

UNIVERSIDAD RAFAEL LANDÍVAR
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
LICENCIATURA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

"LA APLICABILIDAD DE LA LEX MERCATORIA EN INTEGRACIÓN A LAS DISPOSICIONES DEL
DERECHO MERCANTIL GUATEMALTECO"

TESIS DE GRADO

MYNOR JOSÉ CIFUENTES OCHOA
CARNET 16632-08

QUETZALTENANGO, SEPTIEMBRE DE 2014
CAMPUS DE QUETZALTENANGO

UNIVERSIDAD RAFAEL LANDÍVAR
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
LICENCIATURA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

"LA APLICABILIDAD DE LA LEX MERCATORIA EN INTEGRACIÓN A LAS DISPOSICIONES DEL
DERECHO MERCANTIL GUATEMALTECO"

TESIS DE GRADO

TRABAJO PRESENTADO AL CONSEJO DE LA FACULTAD DE
CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

POR
MYNOR JOSÉ CIFUENTES OCHOA

PREVIO A CONFERÍRSELE
LOS TÍTULOS DE ABOGADO Y NOTARIO Y EL GRADO ACADÉMICO DE LICENCIADO EN CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

QUETZALTENANGO, SEPTIEMBRE DE 2014
CAMPUS DE QUETZALTENANGO

AUTORIDADES DE LA UNIVERSIDAD RAFAEL LANDÍVAR

RECTOR: P. MARCO TULIO MARTINEZ SALAZAR, S. J.

VICERRECTORA ACADÉMICA: DRA. MARTA LUCRECIA MÉNDEZ GONZÁLEZ DE PENEDO

VICERRECTOR DE INVESTIGACIÓN Y PROYECCIÓN: ING. JOSÉ JUVENTINO GÁLVEZ RUANO

VICERRECTOR DE INTEGRACIÓN UNIVERSITARIA: P. JULIO ENRIQUE MOREIRA CHAVARRÍA, S. J.

VICERRECTOR ADMINISTRATIVO: LIC. ARIEL RIVERA IRÍAS

SECRETARIA GENERAL: LIC. FABIOLA DE LA LUZ PADILLA BELTRANENA DE LORENZANA

AUTORIDADES DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

DECANO: DR. ROLANDO ESCOBAR MENALDO

VICEDECANA: MGTR. HELENA CAROLINA MACHADO CARBALLO

SECRETARIO: LIC. CHRISTIAN ROBERTO VILLATORO MARTÍNEZ

NOMBRE DEL ASESOR DE TRABAJO DE GRADUACIÓN
LIC. EDNA MARGARITA MONTERROSO MARTINI

TERNA QUE PRACTICÓ LA EVALUACIÓN
MGTR. ANDREA ESTEFANIE GARCIA HENRY

AUTORIDADES DEL CAMPUS DE QUETZALTENANGO

DIRECTOR DE CAMPUS: P. MYNOR RODOLFO PINTO SOLIS, S.J.

SUBDIRECTORA ACADÉMICA: MGTR. NIVIA DEL ROSARIO CALDERÓN

SUBDIRECTORA DE INTEGRACIÓN
UNIVERSITARIA: MGTR. MAGALY MARIA SAENZ GUTIERREZ

SUBDIRECTOR ADMINISTRATIVO: MGTR. ALBERTO AXT RODRÍGUEZ

SUBDIRECTOR DE GESTIÓN
GENERAL: MGTR. CÉSAR RICARDO BARRERA LÓPEZ



Licenciada
Edna Margarita Monterroso Martini
Colegiado No. 6091

Quetzaltenango, 20 de Noviembre de 2,013

Ingeniero
Derik Lima
Subdirector Académico
Universidad Rafael Landívar
Campus de Quetzaltenango

Estimado Ingeniero,

Tengo el agrado de presentar a usted, la tesis del bachiller MYNOR JOSE CIFUENTES OCHOA, titulada: "APLICABILIDAD DE LA LEX MERCATORIA EN INTEGRACION A LAS DISPOSICIONES DEL DERECHO MERCANTIL GUATEMALTECO", la cual tuve la oportunidad de asesorar en virtud de la notificación número 306 que me fuera formulada por la referida coordinación.

