

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

**ANÁLISIS JURÍDICO DE LA NUEVA LEX MERCATORIA EN LAS RELACIONES
COMERCIALES INTERNACIONALES EN GUATEMALA**

GRISELDA MAGALY FIGUEROA SALES



GUATEMALA, JULIO DE 2011

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

**ANÁLISIS JURÍDICO DE LA NUEVA LEX MERCATORIA EN LAS RELACIONES
COMERCIALES INTERNACIONALES EN GUATEMALA**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

GRISELDA MAGALY FIGUEROA SALES

Previo conferírsele el grado académico de

LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Y los títulos profesionales de

ABOGADA Y NOTARIA

Guatemala, julio de 2011

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

DECANO:	Lic. Bonerge Amilcar Mejía Orellana
VOCAL I:	Lic. César Landelino Franco López
VOCAL II:	Lic. Mario Ismael Aguilar Elizardi
VOCAL III:	Lic. Luis Fernando López Díaz
VOCAL IV:	Br. Mario Estuardo León Alegría
VOCAL V:	Br. Pablo José Calderón Gálvez
SECRETARIO:	Lic. Avidán Ortiz Orellana

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase

Presidente:	Lic. Rodrigo Franco López
Vocal:	Lic. Eddy Aguilar Muñoz
Secretario:	Lic. Marco Tulio Escobar

Segunda Fase

Presidente:	Lic. Carlos Castro Monroy
Vocal:	Lic. Roberto Paz Álvarez
Secretaria:	Lic. Rodolfo Giovanni Celis López

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).



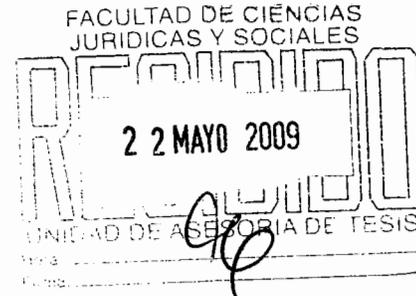
Melgar & Melgar Asociados
Abogados y Notarios
Bufete Corporativo



Guatemala;
16 de febrero del año 2009

Licenciado: Carlos Castro Monrroy
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala.
Su Despacho.

Licenciado Castro Monrroy.



En cumplimiento al nombramiento recaído en mi persona, en mi calidad de Asesor del Trabajo de tesis de la Bachiller **GRISELDA MAGALY FIGUEROA SALES**, intitulado "**ANÁLISIS JURÍDICO DE LA NUEVA LEX MERCATORIA EN LAS RELACIONES COMERCIALES INTERNACIONALES EN GUATEMALA**", procedente resulta dictaminar respecto a la Asesoría del mismo debido a las siguientes justificaciones.

- i. Por el contenido objeto de desarrollo, análisis, aportaciones y teorías sustentadas por la autora, ello meritoriamente se calificó de sustento importante y valedero dentro de la asesoría efectuada; circunstancias académicas que desde todo punto de vista deben concurrir y son atinentes a un trabajo de investigación de tesis de grado.
- ii. Aunado a lo expuesto, se pudo establecer que el referido trabajo de investigación se efectuó apegado a la asesoría prestada, habiéndose apreciado el cumplimiento a los presupuestos tanto de forma como de fondo exigidos por el Artículo treinta y dos (32) del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, de la facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala; por ende el presente dictamen determina expresamente que el trabajo de investigación cumple satisfactoriamente con los requisitos establecidos en dicho normativo, ya que se pudo verificar su contenido científico y técnico en la elaboración del tema, su técnica así como su método de investigación fueron los indicados, habiendo dado una idea de cómo redactar ya que en un principio el presente trabajo carecía de una buena redacción mejorándose poco a poco; Las conclusiones y las recomendaciones están buscando el verdadero objeto del tema como lo es contribuir a resolver el problema social objeto de su trabajo; carece de cuadros estadísticos ya que no fue necesario y por último pude constatar que la bibliografía era la adecuada para la elaboración del tema.
- iii. Por lo expuesto concluyo que el trabajo de tesis de la bachiller **GRISELDA MAGALY FIGUEROA SALES**, no se limita a cumplir únicamente con los presupuestos de presentación y desarrollo, sino también a la sustentación en teorías análisis y aportes tanto de orden legal como académica, ello en atención a los preceptos del normativo en mención regulados para el efecto, resultando como relevante el contenido analítico inserto en todo el trabajo de investigación.



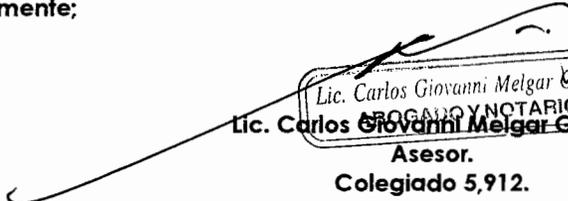
Melgar & Melgar Asociados
Abogados y Notarios
Bufete Corporativo



- iv. En consecuencia en mi calidad de **Asesor** de tesis me permito **DICTAMINAR FAVORABLEMENTE**, en el sentido de que el trabajo de tesis de grado de la autora amerita seguir su trámite hasta su total aprobación para ser discutido en su examen público de graduación y poder optar al grado académico de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y a los títulos profesionales de Abogado y Notario.

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

Deferentemente;

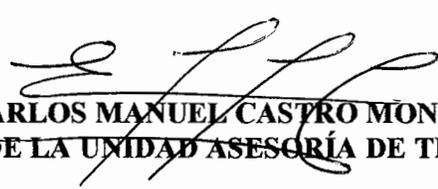

Lic. Carlos Giovanni Melgar García
ABOGADO Y NOTARIO
Lic. Carlos Giovanni Melgar García
Asesor.
Colegiado 5,912.



UNIDAD ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, veinticinco de mayo de dos mil nueve.

Atentamente, pase al (a la) LICENCIADO (A) BYRON VINICIO MELGAR GARCÍA, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante GRISELDA MAGALY FIGUEROA SALES, Intitulado: "ANÁLISIS JURÍDICO DE LA NUEVA LEX MERCATORIA EN LAS RELACIONES COMERCIALES INTERNACIONALES EN GUATEMALA".

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


LIC. CARLOS MANUEL CASTRO MONROY
JEFE DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS



cc. Unidad de Tesis
CMCM/nnmr.

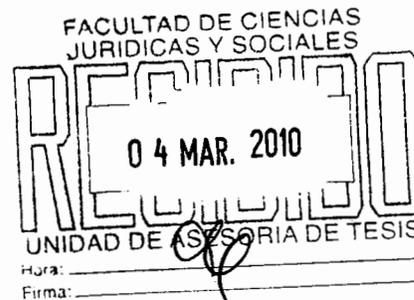


Melgar & Melgar Asociados
Abogados y Notarios
Bufete Corporativo



Guatemala, 13 de agosto de 2009

Licenciado: Carlos Castro Monroy
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala.
Su Despacho.



En cumplimiento al oficio de fecha veinticinco de mayo del año dos mil nueve, me permito informar a usted que he revisado el trabajo de tesis de la Bachiller **GRISELDA MAGALY FIGUEROA SALES**, intitulado "**ANÁLISIS JURÍDICO DE LA NUEVA LEX MERCATORIA EN LAS RELACIONES COMERCIALES INTERNACIONALES EN GUATEMALA**", procedente resulta dictaminar respecto a la **Revisión** del mismo debido a las siguientes justificaciones.

La estudiante **GRISELDA MAGALY FIGUEROA SALES**, en su trabajo de tesis, enfoca con bastante propiedad con apoyo en el derecho positivo y la doctrina, sobre la lex mercatoria en las relaciones del comercio internacional de los comerciantes de Guatemala, la aplicación de medios legales internacionales para solución de conflictos que se suscitan cuando una de las partes incumple con alguna obligación acordada por los contratantes. El tema es abordado en una forma sistemática, de fácil comprensión y didáctica, abarcando antecedentes, definiciones y doctrina, conclusiones y recomendaciones, así como regulación legal en la materia, apoyando su exposición con fundamento en normas constitucionales y derecho comparado aplicable a nuestro derecho positivo, lo que hace de este trabajo un documento de consulta y utilidad a quien esa clase de información necesite.

El trabajo de investigación se efectuó apegado a la asesoría prestada, habiéndose apreciado el cumplimiento a los presupuestos tanto de forma como de fondo exigidos por el Artículo treinta y dos (32) del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala; el tema desarrollado es importante y de actualidad, sobre todo considerado que es poco conocido por abogados litigantes y encargados de ejercer la jurisdicción y como consecuencia, dicho tema no se utiliza y aplica en nuestro medio.

De esta manera, el presente dictamen determina expresamente que el trabajo de investigación cumple satisfactoriamente con los requisitos establecidos de dicho normativo, ya que se pudo verificar su contenido científico y técnico en la elaboración del tema, su técnica así como los métodos de investigación fueron los indicados, habiendo dado una idea de cómo redactar ya que en un principio el presente trabajo carecía de una buena redacción mejorándose poco a poco. Al trabajo de tesis se hicieron las recomendaciones necesarias, las cuales fueron atendidas por la estudiante **GRISELDA MAGALY FIGUEROA SALES**. Así mismo la autora aportó al trabajo sus propias opiniones y criterios, los cuales lo enriquecen, otros pueden



Melgar & Melgar Asociados
Abogados y Notarios
Bufete Corporativo

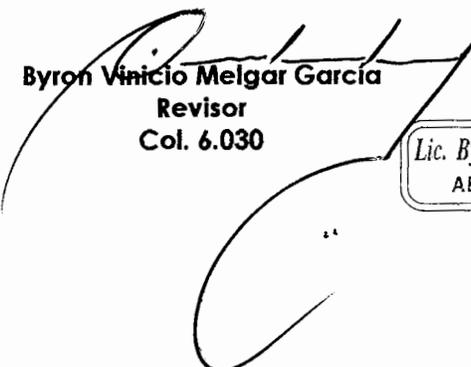


ser no compartidos y sujetos a polémica, pero en cualquier caso, se encuentran fundamentados, pues son planteamientos serios y ordenados que demuestran un buen manejo de criterio jurídico sobre la misma

En consecuencia en mi calidad de **Revisor** de tesis me permito emitir **OPINION FAVORABLE**, en el sentido de que el trabajo de tesis de grado de la autora amerita ser discutido en su examen público de graduación y poder optar al grado académico de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales.

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

Deferentemente;


Byron Vinicio Melgar Garcia
Revisor
Col. 6.030

Lic. Byron Vinicio Melgar Garcia
ABOGADO Y NOTARIO



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Guatemala, veintiocho de marzo del año dos mil once.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del trabajo de Tesis del (de la) estudiante GRISELDA MAGALY FIGUEROA SALES, Titulado ANÁLISIS JURÍDICO DE LA NUEVA LEX MERCATORIA EN LAS RELACIONES COMERCIALES INTERNACIONALES EN GUATEMALA.

Artículos 31, 33 y 34 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.-

CMCM/sllh.



DEDICATORIA



**A DIOS NUESTRO DIVINO
CREADOR Y A LA VIRGEN
MARÍA:**

Fuente de fe y sabiduría, que por su infinita bondad y misericordia me dio la vida, fortaleza y protección para alcanzar mis propósitos y derramar sus bendiciones en mí, cada día.

A MIS PADRES:

Juan Figueroa Calderón y María Elena Sales de Figueroa; por su amor, sus sabios consejos y sacrificios que han sabido guiarme en el sendero de la vida, para llegar a la culminación de esta carrera; con todo mi amor y agradecimiento, que Dios les bendiga.

A MI ESPOSO:

Henry Danilo Andrade Alquijay, por su amor, comprensión; así como la ayuda brindada en los momentos difíciles de mi carrera, permitiéndome compartir a su lado este triunfo. Gracias.

A MIS HERMANOS:

William, Noemí, Juan Alfredo, Saydi y Alán, por su cariño y confianza en todo momento, gracias.

A MIS FAMILIARES:

Con aprecio y cariño por brindarme su confianza en cada etapa de mi vida, gracias por todo.

**A LA FAMILIA ANDRADE
ALQUIJAY:**

Por entregarme su cariño y brindarme su apoyo incondicional; muchas gracias.

A LOS ABOGADOS:

Avidan Ortiz Orellana, Carlos Dionisio Alvarado García, Germán Guzmán Castellanos, Giovanni Melgar García, Byron Vinicio Melgar García; gracias por sus sabios consejos y apoyo.



A MIS AMIGOS:

Con aprecio y cariño.

A LA TRICENTENARIA
UNIVERSIDAD DE SAN
CARLOS DE GUATEMALA

En especial a la FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES, por la formación académica
y profesional que en sus aulas recibí.



ÍNDICE

Pág.

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

CAPÍTULO

1. La historia del derecho mercantil.....	1
1.1. El derecho mercantil como categoría histórica.....	1
1.2. La codificación del derecho mercantil.....	4
1.3. Antecedentes históricos del derecho mercantil en Guatemala.....	9
1.4. Las transformaciones y tendencias del derecho mercantil a lo largo del siglo XX.....	10
1.4.1. Generalización de las instituciones mercantiles, comercialización del derecho civil y unificación del Código del Comercio.....	11

CAPÍTULO II

2. El comerciante o empresario mercantil y sociedades mercantiles o comerciante colectivo.....	13
2.1. La delimitación del concepto legal de comerciante.....	13
2.1.1. Concepto de comerciante o empresario.....	14
2.1.2. Notas características.....	14
2.1.3. Status y responsabilidad.....	15
2.1.4. El empresario individuo noción y requisitos.....	15
2.1.5. Prueba, adquisición y pérdida de la condición de empresario.....	18
2.1.6. El comerciante extranjero.....	18
2.2 Sociedad mercantil o comerciantes colectivo.....	19
2.2.1. Antecedentes históricos de la sociedad.....	20
2.2.2. Sociedad, asociación y comunidad.....	22
2.2.3. La sociedad civil y sociedad mercantil.....	24

2.2.4. Elementos de la sociedad mercantil.....	26
2.2.5. Elementos del contrato de la sociedad mercantil.....	27
2.2.6. Clasificación doctrinaria y legal de los órganos de las sociedades mercantiles.....	28
2.2.7. De las sociedades mercantiles en particular.....	29
2.2.8. Sociedades de capital fijo y capital variable.....	31
2.2.9. Sociedades irregulares y sociedades de hecho.....	31

CAPÍTULO III

3. Lex mercatoria.....	37
3.1. Generalidades.....	37
3.2. Naturaleza jurídica de la lex mercatoria.....	42
3.3. Contenido de la lex mercatoria.....	47
3.3.1. Principios.....	48
3.3.2. Usos y costumbres comerciales.....	50
3.3.3. Contrato tipo.....	50
3.3.4. Leyes modelo.....	51
3.3.5. Jurisprudencia internacional.....	54

CAPÍTULO IV

4. La lex mercatoria y los principios del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT) en las negociaciones comerciales internacionales de Guatemala.....	53
4.1. Los principios para los contratos internacionales.....	53
4.1.1. Libertad de contratación.....	57
4.1.2. Liberta de forma y de prueba.....	57
4.1.3. Pacta Sunt Servanda.....	58

4.1.4. Jerarquización y límites de los principios.....	59
4.1.5. Interpretación e integración.....	59
4.1.6. Buena fe y lealtad negocial.....	60
4.1.7. Reconocimiento de los usos y las costumbres internacionales.....	61
4.1.8. La interpretación del contrato.....	62
4.1.9. La intención de las partes.....	64
4.1.10. Interpretación contextual del contrato e interpretación lógico de sus disposiciones.....	65
4.1.11. Interpretación contra proferentem.....	67
4.1.12. Integración del contrato.....	67
4.2. Origen de los principios UNIDROIT.....	69
4.3. Ámbito de aplicación.....	70
4.3.1. Mercantilidad del contrato.....	70
4.3.2. Internacionalidad del contrato.....	71
4.4. Funciones de los principios y aplicaciones jurisprudenciales.....	74
4.4.1. Aplicación de los principios como ley del contrato.....	75
4.4.2. Aplicación de los principios como lex mercatoria.....	78
4.4.3. Aplicación de los principios como modelo para la legislación a nivel nacional o internacional.....	85
CONCLUSIONES.....	87
RECOMENDACIONES.....	89
BIBLIOGRAFÍA.....	91



INTRODUCCIÓN

La razón de esta investigación se funda en demostrar que la aplicación de los usos y costumbres en los negocios internacionales de comercio, permiten a los tratadistas afirmar que ya no existen leyes de Guatemala, de España, o de los Estados Unidos, que rijan las relaciones mercantiles entre personas o sociedades de países diferentes, sino que habrá un conjunto de normas y principios de aceptación general a los que las partes se someten expresa o tácitamente.

Con la hipótesis se comprobó que con la nueva lex mercatoria en Guatemala se podrán hacer negociaciones comerciales internacionales, más dinámicas, ágiles, sin trabas burocráticas, que estén dotadas de la seguridad jurídica adecuada, para que dichas operaciones no queden al margen del ámbito jurídico. El objetivo general de este estudio es: Establecer que los usos y costumbres establecidos en la lex mercatoria constituyen un derecho espontáneo, un nuevo ordenamiento autónomo, creado por los propios comerciantes que puedan evitar en sus transacciones internacionales la aplicación conflictiva, de las legislaciones locales de sus respectivos países.

El contenido de esta investigación se refiere a la aplicación de los usos y costumbres en los negocios internacionales de comercio, permiten afirmar a los tratadistas que ya no existen leyes de Guatemala, de otra parte del mundo, que rigen las relaciones mercantiles entre personas o sociedades de países diferentes, sino que se pueden utilizar un conjunto de normas y principios de aceptación general a los que las partes se someten expresamente o tácitamente. Este conjunto de normas y principios tienen su origen 300 años Antes de Cristo en las leyes marítimas de Rodas. El comercio



marítimo ya existía entonces regulaciones de aceptación general, a las que se les ha dado el nombre de lex mercatoria.

La investigación se dividió en cuatro capítulos: el primero, destinado a la historia del derecho mercantil y su codificación; el segundo aborda el tema del comerciante individual y colectivo; el tercero se refiere a la lex mercatoria y su contenido y los principios que la rigen; y el cuarto sobre la lex mercatoria y los principios del instituto internacional del derecho privado en las negociaciones comerciales de Guatemala.

