año 568 y la ascendencia de los francos en la Europa Occidental dieron nuevamente cierta estabilidad al comercio.

El comercio internacional se debilitó considerablemente cuando los sarracenos conquistaron a Persia, Siria, y España en el Siglo VIII, y al controlar las aguas del Mediterráneo.

La situación se empeoró por las continuas invasiones de los vikingos.

“Estos incidentes contribuyeron a la sustitución del comercio internacional por una economía rural-agraria en que los artículos se producían y consumían localmente, y sin gran interés de venderse fuera de los lugares de producción.”¹⁰

Los reyes francos comenzaron en el Siglo IX la práctica de crear legalmente y controlar los mercados donde los compradores y vendedores podían realizar transacciones semanal y anualmente.

1.6.10. El feudalismo

Las grandes estancias rurales que existían durante la época romana continuaron aumentando y eventualmente se identificaron como la forma de organización dominante dentro de la economía agraria europea.

El proceso de crear grandes estancias fue igualmente estimulado por los reyes, quienes otorgaban considerables extensiones de tierras y otros favores a personas que pudieran proporcionarles asistencia militar. El feudalismo contribuyó muy poco al desarrollo del comercio y llega a su máxima etapa de desarrollo en el Siglo XIII.

¹⁰ González Meza, Miguel Fernando. **Ob. Cit.** Pág. 25.



CAPÍTULO II

2. El comerciante

Cualquiera que sea el sistema legal que se siga para la delimitación de la materia propia del derecho mercantil; el concepto que estará siempre en el centro del criterio diferenciador, será el comerciante.

2.1. El comerciante

El concepto de comerciante, ya se determine por el criterio material o por el formal, es único. Se aplica por igual a todos los que reúnen las características legales adecuadas con independencia del volumen o importancia de su negocio o de cualquier otra consideración.

Un criterio diferenciador si se quiere decir que el derecho mercantil es un derecho profesional; es decir, el derecho de los comerciantes, porque entonces es necesario precisar este concepto, cuyo alcance vendría a determinar el de la materia mercantil; como si se quiere decir que el derecho mercantil es el de los actos mercantiles, porque no hay ni un solo sistema en el campo del derecho comparado en el que no haya actos de comercio que no lo sean en razón de ser realizados por comerciantes.

Es decir, que tanto si se trata de una concepción subjetiva del derecho mercantil,

como de una objetiva, siempre y en todo caso el concepto del comerciante estará en la base de la misma.”¹¹

2.2. Otras acepciones de comerciante

“El Código de Comercio español, declara comerciante, en su Artículo 1º: a) los que, teniendo capacidad legal para ejercer el comercio, se dedican a él habitualmente; b) Las compañías mercantiles o industriales que se constituyen con arreglo al mismo Código, de lo expresado se deduce que todo aquel que ejerza el comercio habitualmente teniendo capacidad legal para ellos, es comerciante.”¹²

2.3. Características del comerciante

Para caracterizar al comerciante caben dos sistemas. Uno material y otro formal; según el criterio material, serán comerciantes aquellos que, de un modo efectivo, se dediquen a realizar ciertas actividades catalogadas como mercantiles; de acuerdo con el segundo, son comerciantes los que adoptan una determinada forma o se inscriben en ciertos registros especiales.

En algunos otros sistemas como el mexicano existen ambos sistemas. Al comerciante individual se le aplica el criterio material; a los comerciantes sociales, el formal.

¹¹ Moreno Aráuz, Dorivania y José Benito Padilla Castiblanco. **El comerciante**. Pág. 3.

¹² Cabanellas, Guillermo. **Diccionario jurídico elemental**. Pág. 76.

De esa forma indica César Cortés que: “Para que una persona física sea calificada de comerciante precisa que de un modo efectivo realice actos de comercio; en tanto que, para que una sociedad merezca análoga calificación, basta con que la forma que asuma sea mercantil con independencia de su finalidad.”¹³

Con referencia al derecho mexicano, se define al comerciante como: “El sujeto jurídico del derecho mercantil, el personaje central del mismo, aunque el Código de Comercio mexicano se basa en un criterio subjetivo-objetivo, para la delimitación de la materia que le es propia. En efecto, en México, el derecho mercantil está delimitado por los actos de comercio; pero, al mismo tiempo, el concepto de comerciante sirve para la determinación de numerosos actos de comercio.”¹⁴

El profesor Oscar Vásquez de Mercado define al comerciante como: “...aquellos entes que tienen capacidad para contratar y que hacen del comercio una actividad habitual, es decir, es su profesión.”¹⁵

Cuando se dice que el sujeto debe tener capacidad no es más que, la aptitud para contraer obligaciones y a la vez exigir el cumplimiento de ellas. Dicha definición se basa en que el sujeto de derecho debe tener capacidad para contratar y además debe hacer del comercio su profesión habitual.

¹³ <http://derecho-corporativo.blogspot.com/2005/10/xx-elcomerciante.html>. (Guatemala, 25 de marzo de 2013)

¹⁴ Rodríguez Rodríguez, Joaquín. **Derecho mercantil**. Pág. 218.

¹⁵ Vásquez de Mercado, Oscar. **Conceptos mercantiles**. Pág. 115.

2.4. Fundamento legal del comerciante

Según el Artículo 3 del Código de Comercio de Guatemala: “Son comerciantes quienes ejercen en nombre propio y con fines de lucro, cualesquiera de las actividades que se refieren a lo siguiente:

- 1) Industria dirigida a la producción o transformación de bienes y a la prestación de servicios.
- 2) La intermediación en la circulación de bienes y a la prestación de servicios.
- 3) La banca, seguros y fianzas, y.
- 4) Los auxiliares de las anteriores.”

En Guatemala, el comerciante individual tiene la obligación de inscribirse en el Registro Mercantil, lo que deberá solicitarse dentro del mes siguiente de haberse constituido o abierto la empresa. Según el Artículo 333 del Código de Comercio:

La inscripción del comerciante individual se hará mediante declaración jurada del comerciante, consignada en formulario con firma autenticada, que comprenderá:

- a) Nombre y apellidos completos, edad, estado civil, nacionalidad, domicilio y dirección.
- b) Actividad a que se dedique. Régimen económico de su matrimonio, si fuere casado o unido de hecho.
- c) Nombre de su empresa y sus establecimientos y direcciones.

d) Fecha en que haya dado principio su actividad mercantil.

La inscripción de la empresa o establecimiento mercantil se hará de la misma forma en que anteriormente quedó descrito, y comprenderá:

- a) Nombre de la empresa o establecimiento.
- b) Nombre del propietario y número de registro como comerciante.
- c) Dirección de la empresa o establecimiento.
- d) Objeto, en este caso la actividad comercial a la que se dedicará.
- e) Nombre de los administradores o factores.

Los comerciantes están obligados a llevar su contabilidad en idioma español, las cuentas en moneda nacional, y en forma organizada de acuerdo con el sistema de partida doble.

Al efecto deberán llevar y solicitar autorización al Registro Mercantil para los siguientes libros:

- Inventario.
- De primera entrada o diario.
- Mayor o centralizador.
- De estados financieros.

Los comerciantes que tengan un activo total que no exceda de dos mil quetzales,

podrán omitir los libros y registros puntualizados anteriormente, a excepción del libro de inventarios, el de estados financieros y aquellos que las leyes especiales obliguen.