Durante el desarrollo del trabajo el estudiante atendió las recomendaciones y observaciones que se formularon.

En conclusión el trabajo reúne los requisitos exigidos como tesis de graduación, motivo por el cual me permito recomendarla para que sea aceptada como tal.

Sin otro particular, me suscribo de usted, atentamente,

Licda. Edna Margarita Monterroso Martini

Licenciada
Edna Margarita Monterroso Martini
ABOGADO Y NOTARIO



Universidad
Rafael Landívar

Tradición Jesuita en Guatemala

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
No. 07345-2014

Orden de Impresión

De acuerdo a la aprobación de la Evaluación del Trabajo de Graduación en la variante Tesis de Grado del estudiante MYNOR JOSÉ CIFUENTES OCHOA, Carnet 16632-08 en la carrera LICENCIATURA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES, del Campus de Quetzaltenango, que consta en el Acta No. 07328-2014 de fecha 8 de abril de 2014, se autoriza la impresión digital del trabajo titulado:

"LA APLICABILIDAD DE LA LEX MERCATORIA EN INTEGRACIÓN A LAS DISPOSICIONES DEL DERECHO MERCANTIL GUATEMALTECO"

Previo a conferírsele los títulos de ABOGADO Y NOTARIO y el grado académico de LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Dado en la ciudad de Guatemala de la Asunción, a los 22 días del mes de septiembre del año 2014.

LIC. CHRISTIAN ROBERTO VILLATORO MARTÍNEZ, SECRETARIO
CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
Universidad Rafael Landívar

Agradecimientos.

A través de estas líneas quiero expresar mi sincero agradecimiento a todas aquellas personas que aportaron su experiencia y colaboración en la realización de este trabajo y que contribuyeron a mi formación profesional.

Agradezco principalmente a Dios por darme sabiduría, entendimiento, fuerza y valor para afrontar las pruebas y alcanzar cada meta propuesta.

Mi sincero y profundo agradecimiento a la Licenciada Edna Margarita Monterroso Martini por la orientación, seguimiento y supervisión en la realización de este trabajo, pero por sobre todo por su apoyo, motivación y amistad brindada.

Agradezco el interés mostrado por mi trabajo, colaboración y sugerencias recibidas del Licenciado Pedro Francisco Guzmán Escobar. También me gustaría agradecer la colaboración de la licenciada Zully Eugenia Cantoral Campos y de la Doctora María Alejandra De León Barrientos por su valioso aporte a esta investigación.

Un agradecimiento muy especial merece el apoyo, ánimo y comprensión de mi familia y amigos.

A todos ellos, muchas gracias

Dedicatorias.

A mis Padres: Mynor Aly Cifuentes Rodríguez y Surama Ninnette Ochoa Calderón, con todo mi agradecimiento y amor por darme la vida y con su esfuerzo hacer todo para que yo pudiera alcanzar mis sueños, por formarme y guiarme para ser un hombre de bien, por su amor y comprensión, sin ustedes nada de esto hubiese sido posible.

A mis Abuelos: Fredy Hirlando Ochoa Maldonado y María Teresa Calderón Izás, gracias por compartir conmigo su sabiduría, sus consejos y animarme cuando me faltaron las fuerzas, por su apoyo y haber estado en mi vida en todo momento con amor y cuidados.

A mi Tía: Bertha Ileana Ochoa Calderón, por ser una bendición para mi vida, gracias por estar siempre para mí y compartir conmigo todo cuanto has podido y has tenido, me enseñaste a ser positivo y que puedo lograr todo lo que me proponga.