Los métodos empleados dentro de este análisis fueron: el analítico, sintético, inductivo y deductivo. Las técnicas utilizadas fueron: la investigación documental, el fichaje, la recopilación y el ordenamiento de datos; se plantearon las conclusiones y recomendaciones correspondientes, con las cuales se comprobó la hipótesis planteada y los objetivos propuestos fueron alcanzados.

En base a lo anterior se puede establecer que si se puede utilizar estas normas, es decir la lex mercatoria para la regulación de las relaciones comerciales internacionales de Guatemala, esperando que este informe final sirva para medio de consulta para todos los estudiantes y profesionales interesados en el derecho mercantil; y también como una forma de control para las relaciones de comercio electrónico.



CAPÍTULO I

1. La historia del derecho mercantil

1.1. El derecho mercantil como categoría histórica

El derecho mercantil, como rama del derecho, es reciente en general a otras disciplinas jurídicas. Nació conforme la organización social, fue evolucionando y las necesidades se hicieron cada vez más difíciles, la actividad económica del hombre sufrió una transformación que indujo el desarrollo de la civilización a la progresiva división del trabajo. Este fenómeno histórico fue planteado por Federico Engel en su obra el origen de la familia, de la propiedad y del Estado que condiciono relaciones sociales que posteriormente hicieron surgir el derecho mercantil.

Por esa división apareció el mercader, que sin formar parte directa en el proceso de la producción hace circular los objetos producidos llevándolos del productor al consumidor. Surge así el profesional comerciante, y así también la riqueza que se produce adquiere la categoría de mercancía o mercadería, en la medida en que es elaborada para ser intercambiada; para ser vendida. Al principio dicho intercambio se da por medio del trueque, pero cuando apareció la moneda como representativa de un valor, se consolidaron las bases para el ulterior desarrollo del comercio y del derecho que lo rige.

En la antigüedad, el derecho mercantil posee sus antecedentes en la Grecia Clásica por la proximidad de sus ciudades más importantes al mar mediterráneo y el hecho de que la vía marítima fuera la más útil para aproximarse a otras ciudades, hizo que el



comercio fuera una actividad importante para su economía. Fue ahí donde se crearon figuras que existen actualmente en el derecho mercantil, solo que con diferente investidura. Por ejemplo, el préstamo a la gruesa ventura, que era como un negocio por el cual un sujeto hacía un préstamo a otro, condicionando el pago por parte del deudor a que el navío partiera y regresará exitosamente de su destino. En el fondo, el prestamista corría el riesgo de perder un patrimonio prestado si ocurría un siniestro en alta mar. Era un préstamo aventurado. Esta institución se considera como un antecedente del contrato de seguro.

La echazón llamado actualmente en el derecho mercantil marítimo como avería gruesa se identifica como un aporte griego, en la que el capitán del buque, echaba las mercaderías al mar, sin mayor responsabilidad, con ello evitaba un naufragio, encallamiento o captura. También fueron importantes las famosas Leyes Rodías (que se originaron en la Isla de Rodas), las cuales eran un conjunto de leyes destinadas a regir el comercio marítimo.

En Roma en cambio no se generó un derecho mercantil autónomo, se dio el Jus Civile que era un derecho centrado a normar la actividad privada de los ciudadanos fuera o no mercantil.

En la Edad Media, aparte del feudalismo que es una manifestación propia de esta época, se formaron villas o pueblos, en donde se dio la burguesía comerciante. Radicando la importancia de esta burguesía en la riqueza monetaria que producía el tráfico comercial. Los comerciantes se organizaron en asociaciones llamadas corporaciones, que se regían por sus estatutos practicando de ahí que a ese derecho también se le llama derecho corporativo o derecho estatuario. Estos estatutos



contenían reglas de derecho que regulaban el comercio, los derechos y obligaciones del comerciante, así como organizaron una jurisdicción propia para la solución de sus controversias. La jurisdicción estaba a cargo de un funcionario llamado cónsul y es el origen de los tribunales propiamente mercantiles que se dan en algunos países.

Como aportes importantes de esta época se tiene, la letra de cambio, la consolidación de diversos tipos de sociedades mercantiles, fomento del contrato de seguro, inicio del Registro Mercantil, y otras. Siendo uno de los acontecimientos más importantes de esta época que el derecho mercantil se transformó en un derecho autónomo del derecho civil.

En el derecho moderno nace la etapa objetiva del derecho mercantil. El descubrimiento de América como un hecho que marca el curso de la historia humana e influye en el derecho mercantil, constituye una consecuencia al expansionismo mercantilista europeo.

En 1807 con la legislación de Napoleón sucedieron dos hechos importantes; en primer lugar se promulgó un código propio para el comercio, y en segundo, el derecho mercantil dejó de ser una ley clasista para convertirse en un derecho destinado a regir relaciones objetivas que la ley tipifica como comerciales, siendo irrelevante que el sujeto de las mismas sea o no un comerciante. Nace así la etapa objetiva del derecho mercantil. La revolución industrial, los inventos importantes en la ciencia, exigieron esa objetivación que durante largo periodo inspiró a diferentes códigos en el mundo moderno. Por otro lado las doctrinas liberales se desarrollaron en nuevas leyes protectoras de los intereses de la industria y del comercio, apuntando al funcionamiento del sistema capitalista.



1.2 La codificación del derecho mercantil

a) **Edad Antigua:** El nacimiento del derecho mercantil, el cual casi nada debe ni a la antigüedad ni a la legislación romana, debiendo considerarse más bien como una creación de los tiempos modernos, apenas preparadas por algunas costumbres introducidas en la Edad Media.

El comercio, como fenómeno económico y social, se presenta en todas las épocas y lugares, aun en los pueblos más antiguos pueden encontrarse normas aplicables al comercio, así sucede en los sistemas jurídicos de Babilonia, Egipto, Grecia, Fenicia, Cartago, etc. Sin embargo en estos pueblos solo se encontraron normas aisladas relativas a determinados actos o relaciones comerciales.

El primer cuerpo de derecho mercantil de que nos habla la historia, son las leyes marítimas de los Rhodios. Estas leyes que llegaron a formar un cuerpo de legislación reguladora del comercio marítimo, en el que ocupa el primer lugar tres siglos antes de Cristo en todo el Mediterráneo, por este motivo, esta legislación debió haber ejercido grande influencia sobre la de los demás pueblos marítimos y muy particularmente en el derecho de los romanos, con quienes los rhodios cultivaron relaciones pacíficas, hasta que la isla fue reducida a provincia romana, sin embargo, fuera de los fragmentos que de esa legislación Rhodia existen en los monumentos del derecho romano, ningún otro documento se creó.

b) **Edad Media:** Derrumbado el imperio romano de occidente y durante toda la era de las invasiones, la anarquía mas espantosa se enseñoreó de Europa y ante las nuevas condiciones de vida (como el feudalismo) el magistral derecho romano, resulto



insuficiente; Surgió entonces, un nuevo derecho, constituido primero por la costumbre, cristalizado después en ciertas leyes escritas, que recibieron el nombre de estatutos, y cuyo conjunto forma el llamado derecho estatutario el cual sentó algunas de las bases sobre las cuales se cimentó más adelante el derecho mercantil como tal.

La necesidad de someter las costumbres a las formas precisas del derecho escrito, se dejó sentir principalmente en el comercio de mar, y ello explica que a éste se refieran las compilaciones más importantes y de observancia más general que entonces se formaron.

El consulado del mar es un conjunto de reglas a que los cónsules, o sea los jueces en asuntos marítimos debían ajustar sus decisiones, esta compilación alcanzó una autoridad célebre. No se conoce a punto fijo la fecha en que esta colección fue redactada, aunque los más suponen que lo fue en el siglo XIII. Marsella y Barcelona se disputan el lugar de su nacimiento, pero es muy probable que su origen sea barcelonés; esta obra en definitiva fue una reproducción de las costumbres vigentes en todos los países ribereños del mediterráneo y por esto fue aplicado por largos años en los puertos del mediterráneo occidental.

Si el consulado del mar contenía el derecho vigente en el mediterráneo, el del océano se consignó en los Juicios o Roolos de Olerón, escritos al parecer en el siglo XII por un escribano del tribunal marítimo de la isla de Olerón que tenía a su cargo registrar las sentencias del tribunal en rollos de pergamino (de ahí viene el nombre de rooles con que esta colección es designada) y aunque si regularon el comercio marítimo, sobre todo en la costa atlántica francesa, dista mucho en importancia con el consulado del mar.



Durante el siglo XV surgió una compilación con el nombre de Leyes de Wisby aparentemente escrita en la isla de Gothland, cuya influencia se limitó a los mares del Norte, más específicamente a los de Suecia y Dinamarca, esta obra realizada por los negociantes y patronos de barcos de esa isla dista de ser original ya que mas bien es una adaptación o traducción de los Roolos, y por esto su importancia es mínima en comparación con estos y con el consulado.

Ya para finales de la Edad Media en el siglo XVI un autor desconocido redactó en Ruán una compilación conocida como el Guidon de la mer; esta obra no es como las anteriores una exposición integral concerniente al derecho marítimo, pues tiene como especial objeto reglamentar el contrato de seguro, que sin duda había adquirido un gran desarrollo después de las compilaciones antes referidas, que no lo mencionan para nada.

En España surgieron legislaciones en esta materia a manera de ordenanzas, como son las de Burgos (1538), Sevilla (1554) y más tarde las de Bilbao (1737).

Ninguna de las compilaciones antes mencionadas tuvo fuerza obligatoria, en cuanto a que no eran sancionadas por el poder público. El derecho, aunque ya formulado por escrito, sigue siendo consuetudinario, como lo demuestra la forma misma de redacción de estas colecciones. La principal de ellas el consulado del mar, solo contiene definiciones, ejemplos, razones, como una obra doctrinal en que se consignan y explican al mismo tiempo los usos existentes. No hay allí ninguna regla con carácter de mandato.

- a) **Edad Moderna:** Con el descubrimiento de América y el paso hacia las Indias Occidentales por el Cabo de Buena Esperanza la actividad comercial abandona el mediterráneo la prosperidad de las repúblicas italianas declina rápidamente y los estados occidentales (España, Portugal, Francia, Holanda y Gran Bretaña) pasan a ocupar en los vastos dominios del comercio un lugar de primer orden gracias a los felices atrevimientos de sus navegantes.

Francia se preocupó con este movimiento para encauzarlo y protegerlo por medio de sus leyes; así lo atestiguan sus ordenanzas principalmente las de Colbert (Code Merchant) las cuales en 1673 comenzaron a regular el comercio terrestre y a partir de 1681 la segunda parte de estas ordenanzas rigió el comercio marítimo, siendo ambas verdaderos códigos de derecho mercantil. Estas grandes obras trajeron consigo que los demás Estados comenzaran a legislar en materia mercantil surgiendo así los primeros pasos firmes de la codificación en este ramo.

La promulgación del Código de Comercio francés (Code Napoleón) de 1807 cambia radicalmente el sistema del derecho mercantil porque, inspirado en los principios del liberalismo, lo concibe no como un derecho de una clase determinada (la de los comerciantes), sino como un derecho regulador de una categoría especial de actos: los actos de comercio. Esto es, ese ordenamiento pretende dar al derecho mercantil una base objetiva, que deriva de la naturaleza comercial intrínseca de los actos a los que se aplica.

A imagen y semejanza del código francés, los demás Estados europeos promulgaron sus respectivos Códigos de Comercio, también sobre una base objetiva. Este Código francés fue un "código de exportación", como todas las leyes napoleónicas.



España en 1829, promulgó el código obra de Pedro Sainz de Andino el cual refleja una clara influencia del Código de Napoleón; este fue sustituido en 1885. En Italia, el Código Albertino de 1829 fue sustituido por el de 1865, y este por el de 1882, derogado por el Código Civil de 1984 que consagra la unificación del derecho privado italiano.

En Alemania, al Código de Comercio de 1861 sigue el de 1900, que vuelve en cierta forma al sistema subjetivo, para configurar nuevamente al derecho mercantil tomando como base al comerciante.

Por último merece citarse el código de las obligaciones suizo de 1911, que regula conjuntamente las materias civil y mercantil.

La Nueva España. El consulado de la ciudad de México (1592) tuvo una gran importancia en la formación del derecho mercantil en esta etapa. Al principio fue regido por las ordenanzas de Burgos y Sevilla, pero en 1604 fueron aprobadas por Felipe III las ordenanzas del Consulado de la Universidad de Mercaderes de la Nueva España. En la práctica, las ordenanzas de Bilbao tuvieron aplicación constante y a que este fue un ordenamiento más completo y técnico que solo regulaba la materia mercantil.



1.3 Antecedentes históricos del derecho mercantil en Guatemala

Con el Código de Comercio de Guatemala de 1877 dio inicio a la codificación del derecho mercantil guatemalteco y se produjo en el marco de la codificación general efectuada por el gobierno liberal de Justo Rufino Barrios. Anteriormente hubo varios proyectos, entre ellos uno elaborado por el jurista Ignacio Gómez.

“Mediante acuerdo de 29 de septiembre de 1876, el gobierno nombró a Manuel Echeverría, Antonio Machado y J. Esteban Aparicio para redactar un Código de Comercio. La comisión consultó el Código de Comercio de Francia, el Código de Comercio español de 1829 y los de algunos países hispanoamericanos especialmente los de México y Chile. En julio de 1877 la Comisión presentó su proyecto, junto con el texto de un Código de Enjuiciamiento Mercantil”.¹

El Código fue emitido por decreto del Presidente Justo Rufino Barrios, y entró en vigor el 15 de septiembre de 1877 y derogó las Ordenanzas de Bilbao, que habían regido en Guatemala desde 1793.

Durante su vigencia, el Código de 1877 sufrió algunas reformas importantes, entre ellas como consecuencia de la ratificación por Guatemala en 1913 de la Convención de La Haya sobre unificación del derecho relativo a la letra de cambio, al pagaré y al cheque.

El Código de 1877 fue sustituido por el Código de Comercio de Guatemala de 1942 Decreto 22946 del Presidente de la República que era prácticamente una refundición

¹ VÁSQUEZ MARTÍNEZ, Edmundo, **Derecho mercantil, Guatemala**, Pág. 16-17.



suya. El Código de Comercio guatemalteco es el decreto 2-70 del Congreso de la República, del año de 1970.

Este código pretende ser un instrumento moderno, adaptado a las nuevas necesidades del tráfico comercial de Guatemala, tanto en el aspecto nacional, como internacional. Para su elaboración se tomaron en cuenta otros Códigos de Centroamérica sobre todo el de Honduras, ello con la idea de buscar una unificación legislativa que hiciera viable el movimiento comercial que generaría el llamado Mercado Común Centroamericano,

El Código de Comercio se divide en disposiciones generales, libros, títulos y capítulos. Posee cuatro libros los cuales son:

LIBRO I De los comerciantes y sus auxiliares

LIBRO II De las obligaciones profesionales de los comerciantes

LIBRO III De las cosas mercantiles

LIBRO IV Obligaciones y contratos mercantiles

1.4 Las transformaciones y tendencias del derecho mercantil a lo largo del siglo

XX

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

A finales del siglo XX se desarrollaron profusamente las teorías sobre la empresa, con miras a convertirla en el eje central del derecho mercantil, lo cual implica que esta nueva concepción del derecho mercantil comienza a llevarse a la legislación.

1.4.1 Generalización de las instituciones mercantiles, comercialización del derecho civil y unificación del Código del Comercio

Desde hace ya algún tiempo una parte de la doctrina pretende que han desaparecido las circunstancias (y consecuentemente, las razones) que hicieron necesario el nacimiento de un derecho especial, propio de la materia mercantil, y se propone, por tanto, la unificación legislativa de los ordenamientos mercantil y civil.



La controversia sobre la fusión de las legislaciones civil y mercantil dio lugar hace muchos años a brillantes polémicas doctrinales. Algunos países (Suiza e Italia) consideraron que la separación tradicional era injustificada, y regularon unitariamente estas materias.

En México, la polémica sobre el tema de la justificación de la separación legislativa de las dos ramas del derecho privado debe detenerse ante una razón de orden constitucional. En efecto, mientras que la facultad para legislar en materia de comercio (o mercantil) es propia del Congreso de la Unión (artículo 73 fracción X de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos), esto es, tiene carácter federal, la facultad para legislar en materia civil corresponde a las legislaturas de las distintas entidades de la federación. Es imposible, pues, constitucionalmente, la unificación de los ordenamientos civiles y mercantiles en nuestro país.

A fin de facilitar el proceso de conocimiento y sintetizar (en lo posible) las premisas con la que nos hemos encontrado en este capítulo encontramos el siguiente diagrama con usos exclusivamente didácticos.



CAPÍTULO II

2. El comerciante o empresario mercantil y sociedades mercantiles o comerciante colectivo

El hombre desde siempre a practicado actos de comercio, desde la edad primitiva nos podemos dar cuenta como el hombre intercambiaba por medio del trueque, y así fue poco a poco ha ido evolucionando. El comercio es una actividad de intermediación y transformación de bienes y prestación de servicios con ánimo de lucro y realizado por cuenta propia de un individuo o una sociedad mercantil.

La permanencia en la realización de un acto de comercio va a ser el factor que le atribuirá la calidad de comerciante a una persona. La persona que la realiza esporádicamente realiza actos de comercio, mientras que la que la ocupe como su actividad principal tiene la calidad de comerciante. Además de reunir los elementos esenciales que considera la ley para catalogarlo como tal: el ánimo de lucro, actúa por cuenta propia, intermediación.

2.1 La delimitación del concepto legal de comerciante

El Código de Comercio al mencionar comerciante en general, se refiere al ejercicio profesional de una actividad económica, en la que deben incluirse no solamente la estrictamente comercial, sino también la industrial y la de servicios. Por tanto sería más correcta sustituir el vocablo comerciante por el de empresario, aunque el hecho de que el Código de Comercio esté en vigor sigamos aludiendo a la expresión comerciante como equivalente a la de empresario.

Hay que tener en cuenta que el Código de Comercio tiene una noción unitaria del empresario o comerciante y no distingue entre pequeños y grandes empresarios, imponiéndoles las mismas obligaciones y el mismo estatus jurídico, es decir que el propietario de un pequeño kiosco tiene las mismas obligaciones que un empresario individual de una gran empresa. Si se diferencia con el empresario social, pero por razones obvias, ya que las sociedades normalmente tienen una responsabilidad limitada y se debe tutelar más a los terceros que contraten con la sociedad.