El comerciante podrá operar su contabilidad por sí mismo o por persona distinta designada.

Sin embargo, los comerciantes individuales cuyo activo total exceda de cinco mil quetzales, y las sociedades mercantiles, están obligados a llevar su contabilidad por medio de contadores; pero los comerciantes individuales no llevan contabilidad ni libros de ingresos o egresos de la mercadería que venden, ya que son comerciantes informales.

2.5. Clases de comerciantes

Sobre la clasificación del comerciante en la doctrina y en el derecho comparado, se puede distinguir una *dicotómica*, dos tipos de comerciante; una que adopta tres criterios de definición, y algunas que quieren clasificar como comerciantes diversos el tratamiento que la ley mercantil da a los distintos tipos de comerciantes individuales.

2.6. El comerciante individual

Para conocer quién es el comerciante individual a continuación se le define y se indicarán los requisitos legales, su incapacidad para ser comerciante individual, sus prohibiciones, del profesionalismo o habitualidad, y el ejercicio en interés propio.

2.7. Definición

Se considera como comerciante a toda persona dedicada al comercio, a la distribución o venta de mercadería y la prestación de servicios con fines lucrativos.

2.8. Ejercicio en interés propio

Por último, debe estudiarse una nota que contribuye a fijar el concepto de comerciante; pero que ha sido omitido en el texto legal. No basta ejercer actos de comercio como ocupación ordinaria con capacidad para ello; para adquirir la calidad de comerciante. Es requisito esencial para obtener dicha calificación que el ejercicio habitual del comercio se realice por cuenta de quien lo efectúa.

Lo anterior debido a que se puede ser comerciante a través de los actos que otros realizan en nombre de éste, y se pueden realizar actos de comercio de un modo habitual, sin que ello atribuya la calidad de comerciante, por haberlos realizado en nombre ajeno.

La condición de actuar por cuenta propia es un requisito en la definición de comerciante.

Esta exigencia excluye de la calificación de comerciante a una serie de sujetos: los factores o gerentes, dependientes, comisionistas, capitanes de barcos, etc.; y es que ejecutar actos de comercio en nombre propio no quiere decir que el comerciante deba

realizar siempre los actos de comercio personalmente, aunque por regla general así.

En ocasiones no es necesaria la presencia material del comerciante al momento de realizar la operación mercantil. Como se ha señalado anteriormente, puede otra persona llevar a cabo el negocio sin ser comerciante.

Por ejemplo, los casos de representación mercantil: mandatario, factor o encargado, conocido también como el gerente, dependiente, comisionista.

CAPÍTULO III

3. Derecho internacional

La mayoría de acuerdos y tratados comerciales internacionales, tienen como espíritu proteger la inversión extranjera, elevar los niveles de inversión de los países, así como establecer normas claras en las relaciones jurídicas comerciales que se ejercen entre los Estados para mantener las buenas relaciones comerciales y el trato justo tanto para las partes y la misma población.

El Estado como sujeto activo con relación al cumplimiento de los actos contractuales contraídos actuando como en el mundo comercial, en su calidad de contratante, ha sostenido relaciones comerciales con empresas transnacionales de gran impacto con capitales poderosos y adheridos a países totalmente desarrollados, pero que sucede cuando las relaciones comerciales internacionales que sostiene el Estado, dan lugar a controversias en el cumplimiento de las obligaciones contraídas.

Por lo tanto, es importante solucionar dichas controversias utilizando los mecanismos de solución de conflictos, para llegar a soluciones legales y justas.

3.1. Definición de derecho internacional

“Es el derecho que rige las relaciones de la sociedad internacional, es el orden jurídico de la comunidad de Estados, es decir, el conjunto de reglas y principios que rigen las

relaciones entre Estados”.¹⁶

3.2. Naturaleza del derecho internacional

Muchos han sido quienes han negado que el derecho internacional sea derecho. El derecho en estudio es el conjunto de mecanismos de fuerza que regulan las relaciones entre los Estados. Esta negación tenía su base en la comparación que se realizaba entre los derechos nacionales y el derecho internacional:

Mientras en los derechos nacionales existe un legislador central que dicta las leyes que han de cumplir los ciudadanos, en el derecho internacional las normas jurídicas son fruto de la voluntad de los estados.

Lo más parecido a un órgano de este tipo es la Asamblea General de las Naciones Unidas.

Primero se encuentran los principios imperativos del derecho internacional (normas *ius cogens*) que no podrán ser modificadas ni derogadas a no ser que sea por otra norma con carácter imperativo.

Por una parte, los tratados internacionales se aplican solamente a los estados que los han ratificado.

Las leyes nacionales, en cambio, se aplican a todos los ciudadanos por igual.

¹⁶ Gonzalves Pereira, Andrés. **Curso de derecho internacional público**. Pág. 40.

La costumbre internacional consiste en una serie de usos que los estados han venido repitiendo de una manera constante con la convicción de que son obligatorios.

Las convenciones internacionales, sean generales o particulares, establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes.

La costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho. Los principios generales de derecho son reconocidos por las naciones civilizadas. Las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, son los medios auxiliares para la determinación de las reglas de derecho.

A su vez, todas las convenciones o tratados internacionales, y demás fuentes deberán ser conforme a las normas imperativas del derecho internacional, esto es las normas *ius cogens*.

También están los llamados actos jurídicos unilaterales, según los cuales un país puede obligarse por sí mismo a nivel internacional, a través de una declaración de voluntad en tal sentido.

Se deben cumplir ciertos requisitos, como son: la intención inequívoca de obligarse y la licitud del objeto y de la finalidad, además de que quien realice tal declaración deberá tener capacidad para obligar internacionalmente a su país como el Jefe de

Estado, Jefe del Gobierno, Ministro de Asuntos Exteriores y aquellas otras personas a quienes el Estado, de forma reiterada, demuestre haberles otorgado tal capacidad.

Mientras en los estados existen jueces encargados de velar por el cumplimiento de las leyes a las que todos los ciudadanos están sometidos, en la sociedad internacional estos mecanismos de aplicación son mucho más primitivos y menos sofisticados.

Existen algunos tribunales internacionales, pero a diferencia de los nacionales requieren que los estados, previamente, hayan aceptado su jurisdicción para poder ser juzgados por dichos tribunales. La jurisprudencia internacional, creada por estos tribunales, tiene como principal función la de servir como elemento de interpretación del derecho internacional.

3.3. Evolución histórica

En la antigüedad no existía un derecho internacional propiamente dicho, ya que no existía una comunidad internacional. Si se toman en cuenta las más grandes civilizaciones de la época, se llega a Grecia y Roma, civilizaciones que consideraban a los pueblos aledaños como vasallos o pueblos dominados.

Sin embargo, la historia comprueba la aplicación, en los primeros grupos primitivos, de un principio denominado *ubi jus ibi societas* que en español significa: donde hay derecho hay sociedad.