A mis Amigos: Jorge Pablo Pérez Silva y Laura Lourdes Velásquez Monterroso; “El amigo fiel es refugio seguro; quien lo encuentra, encuentra un tesoro; un amigo fiel no tiene precio, ni se puede pagar su valor; un amigo fiel es remedio de vida” Por todo lo que hemos compartido, por estar siempre incondicionalmente, con apoyo, ánimos e influir positivamente en mi vida, este esfuerzo lo hicimos juntos y cada logro que hemos compartido es alegría para todos.

Índice

	Pág.
INTRODUCCIÓN.....	1
CAPÍTULO I: DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL.....	3
1.1. Antecedentes.....	3
1.2. Definición.....	6
1.3. Características.....	7
1.4. Naturaleza.....	11
1.5. Contenido.....	12
1.6. Principios.....	20
1.7. Nuevo Comercio Internacional.....	24
CAPÍTULO II: LEX MERCATORIA.....	28
2.1. Antecedentes.....	28
2.2. Evolución histórica.....	30
2.3. Posturas sobre la existencia de la Lex Mercatoria.....	31
2.4. Conceptualización.....	33
2.5. Aspectos que comprende.....	35
2.6. Principios.....	35
2.7. Lex Mercatoria y el Derecho Mercantil Internacional.....	39
2.8. Normas de derecho internacional privado y el derecho interno en relación al Derecho Mercantil.....	42
2.9. Instrumentos de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil internacional y la legislación mercantil guatemalteca.....	55
CAPÍTULO III: CONTENIDO DE LA LEX MERCATORIA.....	77
3.1. Usos y Prácticas de carácter internacional.....	77
3.2. Costumbres Mercantiles.....	79
3.3. Doctrina Internacional.....	80
3.4. Jurisprudencia Arbitral.....	82

3.5.	Contratos Tipo.....	83
3.6.	Leyes Modelo.....	84
3.7.	Condiciones generales de contratación.....	86
3.8.	Incoterms®.....	87

CAPITULO IV: ANALISIS, PRESENTACIÓN Y DISCUSIÓN DE

RESULTADOS..... 93

4.1.	Análisis, presentación y discusión de resultados, que generan la propuesta de integración al Derecho Mercantil guatemalteco de la Lex Mercatoria.....	93
------	-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	----

CONCLUSIONES..... 106

RECOMENDACIONES..... 108

REFERENCIAS..... 110

ANEXOS..... 118

Resumen.

Este trabajo de investigación se realizó con el objetivo de determinar la aplicación de la Lex Mercatoria en el Derecho Mercantil guatemalteco, como un sistema moderno, uniforme y equitativo que contribuya a brindar seguridad jurídica a las operaciones comerciales nacionales e internacionales. Para poder determinar este aspecto se hace necesario analizar los antecedentes y la evolución de la Lex Mercatoria, precisar los conceptos jurídicos que brinda y desarrollar las distintas manifestaciones que comprende, los principios, instituciones y normas que la conforman y evaluar la efectividad del sistema jurídico guatemalteco en cuanto al comercio internacional con la finalidad de proponer la implementación de otros instrumentos jurídicos que suplan las necesidades que surjan de las relaciones jurídicas producto del comercio internacional y de esa forma fortalecer el ordenamiento jurídico guatemalteco en materia de Derecho Mercantil, de una forma descriptiva para determinar la naturaleza y alcances de la Lex Mercatoria y cómo puede ser aplicada dentro del Derecho Mercantil Guatemalteco para establecer un sistema jurídico moderno, uniforme y flexible de una forma proyectiva y propositiva.

INTRODUCCIÓN.