2.1.1 Concepto de comerciante o empresario

El Código de comercio en su Artículo dos regula que: Son comerciantes quienes ejercen en nombre propio y con fines de lucro, cualesquiera actividades que se refieren a lo siguiente: 1o. La industria dirigida a la producción o transformación de bienes y a la prestación de servicios. 2o. La intermediación en la circulación de bienes y a la prestación de servicios. 3o. La banca, seguros y fianzas. 4o. Las auxiliares de las anteriores.

El empresario es la persona que profesionalmente y en nombre propio ejercita la actividad de organizar los elementos precisos para la producción o distribución de bienes o servicios para el mercado.

2.1.2 Notas características del comerciante

- a) Tiene una actividad organizativa y directiva en cuanto todos los elementos que se integran a una empresa.
- b) El comerciante cuando ejercita esa actividad lo hace con ánimo de lucro (para obtener beneficios).



- c) Debe actuar en nombre propio. (Actuar para si y no para otro).
- d) La independencia: el empresario toma sus decisiones independientemente.
- e) Tiene un estatus mercantil: un estatus jurídico especial.
- f) Ser hábil (capacidad de ejercicio) Ser mayor de 18 años.

2.1.3 Status y responsabilidad

El comerciante mercantil tiene una condición jurídica especial que es lo que se viene conociendo como el estatuto del empresario y que se manifiesta en los siguientes.

- a) Por el hecho de intervenir un empresario, en algunos contratos van a calificarse como mercantiles.
- b) La condición de empresario supone que va a tener obligaciones legales.
- c) Tiene distintos regímenes jurídicos en los supuestos de insolvencia, es decir, el empresario se le aplica la suspensión de pagos y quiebras.
- d) Tiene consecuencias personales más graves por sus actividades mercantiles, ejemplo, el alzamiento de bienes y la recepción.
- e) El empresario tiene una mayor responsabilidad, porque su actuación afecta a 3º personas y el ordenamiento jurídico intenta proteger a estas terceras frente al empresario.

2.1.4 El empresario individual noción y requisitos

- a) La capacidad.
- b) Ejercicio habitual.
- c) Ejercicio en nombre propio.



La capacidad: Para el ejercicio de la actividad empresarial: ejercicio por persona casada. Prohibiciones para el ejercicio de la actividad empresarial. Y se debe distinguir entre:

- a) Capacidad para ejercer el comercio.
- b) Capacidad para ser comerciante o empresario.

En cuanto a los requisitos para ejercer el comercio, vienen en el Artículo seis del Código de Comercio, que exige tener:

- a) La mayoría de edad.
- b) La libre disposición de los bienes.
- c) No estar inmerso en causa de incapacidad o prohibición.

En cuanto a la capacidad para ser empresario, comerciante, el régimen jurídico es el mismo, salvo en dos excepciones. (Artículo siete del Código de Comercio)

- a) Los menores de edad.
- b) Los incapacitados que puedan continuar el comercio de sus padres o causantes por medio de guardadores.

Ejercicio por persona casada: No existe ningún problema para el ejercicio del comercio, tanto por el marido como por la mujer, el problema que se plantea es el de la responsabilidad de los bienes del cónyuge no comerciante, como consecuencia del ejercicio del comercio. Hay que distinguir varios supuestos.

- a) En el régimen de separación de bienes: no hay problemas porque solo se puede disponer de los bienes del cónyuge comerciante, y lo del otro si este quiere.
- b) En régimen ganancial: quedarán afectos;
- c) Los bienes propios del comerciante
- d) Los bienes comunes obtenidos con los resultados del comercio y para que respondan los restantes bienes comunes se necesita el consentimiento expreso o tácito del otro cónyuge, entendiéndose que existe continuamente tácito cuando el otro cónyuge conocía el ejercicio de tal acto.

Prohibiciones para el ejercicio de la actividad empresarial: Existen casos en que una persona teniendo plena capacidad de obrar, no puede ejercer el comercio por prohibírselo la ley. Entre las clases de prohibiciones enumeraremos las más importantes.

- a) Prohibición en sentido estricto: por razones de competencia desleal.
- b) Incompatibilidad: basada en razones éticas.
- c) Inhabilitación: por la situación jurídica del sujeto, los que incurren en quiebra.

Habitualidad y ejercicio en nombre propio: Como regla general y lo establecido en el Código de Comercio para ser comerciante o empresario se necesita tener capacidad y dedicarse a el habitualmente. La habitualidad es un concepto pragmático que tienen un contenido socioeconómico y vendrá dado por las siguientes, características.

- a) Por la práctica constante.
- b) Por la profesionalidad.
- c) Por el animo de dedicarse al comercio.

Ejercicio en nombre propio: Supone que hay personas que ejercen el comercio, pero que no son empresarios.

2.1.5 Prueba, adquisición y pérdida de la condición de empresario

- Prueba
 - a) Presunción "Iuris Tantum": supone que una cosa es verdad hasta que no se demuestra lo contrario.
 - b) A través de pruebas documentales.
 - c) Por cualquier otro medio de prueba: pericial, testifical, documento privado, etc.

- Adquisición

Es por título originario, esto es, desde que una persona inicia una actividad empresarial.

- Pérdida de la condición de empresario

- 1.- Voluntariamente: cierre del negocio.
- 2.- Por un acto de disposición que suponga un cese de actividad.

2.1.6 El comerciante extranjero

El régimen jurídico se regula en el Artículo ocho del Código de Comercio. Este artículo contiene tres principios.

- a) Libertad de negociar en Guatemala, es decir, de ejercer el comercio en Guatemala.
- b) La capacidad se rige por la Ley Nacional del sujeto (capacidad de obrar).
- c) El ejercicio del comercio se regirá por la ley guatemalteca, siendo competente los tribunales de justicia guatemalteca. Estos también pueden inscribirse en el Registro Mercantil.

2.2 Sociedad mercantil o comerciante colectivo

El derecho de sociedades es la rama del derecho privado que se ocupa del empresario social, es decir, la sociedad como sujeto del tráfico empresarial. La sociedad normalmente recibe personalidad jurídica por ley y se convierte en una persona jurídica, lo cual significa que puede ser sujeto de derechos y obligaciones jurídicas en su propio nombre, y no en nombre de sus socios.

El derecho de sociedades regula el funcionamiento interno y de cara a terceros que tienen las sociedades formadas conforme a la Ley.

El Código de Comercio en su Artículo tres regula que todas las sociedades organizadas bajo forma mercantil tienen la calidad de comerciantes, cualquiera que sea su objeto. La sociedad puede ser definida como una agrupación de personas, permanente o transitoria, voluntaria o obligatoria, la cual se organiza para aportar bienes o servicios destinados a la realización de un fin común, y a la que el derecho atribuye o niega personalidad jurídica.



El Artículo 1728 del Código Civil da una definición de lo que es una sociedad en general pero esta se ajusta más a la de una sociedad mercantil ya que divide o reparte las utilidades de la misma ya dice que la sociedad es un contrato por el que dos o más personas convienen en poner en común bienes o servicios para ejercer una actividad económica y dividirse las ganancias.

2.2.1 Antecedentes históricos de la sociedad

La primera forma de sociedad que pudo darse en la antigüedad fue la copropiedad que existía sobre los bienes dejados por un jefe de familia, lo que a su fallecimiento eran explotados comunitariamente por los herederos. El Código de Hammurabi, identificado como el cuerpo legal de Babilonia, contiene una serie de normas para una especie de sociedad en la que sus miembros aportan bienes para un fondo común y se dividen las ganancias.

En Roma la primera forma de sociedad que se dio fue en la copropiedad familiar, la que tenía una proyección universal en cuanto a la responsabilidad frente a los terceros, porque comprendía o comprometía la totalidad de los bienes patrimoniales.

En la Edad Media apareció institucionalmente la sociedad mercantil, y es usual el contrato de commenda origen de las sociedades comanditarias. La idea de la personalidad moral aparece por primera vez delineada cuando las ciudades vencidas por Roma resultan por razón de la derrota privadas de su soberanía y reducidas al "jus singulorum" o derecho de los particulares, para la gestión de los bienes que les quedaban. De este modo se admitió la existencia de un ente colectivo que actuaba en



el derecho a la par de los ciudadanos, usando las formas propias del comercio jurídico y compareciendo ante los jueces de acuerdo a las reglas del procedimiento.

Posteriormente y en virtud de la utilidad de este particular recurso, se extendió a otras corporaciones tales como los colegios sacerdotales, los colegios de funcionarios públicos, y hasta las sociedades comerciales que eran constituidas para la explotación de minas o la recaudación de impuestos.

De este modo, la práctica se adelantó a la teoría, pues sin haberse concebido en la dogmática jurídica la existencia de sujetos de derecho diferentes de los individuos humanos, como tales, en la vida del derecho abundaron tales situaciones. Ahora bien, el acontecimiento histórico que incuestionablemente significó la aceptación del fenómeno jurídico que representaba la existencia de personas de existencia ideal, fue, sin lugar a dudas, la aparición del cristianismo.

El aporte de este fenómeno cultural y social a la distinción entre la persona individual y la ideal, tuvo que ver directamente con la concepción del pueblo de Dios y la Institución Iglesia que funcionaban como una unidad orgánica.

Además la persona jurídica fundación nace también en el derecho cristiano, el mandato cristiano de caridad y amor al prójimo se consumaba en la erección de instituciones dedicadas a hacer efectivos esos mandatos de ayudar material y espiritualmente al pueblo. Esas instituciones denominadas de ordinario Fundaciones funcionaban en forma independiente de cualquiera de sus miembros fundadores y/o administradores e inclusive de los beneficiarios de dichas instituciones.

En el siglo XIII D.C. Siniblando de Fieschi (el Papa Inocencio VI), trató de remarcar la diferencia existente entre el hombre con alma y cuerpo y las corporaciones calificando a éstas como: "res intelectuales" y "res incorporeales" y llamando a las personas jurídicas: personas fictas.

Con posterioridad Grocio, dio un particular impulso a la diferencia entre personas físicas y personas jurídicas al sostener que las corporaciones poseen su propia realidad y unidad.

2.2.2 Sociedad, asociación y comunidad

Tanto la sociedad como la asociación son manifestaciones de un mismo fenómeno asociativo, pero con una trama orgánica diferente.

Se puede decir que la asociación es el género y la sociedad es la especie. La sociedad crea un vínculo que afecta a los socios entre sí, equiparándolos cualitativamente, mientras que la asociación crea un vínculo entre los asociados y la asociación.

El autor Mezger dice "La sociedad es algo entre los socios; la asociación es algo por encima de los socios".²²

Conforme al sistema jurídico guatemalteco en el Artículo 15 del Código Civil, la diferencia entre una asociación y una sociedad se da en que la asociación no tiene finalidad lucrativa; mientras que en la segunda, esta es la razón de su existencia. Pero,

²² Citado por VÁSQUEZ MARTÍNEZ, Ob. Cit. Pág. 55.

en la práctica puede suceder que una asociación practique actividades lucrativas, situación que podría confundir no obstante lo que en claro deja el Código Civil.

Si una asociación obtiene lucro o ganancia, no se reparte entre los asociados, sino que sirve para aumentar el patrimonio propio de la asociación y para el cumplimiento de los fines que motivaron su fundación. Ambas pueden lucrar pero en la sociedad es para los socios y en la asociación es para esta.

En cuanto a la comunidad es mas general ya que la asociación y la sociedad están inmersas dentro de ella de esta maneras se puede definir a la comunidad como un grupo o conjunto de individuos, seres humanos, que comparten elementos en común, tales como un idioma, costumbres, valores, tareas, visión del mundo, edad, ubicación geográfica (un barrio por ejemplo), estatus social, roles. La comunidad debe entenderse como un sistema social con un número suficiente de estructuras sociales para satisfacer las necesidades de sus miembros mediante las relaciones de rol

Por lo general en una comunidad se crea una identidad común, mediante la diferenciación de otros grupos o comunidades (generalmente por signos o acciones), que es compartida y elaborada entre sus integrantes y socializada. Generalmente, una comunidad se une bajo la necesidad o meta de un objetivo en común, como puede ser el bien común; si bien esto no es algo necesario, basta una identidad común para conformar una comunidad sin la necesidad de un objetivo específico.

- En términos de administración o de división territorial, una comunidad puede considerarse una entidad singular de población, una mancomunidad, un suburbio, etc.



- En términos de trabajo, una comunidad es una empresa.

En la comunidad no hubo mucho grupalismo ya que las personas antiguamente querían hacer las cosas por si solos para llamar la atención. Un ejemplo son los libros.

2.2.3 La Sociedad civil y sociedad mercantil

Debido a que no existe una definición en el Código de comercio de lo que es una sociedad mercantil, mientras que en el Código Civil si se establece una definición de sociedad en forma general se debe de establecer la diferencia entre ambas. Para ello se establecen tres criterios en la doctrina los cuales son:

- a. Criterio profesional: Conforme a este criterio, una relación jurídica tiene naturaleza mercantil cuando el sujeto que interviene tiene la calidad de comerciante según cada sistema jurídico. Una sociedad es mercantil porque tiene la calidad profesional de comerciante, en cambio, la civil, no la tiene.
- b. Criterio objetivo: La diferencia entre la sociedad civil y la sociedad mercantil depende aquí de la naturaleza jurídica de los actos que cada una realice. Si en una sociedad su objeto social lo constituyen actos calificados por la ley como actos de comercio la sociedad es mercantil, en caso contrario, la sociedad es civil.
- c. Criterio formal: La ley mercantil establece una serie de tipos de sociedades consideradas de naturaleza mercantil fuera de cualquier otra calificación o circunstancia especial. Al celebrarse el contrato de sociedad, si en el contexto del instrumento público se adopta una de las formas establecidas en el Código de Comercio, la sociedad es mercantil, de lo contrario la sociedad será civil. Se



debe de buscar la diferencia en la constitución de la sociedad, si es conforme el Código de Comercio o al Código Civil, siendo irrelevante la actividad a la que se dedique.

El derecho mercantil guatemalteco sigue esta tendencia, la cual se traduce en el Artículo tres del Código de Comercio y se complementa con el Artículo 10, asimismo esto tiene efectos en el ámbito registral pues las sociedades mercantiles se inscriben en el Registro Mercantil y las civiles en el Registro Civil.

Sociedad mercantil como persona y sociedad mercantil como contrato: Existe discrepancia muchas veces en cuanto a las definiciones de una sociedad mercantil y esta es si es un contrato o si la sociedad es una persona jurídica y el contrato es el medio para crearla.

Según Ernesto Viteri la sociedad en general es una personalidad jurídica de conformidad con el Artículos 15 inciso 4 del Código Civil; son personas jurídicas: ... 4) las sociedades..." Si las sociedades son personas jurídicas, no puede a su vez ser contratos, si las sociedades son o pueden ser sujetos de derecho, no pueden ser también "un convenio que produce o transfiere obligaciones y derechos" No se puede confundir un sujeto de derecho (sociedad), con un medio jurídico del que disponen los sujetos para adquirir o transferir obligaciones y derechos (contrato).

Es más lógico considerar a la sociedad como persona jurídica, creada en virtud de un contrato, ya que mediante la convención de las partes y la intervención del Estado, ese particular contrato no sólo tiene efectos creadores de obligaciones y derechos, sino resulta también en el nacimiento de un nuevo sujeto de derecho. (Persona jurídica)



El Código de Comercio es claro en su Artículo 14 en señalar que poseen personalidad jurídica las sociedades y esta personalidad jurídica es resultante de un contrato.

El derecho económico se manifiesta, en el ámbito del derecho societario, como un límite a la autonomía privada derivado de normas imperativas que tutelan a los terceros y también a los socios-, de los principios configuradores del tipo social, y de la moral y el orden público general.

Comprende las normas que tutelan el interés público fundado en el interés general como son: el régimen de tipicidad, la conservación de la empresa, la contabilidad legal, la fiscalización estatal, el régimen de control, la nulidad por objeto y por actividad, el régimen del capital, la registración mercantil y los regímenes de responsabilidades, entre otros institutos, incluyendo cuestiones patrimoniales, e importando un sistema de contrapesos respecto de las normas que facilitan los negocios.

En otras legislaciones, ya se acepta en la actualidad, tanto legislativa como jurisprudencialmente, la posibilidad de penetrar la personalidad jurídica de una sociedad para responsabilizar en forma personal a sus socios, controlantes y directivos, por determinados incumplimientos del ente societario

2.2.4 Elementos de la sociedad mercantil

- a. Personales: socios y sociedad
- b. Reales: capital, reservas y aportaciones



- c. Funcionales: Sistema de administración y de nombramiento de administradores, sistema de liquidación y de nombramiento de liquidadores, distribución de utilidades y casos de disolución
- a) El elemento personal de la sociedad mercantil lo constituye la persona individual o jurídica llamada socio. En diversas legislaciones, así como en la nuestra se exige que exista pluralidad de personas para formar la sociedad, ya que una sociedad unipersonal como lo sugieren algunos autores no podría darse en el derecho guatemalteco debido a que no lo permite el concepto legal y además porque la concentración de capital en un solo socio es causa de disolución de la sociedad,
- b) Elementos patrimoniales: Estos elementos con el patrimonio y capital: La sociedad para cumplir su objetivo necesita de un fondo propio, el que se forma con los aportes de los socios capitalistas. A este fondo se le llama capital social. Existe diferencia entre el concepto de capital social con el de patrimonio social, el patrimonio social se constituye por todos los bienes, derechos y obligaciones de la empresa y se modifica constantemente, según el éxito o el fracaso de la gestión económica de la empresa. Por el contrario el capital social es una cifra o expresión de valor monetario fijo, cuya certeza, en cuanto al monto, es una garantía para terceros que contratan con la sociedad y para sociedad misma.



2.2.5 Elementos del contrato de la sociedad mercantil

Para que el contrato de sociedad reúna las condiciones normales de existencia y validez precisa que haya consentimiento y objeto; que el motivo o fin sea lícito, y que se cumplan los requisitos de forma que la ley dispone.

- a. Consentimiento: Es la manifestación de voluntad por la que se exterioriza el acuerdo de poner en común con otras personas, recursos o esfuerzos para la consecución de un fin común determinado, así como la conformidad con las bases establecidas para ello. Para que haya consentimiento precisa que la declaración de voluntad sea emitida por persona capaz de hacerlo, que no este afectada de vicios capaces para invalidarla.
- b. Objeto: Es la cosa que el socio debe dar, sea aportación de dinero o de especie, o el hecho que el socio debe hacer, en las aportaciones de trabajo. Objeto del contrato de sociedad es, pues para nosotros, la aportación de los socios.
- c. Causa: finalidad que persiguen las partes, es decir, el fin común de carácter económico, que se traduce en una participación en los beneficios y pérdidas.
- d. Forma del contrato: Se requiere que el contrato mercantil se otorgue ante notario y que en la misma forma se hagan constar las modificaciones del mismo. El contrato deberá inscribirse en el Registro Mercantil. Artículos. 16, 17 del Código de Comercio y 46, 47 y 48, Código de Notariado.