“En La India 100 años A.C., entra en vigencia el Código de Manú, en el que establecían ciertos preceptos, como los correspondientes a las guerras entre tribus: 1) un guerrero digno no ataca al enemigo dormido, 2) un guerrero digno no ataca al enemigo que ha perdido su escudo, su arma o que se ha dado a la fuga. En tiempo de guerra se acostumbraba en la India respetar los cultivos y las viviendas, así como sus habitantes civiles”.¹⁷

“En Judea para la regulación de la guerra y la paz, el pueblo judío tenía ciertos principios. En el Deuteronomio se alude a las Guerras Santas, que luego fueron incluidas en el Islam, en el Cristianismo y en las Cruzadas. Una de las profecías de Isaías señala que después del advenimiento del Señor convertirán sus espadas en rejas de arados y sus lanzas en podadoras; no desenvainarán sus espadas contra el pueblo, no se alistarán en la guerra. Esta predicción influyó profundamente en el cristianismo y es la raíz del pacifismo moderno”.¹⁸

En el Derecho internacional clásico: Las relaciones internacionales en este período se caracterizan por integrarse en un esquema homogéneo de equilibrio de poder multipolar, con epicentro en Europa, donde las potencias compiten entre sí limitadas por estrictas reglas de juego, a partir de las cuales se lanzan a la conquista y colonización de la periferia.

Para regular estas relaciones, Europa crea un sistema jurídico: el derecho

¹⁷ Díaz Cisneros, César. **Derecho internacional público**. Pág. 22.

¹⁸ Ibid, pág. 24.

internacional clásico, el cual es impuesto también a los demás estados no europeos, ya sea por gravitación de poder o a través de dominio colonial.

Cuenta con acuerdos que en un principio tuvieron un carácter más político que jurídico, y que constituyeron el punto de partida hacia un nuevo sistema político y jurídico internacional.

“Durante el Siglo XVII la política de los estados fomenta la práctica de reunir congresos internacionales. El derecho de los tratados adquiere un nuevo impulso renovador, negociándose en congresos, aunque todavía no se concluyan acuerdos multilaterales.

También cobran importancia elementos jurídicos tales como el dogma de la santidad de los acuerdos y el de la inviolabilidad de los tratados o *pacta sunt servanda*, aunque se admite la cláusula *rebus sic stantibus*”.¹⁹

La Primera Guerra Mundial demostró la fragilidad del sistema de seguridad en el que se confiaba para evitarla, y las violaciones de los acuerdos evidenciaron que el equilibrio ya no era una regulación adecuada.

A su término, se intenta realizar un reordenamiento de los centros de poder, afianzando las organizaciones internacionales, afirmando el derecho y estableciendo

¹⁹ Martens, Federico. **Tratado de derecho internacional**, Pág. 20..

un sistema de seguridad colectiva que procura la paz por otras vías distintas a aquellas que fracasaron.

Se crea la Sociedad de Naciones sobre la idea de la cooperación internacional, dando facultades a sus órganos para prevenir y evitar la guerra, e instaurando el primer sistema de solución pacífica de controversias: la Corte Permanente de Justicia Internacional.

A pesar de los intentos por restaurar el sistema de equilibrio internacional, no se logran los objetivos y se produce la Segunda Guerra Mundial.

Derecho internacional contemporáneo: en este período se crea la Organización de las Naciones Unidas (ONU), que pretende constituir un foro universal y democrático en el que se encuentren representados todos los estados.

Los Artículos 1 y 2 de la Carta de la Organización de las Naciones Unidas constituyen la base ideológica que propiciará cambios jurídicos revolucionarios. La carta sienta los siguientes principios: cooperación internacional de todos los estados para el mantenimiento de la paz y seguridad internacional; reafirmación del principio de igualdad soberana y jurídica de los Estados; se prohíbe el uso y la amenaza del uso de la fuerza en las relaciones internacionales.

A partir de la década de los 1960, y basándose en la Carta de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), una gran cantidad de estados nacen a la vida independiente,

cuando se produce el fenómeno político de la descolonización.

Derecho internacional en el Siglo XXI: en un contexto internacional marcado por las consecuencias de los atentados y por la controversia generada por las políticas de la administración en materia de restricción de derechos, la comunidad internacional ha podido sin embargo avanzar en el desarrollo de nuevos derechos universales, como el derecho de toda persona a no ser objeto de desaparición forzada, según la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, o en la disponibilidad de nuevos organismos, como la Corte Penal Internacional que, aunque fue constituida por el Tratado de Roma de 1998, no formó su tribunal de magistrados sino hasta el 2003. A este derecho se le pueden sumar las diferentes situaciones que actualmente se presentan en el mundo globalizado.

3.4. Existencia del derecho internacional

Los individuos terminan con la inseguridad del estado de naturaleza creando el Estado de los Estados, sin embargo, mantienen relaciones de fuerza entre ellos, pues no hay un Estado superior a todos ellos. Los convenios entre los Estados no son vinculantes y pueden ser modificados unilateralmente si la relación de fuerza se altera.

En el derecho internacional no hay imperativos ni soberano, elementos del derecho, por lo cual no es sino moral internacional, representada por reglas de cortesía y honor.

Las normas de derecho internacional deben ser equiparadas a la cortesía o a las reglas convencionales, ya que son escasas, insuficientemente observadas e inestables.

“Durante gran parte del Siglo XIX se discutió si podían existir normas que rigieran la vida de los Estados, y si existiesen, si eran análogas a las del derecho interno y cuál era su fundamento, hoy en día, los autores modernos ya no se preocupan de estas preguntas, pues el derecho internacional es una realidad. Los que negaban la existencia del derecho Internacional señalaban que no podía haber un derecho que se impusiera al Estado, la expresión política máxima, que tenía las funciones ejecutiva, legislativa y judicial, funciones difusas en el plano internacional”.²⁰

Sobre ello surgen las bases que ya admiten el carácter jurídico del derecho internacional, señalando que es el derecho público definido por el Estado para sus relaciones con otros Estados, se trata de un derecho público externo, no interno.

3.5 Escuelas indicadoras de la existencia del derecho internacional

En la medida en que fue aceptándose el derecho internacional público, surgieron otras escuelas, que parten de la base de que el derecho Internacional existe, y que se dividen en tres grandes expresiones:

a) Pensamiento iusnaturalista: “Es un enfoque basado en las enseñanzas de Santo

²⁰ Rousseau, Carlos. **Derecho internacional público**. Pág. 17.

Tomás y en la Escuela Española del Derecho Natural representada por Suárez sostenía que el orden jurídico, las normas supremas básicas, derivan de un principio teológico o religioso, de una revelación surgida de un texto religioso o verdad revelada, las normas positivas de un Estado deben ajustarse a este mandato superior que constituye su límite. Esta escuela ha hecho varios aportes, como la teoría de que los derechos humanos son anteriores al Estado, aportes que se han concretizado en derecho positivo. Ha tenido una vasta influencia, aunque fue avasallada por el positivismo de principios del Siglo XX".²¹

b) Positivismos voluntarista: Parte del supuesto de que el derecho internacional público es aceptado como obligatorio por el Estado por su propia voluntad, ya que el Estado es el ente privilegiado de la sociedad internacional. Esto se expresa en:

Que se valoriza el papel de la costumbre en el derecho internacional, interviene fuertemente la voluntad. No se necesita legislador, ni juez, pero es derecho si lo respalda la voluntad.

La no sanción no es problema de existencia, sino de eficacia, el derecho interno está lleno de normas que no se aplican en el derecho internacional público, y en donde en algunos casos, también son incumplidas.