La Lex Mercatoria se ha desarrollado a través del tiempo de la misma forma en que ha evolucionado el Derecho Mercantil debido a la necesidad de éste de regular los actos de comercio, las relaciones jurídicas de los comerciantes y en función de la internacionalización de los negocios. El Derecho Mercantil se caracteriza por ser un Derecho global y progresivo que responde a las variaciones de las condiciones socioeconómicas del comercio por lo que es necesario que evolucione y se actualice constantemente. La llamada nueva Lex Mercatoria o Lex Mercatoria como se le denomina indistintamente, se encuentra conformada de la misma forma que la antigua Lex Mercatoria por usos y costumbres, actualmente los usos y costumbres tal y como se usaron en la antigüedad se manifiestan a través de codificaciones para su aplicación, requiriendo únicamente para esto el reconocimiento de los sistemas jurídicos Estatales para su aplicación e integración a través de leyes modelo, convenios y tratados internacionales producto de la labor de Organizaciones Internacionales cuya función se basa en el desarrollo y unificación del Derecho Mercantil Internacional, con la finalidad de formar un régimen uniforme y universal.

Las actividades mercantiles ocurren de manera similar en todo el mundo y existen diferencias en los sistemas jurídicos de cada estado que no permiten la uniformidad de un marco legal relativo a las operaciones mercantiles, debido a la incapacidad de las leyes locales de regular las operaciones comerciales internacionales. A raíz de esto se crean instrumentos capaces de suplir las necesidades que surjan de las distintas relaciones jurídicas producto de las operaciones comerciales; y surge la pregunta que origina esta investigación ¿Cómo puede la Lex Mercatoria contribuir a brindar seguridad jurídica a las operaciones comerciales internacionales y fortalecer el ordenamiento jurídico guatemalteco?; Para determinar este aspecto se partió de establecer los antecedentes del Derecho Mercantil, su naturaleza, contenido y principios para luego desarrollar los aspectos del comercio internacional que llevan a la existencia de una Nueva Lex Mercatoria, desde de sus antecedentes y establecer a través de diferentes posturas doctrinarias su existencia y los aspectos que la

comprenden para luego desarrollar cada uno de ellos y cómo se manifiesta en el Derecho Mercantil internacional a través de instrumentos jurídicos internacionales comparando su efectividad en cuanto a normas de derecho internacional privado y el planteamiento de los aspectos más importantes de algunos instrumentos de la comisión de las naciones unidas para el Derecho Mercantil internacional, cuya aplicación es comparada con la legislación nacional y analizada a través de un cuadro de cotejo; de esa forma se buscaba determinar la aplicación de la Lex Mercatoria en el Derecho Mercantil guatemalteco, como un sistema moderno, uniforme y equitativo que contribuya a brindar seguridad jurídica a las operaciones comerciales nacionales e internacionales y a la vez estudiar los antecedentes y la evolución de este sistema jurídico, así como precisar los conceptos jurídicos que brinda la Lex Mercatoria y desarrollar las distintas manifestaciones que comprende, evaluar la efectividad del sistema jurídico guatemalteco y proponer la implementación de otros instrumentos jurídicos que suplan las necesidades que surjan de las relaciones jurídicas producto del comercio internacional y de esa forma fortalecer el ordenamiento jurídico guatemalteco en materia de Derecho Mercantil.

La investigación se llevó a cabo tomando en consideración que como un sistema jurídico éste se aplica en todo el territorio nacional, de acuerdo a la normativa actual con un enfoque jurídico social que facilite la comprensión, estudio y aplicación del tema sobre el cual versa la investigación y el fortalecimiento del sistema jurídico guatemalteco y como parte del trabajo de investigación se realizaron entrevistas con abogados especializados en materia de Derecho Mercantil y dedicados a actividades académicas, organizacionales o administrativas relacionadas con el Derecho Mercantil.

Se espera que la presente investigación satisfaga las expectativas del lector.

CAPÍTULO I.

DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL.