2.2.6 Clasificación doctrinaria y legal de los órganos de las sociedades mercantiles

- a. Órgano de soberanía: La voluntad social reside en la reunión de los socios en junta general o en asamblea general. La ley reserva el calificativo de asamblea

general para la sociedad anónima y por analogía también para la comanditaria por acciones y la de junta general para los demás tipos de sociedades. La función del órgano de soberanía es la de marcar las directrices fundamentales de la sociedad en cuanto a su existencia y funcionamiento, como persona jurídica. Se puede decir que es el órgano supremo de la sociedad.

- b. Órgano de administración: La sociedad mercantil únicamente puede actuar por medio de los administradores y por eso ellos desempeñan una función necesaria para que pueda manifestarse frente a terceros.
- c. Órgano de fiscalización: La función de este órgano es la de establecer el correcto funcionamiento de la sociedad, de acuerdo con la ley el contrato, así como velar por el cumplimiento de la voluntad social. Se puede llamar comisión de vigilancia o bien órgano fiscalizador. Es un órgano importante de la sociedad porque permite que los administradores y los socios ajusten su conducta a lo que prescribe el contrato o el Código de Comercio.

2.2.7 De las sociedades mercantiles en particular

La clasificación más común y atendiendo a la importancia del capital aportado: Se clasifican en sociedades de personas y sociedades de capital. Esta clasificación ha sido criticada por que no puede concebirse una sociedad sólo de personas o una sociedad sólo de capital, los dos elementos son importantes, pero no debe entenderse que la persona o el capital sean lo importante, porque ambos elementos son, sino en la medida de que hay preeminencia del uno u otro factor.

- a. Dentro de las sociedades de personas se encuentran la colectiva y las comanditarias; y una de sus características es que se identifican con razón



social, lo que permite que el público las conozca por medio de los nombres o apellidos de sus socios. Este elemento denota su naturaleza personalista.

- b. **Sociedades de capital:** sociedad anónima, en estas no importa el crédito personal del socio, no importa si tiene o no fama comercial, lo que cuenta es el capital que aporte, la cantidad de acciones que compra; y ese volumen de capital va a determinar su influencia dentro de la sociedad mixta. Existe también la sociedad de naturaleza mixta en la que es importante la persona y el capital.
Ej. Sociedad de responsabilidad limitada

Las sociedades de personas son *intuitu personae*, y las sociedades de capital *intuitu pecuniae*.

Atendiendo al grado de responsabilidad del socio frente a las obligaciones de la sociedad: Se clasifican en sociedades de responsabilidad limitada y sociedades de responsabilidad ilimitada.

- a. **Sociedades de responsabilidad ilimitada:** son aquellas en que el socio, por las obligaciones de la sociedad, responde con lo que haya aportado el capital social con su patrimonio particular, ejemplo: la colectiva
- b. **Sociedades de responsabilidad limitada:** son aquellas en las que, por las obligaciones sociales, únicamente responde con lo que aportó al capital social, excluyendo el patrimonio particular; ejemplo: la sociedad anónima y la de responsabilidad limitada.

- c. También existe una sociedad mixta que tiene socios que responden en forma ilimitada y socios que responden en forma limitada, se trata de las sociedades comanditarias. Es en razón de la responsabilidad del socio frente a las obligaciones sociales, ya que todas las sociedades, como personas jurídicas tienen responsabilidad ilimitada, pero se trata de su responsabilidad y no la de los socios.

Clasificación de acuerdo a la forma de representar el capital:

- a. Sociedades por acciones: El aporte del socio se representa por un documento o título valor llamado acción, el que representa y le da calidad de socio. Ejemplo: Sociedad Anónima y comandita por acciones.
- b. Sociedades por aportaciones, partes de interés o cuotas: El capital se divide en aportaciones cuyo monto consta en la escritura constitutiva; siendo prohibido representar estos aportes por acciones o títulos semejantes. Ejemplo: sociedad de responsabilidad limitada, colectiva y comandita simple.

2.2.8 Sociedades de capital fijo y capital variable

Estas sociedades sirven para diferenciarlas de otras organizaciones sociales: las cooperativas.

- a. Sociedades de capital fijo son aquellas que para modificarse su capital, necesitan modificar su escritura constitutiva, ejemplo: todas las sociedades mercantiles.

- b. **Sociedades de capital variable:** Pueden modificar su capital sin alterar su instrumento constitutivo; ejemplo: la cooperativa, ya que en esta el ingreso de un nuevo socio altera el capital, pero no hay necesidad de modificar el acta de fundación.

2.2.9 Sociedades irregulares y sociedades de hecho

- a. **Sociedad irregular:** Una sociedad es irregular por dos motivos: primero, por tener fin lícito, aunque esté inscrita, debe disolverse y liquidarse de inmediato. Los socios son responsables de las obligaciones de la sociedad irregular, y segundo cuando una sociedad se exterioriza frente a terceros y no está inscrita en el Registro Mercantil. La sociedad es irregular porque no tiene personalidad jurídica, ya que esta deviene de la inscripción registral, La ley establece la responsabilidad solidaria e ilimitada de los socios frente a las obligaciones contraídas en nombre de la sociedad irregular.

- b. **Sociedad de hecho:** Es aquella que aparentemente se manifiesta frente a terceros, sin que en su formación se hayan observado las solemnidades que la ley prescribe para la fundación de sociedades mercantiles o sea la celebración del contrato mediante escritura pública. Contraria a derecho. Esta situación también genera responsabilidad limitada y solidaria de los presuntos socios de la sociedad de hecho.

Son sociedades organizadas bajo forma mercantil exclusivamente las siguientes



- a. **Sociedad Colectiva:** Es una sociedad mercantil, de tipo personalista, que se identifica con una razón social, en la que los socios, por las obligaciones sociales, responden de modo subsidiario, ilimitada y solidariamente. La sociedad colectiva, es una sociedad de tipo personalista, que se identifica con una razón social, en la que los socios, por las obligaciones sociales, responden de modo subsidiario, ilimitada y solidariamente.
- b. **Sociedad en Comandita Simple:** Su origen lo relacionan con el contrato de “commenda” que era en la Edad Media, el contrato por el que una persona confiaba en otra un capital en efectivo o en otra clase de bienes, con el objeto de realizar una explotación económica y dividirse posteriormente las ganancias. La sociedad en comandita es una sociedad mercantil de tipo personalista, que se identifica con razón social, que requiere de un capital fundacional y en la que coexisten dos tipos de socios con diferente grado de responsabilidad. En el derecho guatemalteco vigente, la sociedad en comandita se encuentra contemplada en sus dos formas: comandita simple y comandita por acciones.
- c. **Sociedad de Responsabilidad Limitada:** La sociedad de responsabilidad limitada surge como una forma intermedia entre la sociedad anónima y la sociedad colectiva, los primeros países que practicaron esta forma de sociedades fueron Alemania e Inglaterra. Se dice que la sociedad de responsabilidad es una variedad de la sociedad anónima, que es una sociedad anónima sin acciones o bien una sociedad anónima de estructura simplificada. Por tanto se puede decir que esta sociedad es personalista y capitalista a la vez. Es una sociedad mercantil que se identifica con razón social o con denominación, que tiene un



capital fundacional dividido en aportes no representables por títulos valores; y en la que los socios limitan su responsabilidad por las obligaciones sociales, hasta el momento de sus aportaciones y de otras sumas que hayan convenido en la escritura social. (Artículo 78 del Código de Comercio). Esta sociedad puede tener razón social o denominación. La razón social se formará con el nombre completo de uno de los socios o con el apellido de dos o más de ellos; y la denominación se forma libremente, con la obligatoriedad de hacer referencia a la actividad social principal. En ambos casos, es obligatorio agregar la palabra limitada, que pueden abreviarse "Ltda." O "Cía Ltda.", según el caso. Si se omiten estos agregados el efecto producido es que los socios responden solidaria, ilimitada y subsidiariamente de las obligaciones de la sociedad, como si fueran socios de una colectiva.

- d. **Sociedad en Comandita por Acciones:** Sociedad Mercantil de tipo personalista, se identifica con una razón social, requiere de un capital fundacional que se divide y se representa por títulos llamados acciones y en la que coexisten dos tipos de socios con diferente grado de responsabilidad. La razón social se debe de componer por los nombres y apellidos de los socios comanditados, los cuales deben de ir acompañados por la leyenda y compañía sociedad en comandita por acciones, los cuales pueden abreviarse: y Cía. S. C.A.

- e. **Sociedad Anónima:** El antecedente histórico se le atribuye a la Edad Media, ya que se dice que existieron instituciones bancarias como el Banco de San Jorge, fundado en Génova en 1409, cuya organización era muy parecida a lo que hoy se conoce como la sociedad anónima. Y hay otros que atribuyen el origen de la

sociedad anónima al derecho romano, ya que se dice que existieron sociedades autorizadas por el Estado para la recolección de impuestos, que tenían su capital dividido en partes cedibles entre los particulares. Es una sociedad formalmente mercantil, de carácter capitalista, se identifica con denominación, tiene un capital dividido y representado en títulos llamados acciones, y los socios limitan su responsabilidad hasta el monto total de las acciones que son de su propiedad.

Atributos de la personalidad de la sociedad:

- a. Nombre: Razón social o denominación social.
- b. Domicilio: Departamento / País (internacional), es importante para determinar la jurisdicción.
- c. Residencia social (físicamente oficinas)
- d. Patrimonio: Capital social
- e. Nacionalidad: País.
- f. Estado civil: Tipo de sociedad, es sociedad anónima, colectiva, etc.
- g. El nacimiento es la constitución, el acto constitutivo que se realiza a través de una escritura pública.
- h. La disolución se puede manifestar por la quiebra de la sociedad.





CAPÍTULO III

3. Lex mercatoria

3.1 Generalidades

En las últimas décadas se ha venido discutiendo la posibilidad de la existencia de un tercer orden jurídico, “para estos efectos, hemos de entender que las dos órdenes jurídicos tradicionales estarían conformados por los derechos estatales y por las reglas de derecho surgidas de las convenciones y los tratados internacionales”.³ Este tercer orden jurídico puede entrar a regir las transacciones comerciales internacionales, a manera de un sistema determinado por los usos y principios imperantes en esta actividad, que deriva su legitimidad del reconocimiento otorgado por los miembros de un grupo social homogéneo, cual es el de los comerciantes.

En este orden de ideas, una de las nociones que ha adquirido mayor preponderancia dentro de los estudios de Derecho Internacional Privado es la de Lex Mercatoria, denominación bajo la cual se ha construido toda la doctrina acerca de un derecho surgido de actividad comercial, sin intervención estatal. El concepto de lex mercatoria necesariamente nos remite a la Edad Media, época en la cual la incipiente regulación de los Estados y de los feudos en materias comerciales era incapaz de dar respuesta a los requerimientos de la práctica mercantil, lo que condujo a que los comerciantes se vieran en la necesidad de desarrollar reglas y principios aplicables a su transacciones, extraídas de los usos y las reglas gremiales como una suerte de orden jurídico

³ FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos. *Ius mercatorum. Autorregulación y unificación del derecho de los negocios transnacionales*. Página 87.



aplicable a las relaciones que surgían entre ellos”.⁴ A esta reglamentación se le dio el nombre de *lex mercatoria*.

Claro está que esta noción trascendió el sentido que había adquirido históricamente, pues en 1964 el profesor BERTHOLD GOLDMAN publicó su célebre texto *Fronteras del derecho y lex mercatoria*, en el cual percibe y pretende demostrar el resurgimiento de esta actividad reguladora de los comerciantes, apreciando esta realidad que responde a fenómenos diferentes de los que le dieron origen en el medioevo: Los comerciantes desarrollan nuevas reglas (uniformes) aplicables a sus relaciones jurídicas, como consecuencia del exceso de normativas estatales, que ha generado innumerables obstáculos para el tráfico internacional. La proliferación de leyes estatales y la creciente intervención de los Estados en la economía global ha afectado la seguridad en las negociaciones comerciales, con lo cual los sujetos del comercio exterior van a preferir sujetar sus negocios a reglas preestablecidas, de las cuales se puedan deducir soluciones claras, predecibles y sobre todo neutrales (aspecto que puede verse sacrificado con el recurso a una ley nacional).

Se han desarrollado múltiples debates en torno a este concepto que puede parecer tan etéreo e indefinido, pero que reviste una importancia capital dentro del derecho comercial internacional. El presente texto pretende aportar unas breves ideas para enriquecer esta discusión, para tal efecto, se estudiara las generalidades sobre el fenómeno de la *lex mercatoria*; posteriormente, se procederá a exponer la investigación según la cual es posible considerar que ésta es un ordenamiento jurídico autónomo, con plena vocación para ser aplicado a una transacción mercantil y evaluaremos las críticas surgidas frente a esta postura.

⁴ OVIEDO ALBÁN, Jorge. *Unidroit y la unificación del derecho privado: referencia a los principios para los contratos comerciales internacionales, en compraventa internacional de mercaderías*. Págs. 58.

La nueva *lex mercatoria* llamada indistintamente como *lex mercatoria*, Ley de los comerciantes, derecho de los negocios internacionales, entre otras denominaciones.

No se incluye en el presente estudio, la antigua *lex mercatoria* o *ius mercatorum*, que surgió en la edad media para regular transacciones comerciales en forma independiente al derecho romano, y que fue producto de los usos y prácticas de los comerciantes de esa época. El *ius mercatorum*, "Se trata, luego, de un derecho que, frente a la ausencia de un centro monopolizador de la producción normativa como sucederá con el Estado nacional a partir de los siglos XVII, XVIII nace como resultado de una necesidad práctica, la de regular las transacciones de naturaleza mercantil que la producción y la distribución manufacturera habían determinado; y, también, se trata de un derecho que nace al margen del derecho comúnmente reconocido y aplicado, el derecho romano, que no contiene los instrumentos normativos necesarios para afrontar los nuevos retos que el comercio internacional comienza a general".⁵

Resulta sumamente difícil la comprensión de un conjunto de usos y costumbres internacionales que han sido elevados a la categoría de sistema jurídico reconocido a nivel internacional, que no emana de ningún órgano legislativo oficial o de un ente internacional con legítimas facultades legislativas, y que sin embargo, es aplicado y cumplido por los comerciantes en sus respectivas transacciones mercantiles internacionales, y aplicado también por árbitros a nivel internacional. Un sistema jurídico que rige la etapa de gestación o generación de relaciones contractuales, su perfeccionamiento y ejecución, sin pertenecer a una regulación de un derecho nacional o a un cuerpo normativo vinculante a nivel internacional.

⁵ Silva, Jorge Alberto y coautores. Estudios sobre *Lex mercatoria*, Pág. 203.

Haciendo una integración de los distintos elementos que la mayoría de autores citan con relación a la denominada *lex mercatoria* se puede definir como el “conjunto de normas, principios, reglas, usos o prácticas del comercio internacional que rigen las transacciones comerciales a nivel mundial”.⁶ Debido al contenido de esta definición, podemos afirmar que la *lex mercatoria* es considerada como un sistema jurídico transnacional o anacional. Aunque es necesario mencionar que algunos autores consideran a la *lex mercatoria* como un orden jurídico internacional, derecho común de los negocios internacionales o como un derecho mundial que rige las transacciones comerciales y que se encuentra más allá de un ordenamiento político internacional.

Castán Tobeñas la define como: “Un sistema jurídico que constituye el conjunto de normas e instituciones que integran un derecho positivo y que rigen una determinada colectividad. Con ello se entiende que toda sociedad posee su propio sistema”.⁷ De manera que un sistema jurídico comprende toda regulación positiva que rige en determinado tiempo y en determinada sociedad.

La *lex mercatoria* comprende usos y costumbres de carácter internacional, jurisprudencia arbitral, doctrina internacional, leyes modelo, principios generales del comercio internacional, convenciones internacionales vigentes y no vigentes, condiciones generales de la contratación, entre otros.

Si se comparan los elementos de un sistema jurídico constituido por un conjunto de normas e instituciones que comprenden una regulación positiva y que rigen en determinado tiempo y en determinada sociedad, con el contenido o fuentes de la

⁶ Alvarado Lemus, José Rolando. **Lex mercatoria**. www.canalegal.com/contenido.php?c=210 - 54k - (18 de julio de 2008)

⁷ Castán Tobeñas, José. **Los sistemas jurídicos del mundo occidental**, Pág. 5.

denominada *lex mercatoria*, fácilmente se dan cuenta que ésta última figura jurídica carece de una regulación positiva, o sea, su normativa no emana de un parlamento o congreso de determinado Estado o de un parlamento o ente internacional con facultades legislativas.

Ahora bien, si la *lex mercatoria* carece de regulación positiva ¿por qué razón se le considera: sistema jurídico, orden jurídico, derecho común o derecho mundial? Aquí se inicia el punto de este dilema legal.

El propio Castán Tobeñas “reconoce la existencia de sistemas jurídicos estatales y no estatales y dice que los hay también no sólo de base legislativa, sino de base judicial y de base consuetudinaria”.⁸ El término “consuetudinario”⁹ es comprensivo de la costumbre y ésta, a la vez, comprende una repetición de actos o un procedimiento habitual. La costumbre que nos interesa definir sería la costumbre mercantil internacional y luego la debemos distinguir de un uso o práctica mercantil internacional.

La costumbre comercial internacional se entiende a aquella costumbre formulada por un organismo internacional, como por ejemplo, la Cámara de Comercio Internacional. Por su parte, el uso o práctica se entiende como aquella costumbre que no ha sido formulada por un organismo internacional, o sea, que, estaría compuesta de aquellos usos o prácticas que los comerciantes realizan, o han realizado en forma habitual.

⁸ Castán Tobeñas, José. *Op; Cit.* Págs. 5 y 6.

⁹ Al derecho consuetudinario también se le denomina usos y costumbres, y constituye una fuente del derecho en determinados Estados. Son normas jurídicas que derivan de hechos, actos o prácticas que se han producido repetidamente en el tiempo y en un territorio concreto. Se recurre al derecho consuetudinario cuando no existe ley aplicable a determinado asunto.