Para los positivos voluntaristas, se debe hacer una distinción entre dos esferas

²¹ *Ibíd.* Pág. 20.

separadas o dualismo: hay un sistema jurídico internacional y otros nacionales, por tanto, un sistema se vincula a otro.

Esta teoría se basa principalmente en dos ideas:

En la teoría de la autolimitación de la libertad por parte del Estado: en la misma el Estado puede disponer que se limite sus competencias. El Derecho Internacional opera porque los Estados han aceptado limitar su jurisdicción para que tenga vigencia.

En la voluntad Colectiva: en la cual el derecho internacional es obligatorio porque la concurrencia de las voluntades de los Estados forma una voluntad colectiva distinta de la suma de las voluntades de los Estados, y esta voluntad ha de regirse por el derecho internacional.

c) Escuela del positivismo objetivo: está basada en el pensamiento de la teoría pura del derecho aplicada al plano internacional. Es similar al iusnaturalismo y da lugar a decir que los ordenamientos jurídicos internacionales y nacionales son uno solo.

La misma estructura piramidal del derecho interno se aplica al derecho internacional, ya que las normas del derecho internacional fundamentan a las normas fundamentales de los derechos internos, y estas normas de derecho internacional obtienen su validez de otras de superior jerarquía hasta llegar a la norma fundamental del derecho internacional, o sea la norma *pacta sunt servanda* de que los pactos

deben cumplirse, que es la norma superior que da validez a todo el sistema. Esta norma se presupone y ha sido creada por la costumbre.

La soberanía estatal significa que los Estados sólo están subordinados al ordenamiento jurídico internacional, y no a otro poder estatal análogo de la misma jerarquía, la soberanía se refiere a la independencia de los estados entre sí, pero no respecto del orden jurídico internacional.

La norma *pacta sunt servanda* no difiere mucho de la norma meta jurídica que funda el sistema jurídico iusnaturalista, señala que proviene de la costumbre.

Luego surgieron otras escuelas:

Escuela Sociológica Francesa: plantea que el Estado no es más que una artificialidad jurídica reciente, que sólo aparece en el Siglo XVI. Es un invento humano, y en cualquier momento puede surgir otra forma de organización social, por tanto, las normas deben atender a la solución de los problemas del hombre. Así, la distinción entre derecho nacional e internacional es también artificial, y sólo debe atenderse a la eficiencia de la norma.

3.6. Sujetos del derecho internacional

Los sujetos o destinatarios del derecho internacional son los Estados, principales destinatarios de las normas jurídicas internacionales y de los derechos y obligaciones

que de esas normas deriven. Pero junto a ellos están también las Organizaciones Internacionales, como la ONU, e incluso los individuos genéricos como las personas jurídicas o naturales que ya emergen con un estatuto claro.

Los vínculos que se crean entre los sujetos de derecho internacional pueden ser a la vez tipificados a través de una gran variedad de disciplinas, como el derecho internacional privado o el derecho comercial. Sin embargo, esto tiene una importancia más bien académica, porque en la práctica las normas interactúan.

3.7. Fuentes

Son fuentes del derecho internacional las diversas categorías de normas jurídicas internacionales. Las principales fuentes son las normas consuetudinarias, establecidas por la costumbre, y las normas convencionales, establecidas por tratados.

La disposición clave a este respecto se encuentra regulada en el Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia que enumera las fuentes del derecho internacional que la Corte puede aplicar:

- a) Convenciones Internacionales, que establecen reglas reconocidas por las partes litigantes.

- b) La Costumbre Internacional, como prueba de una práctica generalmente reconocida como derecho.
- c) Los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas.
- d) Las decisiones judiciales y la doctrina, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho.

El estatuto enumera las fuentes clásicas de derecho Internacional, pero esta enumeración no es taxativa, ya que no menciona todas las fuentes de derecho internacional.

Sin embargo, ha sido reproducido en muchos tratados, y sus directivas se consideran aplicables a cualquier tribunal que decida un caso de derecho internacional.

Las decisiones adoptadas por los organismos internacionales, que eran pocas en 1918 y en 1945, pero que han aumentado a partir de la segunda mitad del Siglo XX.

Esta enumeración no implica la existencia de un orden jerárquico de las fuentes, pero en la práctica ocurre que primero se recurre a los tratados aplicables por ser derecho escrito, y si estas normas son insuficientes se recurre a las otras fuentes.

El mismo Artículo 38 señala que es facultad del tribunal fallar un caso de acuerdo a la equidad *ex aequo et bono* si las partes así lo convinieren.

La costumbre internacional es la más antigua fuente del derecho internacional, consiste en un proceso gradual y evolutivo de formación de reglas jurídicas, formado por actos autónomos y aislados, pero uniformes.

La costumbre no tiene un papel tan central como los tratados, pero es importante.

La costumbre implica la existencia de dos elementos: una práctica constante y uniforme de los Estados, y que dicha práctica se considere jurídicamente obligatoria.

Los que realizan la costumbre son los sujetos de derecho internacional, que son en primer término los Estados, y dentro de estos, todos los poderes del Estado en la medida que conduzcan actividades internacionales, los cuales pueden dar origen a una práctica internacional que derive en costumbre. Como es el ejecutivo el que usualmente lleva las relaciones internacionales, es el órgano más dado a crear precedentes. Por esto es que las cancillerías son cautelosas en dar sus respuestas a la comunidad internacional, ya que podrían sentar un precedente que luego podría ser usado en contra del mismo Estado.

La forma en que el Estado vota en el seno de los organismos internacionales sienta un precedente acerca de la forma de conducta, que genera una costumbre respecto del comportamiento de dicho Estado, la cual puede ser invocada por otros Estados, en razón de un principio de consecuencia con los actos propios.

Los organismos internacionales también son sujetos de derecho internacional y

sientan precedentes, como ocurre con la Corte Internacional de Justicia. Por otro lado las operaciones de paz de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) están reglamentadas y sientan precedentes que pueden transformarse en costumbre.

El individuo no es un sujeto pleno de derecho internacional, por lo que su contribución a esta práctica es parcial. La forma más importante es la celebración de contratos internacionales con Estados u organismos internacionales, lo cual genera una práctica susceptible de transformarse en costumbre.

Un precedente o práctica es suficientemente completo cuando:

- a) Existe cierta uniformidad entre las conductas de los Estados, que debe ir acompañado de un criterio de concordancia.
- b) La conducta debe mantenerse un cierto tiempo para sentar un precedente, el cual queda a la apreciación del tribunal. El criterio es que haya pasado el tiempo necesario para que la práctica sea uniforme y concordante.

CAPÍTULO IV

4. Resolución de conflictos

Durante tiempo atrás se encuentran establecidas distintas formas de resolver conflictos entre las personas, esto se debe a que las formas de resolver conflictos datan desde tiempos remotos, a partir del momento en que existen personas que pueden tener criterios encontrados y que ameritaba resolverlos de la mejor manera posible.

Se presentan como pilares importantes las alternativas extrajudiciales de solución de conflictos, los métodos que a continuación se van a describir y que de alguna manera han contribuido a resolver la grave congestión de expedientes y tramites que se realizan ante los tribunales de justicia, a pesar de que no es como se esperaba, y que las partes necesitan que un juez decida su caso para que tenga legitimidad según ellos.