1.1. Antecedentes.

En el Derecho Romano no existió la figura del Derecho Mercantil o Derecho Comercial debido a la existencia de un Derecho propio el cual era suficiente para resolver eficazmente los problemas que surgían de las actividades comerciales; la existencia del *ius civile* por el cual se reservaba el derecho privativamente a los ciudadanos y que dio origen al Derecho Civil actual; y el llamado *ius gentium* derecho de gentes como una institución por la que se reconocía el derecho de los extranjeros siendo este el derecho aplicable a los pueblos, es entonces el *ius gentium* considerado como un derecho común a todos los hombres. “El *ius gentium* fue siempre parte del Derecho Romano positivo y concreto, modelado por las necesidades del comercio y por las fuentes jurídicas romanas”¹ al ser éste el derecho reconocido por y para todos los pueblos se adaptó a las necesidades de las personas por lo que no fue necesario crear una institución propia del Derecho Mercantil pues no existía la necesidad de regular esta figura.

Posteriormente en la edad media surge el Derecho Mercantil y las antiguas normas de derecho romano no fueron suficientes para la nueva realidad social de la época cuyo sistema jurídico se encontraba inspirado por normas de derecho germánico y canónico; por lo que los mercaderes impulsados por las actividades comerciales crean un sistema basado en la autonomía y sus propias necesidades, cuya reglamentación consistía en los usos y costumbres de los comerciantes la cual era únicamente aplicable a éstos por lo que fueron desarrolladas como un estatuto propio cuyo desarrollo constituyó la primer etapa del Derecho Mercantil llamada derecho estatutario. “Puede afirmarse que históricamente el Derecho Mercantil, no ha sido no sólo un Derecho de los comerciantes (en el sentido de que toda la vida del comerciante estuviese sometida al Derecho Mercantil) ni sólo un derecho de los

¹ Ventura Silva, Sabino, *Derecho romano*, México, editorial Porrúa, 1985, octava edición, página 43.

actos de comercio (en el sentido de que hubiese actos de comercio ajenos al comerciante). En su origen, el Derecho Mercantil fue un derecho de comerciantes (los comerciantes no se sometían a él) y un Derecho de actos de comercio (los actos de los comerciantes ajenos a su profesión no se sometían a él). Nunca el Derecho mercantil fue radicalmente subjetivo ni radicalmente objetivo. Más como trataba de regular una actividad (la del comercio) y el comercio es un *præ iuris* frente al comerciante, puede decirse que el Derecho Mercantil ha sido siempre predominantemente objetivo, no en el sentido que esta expresión tiene desde el código de comercio francés de 1870, sino en el sentido que la actividad mercantil servía para definir a las personas como comerciantes y para someter luego sus actos profesionales al derecho especial² en principio el Derecho Mercantil internacional como un derecho especial regía las relaciones de los comerciantes surgidas de los actos propios de las actividades de éstos y que a la vez respondía a la internacionalización del comercio y el Derecho Mercantil propiamente. Con la evolución del Derecho Mercantil y a su vez el Derecho Mercantil Internacional surgen instituciones propias de esta rama que constituyen una fuente importante en relación con los usos y costumbres de los comerciantes pues en sus inicios el Derecho Mercantil se constituyó como un derecho consuetudinario, calidad que perdió con la codificación de las normas que rigen esta materia actualmente y que en principio los usos y costumbres eran más efectivos al no existir una norma que regulara un aspecto determinado; pues las actividades eran distintas una por lo que emplear los usos y costumbres de forma autónoma de acuerdo a las necesidades de los comerciantes resultaba más efectivo.

En la Edad Media partiendo de los estatutos propios de los comerciantes basados en su propia organización y prácticas mercantiles y la administración de justicia que regía de acuerdo a los usos y costumbres y con la evolución del comercio se crearon normas escritas dirigidas a regular las actividades comerciales y de los comerciantes inspiradas en el derecho consuetudinario las cuales adquirieron carácter estatal, el antecedente más próximo a la figura actual del Derecho Mercantil se sitúa en el

² Garrigues Joaquín, *Curso de Derecho mercantil*, Volumen 1, México, Editorial Porrúa, 1979, Séptima edición, página 10.

derecho francés que al separarse del derecho romano creó una institución autónoma capaz de regular satisfactoriamente las actividades económicas y obtuvo un carácter universal lo que hizo que este Derecho Mercantil francés fuese reconocido a nivel internacional.