Es viable encuadrar el concepto de *lex mercatoria* dentro del sistema jurídico de base consuetudinaria, Esto se respalda con la opinión del autor José Carlos Fernández Rozas quien dice: “Al igual que en otras latitudes, se ha desarrollado en América Latina una nueva versión del viejo *ius mercatorum*, en virtud del cual los agentes económicos imponen sus propios usos y costumbres convertidos en normas consuetudinarias, autónomas y de aceptación general, buscando con ello fórmulas más adecuadas a la realidad del tráfico mercantil moderno con el propósito de resolver controversias sin aplicar las leyes propias”.¹⁰

3.2 Naturaleza jurídica de la *lex mercatoria*

Se puede entender la *lex mercatoria* como “un conjunto de principios, instituciones y reglas provenientes de diversas fuentes que nutre constantemente la estructuras legales y la actividad específica de la colectividad de quienes operan en el comercio internacional”.¹¹

Habitualmente se ha entendido que la *lex mercatoria* es el componente fundamental de una categoría jurídica, a la que se ha dado el nombre de derecho transnacional, debido a que vincula reglas jurídicas aceptadas universalmente y que se entienden como contenidas en la mayoría de los sistemas jurídicos existentes. En tal sentido, se ha planteado que esta noción parte de “ciertas reglas de comportamiento a las cuales los miembros de la *societas mercatorum* les reconocen un carácter y una aceptación universales”.¹² Así, una primera razón para justificar la existencia de la *lex mercatoria*

¹⁰ Silva, Jorge Alberto y coautores. *Op. Cit.* p. 101

¹¹ GOLDMAN, Berthold. *La lex mercatoria dans les contrats et les arbitrages internationaux: réalité et perspectives*, Citado por FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara. *Contratos internacionales. Tercera parte. Lex mercatoria.* Pág. 159.

¹² MANTILLA SERRANO, Fernando. *Ius mercatorum Fuente de derecho internacional. En el arbitraje en los conflictos económicos internacionales.* Página 66.

es su naturaleza, ya que proviene de un cuerpo social estructurado, que ha diseñado e implementado un orden jurídico propio, de forma que llega a afectar el monopolio normativo de los Estados.

A partir de las consideraciones precedentes, podemos enunciar las características o rasgos diferenciadores de esta noción, en este punto se refiere a los planteamientos diseñados por Mantilla Serrano y Fernández R.

- a) Es un derecho anacional: Lo que implica que no procede de un sistema jurídico nacional. Este elemento es el que justifica su vocación de universalidad pues se sostiene que el contenido de la *lex mercatoria* no ha sido extraído de los derechos internos, sino que parte de principios comunes a los sistemas jurídicos, los cuales han reconocido su existencia y validez al incluirlos dentro de sus cuerpos normativos.
- b) Está dotado de fuerza obligatoria: Este talante no implica la necesidad de un aparato coercitivo estatal, sino que demuestra que su carácter vinculante está dado por el reconocimiento que de ella hacen los miembros de la sociedad comercial internacional.
- c) Es un derecho espontáneo: Surgido de la práctica mercantil global, creado por los comerciantes con el fin de sustraerse a la aplicación de un ordenamiento jurídico nacional.
- d) Está conformado por principios, usos y reglas: Es un lugar común sostener que el principal componente de la *lex mercatoria* son los principios generales del Derecho, tanto así que el hecho de afirmar que un contrato se va a regir por tales principios, legitima la aplicación de la *lex mercatoria* como ley sustantiva de dicha relación. Sin embargo, al tocar este tema siempre se ha intentado enlistar

los principios y usos que se toman como contenido de la *lex mercatoria*. “Frente a este aspecto, se estima que no se puede limitar o reducir esta institución a una lista concreta de reglas; el propósito de ella no es la codificación de tal lista, sino su configuración como una herramienta o un método”,¹³ que permite extraer los principios jurídicos aplicables a cada situación en concreto, sin desconocer la existencia de una serie de principios reconocidos y consolidados en la jurisprudencia arbitral.

Con relación a la naturaleza jurídica de la *lex mercatoria* surgen distintas posturas, ya que algunos juristas le niegan la calidad de sistema jurídico u ordenamiento jurídico por el simple hecho de carecer de regulación positiva. Otros, consideran a la *lex mercatoria* como parte de una libertad o derecho que tienen los comerciantes de regir sus relaciones comerciales por un sistema jurídico supranacional de carácter especial.

Los positivistas consideran que la *lex mercatoria* se encuentra subordinada al derecho estatal. Los pluralistas por el contrario, consideran un mito la afirmación que el derecho sólo proviene del Estado.

Para determinar la naturaleza jurídica debemos profundizar en las dos posturas consignadas:

- a) Corriente positivista: La que dice que la Ley de los Comerciantes o *lex mercatoria* depende del Estado; ante la innegable existencia y aplicación de la *lex mercatoria* y a sabiendas de que dichas reglas se cumplen aunque carezcan de regulación positiva, dicen que dicha figura jurídica depende del derecho estatal ya que dicho derecho consagra el principio de la autonomía de la

¹³ FOUCHARD, GAILLARD, *Goldman on international arbitration*. Página. 834.

voluntad. De manera que la lex mercatoria depende de la regulación positiva de la autonomía privada.

- b) Corriente pluralista: La que sostiene que la lex mercatoria es un sistema autónomo careciendo de relación o vínculo con el derecho estatal. Estos parten de la identificación del derecho con la realidad social y por ello afirman que la lex mercatoria tiene un carácter autónomo, supranacional y que carece de relación con el derecho estatal.

Se puede concluir que, de una u otra forma, la lex mercatoria tiene un carácter autónomo y es producto de la conveniencia general de los comerciantes en gestar, perfeccionar y ejecutar sus transacciones comerciales. Los comerciantes deben considerarse como una sociedad, obviamente con intereses comunes que han dispuesto sus propias reglas del juego que van más allá de una regulación positiva. Por ello la idea de que lex mercatoria constituye un sistema jurídico por contener normas o reglas de aplicación a una determinada sociedad de comerciantes. Ahora bien, no podemos alejarnos de la idea de que esta figura económico-jurídica por ser producto de la conveniencia general de los comerciantes se perfecciona a través de la autonomía de la voluntad.

La autonomía de la voluntad que fundamenta a la lex mercatoria, sería la autonomía conflictual, ya que "la autonomía material se hace referencia a la capacidad que tienen las partes para especificar los exactos términos del contrato: su contenido, sus cláusulas. La noción coincide, así, con el margen de actuación concedido en este sector por un concreto ordenamiento jurídico a nivel estrictamente interno. Por su parte, la autonomía conflictual refiere a la capacidad de las partes para elegir el derecho aplicable a un contrato; en otras palabras, para remitirse a un ordenamiento en aras a



la determinación de la normativa que regulará un contrato”.¹⁴ o sea, aquella autonomía entendida en el ámbito del derecho internacional que trata lo relativo a la ley aplicable a determinado contrato. Aunque nada impide que a través del ejercicio de la autonomía material, las partes contratantes pacten, como parte del contrato, definiciones, términos o reglas propias de la *lex mercatoria*.

Con relación a la potestad de elegir el derecho aplicable al contrato, los tratadistas Alfredo Ávila De La Torre e Ignacio Moraleja Menéndez, consideran: “que la idea central de todo el sistema es la autonomía de la voluntad, de modo que las partes están autorizadas para elegir libremente la ley aplicable al contrato. La ley entiende que los operadores son quienes mejor pueden regular sus relaciones concediéndoles para ello libertad que, sin embargo, no es ilimitada.”¹⁵

Algunos autores que siguen la postura positivista con relación a la naturaleza jurídica de la *lex mercatoria*, sustentan sus argumentos al decir que no es viable, a través de la autonomía conflictual, remitir la aplicación de la *lex mercatoria* para determinado contrato, ya que no constituye una ley, y según ellos, así como el Convenio de Roma establece en su Artículo tres numeral uno establece que los contratos se regirán por la ley elegida por las partes, no podría considerarse a la *lex mercatoria* como una ley. Al respecto considero dicha argumentación como carente de sustento legal, ya que, como se ha explicado, la *lex mercatoria* es de aplicación general y respetada con efectos vinculantes aunque no provenga de un derecho estatal o de un ente legislativo internacional.

¹⁴ Espulgues, Carlos y coautores. *Contratación internacional*, página. 57.

¹⁵ Ávila De La Torre, Alfredo y coautor. *Lecciones de derecho de los contratos en el comercio internacional*, página. 37.

Con relación a la autonomía conflictual y derecho material, Ancel considera: “No se entiende por qué una libertad que puede llegar a transformar las leyes estatales en simples catálogos de recetas susceptibles de combinarse, en simples modelos a seguir, que pueden ser adaptados y recortados, no llegaría a permitir darse una reglamentación contractual por referencia a la *lex mercatoria* ò, simplemente, adoptar los principios de *Unidroit*, o acordar la aplicación del Convenio de Viena a un contrato no sujeto a su ámbito de aplicación.”¹⁶

Lo importante de este sistema jurídico supraestatal es que los operadores de comercio reconocen expresamente los efectos vinculantes de las normas, reglas, principios, usos y demás elementos que forman la denominada *lex mercatoria*.

3.3 Contenido de la *lex mercatoria*

Los principios, usos y costumbres, contratos tipo, leyes modelo, jurisprudencia, entre otras fuentes, constituyen el contenido de la *lex mercatoria*. Todos estos elementos prescinden de los Estados pero, a pesar de ello, regulan las transacciones internacionales.

Algunos autores limitan el contenido de la *lex mercatoria* y lo reducen a usos y costumbres del comercio internacional. Otros consideran que las reglas, principios, contratos tipo, doctrina, jurisprudencia, entre otros, forman parte de la categoría usos y costumbres del comercio internacional.

¹⁶ Silva, Jorge Alberto. *Ob. Cit.* Pág. 113

Los usos y costumbres han sido recopilados por órganos internacionales descentralizados, por ello se dice que la *lex mercatoria* entraña un derecho creado por delegación efectuada a los órganos internacionales descentralizados. Ejemplo de ello tenemos con la regulación bancaria que proviene de entes internacionales descentralizados como el Comité de Basilea, que emite normas que rigen operaciones bancarias, especialmente en cuanto al riesgo crediticio, las cuales son totalmente aceptadas por los distintos bancos nacionales e internacionales porque tienen la convicción que constituyen reglas que se hacen vinculantes por la necesidad que tienen los bancos de participar en el mercado financiero, ya que de no acatar dichas normas (no obligatorias) quedarían fuera del negocio de la banca, por virtud del propio mercado financiero. Otro ejemplo lo tenemos con las cartas de crédito stand-by donde existen reglas reconocidas a nivel internacional, como las Uniform Customs and Practices for Documentary Credits, Publication 500 (revisión 1993) –UCP-500- of the International Chamber of Commerce. También podríamos citar como ejemplo los Incoterms (International Commerce Terms de la Cámara de Comercio Internacional, que establecen reglas internacionales que rigen los derechos y obligaciones del comprador y vendedor.

3.3.1 Principios

En la doctrina del derecho comercial internacional se mencionan principios del comercio internacional que están ligados a los principios generales del Derecho. Entre ellos podríamos citar los siguientes: Principio de Buena Fe, Principio de indemnización por daños, *Pacta Sunt Servanda*, Principio de la acción de contrato no cumplido, entre otros.

Dentro de esta categoría de principios se incluirían, también, los dos principales ejemplos de principios que rigen el comercio internacional, que son:

- a) The Principles of International Commercial Contracts de 1994, creados por UNIDROIT –International Institute for the Unification of Private Law- y los Principles of European Contract Law, realizada por la Comisión of European Contract Law.

El preámbulo de los principios de UNIDROIT confirma que dichas reglas o principios son parte de la denominada *lex mercatoria*. El preámbulo dice así:

- a) Estos principios establecen reglas generales aplicables a los contratos mercantiles internacionales.
- b) Deberán aplicarse cuando las partes hayan acordado que su contrato se fija por los principios generales del derecho, la *lex mercatoria* o expresiones semejantes.
- c) Pueden aplicarse cuando las partes no han escogido el derecho aplicable al contrato.
- d) Estos pueden ser utilizados para interpretar o complementar instrumentos internacionales de derecho uniforme.
- e) Pueden ser utilizados para interpretar o complementar el derecho nacional.
- f) Pueden servir como modelo para la legislación a nivel nacional e internacional.

Es difícil saber exactamente cuáles y cuántos principios son parte de la *lex mercatoria*. Algunos investigadores de las ciencias jurídicas, han dicho que existen 78

principios, reglas y standards de la lex mercatoria, que han extraído de distintos laudos arbitrales de carácter internacional.

3.3.2 Usos y costumbres comerciales

Se ha dicho que los usos reiterados en el tiempo se convirtieron en reglas emitidas por las entidades internacionales. “Uso es una práctica o método realizada por regularidad de observancia en determinado lugar, localidad o comercio para justificar la expectativa de que ésta será observada respecto de la transacción en cuestión. Es decir, estos usos han sido establecidos en las relaciones de comercio internacional para ser tomados en cuenta en la realización y desarrollo de los contratos comerciales internacionales. Estos usos y costumbres son reconocidos en muchos sistemas jurídicos como fuente de derecho ya que éstas han sido materia de un desarrollo y formación constante a través de los años”.¹⁷

La aplicación de usos y costumbres comerciales suele darse en el momento de interpretar un contrato internacional, por ello es que los mismos los encontramos en diversos fallos arbitrales.

3.3.3 Contratos tipo

Constituyen formularios contractuales que pueden ser realizados por organismos internacionales. Los formularios contienen el clausulado base para determinado contrato y han sido elaborados para facilitar el comercio y para asegurar un mínimo de

¹⁷ Matute Morales, Claudia. **La lex mercatoria y los principios jurisprudenciales de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional.** www.servicio.cid.uc.edu.ve/derecho/revistalida27 (26 de septiembre de 2008)

cláusulas, estipulaciones o condiciones propias de cada tipo contractual. Ejemplo de contratos o cláusulas tipo podemos citar a los denominados INCOTERMS términos internacionales del comercio, que constituyen normas de la Organización Mundial de Comercio (OMC) que establecen los derechos y obligaciones de la parte compradora y vendedora de mercaderías. Estos Incoterms regulan los derechos y obligaciones del vendedor y comprador, de acuerdo a la cláusula de venta escogida; determinan qué parte asume los gastos y riesgos, hasta el momento de la entrega de la mercancía; fijan el momento y lugar en que se producirá la entrega de la mercancía; reglamentan la obligación de pago del comprador.

Dentro de los contratos tipo también podemos citar las denominadas condiciones internacionales de venta que constituyen fórmulas que elabora la Comisión Económica para Europa, de la Organización de Naciones Unidas.

3.3.4 Leyes modelo

Una ley modelo constituye un prototipo de texto legal elaborado por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) para que los distintos estados del mundo, a través de sus entes legislativos, consideren su incorporación como parte de su ordenamiento jurídico interno. La ley modelo, por naturaleza, carece de efectos vinculantes, ya que no se ha formalizado o surgido del derecho internacional, como lo sería un tratado o una convención internacional.

Las leyes modelo constituyen reglas uniformes emitidas por un organismo internacional, como la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) Uncitral siglas en inglés, que no tienen carácter obligatorio,



pero que, por su especialidad y modernidad en los temas que desarrollan, son útiles y se hacen de necesaria aplicación dentro del comercio internacional.

Además estas leyes constituyen un sistema de unificación del derecho privado, ya que son reglas destinadas a sustituir las normas propias del derecho estatal.

Dentro de las múltiples leyes modelos que ha elaborado la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) encontramos: Ley Modelo sobre Comercio Electrónico; Ley Modelo de Arbitraje Comercial; Ley Modelo sobre Contratación Pública; Ley Modelo de Firmas Electrónicas; Ley Modelo de Transferencia Internacional de Crédito, entre muchas otras.

3.3.5 Jurisprudencia internacional

La jurisprudencia comprende toda aquella doctrina de índole internacional que consta en los fallos judiciales de tribunales internacionales y laudos arbitrales dictados con relación a transacciones comerciales.

La doctrina internacional surge como consecuencia de la aplicación de reglas, costumbres, leyes, tratados, convenios y principios propios de la contratación internacional.



CAPÍTULO IV

4. La lex mercatoria y los principios del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT) en las negociaciones comerciales internacionales de Guatemala

4.1 Los principios para los contratos internacionales

Los principios, son un intento por enunciar reglas que son comunes a la mayoría de sistemas legales existentes, y al mismo tiempo, adoptar soluciones que mejor se adapten a las necesidades del tráfico internacional.

Los principios, están divididos en siete capítulos que contienen en total ciento veinte artículos, con disposiciones aplicables a todo el iter contractus desde su etapa de gestación hasta su conclusión mediante el cumplimiento o incumplimiento del mismo.

Preámbulo, que contiene el propósito de los principios.

Capítulo 1. Disposiciones generales,

Capítulo 2. Formación del contrato,

Capítulo 3. Validez,

Capítulo 4. Interpretación,

Capítulo 5. Contenido,

Capítulo 6. Cumplimiento,

Capítulo 7. Incumplimiento,



Además, los artículos están acompañados de unos comentarios ilustrativos, bajo esta idea, los principios de UNIDROIT (en adelante los principios) tienen como objeto ser un conjunto de reglas que puedan ser utilizadas con independencia de los diversos sistemas jurídicos y económicos existentes en el mundo. De esta forma, se intenta solucionar el problema de determinar la ley del foro y la ley aplicable a los contratos comerciales internacionales.

Acorde con las necesidades antes planteadas, el propósito de los principios es bastante claro, en su preámbulo de los mismos se dispone que:

- a) Establecen reglas generales aplicables a los contratos mercantiles internacionales.
- b) Deberán aplicarse cuando las partes hayan acordado que su contrato se rija por ellos.
- c) Pueden aplicarse cuando las partes hayan acordado que su contrato se rija por los principios generales del derecho, la "lex mercatoria" o expresiones semejantes.
- d) Pueden proporcionar una solución a un punto controvertido cuando no sea posible determinar cuál es la regla de derecho aplicable a dicho contrato.
- e) Pueden ser utilizados para interpretar o complementar instrumentos internacionales de derecho uniforme.
- f) Pueden servir como modelo para la legislación a nivel nacional e internacional.