Lo anterior se debe también a razones de índole cultural, en cuanto a que un importante porcentaje de la población prefieren que los jueces emitan la resolución de sus controversias, esperando cada una de las partes que intervienen que se haga justicia, aunque lo piensen las dos personas que están inmersas en la controversia, pero eso especialmente en el ámbito del comercio y lo mercantil, ha ido cambiando.

Ahora bien, la necesidad de la menor intervención de los jueces tiene su fundamento en la congestión de tribunales de justicia respecto a temas que pueden fácilmente resolverse mediante arreglos conciliatorios, y responde a una realidad del nuevo orden económico mundial, especialmente por el hecho de que a nivel general se producen actividades relacionadas con el mercado global y el libre comercio y las transacciones que se realizan tienen que ser ágiles, flexibles, y lo menos engorrosas posibles.

4.1. Concepto

Dentro de los conceptos básicos, sobre lo que debe de entenderse como formas de resolver conflictos, se pueden señalar los siguientes:

- a) Forma; significa el modo de proceder, aptitud, disposición, manera estilo. Expresión de la voluntad de las partes y constancia de un negocio jurídico. Procesalmente, tramitación y procedimiento, en contraposición al fondo de una causa o pleito.
- b) La resolución; es la acción y efecto de resolver o resolverse, Solución de Problema, conflicto o litigio. La palabra resolución procede de la voz latina *resolutio*, que significa, “acción y efecto de resolver”. Resolver procede del Latín: *re* y *volveré*, que significa soltar, desatar. Desatar una dificultad o dar solución a una duda. Hallar la solución de un problema.
- c) Resolver es poner término a un conflicto o problema.

- d) En cuanto al conflicto, es lo más recio o incierto de un combate, pelea, contienda. Oposición de intereses en que las partes no ceden. El choque o colisión de derechos o pretensiones²².

De conformidad con lo anterior, se define a los métodos de resolver conflictos, como la forma que se utiliza para resolver las diferencias que se suscitan entre las personas. El proyecto de construir una cultura de paz en buena medida no es otra cosa que el reto planetario de abordar los conflictos desde otra mirada, con otros utensilios y con otros propósitos. Cuando se habla de conflictos se ha de remontar a determinaciones de que sólo en ocasiones extremas se refiere a guerras, a los conflictos armados. Bajo ningún concepto se debe olvidar la expresión no belicista de los conflictos, y en particular cuando se pretende vincular el estudio de los conflictos con la cultura de paz, pues eso involucra concepciones extremas de las resoluciones de conflictos que a diario se suscitan entre las partes o los particulares, pues lo anterior, denota una intervención de Estados, o de personas poderosas que pertenecen a esos estados.

4.2. Formas de resolver conflictos

Como se ha señalado arriba, la resolución de conflictos puede darse de diferentes maneras y formas, todas ellas dependen siempre del contexto, la sociedad y el momento histórico en que se esté viviendo. Así, en la antigüedad la resolución del conflicto se dio de manera dialogada, consciente y siempre en el marco de la

²² Ossorio Manuel. *Diccionario de ciencias jurídicas Políticas y sociales*. Pág. 331

amigable composición, como por ejemplo en la civilización griega en tiempos de Platón, Sócrates y Demóstenes, que impulsaron el dialogo y la razón. Sin embargo, en otro periodo de la historia, con el crecimiento poblacional y los fenómenos de las invasiones de los pueblos Hebreos, Chinos, Fenicios y Persas, la resolución del conflicto se da mediante la fuerza y la represión incluida el exterminio de la población enemiga, como se observa de este relato la resolución de los conflictos se a dado desde la forma del dialogo hasta la acción brutal imponiendo la fuerza.

En la actualidad, existen dos maneras de resolver los conflictos;

1. Las formas judiciales que se basan en el imperio de la ley
2. Las formas extrajudiciales o formas alternativas de resolución de conflictos.

4.3. La Conciliación

Etimológicamente conciliación proviene del verbo **Conciliare**, que significa concertar, poner de acuerdo, componer o conformar a dos partes que se debaten en una controversia de intereses o disidencia.

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

constituidas para el efecto, para resolver las divergencias entre obreros o como trámite previo a las medidas de acción directa.

La conciliación es un mecanismo o alternativa no procesal de resolución de conflictos, a través de la cual las partes, entre quienes exista una diferencia originada en relaciones comerciales o de cualquier otra índole, tratan de superar el conflicto existente, con la colaboración activa de un tercero objetivo e imparcial, cuya función esencial consiste en impulsar las fórmulas de solución planteadas por las partes o propuestas por él, evitando así que el conflicto llegue a instancia jurisdiccional o arbitral. Para el jurista José Roberto Junco Vargas “La Conciliación, es un proceso en el que existe una situación de conflicto entre una o más personas, quien o quienes se someten por voluntad a la intervención de un tercero imparcial que desarrolla parte activa y quien dirige y orienta, previo conocimiento de la situación del conflicto y por manejo de comunicación y propone las fórmulas de arreglo, todo lo anterior con el fin de buscar el mutuo acuerdo como de solución”²³.

Legalmente se define a la conciliación, como un mecanismo o alternativa no procesal de resolución de conflictos, a través de la cual las partes, entre quienes exista una diferencia originada en relaciones comerciales o de cualquier otra índole, tratan de superar el conflicto existente, con la colaboración activa de un tercero, objetivo e imparcial, cuya función esencial consiste en impulsar las fórmulas de solución planteadas por las partes o propuestas por él, evitando así que el conflicto llegue a

²³Barrera Santos, CESID, Folleto material para mediadores, sección de reproducción del organismo judicial. Pág.15

instancia jurisdiccional o arbitral. Con el Decreto 67- 95 del Congreso de la República nace la conciliación como Institución “Alternativa de Solución de Conflictos no judicial”.

La Cámara de Comercio de Santa Fe Bogotá Colombia, define a la conciliación como: “Un mecanismo mediante el cual las partes entre quienes existe un conflicto susceptible de transacción, originado en un negocio mercantil o derivado de actividades comerciales, tratan de superar la controversia existente, con la colaboración de un tercero experto, objetivo e imparcial, quien orienta aquellas en las fórmulas propuestas por todos, con la finalidad de acabar el conflicto y evitar que llegue a la justicia ordinaria o arbitral”²⁴.

4.4. La mediación

Christopher Moore define la mediación como “La intervención en una disputa o negociación, de un tercero imparcial y neutral, que carece de poder autorizado de decisión para ayudar a las partes en disputa a alcanzar voluntariamente su propio arreglo mutuamente aceptable”²⁵.

El doctor Carlos Castillo y Castillo precisa en su ensayo titulado “Analogía y Equidad en defensa de la Mediación” que la Mediación es un método voluntario para solucionar conflictos, en el que un mediador ayuda a las personas a través del dialogo y la

²⁴ Rivera Neutze, Antonio Guillermo, **Arbitraje y conciliación**. Pág.199

²⁵ Rivera Neutze, Guillermo. **Amigable composición**. Pág.15

cooperación para que ellas mismas encuentren las mejores soluciones a sus diferencias y que todos queden satisfechos evitando así llegar a un juzgado”.

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

4.5. El arbitraje

Etimológicamente arbitraje viene del latín **arbiter-ltri**, que significa el que puede decidir o hacer una cosa sin dependencia de otros.