“Hasta 1945 el comercio internacional se caracterizaba por una dimensión estatal de los poderes económicos privados, fuertemente apoyados por la política expansionista de los Estados de donde procedían. Por entonces el número de dichos Estados era muy reducido: aquellos en donde la acumulación de capital en capital financiero, como consecuencia de la revolución industrial, había propiciado una política de expansión internacional, a saber, Francia, Gran Bretaña, Estados Unidos... Mas a partir de 1945 fue menester la adopción de un orden normativo capaz de responder al reto de un cambio radical en las relaciones económicas internacionales”³ como resultado de la adopción de las normas de cada estado y siguiendo la tendencia dinámica del comercio, se promovió la creación de tratados y convenios internacionales con la finalidad de lograr una uniformidad en las normas capaces de adecuarse a una naturaleza cosmopolita unificando el derecho de distintos estados.

“Desde una perspectiva histórica, se sostiene con frecuencia que el Derecho del comercio internacional es heredero del *ius mercatorum* elaborado en el seno de la sociedad de comerciantes medieval. Se habla así de un Derecho especial elaborado por los propios comerciantes, al margen de la soberanía estatal y caracterizado por el principio de la autonomía de la voluntad. Esta desvinculación del poder político no solo se proyecta en el ámbito de la producción normativa, sino también en el del arreglo de las eventuales controversias que puedan surgir entre los operadores del comercio; dichos procedimientos tienen al arbitraje comercial internacional como protagonista. El Derecho del comercio internacional así concebido queda limitado al ordenamiento jurídico elaborado en el seno de la denominada “sociedad

³ E-Prints Complutense, Fernández Rozas José Carlos, *El Derecho del comercio internacional en el contorno de la globalización*, España, 2000, disponible en http://eprints.ucm.es/6869/1/EL_DERECHO_DEL_COMERCIO_INTERNACIONAL_EN_LA_GLOBALIZACION.pdf, consultado el 15 de Julio de 2013.

internacional de comerciantes”, y al arbitraje comercial internacional como procedimiento de arreglo de controversias”⁴

1.2. Definición.

Con la finalidad de definir de forma precisa el Derecho Mercantil internacional se expondrán algunas definiciones de Derecho Mercantil proporcionados por distintos autores instruidos en la materia; para esto señala el autor Roberto L. Mantilla Molina que para definir el Derecho Mercantil actualmente no se puede recurrir únicamente al comercio pues existen relaciones reguladas por éste que no se pueden incluir necesariamente dentro de un concepto de comercio. Partiendo de lo anterior Mantilla molina define al Derecho Mercantil como “el sistema de normas jurídicas que determinan su campo de aplicación mediante la calificación de mercantiles dada a ciertos actos, regulan éstos y la profesión de quienes se dedican a celebrarlos”⁵ de esta definición resalta el carácter regulador del Derecho Mercantil sobre los actos de quienes la ley considera comerciantes y en el mismo sentido el autor Jacinto Pallares hace referencia a las obligaciones impuestas a las personas que el Derecho Mercantil considera comerciantes y agrega un aspecto importante dentro de esta rama del derecho cuya fuente se basa primordialmente en la costumbre por lo que define el Derecho Mercantil como "la rama que regula las relaciones nacidas del comercio y de los actos que históricamente se le han asimilado, así como las obligaciones impuestas a las personas que considera comerciantes."⁶

Ambos autores coinciden en que el Derecho Mercantil regula la actividad de los comerciantes, estableciendo para ello las condiciones basadas en la actividad que se desarrolla para otorgar la calidad de comerciante a una persona, además se hace referencia a los actos históricos del comercio que inspiran las regulaciones estatales en esta materia.

⁴ *Loc. cit.*

⁵ Mantilla Molina Roberto L., *Derecho mercantil*, México, Editorial Porrúa, 2010, Vigésima novena edición, página 23.