María del Pilar Perales, escribe que uno de los propósitos que guió a los redactores de los principios, "fue precisamente, el de reducir las posibles incertidumbres en torno a la ley aplicable al contrato, unida a la idea de constituir un cuerpo normativo

independiente de la procedencia jurídica, económica o política de los contratantes”¹⁸.

La respuesta a cuál puede ser la fuente de su obligatoriedad se encuentra en la autonomía de la voluntad de las partes, principio rector del derecho contractual, es decir: los principios serán aplicables a los contratos, cuando así lo hayan acordado las partes. Sin embargo, como lo veremos, varios tribunales internacionales los han encontrado aplicables a los contratos por el simple hecho de constituir principios generales de los contratos del comercio internacional reconocidos en diversos sistemas jurídicos del mundo.

En inicio, entonces, tienen un carácter eminentemente potestativo. Además de acuerdo con esta naturaleza, cuando las partes en un contrato acuerden someterse a ellos, igualmente pueden excluir la aplicación de algunas de sus normas, (salvo las que expresamente los prohíban), o modificar el efecto de cualquiera de sus disposiciones.

Se debe, sin embargo, tratar de aclarar lo que puede entenderse como principios. Toda vez que dentro del articulado de los principios de UNIDROIT, pueden contenerse algunas disposiciones que en efecto concuerden con lo que se puede entender por tales, mientras otras, serían más bien reglas comunes al tráfico internacional sobre obligaciones y contratos, sea que estén contenidas en disposiciones legales codificadas o se constituyan como costumbres. En anteriores ocasiones se ha manifestado de acuerdo con la posición que ha pretendido ver a los principios de UNIDROIT como manifestación de la costumbre internacional, y como fiel reflejo de la *lex mercatoria*. Por lo que hemos manifestado anteriormente, en el sentido de que la

¹⁸ Perales Viscasillas, María del Pilar. **El derecho uniforme del comercio internacional: Los principios de UNIDROIT**. Pace Law School Institute of international commercial law, <http://www.cisg.law.pace.edu>. (26 octubre de 2008)

lex mercatoria se puede asumir como la denominación dada al derecho mercantil internacional, que está constituido por varias fuentes.

Algunos de los artículos de los principios reflejen costumbres internacionales, pero también otros serán reflejo de lo que se conoce como principios generales del derecho, y otras más, serán disposiciones creadas legislativamente, que en el caso de los principios han sido adoptadas bajo el entendido de que pueden facilitar el comercio internacional. Por ejemplo, véase el caso de la norma sobre incumplimiento esencial, también reflejada en la Convención sobre Compraventa Internacional. El hecho de que otros códigos contengan soluciones diferentes sobre el particular, significa que esas reglas son propias de algún sistema, y no reflejen propiamente los usos del tráfico, ni los principios generales del derecho. Cuestión diferente sucede con el principio de buena fe, ese sí criterio fundante. Por ello, lo que proponemos es distinguir en cada caso concreto, para concluir si nos encontramos efectivamente ante una norma que sea reflejo de un principio de derecho, o más bien una regla adoptada por consenso.

El tema que se desarrollará un poco más a fondo cuando se vean las aplicaciones jurisprudenciales; sobre todo, en cuanto al alcance de la utilización de los principios de UNIDROIT como lex mercatoria.

Es preciso detenerse en el análisis de cada uno de los puntos que se indican en el preámbulo, lo que permitirá entender el contexto general de los principios.

El límite que encuentran los principios está constituido por las normas imperativas nacionales e internacionales. En este sentido el Artículo 1.4 que dispone: (Normas de carácter imperativo) Estos principios no restringen la aplicación de normas de carácter



imperativo, sean de origen nacional, internacional o supranacional, que resulten aplicables conforme a las normas pertinentes de derecho internacional privado. Este artículo se aclara que dada la naturaleza peculiar de los principios, éstos no tienen el propósito de prevalecer sobre normas imperativas aplicables ya sean ellas de origen nacional, internacional o supranacional.

4.1.1 Libertad de contratación

El Artículo uno numeral uno de los principios, dispone: Libertad de contratación.

Las partes tienen la libertad para celebrar un contrato y determinar su contenido. Éste ha sido considerado como el pilar fundamental del derecho contractual contemporáneo y del comercio internacional. Consiste en la facultad que tienen los comerciantes de decidir libremente a quién ofrecerle sus productos, aceptar ofertas para su abastecimiento, así como fijar los términos conforme a los cuales se regirán sus relaciones comerciales y jurídicas. Es decir: abarca tanto la libertad de contratar, como de fijar el contenido del contrato a celebrar.

4.1.2 Libertad de forma y de prueba

Consagrado en el Artículo uno numeral dos de la siguiente manera:

Libertad de forma. Nada de lo expresado en estos principios requiere que un contrato sea celebrado o probado por escrito. El contrato podrá probarse por cualquier medio, incluso por testigos.

La regla general en los principios es la consensualidad en la formación de los contratos, sin embargo, en ellos se admite la posibilidad de adoptar formalidades como



requisitos para existencia y validez de los mismos; esto sucede en aquellos casos en que el derecho nacional y los tratados internacionales así lo establecen. De esta forma en los eventos en que se impongan solemnidades para la formación del contrato, es decir, en los casos anteriormente enunciados, no le es dable a las partes omitirlos, debido a que estas disposiciones son de naturaleza imperativa. En los principios se ha admitido la posibilidad de que sean también las partes quienes fijen la adopción de una forma específica, para la celebración del contrato, razón por la cual es necesaria en este evento que se de cumplimiento a dicho requisito ad solemnitatem, generándose nuevamente otra excepción a la consensualidad.

De igual manera se ha consagrado la libertad en la prueba de los contratos, admitiéndose incluso la prueba testimonial, las partes como consecuencia de la libertad de forma y prueba, pueden incluso adoptar como medio probatorio del contrato el que a bien tengan (formalidad ad probationem). Sin embargo, existe el mismo límite impuesto por el derecho nacional o internacional, que obedece al respeto a la ley imperativa cuando haya consagrado los requisitos ad probationem específicos.

4.1.3 Pacta Sunt Servanda

El Artículo uno numeral tres dispone:

Efecto vinculante de los contratos. Todo contrato válidamente celebrado es obligatorio para las partes. Sólo puede ser modificado o extinguirse conforme con lo que en él se disponga, por acuerdo de las partes o de algún modo dispuesto en estos principios.

Este principio establece que todo contrato validamente celebrado es obligatorio para las partes, por lo cual no les es permitido incumplirlos. Empero, pueden las partes



haciendo uso del principio de la autonomía de la voluntad privada, modificar o extinguir los efectos del contrato. En términos generales los contratos son llamados a producir efectos sólo entre las partes, sin embargo, pueden hacerlo frente a terceros en las situaciones que así sean consagradas en la legislación nacional.

4.1.4 Jerarquización y límites de los principios

Tal como se deduce de las mismas normas que conforman los principios, es necesario anotar que dentro de las mismas existe una jerarquía, en donde por una parte están aquellas que tienen la connotación de ser imperativas, identificadas por la característica de ser inmodificables para las partes, ya sea que expresamente hayan sido señaladas como tal o implícitamente tengan este carácter, sin embargo en las disposiciones de UNIDROIT, las consecuencias de su inobservancia, en principio no tienen trascendencia por no ser disposiciones internas o internacionales que hagan parte de un ordenamiento jurídico determinado, pero cuando por voluntad de las partes se incluyen dentro de la normatividad de un contrato, adquieren el carácter de obligatorias, por lo tanto es menester que sea tomada en cuenta la naturaleza de los principios con el fin de determinar cuáles son imperativas, generándose la carga para los contratantes de respetarlas. Por otra parte, están las denominadas disposiciones supletorias, las cuales admiten la posibilidad de ser excluidas expresamente de los contratos.

4.1.5 Interpretación e integración

En la interpretación de estos principios debe tenerse en cuenta, tal como lo expresa el Artículo uno numeral seis, interpretación e integración de los principios. (1) En la interpretación de estos principios se tendrá en cuenta su carácter internacional así

como sus propósitos, incluyendo la necesidad de promover la uniformidad en su aplicación. (2) Aquellas cuestiones que, sin estar expresamente resueltas por los principios, se encuentren dentro de su ámbito de aplicación, se resolverán en lo posible de acuerdo con sus principios generales subyacentes. El carácter internacional, sus propósitos y en especial, promover la uniformidad en su aplicación, criterios a los que ya nos hemos referido. Para llenar los vacíos que puedan surgir es necesario integrar los principios de la siguiente manera: en primer término, se debe hacer uso de la analogía de sus disposiciones, en segundo lugar, es necesario acudir a las ideas que los inspiran contenidas en los principios generales y en las normas concretas. Por último, es posible acudir a la ley nacional para hacer una integración completa de los principios.

4.1.6 Buena fe y lealtad negocial

Consagrada por el Artículo uno numeral 7 de los principios, en los siguientes términos:

(1) Las partes deben actuar con buena fe y lealtad negocial en el comercio internacional. (2) Las partes no pueden excluir ni restringir la aplicación de este deber.

Tal como lo señala la citada formulación de los principios, la idea inspiradora que los rige está constituida por la Buena fe y lealtad negocial, de tal manera que "en ausencia de una disposición específica en los principios las partes deben conducirse de acuerdo a la buena fe y observando lealtad negocial a lo largo de la vida del contrato, incluso durante el proceso de su formación.

Nótese cómo en la misma regulación se dispone que las partes no pueden excluir ni restringir la aplicación de este deber. A nuestro modo de ver, con esta fórmula se le



está dando al principio de la buena fe y lealtad comercial una doble naturaleza. constituyen una norma imperativa dentro del contexto de los principios, y además una obligación específica impuesta a la actuación de los contratantes. Varios doctrinantes han manifestado "que la buena fe no debe ser entendida solamente en sentido subjetivo, sino también objetivo, que se manifiesta entre otros, en lo que los mismos principios denominan criterios comerciales razonables de lealtad comercial".¹⁹

4.1.7 Reconocimiento de los usos y las costumbres internacionales

El Artículo uno numeral ocho de los principios, dispone:

"Usos y prácticas, las partes están obligadas por cualquier uso en cuya aplicación hayan convenido y por cualquier práctica que hayan establecido entre ellas.

Las partes están obligadas por cualquier uso que sea ampliamente conocido y regularmente observado en el tráfico mercantil de que se trate por sujetos participantes en dicho tráfico, a menos que la aplicación de dicho uso no sea razonable.

Este principio establece la obligación para las partes de respetar la costumbre internacional y los usos expresamente convenidos, usados regularmente en el tráfico mercantil, siempre que la aplicación de dichos usos sea razonable. Este es uno de los principios aceptados en el derecho comercial y en el comercio internacional. La observancia de éste, tiene aplicación dentro del contexto de los principios, entre otros, para la interpretación del contrato. En el comentario al Artículo 1.8 de los principios de UNIDROIT se afirma que los usos prevalecen sobre los principios.

¹⁹ Perilla Castro, Carlos Andrés. **Los deberes precontractuales en la lex mercatoria**, Pág. 172.



Asimismo nuestra codificación mercantil reconoce la validez de la costumbre mercantil local y nacional, así como internacional y extranjera, siempre y cuando cumplan con los requisitos objetivos consagrados legalmente.

En cuanto al requisito de que el uso ampliamente conocido es obligatorio salvo que la aplicación de dicho uso no sea razonable, consideramos útil traer a colación la explicación y el ejemplo que se incluye en el comentario oficial a los principios de UNIDROIT sobre tal concepto:

"Un uso puede ser regularmente observado por la generalidad de los comerciantes de determinada rama del comercio, no obstante lo cual su aplicación en ciertos supuestos puede no ser razonable. La falta de razonabilidad de un uso puede corresponder a las circunstancias particulares en las que una o ambas operan y/o a la naturaleza atípica de la operación. En dichos supuestos, el uso no será razonable. Ejemplo: Conforme a un uso regularmente observado en cierto sector comercial de géneros (commodity trade sector), el comprador no puede reclamar por los defectos de las mercaderías a menos que los mismos sean corroborados por una agencia de inspección reconocida internacionalmente. Cuando un comprador, "A," se hace cargo de las mercaderías en el puerto de destino, la única agencia de inspección reconocida internacionalmente que opera en dicho puerto se encuentra en huelga, y solicitar los servicios de otra agencia del puerto más cercano resultaría excesivamente costoso. En este supuesto la aplicación del uso en cuestión no sería razonable, por lo que "A" tiene derecho a reclamar los defectos que ha descubierto en las mercaderías aun cuando no hayan sido corroborados por un certificado expedido por una agencia de inspección reconocida internacionalmente.

4.1.8 La interpretación del contrato

La función de la interpretación contractual de acuerdo con Díez Picazo es tratar de "reconstruir el pensamiento y la voluntad de las partes considerado en su combinación y de atribuir sentido a las declaraciones realizadas por los contratantes".²⁰

Según lo estipulado en el Artículo 694 del Código de Comercio, Decreto Legislativo Número 2-14, del Congreso de la República a falta de disposiciones en el libro de obligaciones y contratos mercantiles, se aplicaran a los negocios, las disposiciones del Código Civil, las disposiciones que gobiernan la interpretación de los contratos de derecho civil, se aplican a la materia mercantil por vía principal, es decir: estas normas adquieren carácter mercantil para los mencionados efectos. Es decir, que la regla subjetiva de prevalencia de la intención sobre la literalidad de las palabras contenida en el Artículo 1593 del Código Civil, la de interpretación de términos generales del Artículo 1594, la interpretación basada en la naturaleza del contrato del Artículo 1596, la interpretación sistemática del Artículo 1597, la de interpretación extensiva del Artículo 1598 y la interpretación de cláusulas ambiguas (regla objetiva) del Artículo 1599 son normas que se aplican por vía principal a la materia mercantil para interpretar los acuerdos de voluntades. Lo anterior unido al énfasis que se hace en materia mercantil a principios como la verdad sabida y la buena fe guardada (Artículo 669 del Código de Comercio). Igualmente debe detenerse especialmente en intérprete de los contratos mercantiles en la función reconocida a la costumbre para determinar el sentido de las palabras o frases técnicas del comercio y para interpretar los actos y convenios mercantiles, a los cuales hace alusión expresa la Ley del Organismo Judicial en el Artículo dos donde regula que la ley es la fuente del ordenamiento jurídico la

²⁰ Díez - Picazo Luis. **Fundamentos del derecho civil patrimonial. Introducción teoría del contrato**, página 394.

jurisprudencia la complementará. La costumbre regirá en efecto de ley aplicable o por delegación de la ley, siempre que no sea contraria a la moral o al orden y que resulte probada. Contenidas en el capítulo cuatro de los principios, estas reglas deben interpretarse en consonancia con lo dispuesto en las disposiciones generales.

4.1.9 La intención de las partes

El Artículo cuatro numeral uno de los principios: regula que el contrato debe interpretarse conforme a la intención común de las partes. Si dicha intención no puede establecerse, el contrato se interpretará conforme al sentido que le habrían dado personas sensatas de la misma condición que las partes, colocadas en las mismas circunstancias.

Teniendo en cuenta que en el contrato las partes vierten sus intereses con el fin de obtener un resultado, ya sea común a los dos y que satisface intereses comunes, o contrapuesto y tendiente a satisfacer en armonía intereses diversos, es de suma importancia para el derecho regular la manera de conocer la esencia de la voluntad de los contratantes. Debe armonizarse lo anterior con el principio según el cuál el contrato es ley para las partes; de acuerdo con esto, es un punto cardinal en el estudio de cada contrato el poder establecer cual es la intención de las partes, que no pocas veces puede ser llevada de manera inadecuada al texto del contrato. En este sentido, SCONAMIGLIO anota: "El contenido del contrato constituye, por todo lo dicho, el punto de partida y el objeto de la valoración de la autorregulación de los intereses privados por parte del derecho. Se explica ahora la gran importancia que tiene el tema del

conocimiento adecuado de la regulación que se proponen las partes y de su correcta reconstrucción”.²¹

Es de vital importancia este principio para la contratación internacional, máxime cuando los términos pueden variar de un país a otro, así como el sentido que puede darse a ciertos términos técnicos o frases, o aun la forma de denominar un contrato en un país, puede no ser la misma en otro. Así se reconoce en el comentario al artículo citado de los principios, cuando se afirma:

"Por lo tanto, el significado de una cláusula contractual puede ser diferente a su sentido literal en el idioma utilizado y diferir del significado que una persona sensatas pudiera darle, siempre y cuando pueda establecerse que éste ha sido el sentido que las partes han querido darle a dicha cláusula al momento de celebrar el contrato."

En concordancia con lo estipulado en el artículo mencionado, para el caso en que surgieren discrepancias idiomáticas, el Artículo cuatro numeral siete de los principios, dispone: "En caso de discrepancia entre varias versiones idiomáticas del mismo contrato, todas con la misma jerarquía, se preferirá la interpretación acorde con la versión en el idioma en el cual el contrato fue redactado originalmente." Llama la atención la utilización de la madurez, como criterio determinante para averiguar el sentido de las palabras utilizadas en los contratos.

²¹ Sconamiglio, Renato. **Teoría general del contrato**, página 233.

5.10 Interpretación contextual del contrato e Interpretación lógica de sus disposiciones

Según lo expresado en el Artículo cuatro numeral cuatro

"Las cláusulas y expresiones se interpretarán en función del contrato en su conjunto o de la disposición en la cual se encuentren."

En Guatemala, puede asimilarse lo enunciado, a lo estatuido en el Artículo 1593 del Código Civil, según el cual " Cuando los términos o conceptos del contrato son claros y no dejan lugar a duda sobre la intención de los contratantes, se estará al sentido literal de sus cláusulas. Si las palabras fueren diferentes o contrarias a la intención evidente de los contratantes, prevalecerá ésta sobre aquellas. Lo anterior es aplicación del principio según el cual entre las partes de un contrato debe haber correspondencia y armonía, y no pueden ni deben ser tomadas las cláusulas aisladamente para aplicar de ellas lo que más conviniere a alguna de las partes.

El Artículo cuatro numeral cinco consagra el principio de la interpretación lógica de los contratos en los siguientes términos: .Interpretación dando efecto a todas las disposiciones. Las cláusulas de un contrato se interpretarán en el sentido de que todas produzcan algún efecto, antes que privar de efectos a alguna de ellas."

Igualmente puede ser tenido en cuenta el principio de interpretación lógica de los contratos que en los términos del Artículo 1596 del Código Civil Guatemalteco, "Si alguna cláusula permitiere diversos o contrarios sentidos, deberá entenderse en el mas adecuado para que produzca efecto, según la naturaleza del contrato.