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

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

intervención de un tercero para que los resuelva”²⁶

El autor Antonio Guillermo Rivera Neutze lo define como: “Juicio de conocimiento derivado de una relación jurídica contractual mediante el cual, cuando hay controversias, entre dos o más personas, empresas o estados, éstos recurren a personas no vinculadas con el poder judicial, sino a particulares para que después de apreciar los argumentos y pruebas aportadas por las partes en conflicto, se emita un veredicto denominado laudo arbitral, con características y efectos idénticos a una sentencia judicial”.²⁷

Patricio Aylwin Azocar define el arbitraje como “aquel a que las partes concurren de común acuerdo o por mandato del legislador y que se verifica ante tribunales especiales, distintos de los establecidos permanentemente por el Estado, elegidos por los propios interesados o por la autoridad judicial en subsidio o por un tercero en determinadas ocasiones”.²⁸

4.6. Características del arbitraje

Dentro de las principales se encuentra:

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

²⁶Rivera Neutze. **Arbitraje & Conciliación**. Pág. 11

²⁷Rivera Neutze, Antonio Guillermo. **Amigable Composición, métodos alternativos para solución de controversias negociación, mediación y conciliación**. Pág. 45.

²⁸Patricio Aylwin Azocar. **El juicio Arbitral**. Pág.21

- 2.- Tiene origen contractual, dado que supone un convenio entre las partes, para sustraer la controversia que los divide a la competencia de los tribunales permanentes y someterlos a la decisión del tribunal arbitral;
- 3.- El arbitraje supone la creación de un tribunal arbitral, por cuanto no existen tribunales arbitrales permanentes como los tribunales y juzgados ordinarios.

4.7. Clasificación del arbitraje

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

- a) El arbitraje puede ser ad hoc, se entiende a aquel que se realiza caso por caso por árbitros independientes, cuya actividad se agota en el laudo respectivo, con la consecuencia de que el tribunal concluye su actuación, se termina la jurisdicción transitoria que para el efecto le ha concedido la ley, mediante la voluntad de las partes, y por lo mismo desaparece definitivamente con la desintegración de sus miembros
- b) Arbitraje Institucional: Es aquel en donde una institución de carácter permanente muchas veces denominada centro o corte administra procesos arbitrales, se encarga de promover el arbitraje y darle apoyo necesario tanto a los interesados de darle este tipo de solución de sus diferencias como al tribunal arbitral cuando este se ha constituido, bien sea designado por el propio centro o privadamente por las partes, que luego acuden al centro para que administre el arbitraje.

- c) Voluntario: Este se deriva únicamente de la voluntad de las partes y se manifiesta al otorgar el compromiso arbitral. Anteriormente a él, no existe ninguna convención por lo que cualquier parte puede exigirlo.
- d) Forzoso: Se opone al anterior y se hace obligatorio cuando la ley lo impone como un medio para solucionar un conflicto, o cuando las partes pueden exigirlo con base a un convenio anterior.
- e) De Derecho: Es aquel por medio del cual los árbitros deben de desempeñar su función juzgando y fallando conforme a derecho, adecuando el fallo a las leyes y el procedimiento también, se requiere en este tipo de arbitrajes que los árbitros sean abogados y notarios.
- f) De Equidad: Este proceso arbitral no está rigurosamente sujeto a reglas procesales estrictas, los árbitros fallan según su ciencia y conciencia. No necesariamente deben los árbitros ser abogados.
- g) De Derecho Público: Se refiere a arbitrajes en donde intervienen los intereses públicos y nacionales, así como el Estado en su totalidad, tales como el arbitraje resuelto entre dos Estados.
- h) De Derecho Privado: Tradicionalmente, se considera como las dos ramas que conforman al derecho privado, el derecho civil y el mercantil. Cuando el proceso se refiere a normas sustantivas de derecho civil o mercantil, estaremos en el proceso arbitral de derecho privado.

4.8. El arbitraje de consumo

Se trata de la resolución de conflictos a través de la cual las partes, entre quienes

exista una diferencia originada en relaciones comerciales o de cualquier otra índole. Se trata de superar el conflicto existente, con la colaboración activa de un tercero objetivo e imparcial, cuya función esencial consiste en impulsar las fórmulas de solución planteadas por las partes o propuestas por él, evitando así que el conflicto llegue a instancia jurisdiccional o arbitral.

El arbitraje de consumo es un medio extrajudicial de solución de conflictos, surgidos entre consumidores y empresas, derivados de la contratación de bienes o servicios.

El arbitraje de consumo, es una forma alternativa de resolución de conflictos generados por el derecho de consumo, para lo cual deben crearse los mecanismos de protección al consumidor, facilitando su intervención ante la autoridad, que tiene por objeto hacer valer su derecho.

Se tiene conocimiento que el uno de febrero del dos mil seis, se suscribió un convenio para la capacitación en cuanto a la aplicación del arbitraje de consumo, entre las autoridades de la Comisión de Resolución de Conflictos de Cámara de Industria de Guatemala (Crecig), y la Dirección de Atención y Asistencia al Consumidor (Diacó) del Ministerio de Economía. En dicho convenio se establece la contribución de ambas instituciones en el campo de los Métodos Alternativos de Solución de Conflictos (MASC), con énfasis especial en la conciliación y arbitraje de consumo. "Mediante este convenio, la Diaco y la Crecig, se comprometen a programar y realizar jornadas de información, divulgación y capacitación acerca de dichos temas, que constituyen



una alternativa eficaz y eficiente para resolver las diferencias que surjan entre proveedores y usuarios o compradores.

CAPÍTULO V

5. Relación perjudicial de las microempresas al ser sometidas a arbitraje

Para las micro empresas, la problemática de pactar arbitraje es que, para ellos, es perjudicial ya que al ser sometidos y ante lo cual no deben ser sujetos obligados a someterse a arbitraje, pues implica que sus pocas ganancias pueden perderse al tener que pagar un árbitro, además del tiempo perdido al asistir a las audiencias de arbitraje.

5.1. Los tratados Internacionales

Los tratados internacionales han recibido una diversidad de denominaciones, pero algunas veces el tratado se llama acuerdo internacional, convención, protocolo, acta, declaración, etcétera; no obstante, el nombre no tiene importancia porque, en todos los casos existe la presencia de un acuerdo de voluntades entre sujetos del derecho internacional que hacen nacer, modificar o extinguir derechos y obligaciones recíprocas. “Tratado es un acuerdo concertado normalmente por dos o más estados conforme al derecho internacional”.²⁹ “Tratado es un acuerdo entre sujetos del derecho de gentes, destinado a producir determinados efectos jurídicos”.³⁰

²⁹ Cabanellas, Guillermo. **Diccionario de derecho usual**. Pág. 320.

³⁰ Ramírez Novoa, Ezequiel. **Derecho internacional público**. Pág. 38.

“Es un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación”.³¹ Todo tratado se rige por el derecho internacional y obviamente debe constar por escrito.

“Tratado es todo acuerdo de voluntades puesto por escrito, contenido en uno o más instrumentos conexos, concluido entre dos o más sujetos del derecho internacional”.³²

“Tratado es el acuerdo escrito celebrado entre sujetos del derecho internacional, regido por normas de esta rama jurídica y que crea, modifica o extingue derechos y obligaciones”.³³

Acerca de los elementos integradores de la definición que proponemos, se tiene que puntualizar lo siguiente:

El tratado es un acuerdo por cuanto que en él está inmersa la voluntad de las partes, lo que se resume en la categoría jurídica fundamental de acto jurídico. Al hablar de sujetos del derecho internacional, se incluye a los Estados, los Organismos Internacionales, los sujetos sui géneris y todos los nuevos sujetos del derecho.