Lo anotado se corrobora con lo mencionado en el comentario al Artículo 4.4. de los principios; según el cual "Las palabras y expresiones usadas por una o ambas partes obviamente no operan aisladamente, sino como partes integrantes de un todo. Por lo tanto, ellas deberán ser interpretadas a la luz del contexto general del contrato o dentro de los enunciados en el cual se encuentren incorporadas."

5.11 Interpretación contra proferentem

En los términos del Artículo cuatro numeral seis

"Si las cláusulas de un contrato dictadas por una de las partes no son claras, se preferirá la interpretación que perjudique a dicha parte."

En los términos del Código Civil guatemalteco en su Artículo 1600 regula "Las cláusulas oscuras, ambiguas o contradictorias de un contrato insertas en modelos o formularios preparados de antemano por uno de los contratantes, se interpretarán en favor del otro contratante."

Esta norma ha sido tomada por la doctrina para regular los llamados contratos de adhesión, en los cuales una de las partes simplemente suscribe el contrato, sin tener la posibilidad de negociar los términos contractuales del acuerdo de voluntades.

5.12 Integración del contrato

Puede suceder, y de hecho sucede, que en el contrato existan lagunas, consistentes en aspectos que las partes no previeron o no regularon. Para ello los principios, traen algunas formas de solucionar tales aspectos, como los siguientes:

- a. La calidad de la prestación, en el Artículo 5.6.;
- b. La determinación del precio, en el Artículo 5.7.;
- c. El plazo del cumplimiento en el Artículo 6.1.1.;
- d. El orden de las prestaciones, en el Artículo 6.1.4.;
- e. El lugar del cumplimiento, en el Artículo 6.1.6.;
- f. y La Unidad monetaria que no ha sido especificada, en el Artículo 6.1.10.

En los casos en que no fueren suficientes las anteriores normas se acudirá según se indica en el comentario al Artículo 4.8.-, a lo que él mismo dispone de la siguiente manera:

"Artículo cuatro numeral ocho (Integración del contrato)

1. Cuando las partes no se hayan puesto de acuerdo acerca de una disposición importante para la determinación de sus derechos y obligaciones, se considerará integrada al contrato aquella disposición que resulte más apropiada a las circunstancias.
2. Para determinar cuál es la disposición más apropiada, se tendrán en cuenta, entre otros factores, los siguientes:

- a. La intención de las partes;
- b. La naturaleza y finalidad del contrato;
- c. La buena fe y la lealtad negocial;
- d. El sentido común."



Estamos acudiendo definitivamente a la conformación de una nueva lex mercatoria, al igual que sucedió en la edad media, cuando el derecho vigente en la época era insuficiente para brindar las respuestas que el avance de los negocios requería.

Lex mercatoria que se caracteriza, sin alejarse de la sabiduría decantada durante siglos y heredada del derecho romano y del derecho mercantil medieval, por fundamentarse en los principios básicos del derecho, por recuperar para el derecho privado el inmenso poder creativo de la costumbre como fuente principal de ella, por devolver al Juez su papel de ser creador de derecho, y no quien simplemente aplica un silogismo para deducir una conclusión de la norma. Estos elementos son los que dotarán de vitalidad al derecho privado en los próximos años y seguramente marcarán el norte de los cambios legislativos venideros.

4.2 Origen de los Principios UNIDROIT

En el año de 1968, con ocasión de la celebración de los 40 años de fundación de Instituto Internacional para la Unificación del derecho privado con sigla en inglés (UNIDROIT), en la ciudad de Roma, surgió la idea de crear un cuerpo normativo para los contratos comerciales internacionales. El Consejo Directivo de UNIDROIT en su reunión de 1971 incluyó en la agenda de trabajo la preparación de un ensayo de unificación relativo a la parte general de los contratos, sin embargo, no fue sino hasta 1980 cuando se creó el grupo de trabajo, que se constituyó con representantes de diversas culturas y sistemas jurídicos del mundo. Representantes de llamado Civil law, del Common law, y de los sistemas socialistas conformaron el comité de trabajo. Las labores terminaron en el año de 1994 con la publicación de los Principios para los Contratos Comerciales Internacionales. Los principios de UNIDROIT para los contratos



comerciales internacionales, “representan una nueva aproximación al derecho de los negocios internacionales, y son un intento por remediar muchas de las deficiencias surgidas del derecho aplicable a tales negocios”.²² No están concebidos como una forma de modelo de cláusulas contractuales para ningún tipo de convenio en particular, ni constituyen una forma de convención internacional de ley uniforme para los contratos internacionales, y como se verá más adelante, derivan su valor solamente de su fuerza persuasiva.

4.3 Ámbito de aplicación

Conforme a lo dispuesto, los principios son aplicables a los contratos mercantiles internacionales, en aquellos eventos en los que las partes hayan acordado regular dichas relaciones contractuales conforme a éstos, inclusive en tratándose de contratos nacionales. Pueden ser además utilizados como modelo para la legislación interna de los países o legislación internacional. Los principios no sólo se limitan a la regulación de contratos específicos, sino que también pueden ser utilizados para la interpretación y complemento de disposiciones uniformes internacionales. No obstante lo anterior, es decir, las varias aplicaciones posibles de los principios, éstos están concebidos principalmente para regular contratos mercantiles internacionales, razón por la cual es menester determinar lo que se entiende por tales.

4.3.1 Mercantilidad del contrato

Sin definir lo que se entiende por contrato, los principios delimitan el tipo de negocios jurídicos a los cuáles se aplica al utilizar el término contratos mercantiles, dándole un

²² Ídem. Pág.

sentido amplio a la expresión mercantilidad que no se limita a la tradicional discusión sobre su naturaleza civil, o mercantil, sino que más bien buscan abarcar el mayor número de operaciones mercantiles posibles, entre otros, los contratos de prestación de servicios profesionales, excluidos de la materia mercantil según algunas posiciones legislativas como es el caso del Artículo nueve del Código de Comercio Guatemalteco.

Podría afirmarse en un comienzo que los principios han dejado además a un lado los criterios objetivo, y subjetivo para la determinación de la naturaleza mercantil de ciertos actos jurídicos porque se busca más bien que pueda aplicarse tanto en aquellos países cuyas regulaciones mercantiles acogen el criterio objetivo, como aquellos que se oponen.

A pesar de que la intención de los principios es la de abarcar el mayor número posible de operaciones económicas, se ha excluido expresamente a aquellas operaciones denominadas de consumo, de todos modos deberá tenerse en cuenta el criterio que se conoce como actos mercantiles mixtos, según el Artículo cinco del Código de Comercio, Decreto Legislativo Número 2-70. Si el acto fuera mercantil para una de las partes se regirá por las disposiciones de la ley comercial. Entendiendo por tales según el contenido en los principios, las que son celebradas por aquella persona que, en su actividad contractual, no efectúa un acto de comercio, ni obra en ejercicio de su profesión.

4.3.2. Internacionalidad del contrato

Dentro de un contrato pueden haber varios criterios que permitirían pensar en su carácter internacional, tales como: la nacionalidad de las partes intervinientes, la

ubicación de los bienes objeto del contrato, el lugar de celebración, el lugar de ejecución, el domicilio de las partes o la localización de su establecimiento, el lugar de pago, el lugar de destino de los bienes, el transporte del mismo, entre otros. En torno a lo anterior la ley regula los siguientes aspectos:

- a) La capacidad de las partes contratantes
- b) Los requisitos de forma del contrato
- c) La naturaleza y efectos del contrato
- d) La ejecución del contrato

Los principios de UNIDROIT, no adoptan claramente ningún criterio para establecer la internacionalidad del contrato. Se afirma que éstos deben ser interpretados de la manera más amplia posible. El carácter internacional de los contratos mercantiles, tiene una amplia connotación, ya que tal como lo afirma el preámbulo, únicamente se excluyen las relaciones contractuales ausentes de todo elemento de internacionalidad, es decir, cuando los elementos esenciales del contrato tengan conexión con una sola nación.

Los principios, quisieron adoptar un criterio lo suficientemente amplio en su interpretación, que permitiera excluir solamente los casos en que dentro del contrato no existiera ningún elemento internacional, es decir, cuando todos los elementos relevantes en el contrato en cuestión estuvieran conectados con un solo país.

El carácter internacional de un contrato puede definirse de varias formas. Las soluciones adoptadas tanto en las legislaciones nacionales, como internacionales oscilan entre aquellas que requieren que el establecimiento o la residencia habitual de

las partes se encuentren en países diferentes y otras que adoptan criterios más generales, como el requisito de que el contrato ofrezca vínculos estrechos con más de un Estado, implique una elección entre leyes de diversos Estados o afecte los intereses del comercio internacional.

En la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías de 1980, el carácter internacional está determinado de la siguiente manera:

Artículo uno numeral uno: La presente Convención se aplicará a los contratos de compraventa de mercaderías entre partes que tengan sus establecimientos en Estados diferentes:

- a) Cuando esos Estados sean Estados contratantes; o
- b) Cuando las normas de derecho internacional privado prevean la aplicación de la ley de un Estado contratante.
- c) No se tendrá en cuenta el hecho de que las partes tengan sus establecimientos en Estado diferentes cuando ello no resulte del contrato, ni de los tratos entre ellas, ni de información revelada por las partes en cualquier momento antes de la celebración del contrato o en el momento de su celebración.

A los efectos de determinar la aplicación de la presente Convención, no se tendrán en cuenta ni la nacionalidad de las partes ni el carácter civil o comercial de las partes o del contrato.

El criterio determinante es la ubicación del establecimiento, sin importar la nacionalidad de las partes, ni la de aquél. Debe agregarse que no importa para la determinación de

la internacionalidad, bajo la Convención de Viena, la ubicación de los bienes objeto del contrato, ni el lugar de su ejecución.

Es más satisfactoria, la solución dada por los principios de UNIDROIT, toda vez que en la Convención, la internacionalidad se ve limitada y no abarca todas las compraventas que revistan el carácter de internacionales, de acuerdo con que alguno de sus elementos lo sea.

4.4 Funciones de los principios, aplicaciones jurisprudenciales

Los principios de UNIDROIT, al recoger principios de distintas culturas jurídicas y económicas permitirán el acceso a innovadores soluciones que contribuirán a enriquecer y renovar la jurisprudencia nacional, por otra parte, son un paso adelante en la necesidad planteada de armonizar y unificar derecho privado internacional como una respuesta jurídica al fenómeno económico de integración.

Derivado de lo enunciado, se han identificado algunas funciones que pueden tener los principios en la práctica, que se analizará a continuación, indicando algunas aplicaciones jurisprudenciales. Sin embargo podemos adelantarnos a lo que será estudio detallado, diciendo que en general los papeles fundamentales asignado a los principios y desarrollados por la jurisprudencia, especialmente, laudos arbitrales de la Cámara de Comercio Internacional (CCI), se pueden resumir en: papel o función normativa, y papel o función interpretativa.

4.4.1 Aplicación de los principios como ley del contrato

Basado en el principio de la autonomía de la voluntad, las partes en un contrato pueden escoger a los principios como ley del contrato.

Cuando las partes deseen adoptar los principios como el derecho aplicable a su contrato, es aconsejable combinar la adopción de los principios con un acuerdo de arbitraje.

En este caso los principios se aplicarán al contrato con exclusión de la ley nacional, siempre y cuando no intenten derogar las normas de carácter imperativo de cada país.

Existen varios casos que han sido objeto de decisión en Tribunales de Arbitraje sobre contratos en los cuáles se han aplicado los principios como ley del contrato. Igualmente, los casos en que los jueces arbitrales han encontrado aplicables al contrato los principios UNIDROIT. Cabe destacar los casos en que los jueces han encontrado aplicables los principios de UNIDROIT asimilándolos a la lex mercatoria, a la justicia natural, entre otros conceptos, como se verá en el punto siguiente.

Un caso en el que las partes designaron a los principios de UNIDROIT como ley del contrato, y el Tribunal falló conforme a esta estipulación es el decidido por un Tribunal Arbitral en Milán (Italia).

Se trataba de un contrato de agencia comercial para la distribución de artículos de mobiliario, concluido entre una compañía italiana (como principal) y un agente en los Estados Unidos. El principal declaró terminado el contrato ante la inejecución del



agente (ausencia de resultados esperados). El agente, que era el demandante, alegó terminación injusta por parte del principal, y reclamó indemnización por los daños causados. Las partes estuvieron de acuerdo en que el Tribunal arbitral aplicara los principios de UNIDROIT. El árbitro aplicó las siguientes disposiciones de los principios, y en algunos casos refiriéndose también a los comentarios:

Artículo uno numeral tres para afirmar el carácter obligatorio del acuerdo entre las partes. (Carácter vinculante de los contratos). Todo contrato válidamente celebrado es obligatorio para las partes. Sólo puede ser modificado o extinguido conforme a lo que él disponga, por acuerdo de las partes o por algún otro modo conforme a estos principios. Cuatro numeral uno y dos para interpretar la declaración escrita de una de las partes como constitutiva del aviso de terminación;

Artículo 7.3.1 para excluir el derecho a terminar el contrato por una inejecución esencial, o incumplimiento esencial con respecto a un evento sobre el cual las partes tenían expresamente estipulado renegociar si este ocurriera.

Artículo 7.3.5 para afirmar la validez de un término del contrato, según el cual en caso de terminación, expresamente se concedía al principal el derecho a la restitución del promocional material y al agente el derecho a una comisión por órdenes hasta ahora recibidas;

Los Artículos 7.4.1 y 7.4.2 para afirmar el derecho de la parte afligida para ser compensada totalmente por el daño que ha derivado como consecuencia de la inejecución de la otra parte, pero excluir compensación por el sufrimiento emocional y aflicción, pues la parte afligida es una entidad corporativa;

Los Artículos 7.4.3 y 7.4.4 para limitar la compensación a los costos que se derivan de la inejecución y al daño previsible.

El Artículo 7.4.9 para confirmar la validez de la cláusula del contrato que proporciona derecho a la parte afligida a recibir intereses desde cuando el dinero es debido, y el Artículo 7.4.13 para confirmar la validez de la tasa de interés acordada (15%).

También se encuentra como ejemplo, “el fallo 8331 de la Cámara de Comercio Internacional”,²³ donde el demandante era un fabricante sueco y la demandada una compañía iraní. El caso concernía a un memorando de entendimiento por medio del cual las partes acordaron concluir un contrato de venta de camiones y piezas de repuesto y en general indicaron su intención de iniciar un acuerdo para establecer una ensambladora para la producción del mismo tipo de camiones en el país comprador.

Mientras las ventas objeto del contrato estaban concluyendo, el vendedor se negó a participar en negociaciones para montar la ensambladora argumentando que el comprador carecía de la organización empresarial necesaria para el llevar a cabo el proyecto. Las partes acordaron que el Tribunal Arbitral podría aplicar los acuerdos relevantes entre ellas y tener en cuenta si fuere necesario y apropiado, los principios de UNIDROIT. En esta decisión el tribunal arbitral aplicó en particular dos artículos de los principios, el Artículo cuatro, numeral cinco, además de los comentarios al mismo, para concluir que al memorando de entendimiento se le debía dar efecto en su totalidad y no solamente en lo concerniente a la parte referida a la conclusión del contrato de venta, y

²³ Arbitral Award. December 1996. ICC Arbitration (Paris). UNIDROIT. UNILEX. BONNELL, MICHAEL JOACHIM. The principles of international commercial contracts. Nature, Purposes and First Experiences in Practice. Igualmente en: ICC International Court of Arbitration Bulletin Vol. 10, Nº. 2 Fall 1999, págs. 26 y sigs. Final award in case 8331, date: december 1996, lenguaje: English, Claimant: Swedish manufacturer, respondent: Iranian company, place of arbitration: Paris, France.

el Artículo cinco, numeral cuatro (2), para concluir que la declaración de la intención de las partes para entrar en unas negociaciones con el propósito de llegar a un acuerdo para establecer una ensambladora implicaba una obligación de hacer el mayor esfuerzo para lograr el resultado. De acuerdo con el Tribunal Arbitral, el vendedor al negarse a iniciar las negociaciones quebrantó esta obligación y su argumento de que el comprador no tenía la organización empresarial necesaria no constituía una excusa válida.

4.4.2 Aplicación de los principios como lex mercatoria

Según lo dispuesto sobre principios UNIDROIT, que se han citado anteriormente, éstos pueden aplicarse cuando las partes hayan acordado que su contrato se rija por los principios generales del derecho, la lex mercatoria, o expresiones semejantes.

Aunque puede entenderse incluido en el punto anteriormente explicado, el grado de aplicación, es diferente al anterior, pues en este caso las partes en principio no hacen expresa referencia a los principios de UNIDROIT como regla del contrato. Se puede discutir en consecuencia, si las partes si han escogido la ley por la cual el contrato se gobernará y en especial, si se han referido a los principios UNIDROIT.

Asimismo, entra en la discusión su naturaleza, es decir: si en realidad los principios reflejan aquellas reglas superiores anteriores a todo derecho positivo, o son reflejo de costumbres o de reglas sobre las cuales se han puesto de acuerdo un grupo de juristas. Sobre esto, se debe tenerse sumo cuidado, e insistir en que cuando se dice que los principios UNIDROIT hacen parte de la lex mercatoria moderna, no se puede confundir este último término, solamente con los usos y costumbres del tráfico

internacional, sino que se utilice en un sentido amplio que contenga todas las fuentes del derecho del comercio internacional. No se duda sobre el consenso que existe sobre ellos, y sobre la forma ágil en que se constituyen al no requerir ser concebidos como ley positiva ni como tratado internacional. Sin embargo, se insiste en que no todas sus disposiciones constituirán principios, sino tan solo algunas de ellas. Otras, en efecto, serán reglas sugeridas a las partes, aplicables por acuerdo expreso. En este sentido se pronuncia, María del Pilar Perales, al decir: "No creemos, por el contrario, que los mismos resulten aplicables, o al menos no de forma automática, cuando los contratantes hayan sometido su contrato a los principios generales del derecho o a la *lex mercatoria*".²⁴

Ni los principios son usos ni, por supuesto, puede decirse que exista una potestad legislativa creadora tras ellos. Ciertamente que algunas de sus disposiciones recogerán el modo de proceder usual y normal en la contratación internacional, otras, por el contrario, no podrán así calificarse desde el momento en que responden a un intento por conciliar diversos principios y normas que respondan, a su vez, a distintas concepciones, políticas y jurídicas. No obstante, ha de admitirse la posibilidad de que los principios se reconozcan como *lex mercatoria* por los operadores del comercio internacional, así como por los jueces nacionales y los árbitros.

Pueden sin embargo, citarse varios laudos internacionales, donde se ha llegado a la conclusión de que efectivamente los principios de UNIDROIT reflejan la *lex mercatoria*, los usos y costumbres, o en algunos casos, que son la manifestación de la justicia natural o principios generales del derecho.

²⁴ Perales Viscasillas, María del Pilar. *Ob; Cit.* pagina 55.



Uno de los casos más interesantes es el contenido en el laudo 7110 de la Cámara de Comercio Internacional, de 1995, que se relatar a continuación: Se trataba de un conflicto originado entre dos contratantes, uno de los cuáles pertenecía a un Estado no europeo y el otro era una Compañía Inglesa. El Tribunal fue llamado a determinar la ley aplicable. Los contratos no señalaban escogencia expresa de una ley, pero contenían en la mayoría de los casos referencia a la justicia natural.

Con respecto de la posición de demandante a la ley aplicable: El demandante adujo primero en su demanda que en los contratos no hubo una escogencia explícita de ley aplicable, y como las partes habían firmado los contratos en [Estado X], podía aplicarse la regla *lex loci contractus* que es una regla duradera en ventas y compras internacionales.

El demandante llevó más allá su posición, al afirmar que las referencias a la justicia natural son demasiado vagas, toda vez que no hay un acuerdo entre los juristas internacionales en su contenido y no ofrecen al tribunal arbitral reglas suficientemente precisas para decidir las disputas que son el asunto materia de este arbitraje.

El demandante insiste que las partes desearon que la disputa se resolviera según una ley, y que la ley aplicable debería ser [la ley del Estado X], toda vez que los contratos se firmaron en el [Estado X]; [El Estado X] era el lugar de ejecución contractual y este contrato era una parte de un proyecto grande (para los efectos, relacionados con el Estado X).

El demandado, sostuvo que la ley sustantiva aplicable era la del Reino Unido, por ser la mas directamente relacionada, y por ser el lugar de residencia del obligado de la



prestación característica. Escogiendo el método directo, el Tribunal Arbitral afianzó la aplicación de principios generales del derecho; e infirió de las declaraciones de las partes, la existencia de una intención de opción negativa: es decir: la exclusión de cualquier ley nacional específica. El tribunal concluyó que la intención razonable de las partes con respecto a la ley substantiva aplicable a los contratos, era tener todos ellos regidos por reglas generales del derecho y principios en materia de obligaciones contractuales internacionales, aunque no necesariamente se refirió a un sistema legal nacional específico.

El tribunal determinó que son los principios de UNIDROIT los que se adaptan especialmente a las necesidades de las transacciones internacionales y disfrutan de acuerdo general internacional aunque no reflejan un sistema nacional específico. El tribunal sostuvo que esos principios generales eran principalmente reflejados por los principios de UNIDROIT sobre Contratos Comerciales Internacionales y que sin perjuicio de tomar en cuenta las provisiones del contrato y los usos del comercio pertinentes, los contratos se rigieron y por ello deben ser interpretados de acuerdo con los principios de UNIDROIT.

Las razones por las cuales este tribunal considera que los principios de UNIDROIT son el componente central de las reglas y principios generales con respecto a las obligaciones contractuales internacionales y disfrutan de amplio consenso internacional, los cuales constituyen la propia ley de los contratos, son variadas:

Los principios de UNIDROIT son una recopilación de principios aplicables a los contratos comerciales internacionales hechos por un distinguido grupo de expertos internacionalistas provenientes de los sistemas prevalentes en el mundo, sin la



intervención de los estados o gobiernos, ambas circunstancias redundan a la alta calidad y neutralidad de su producto y esta aptitud se refleja en el presente escenario de consenso sobre las reglas legales internacionales y los principios que gobiernan las obligaciones contractuales en el mundo, principalmente sobre las bases de su imparcialidad y adecuación a las transacciones internacionales que quepan dentro de su perspectiva;

Al mismo tiempo, los principios de UNIDROIT se han inspirado en textos de leyes uniformes internacionales alrededor las cuales disfrutaban de amplio reconocimiento internacional y generalmente son consideradas como el reflejo de los usos y prácticas del comercio internacional en el campo de la compraventa internacional de mercaderías, la cual ya la han ratificado alrededor de 40 países, a saber, la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías.

Los principios de UNIDROIT han sido específicamente concebidos para ser aplicados a los contratos comerciales internacionales en instancias en las cuales, como en el caso que acontece, en que las partes han acordado que sus transacciones serán gobernadas por reglas generales y principios.

Tribunales arbitrales han aplicado, ante la ausencia de escogencia de ley aplicable, los principios de UNIDROIT. Pueden verse: entre otros el laudo 7375, Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, de fecha cinco de junio de 1996. El caso concernía a un suministro concluido entre un vendedor de los Estados Unidos y un comprador de un país del oriente medio. Éste reclamó daños y perjuicios con intereses en relación con la entrega retardada de los bienes. En el contrato no se incluyó una cláusula de escogencia de la Ley aplicable al contrato. La Corte encontró

que la ausencia de una cláusula en tal sentido significa que ninguna de las dos partes está preparada para aceptar la ley doméstica de su contraparte y que constituyó un contrato implícito (opción negativa). Esto dejó a la Corte las opciones de aplicar una ley neutra, qué fue considerado artificial y arbitrario; adoptando la doctrina de *trunc commun* qué significaría una investigación prolongada del derecho comparado y podría llevar a no encontrar una solución; o escoger una solución no nacional, que llevara a la aplicación de reglas de derecho generalmente aceptadas. La Corte sostuvo esta última solución, para mantener un equilibrio entre las partes, haciendo justicia a ambos de manera objetiva.

La Corte decidió que el contrato debía ser gobernado por reglas generales del derecho, y que las reglas generales del derecho aplicables a obligaciones contractuales internacionales que tenían amplio reconocimiento, y consenso internacional e la comunidad mercantil internacional, incluyendo conceptos considerados como pertenecientes a la *lex mercatoria*, y manifestación de principios y reglas generalmente aceptadas, eran los principios de UNIDROIT.

Otro caso que puede tenerse como referencia, sobre todo cuando fue un árbitro colombiano el que lo falló, el "Doctor Guillermo Gamba, es el laudo 9797, Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, de fecha julio 28 de 2000".²⁵ Las partes solicitaron en este caso al Tribunal decidir de conformidad con los términos del contrato, teniendo en cuenta los principios de equidad. El tribunal manifestó que los principios de UNIDROIT son fuente fidedigna del derecho comercial internacional en el arbitraje internacional por contener ellos en esencia una compilación

²⁵ Arbitral Award. ICC. International Court of Arbitration. 28 VII 2000. Case n° 9797. Andersen Consulting Business Unit Member Firm v. Arthur Andersen Business Unit Member Firm and Andersen Worlwide Societé Cooperativé. UNIDROIT Selected case law relating to the Unidroit Principles of Internacional Comercial Contracts. UNILEX. <http://www.unidroit.org>. (20 de octubre 2008)



de aquellos "principes directurs" que disfrutaban de aceptación universal y además son el núcleo de aquellas nociones fundamentales que son aplicadas en la práctica arbitral.

A pesar de los fallos donde los jueces han encontrado aplicable al contrato los principios de UNIDROIT por ser estos reflejo de la lex mercatoria, o los principios generales, a pesar de que las partes no hayan pactado la inclusión de los principios como ley del contrato, existen otros fallos, donde se ha ratificado la posición de que para que sean aplicables o puedan ser aplicables, las partes expresamente deben afirmarlo de esa manera, o por lo menos, expresar que el contrato se regirá por la lex mercatoria o los principios generales. En este sentido, el laudo 8873 Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional:

El fallo concierne a un contrato entre un español y una compañía francesa para realizar trabajos de construcción en un tercer país. Enfrentado con varios imprevistos y dificultades que substancialmente aumentaron el costo de la construcción, el contratista, pidió la renegociación del contrato, invocando excesiva onerosidad según los Artículos 6.2.2 y 6.2.3 de los principios de UNIDROIT. Según el contratista, aunque el contrato contuvo una cláusula donde se escogió la ley española, los principios de UNIDROIT son los aplicables, toda vez que ellos reflejan verdaderos usos del comercio que el Tribunal debía de todos modos que tener en cuenta de acuerdo con el artículo VII de la Convención de Ginebra de 1961 sobre arbitraje internacional y el Artículo 13 (5) de las reglas de la Cámara de Comercio Internacional sobre arbitraje.

Decidiendo la pertinencia de los principios UNIDROIT, el Tribunal Arbitral recalcó que de acuerdo con el preámbulo de los principios, ellos son aplicables sólo cuando las



partes lo han acordado expresamente de esa manera o el contrato se refiere a los principios generales del derecho o la lex mercatoria como ley aplicable.

Acerca del argumento según el cual los principios UNIDROIT representan verdaderos usos del comercio, para ser incluso tenidos en cuenta en donde las partes, como en el caso, han escogido una ley doméstica particular como ley que gobierna el contrato, el Tribunal arbitral sostuvo que en el particular, las disposiciones de los principios de UNIDROIT sobre excesiva onerosidad (hardship), al menos en la actualidad, no corresponden a una práctica corriente en el comercio internacional.

4.4.3 Aplicación de los principios como modelo para la legislación a nivel nacional o internacional

Se ha señalado además cómo los legisladores nacionales e internacionales podrían encontrar una fuente de inspiración en los principios de UNIDROIT para la preparación de nueva legislación, "de hecho, Los principios, han servido de fuente para recientes legislaciones como es el caso del nuevo Código Civil holandés, el nuevo Código Civil de Québec, y del nuevo Código Civil de la Federación Rusa",²⁶ en el campo de las reglas generales de los contratos o con respecto a tipos específicos de negocios debido a las soluciones modernas y funcionales adoptadas; se observa también, que las partes pertenecientes a sistemas legales diferentes o que hablen lenguajes distintos podrían usar dichos principios como una guía para elaborar sus contratos.

Según se afirma en la presentación a dichos principios, se convertirán éstos en una fuente conveniente para los árbitros, especialmente cuando sean llamados a decidir

²⁶ Oliva Blázquez, Francisco. *Compraventa internacional de mercaderías* (Ámbito de aplicación del Convenio de Viena de 1980), página. 156.



como amigables componedores conforme a los usos y costumbres del comercio internacional, o a la lex-mercatoria, recurrir a un grupo de reglas las cuales son el resultado de una intensiva investigación y prolongadas deliberaciones.

Con lo anterior no se pretende agotar la explicación sobre la totalidad de los temas contemplados en los principios de UNIDROIT, sino tan solo mostrar de manera introductoria su importancia en el desarrollo del derecho mercantil internacional.

Finalmente, y teniendo en cuenta todos y cada uno de los puntos objeto de este estudio, que tan sólo contiene unos aspectos de lo que podríamos denominar como la "Teoría general" del derecho mercantil internacional, notamos la urgente necesidad de que al seno de nuestras academias universitarias se difundan los mecanismos de contratación mercantil uniforme de tanto y nutrido estudio en el mundo, pero de escaso conocimiento en nuestro medio. Las necesidades inmediatas del tráfico económico requieren contar con una base jurídica lo suficientemente sólida y ágil que brinde la seguridad que dicho tráfico requiere. El estudio del derecho privado guatemalteco en particular, y latinoamericano en general debe hacerse desde la óptica de la globalización, hacia la cual, una vez superados los obstáculos, con seguridad, avanzaremos. Lo que proponemos, es simplemente un reencuentro con el derecho común.



CONCLUSIONES

1. La lex mercatoria, a pesar de no provenir de un ente legislativo, nacional o internacional, debe considerarse como un sistema jurídico u ordenamiento jurídico supraestatal, ya que surge por la necesidad que tienen los comerciantes de regir sus transacciones internacionales.
2. La lex mercatoria tiene una regulación social que trasciende de la regulación positiva, ya que elimina los obstáculos que impone el derecho estatal y simplifica y se especializa en las transacciones comerciales internacionales.
3. Los principios UNIDROIT, este conjunto de reglas, usos o costumbres internacionales no podrían regularse positivamente, ya que perderían su finalidad, especialmente en cuanto a la actualización de esos usos y costumbres, porque la realidad social en materia comercial, siempre irá más adelante que los derechos estatales.
4. En el ordenamiento jurídico interno existe unanimidad en que las partes en ejercicio de la autonomía tienen la libertad contractual o de contratación, además establecer formalidades obligatorias para el perfeccionamiento o desarrollo del contrato de esta manera no prohíbe la utilización de La lex mercatoria.





RECOMENDACIONES

1. La Cámara de Comercio de Guatemala, debe de realizar un estudio para establecer si la lex mercatoria contiene flexibilidad para ser adaptados a la naturaleza propia internacional de los casos que tienen origen en una sociedad cada día más cambiante y envolvente, que bajo la propia transformación de la vida contemporánea, ésta produce nuevas situaciones que deben regular en Guatemala.
2. El Congreso de la República de Guatemala debe reformar el Código de Comercio para que se regule la lex mercatoria para establecer reglas que se adapten la dinámica del mercado que debido a su volatilidad, requiere de una flexibilización del derecho, de las prácticas comerciales y del papel de los estados nacionales en las esferas del comercio internacional.
3. La Cámara de Comercio como una institución nacional de comercio tome como una urgencia el entorno jurídico internacional la de implementar un medio jurídico para la solución de los conflictos comerciales y mercantiles; que se caracterice por su flexibilidad, eficacia y universalidad.
4. Es necesario que la Universidad de San Carlos de Guatemala implemente cursos para formar árbitros en materia comercial acerca de la utilización de la lex mercatoria, para poder interpretar los principios UNIDROIT, como una alternativa en la solución de conflictos de comerciantes en el comercio internacional.





BIBLIOGRAFÍA

ALVARADO Lemus, José Rolando. **Lex mercatoria**. www.canalegal.com/ contenido.php?c=210 - 54k – (18 de julio de 2008).

ARBITRAL Award. December 1996. ICC Arbitration (Paris). UNIDROIT. UNILEX. BONNELL, MICHAEL JOACHIM. **The principles of international commercial contracts. Nature, Purposes and First Experiences in Practice**. English, Claimant: Swedish manufacturer, respondent: Iranian company, place of arbitration: Paris, France. (20 de octubre 2008).

ARBITRAL Award. ICC. **Internacional Court of Arbitration**. 28 VII 2000. Case nº 9797. Andersen Consulting Business Unit Member Firm v. Arthur Andersen Business Unit Member Firm and Andersen Worlwide Societé Cooperativé. UNIDROIT Selected case law relating to **the Unidroit Principles of Internacional Comercial Contracts**. UNILEX. <http://www.unidroit.org>. (20 de octubre 2008).

ÁVILA DE LA TORRE, Alfredo y coautor. **Lecciones de derecho de los contratos en el comercio internacional**, Ed. Salamanca, España, 2006.

BRICEÑO SIERRA, Humberto. **Al arbitraje comercial, doctrina y legislación**. Ed. Limusa, Mexico, 1988.

CASTÁN TOBEÑAS, José. **Los sistemas jurídicos del mundo occidental**, 2ª. Ed., Reus, Madrid, España, 1957.

DERAINS, Yves. **Jurisprudencia arbitral de la Cámara de Comercio Internacional**. Ed. Gráficas Joaquín Morales, Madrid, 1985.

DIEZ PICAZO, Luis. **Fundamentos del derecho civil patrimonial. Introducción a la teoría del contrato**, Editorial Civitas. Madrid, España.

ESPLUGUES MOTA, Carlos y coautores. **Contratación internacional**, 2ª ed., Valencia, España, 1999.

FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos. **Ius mercatorum. Autorregulación y unificación del derecho de los negocios transnacionales**. Colegios Notariales de España. Madrid, 2004.



FOUCHARD, GAILLARD, **Goldman on International arbitration**. Imprint: Kluwer Law International Published: 9/1/1999

GOLDMAN, Berthold. **La lex mercatoria dans les contrats et les arbitages internationaux: Réalité et perspectives**, FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara. **Contratos Internacionales. Tercera parte. lex mercatoria**.

MANTILLA SERRANO, Fernando. **IUS MERCATORUM fuente de derecho internacional. En el arbitraje en los conflictos económicos internacionales**. Cámara de Comercio de Bogotá, Colombia, 1995.

MATUTE MORALES, Claudia. **El arbitraje comercial internacional** [www.docstoc.com/.../EL-ARBITRAJE-COMERCIAL INTERNACIONAL/](http://www.docstoc.com/.../EL-ARBITRAJE-COMERCIAL_INTERNACIONAL/). (Consultado 25/02/2010).

MATUTE MORALES, Claudia. **La lex mercatoria y los principios jurisprudenciales de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional**. www.servicio.cid.uc.edu.ve/derecho/revistalida27 (26 de septiembre de 2008).

OLIVA BLÁZQUEZ, Francisco. **Compraventa Internacional de mercaderías (Ámbito de aplicación del Convenio de Viena de 1980)**, página. 156.

OVIEDO ALBÁN, Jorge. **Unidroit y la unificación del derecho privado: referencia a los principios para los contratos comerciales internacionales, en compraventa internacional de mercaderías**. Publicado en Universitas, Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Económicas de la Pontificia Universidad Javeriana. Diciembre de 2000.

PERALES VISCASILLAS, María del Pilar. **El derecho uniforme del comercio internacional: Los principios de UNIDROIT**. Pace Law School Institute of international commercial law, <http://www.cisg.law.pace.edu>. (26 octubre de 2008).

PERILLA CASTRO, Carlos Andrés. **Los deberes precontractuales en la lex mercatoria**, Negocios Internacionales. Tendencias, Contratos e Instrumentos. Cámara de Comercio de Bogotá. Octubre de 1998.

RIVERA NEUTZE, Antonio Guillermo. **El arbitraje como medio alternativo para la solución de conflictos entre particulares situación actual y perspectivas**.

SCONAMIGLIO, Renato. **Teoría general del contrato**, Universidad Externado de Colombia, reimpresión de la primera edición, Colombia. 1991



SILVA, Jorge Alberto y coautores. **Estudios sobre lex mercatoria**, 1ª Ed., México Distrito Federal, 2006.

VÁSQUEZ MARTÍNEZ, Edmundo, **Derecho mercantil**, Editorial Universitaria, Guatemala, 1966.

Legislación

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

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

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