El Estado como sujeto de derecho de la comunidad internacional se ve inmerso en una serie de relaciones jurídicas internacionales generadoras de derechos y obligaciones que permiten una vida dentro del orden y la convivencia pacífica.

³¹ **Ibid.** Pág. 39.

³² Carlos Ochoa, Carlos. **Derecho internacional público.** Pág. 35.

³³ Díaz. **Ob. Cit.** Pág. 44.

A nivel internacional, esas relaciones jurídicas se plasman por regla general en instrumentos denominados tratados.

En la doctrina se han dado diferentes definiciones de lo que se tiene que entender por tratado.

En una rama de derecho internacional comercial, la cual no es tan popular como el derecho interno, la cual atañe al empaparse de conocimientos amplios y de carácter internacional, en donde el único objetivo es dar a conocer los límites jurídicos del actuar del Estado en resolución de conflictos comerciales de carácter internacional. En observancia de la delegación de la personalidad jurídica, la protección de los principios constitucionales fundamentales propios y la búsqueda del bien común.

5.2. La empresa

Las empresas tienen gran importancia en la vida del ser humano, ya que ofrecen bienes o servicios para la satisfacción de las necesidades humanas.

Esta importancia no sólo es de tipo económico, sino que trasciende a otros ámbitos que se ven influidos por la actividad económica, como el social, ambiental, psicológico, cultural, etc.

El significado de empresa es: "Grupo social en el que, a través de la administración del capital y el trabajo, se producen bienes y/o servicios tendientes a la satisfacción de las

necesidades de la comunidad.”³⁴

5.3. Fundamento legal de la empresa

La definición se encuentra en el Artículo. 655 Código de Comercio: “se entiende por empresa mercantil el conjunto de trabajo, de elementos materiales y de valores incorpóreos coordinados, para ofrecer al público, con propósito de lucro y de manera sistemática, bienes o servicios. La empresa mercantil será reputada como bien mueble”.

La empresa no sólo es una unidad económica de producción o distribución de bienes y servicios, es también el lugar en donde se lleva a cabo la conjunción armónica entre el capital y el trabajo.

Desde el punto de vista mercantil, la empresa se reputa como un bien mueble Artículo. 655 del Código de Comercio de Guatemala por lo que es una cosa y no una persona.

En virtud de lo anterior, una empresa no puede ser el empleador, lo será el comerciante individual en el caso de empresa individual o bien la persona jurídica (por ejemplo, una sociedad anónima).

³⁴Munch Galindo Lourdes & José García Martínez. **Fundamentos de Administración**. Pág. 42.

5.4. La microempresa

Las microempresas son entidades mercantiles cuya característica principal es que tienen un capital limitado de trabajo o poco capital, así como que sus resultados son ganancias de sobrevivencia, lo cual determina que es un problema que se les aplique el arbitraje como mecanismo de resolución de controversias mercantiles, pues los propietarios de estas tienen a ser auto empleados por lo que cualquier día que dejen de trabajar implica pérdidas económicas.

5.5. Nuevas relaciones socio-económicas

En los últimos años la inversión internacional ha tomado bastante auge, en un mundo globalizado y competitivo, es necesario establecer alianzas, suscribir convenios, acuerdos y tratados comerciales internacionales para entrar a ser parte activa respecto a estas realidades y tratar de elevar los niveles de inversión y desarrollo económico del país y no remitirse únicamente a acciones comerciales internas.

Lo cual han llevado al Estado de Guatemala a someterse a normas que posteriormente lo conlleven a ser sujeto de demandas ante centros de resolución de conflictos de carácter internacional de los cuales se duda el peso legal o jurídico de sus actuaciones, que lo colocan en una plataforma jurídicamente distinta al objeto y lugar de las inversiones y términos, así como en desventaja de los intereses de la sociedad.

5.6. Problemática

El derecho arbitral se nutre de las lecciones aprendidas durante décadas (no, siglos) por tribunales internacionales que han logrado confeccionar un *modus operandi* adjetivo que deja de lado la *procesalitis* y formalismos, privilegiando soluciones adecuadas, costo eficientes y confiables, evitando los voluminosos regímenes procesales tan proclives a trucos y ‘burocracia’ procesal que hace que el medio cobre más importancia que el fin.

5.7. Análisis

El arbitraje trata de un cuerpo normativo sofisticado y esbelto que evita trampas, genera incentivos correctos y deposita confianza en el juzgador. El valor que ofrece el arbitraje es que permite que un experto neutral le dedique el tiempo necesario a resolver en forma adecuada una disputa. Entendido lo anterior, el valor que el arbitraje puede ofrecer en materia de empresa familiar es triple. Primero, calidad: la decisión a la que se arribe será fruto de un análisis cuidadoso por la persona elegida como árbitro.

Cuando en presencia de un esquema de negocios complejo, el árbitro podrá resolverlo más adecuadamente que si se encauzara a litigio. A los tribunales ordinarios; la decisión del árbitro es final. No es objeto de apelación. Dicho sea de paso, ello arroja un cuarto beneficio: temporalidad. Se trata de decisiones mucho más veloces que las obtenidas en litigio ordinario.

La heterocomposición implica que el tercero al que acuden las partes no interviene en la misma posición que éstas, sino que actúa supra partes, quedando sometidas a su decisión vinculante. El árbitro viene investido por la voluntad de las partes, que podrán decidir libremente el sometimiento a arbitraje de una materia que sea de libre disposición. La decisión arbitral sólo podrá ser ejecutada por el juez, en cuanto el árbitro tiene auctoritas pero carece de la potestas, es decir, del imperium hacer la ejecución forzosa de lo acordado, que queda reservada exclusivamente al órgano jurisdiccional.

En el arbitraje resulta relevante el principio de autonomía de la voluntad, reflejada en voluntad de las partes en doble sentido; por una parte, en someter la materia de libre disposición a arbitraje y, por otra parte, en no acudir a la vía judicial para su resolución. La voluntad de las partes debe plasmarse en un convenio arbitral que cumple la doble función de base y límite del arbitraje.

Por lo expuesto, podemos considerar el arbitraje como un medio alternativo de resolución de conflictos heterocompositivo, sujeto a la libre voluntad de las partes documentada en un convenio arbitral, por el que el laudo dictado por un árbitro o institución arbitral será de obligado cumplimiento si bien, los árbitros no están investido de potestad jurisdiccional, pero tendrán la consideración de **equivalente jurisdiccional**.

Las partes pueden obtener los mismos objetivos que con la jurisdicción civil, esto es, la obtención de una decisión al conflicto con todos los efectos de la cosa juzgada. La

institución arbitral puede tener origen en el derecho romano, desempeñando un papel relevante en el desarrollo del proceso privado romano, considerándose por algún doctrinal como el origen al proceso.

La institución a pesar de haber perdido fuerza a lo largo de los siglos, siendo desplazada en parte por el papel intervencionista del Estado, se ha mantenido por su propia naturaleza hasta ser recogida por los textos legales, a impulso de las instancias internacionales.

La regulación legal más reciente del arbitraje ha sido fruto de la evolución socioeconómica experimentada durante las últimas décadas, que han motivado mutaciones en las estructuras societarias, con la consiguiente variación internacional de las relaciones comerciales sujetas a la dinámica de un mercado cambiante y sin fronteras.

La naturaleza jurídica del arbitraje está estrictamente en consonancia con sus antecedentes históricos y con la evolución legislativa de la institución, que ha sido objeto de grandes debates doctrinales, que parten de dos corrientes doctrinales, la teoría contractualista que se fundamenta en su naturaleza contractual, sobre la base de que la voluntad de las partes es el elemento fundamental del arbitraje y la jurisdiccionalista, que podría explicar la función ejercida por los árbitros o la eficacia del convenio arbitral.

Sobre teorías anteriores se ha desarrollado una teoría intermedia, la teoría mixta ecléctica, aceptando que el arbitraje tiene origen de carácter contractual y su conclusión y efectos naturaleza jurisdiccional.

En consecuencia, la teoría mixta parte de la consideración de que el arbitraje está compuesto por pluralidad de relaciones de naturaleza jurídica diversa, frente a lo que se alza la teoría autónoma del arbitraje que considera el arbitraje es el arbitraje y esa es su naturaleza jurídica.

5.8. Solución

Ante esta situación se propone que los microempresarios sean excluidos de ser sometidas al arbitraje, porque no solo le perjudicará un laudo arbitral negativo para la misma, sino el solo hecho de ser sometida a arbitraje le hace perder ingresos al no poder atender su negocio.



CONCLUSIÓN DISCURSIVA

Las microempresas son entidades mercantiles cuya característica principal es que tienen un capital limitado de trabajo o poco capital, así como que sus resultados son ganancias de sobrevivencia, lo cual determina que es un problema que se les aplique el arbitraje como mecanismo de resolución de controversias mercantiles, pues los propietarios de estas tienen a ser autoempleados por lo que cualquier día que dejen de trabajar implica pérdidas económicas para ellos, ante lo cual no deben ser sujetos obligados a someterse a arbitraje, pues implica que sus pocas ganancias pueden perderse al tener que pagar un árbitro, además del tiempo perdido al asistir a las audiencias de arbitraje.

Ante esta situación se propone que los microempresarios sean excluidos de ser sometidas al arbitraje, porque no solo le perjudicará un laudo arbitral negativo para la misma, sino el solo hecho de ser sometida a arbitraje le hace perder ingresos al no poder atender su negocio.



BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO GARCÍA, M. **El arbitraje testamentario**. Actualidad Civil, núm. 1, 1990.
- AIMONE GIBSON, Enrique. **Derecho económico internacional**. Chile, Ed. Universitaria, 1980.
- BARONA VILAR, S.: "**Conflictos en el ámbito empresarial y su solución extrajurisdiccional. Impulso de la mediación en Europa**", Revista de derecho Comercial, 2016
- BARONA VILAR, S.: "Capítulo XIII" en Zapata de Arbeláez, A., Barona Vilar, S., Esplugues Mota, C. (Dir.), El ar Cordón Moreno, F.: **El Arbitraje en el Derecho Español: Interno e Internacional**, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 1995. **Arbitraje interno e Internacional en Latinoamérica. Regulación presente y tendencias de futuro**, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2010.
- CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. **Diccionario Jurídico Elemental**. Buenos Aires, Argentina, Editorial Heliasta, 2006.
- CALDERÓN MORALES, Hugo Aroldo. **Derecho administrativo**. Guatemala, Editorial Orión S.A., 2006.
- CORDÓN MORENO, F.: **El Arbitraje en el Derecho Español: Interno e Internacional**, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 1995. Cordón Moreno, F.: **El Arbitraje en el Derecho Español: Interno e Internacional**, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 1995.
- CASTILLO GONZÁLEZ, Jorge Mario. **Derecho administrativo**. Guatemala, Ed. Impresión S.A., 1987.
- CUADRADO ROURA, Juan R. **Introducción a la política económica**. España, Ed. McGraw, Interamericana, España, S.A., 1995.
- DEL RÍO GONZÁLEZ, Manuel. **Compendio de derecho administrativo**. Buenos Aires, Argentina, Ed. Nacional S.A. 1985.
- DOMINGUEZ VARGAS, Sergio. **Teoría económica, nociones elementales**. México, Ed. Porrúa, S.A., 1992.
- ETCHEVERRY, Raúl Anibal. **Derecho comercial y económico, obligaciones y contratos comerciales, parte general**. Buenos Aires, Argentina, Ed. Astrea, 1994.
- FRAGA, Gabino. **Derecho administrativo**. México D.F. Ed. Porrúa, 1986.



- FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara. **Contratos internacionales**. Buenos Aires, Argentina, Ed. AbeledoPerrot, 1995.
- HERNÁNDEZ ANDRADE, Jorge Fidel. **Introducción a la Economía**. Cuarta edición, Guatemala, Ed. Mercurio, 1997.
- HUITZ ENRIQUEZ, Erick Rolando. **Estudio del Derecho Internacional Público**. Guatemala, Litografía Enríquez, 2011.
- IANNI, Octavio. **La era del globalismo**. 2ª. ed. Siglo XXI, México, 1999.
- LARIOS OCHAITA, Carlos. **Derecho Internacional Público I**. 6ta ed. F y G Editores, 2001.
- LORCA NAVARRETE, A.M.: **La garantía de las actuaciones arbitrales y su jurisprudencia. Principios informadores y prueba de las actuaciones arbitrales**. Instituto Vasco de Derecho procesal y Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo, San Sebastián, 2010.
- MARTÍNEZ-MOYA Fernández, M.: **“La resolución de conflictos en la empresa familiar. El arbitraje societario”**, en Sánchez Ruiz, M. (Coord.): Régimen jurídico de la empresa familiar, Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor, 2010.
- MONROY CABRA, Marco Gerardo. **Arbitraje comercial nacional e internacional**. 2ª. Edición, Colombia, Editorial Legis Editores, S. A., 1998.
- ORTÍZ ROSALES, Rolando Eliseo. **El proceso de globalización como una visión periférica**. 1ª. ed. Guatemala. Ed. Universitaria. 1997
- PACHECO, Máximo. **Introducción al derecho**. Chile, Ed. Jurídica de Chile, 1976.
- PAZ ALVAREZ, Roberto. **Negocio Jurídico Mercantil**. 2da ed. Ed Aries. Guatemala, 2005.
- ROCA TRIAS, E.: **“Crisis matrimonial y arbitraje”**, Anuario de justicia alternativa, N°. 6, 2005.
- RODRÍGUEZ ROBLERO, M. I.: **Impugnación de acuerdos sociales y arbitraje**. Bosch, Barcelona, 2010.
- QUINTANA ADRIANO, Elvia Arcelia. **Marco Jurídico del Arbitraje Nacional, Regional e Internacional en Contratación y Arbitraje Internacional**. México, UNAM, 2008.
- TORRES LOPEZ Juan. **Análisis económico del derecho**. Madrid, España, Editorial Tecnos, 1987.



Legislación:

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

Código Civil, Decreto Ley 106, Jefe de Estado, Enrique Peralta Azurdia, 1964.

Código de Comercio, Decreto número 2-70 del congreso de la Republica, Guatemala, 1970.