⁶ Pallares Jacinto, *Derecho mercantil*, México, Dirección General de Publicaciones Universidad Nacional Autónoma de México, 1987, pág. 3.

Con el surgimiento de las regulaciones estatales nace también la necesidad de regular las relaciones que surjan de las actividades comerciales entre dos o más estados, y en este sentido Joaquín Garrigues define el Derecho Mercantil como “el conjunto de normas jurídicas que se aplican a las relaciones que se dan Entre dos o más Estados en cuanto a los actos de comercio legalmente calificados como tales y a los comerciantes en el ejercicio de su profesión.”⁷

El autor guatemalteco René Arturo Villegas Lara brinda una definición que considera aproximada de lo que puede considerarse Derecho Mercantil tomando como criterio que el Derecho Mercantil puede integrarse de distintos elementos generales para integrarlo; y define al Derecho Mercantil como “el conjunto de doctrina y normas jurídicas, codificadas o no, que regulan la actividad profesional de los comerciantes, las cosas mercantiles y la negociación jurídica mercantil.”⁸

El Derecho Mercantil internacional puede definirse partiendo de las definiciones anteriores como el conjunto de principios, instituciones y normas escritas o no, que regulan las actividades de los comerciantes y las cosas mercantiles, las relaciones entre los comerciantes entre sí y de los estados cuando éstos realizan transacciones comerciales transfronterizas.

1.3. Características.

“Las características de toda rama del Derecho devienen de la materia que trata. En el caso del Derecho Mercantil, el comercio, que es su materia, tiene la particularidad de darse en masa, cambia constantemente, en los modos de operar, exige rapidez en las formas de negociar, se desenvuelve a nivel nacional e internacional.”⁹

Particularmente es posible establecer las características del Derecho Mercantil internacional en base a una aproximación de las características del Derecho

⁷ Garrigues Joaquín, *Curso de Derecho mercantil*, México: Editorial Porrúa, 1987, pág. 8.

⁸ Villegas Lara, René Arturo, *Derecho mercantil Guatemalteco*, Guatemala, Editorial Universitaria Universidad de San Carlos de Guatemala, 2004, Sexta edición, pág. 21.

⁹ Loc. Cit.

Mercantil, en lo que a aquel sea aplicable en base a las circunstancias y requerimientos del comercio internacional.

1.3.1. Es poco formalista.

La circulación para que sea fluida, exige que la formalidad esté relegada a la mínima expresión, salvo en los casos en que su ausencia puede sacrificar la seguridad jurídica. Los negocios mercantiles se concretan en simples formalidades sólo aplicables para un conjunto de relaciones que por su cantidad no podrían darse fácilmente de otra manera.

“El poco formalismo se relaciona con la agilidad del tráfico comercial. El comerciante debe negociar en cantidad y en el menor tiempo posible. Al mismo tiempo vive imaginando fórmulas que le permitan resultados empresariales exitosos por medio de novedosas modalidades de contratar”¹⁰

El Derecho Mercantil para adaptarse los requerimientos del comercio tiende a evitar en gran parte la existencia de formalidades que en algunas negociaciones representan demora y que de esta forma se facilita la concreción de los negocios mercantiles ya que los comerciantes se obligan bajo sus propios términos según sus necesidades y esto permite que se realicen las transacciones de una forma más rápida.

1.3.2. Inspira rapidez y libertad en los medios para comerciar.

El comerciante tiene que negociar en cantidad y en el mejor tiempo posible y contar con los medios que le permitan acceder a la variedad de posibilidades de comercialización que existen hoy en día. La velocidad con la que evoluciona el comercio y la creciente cantidad de transacciones que se realizan, son las razones principales por las cuales el Derecho Mercantil Internacional se desarrolla con la finalidad de proporcionar medios de negociación rápidos y seguros.

¹⁰ *Ibid.*, pág. 22.

Al igual que el comercio se transforma de forma global y la producción es variable, es necesario que se innoven alternativas comerciales que faciliten las negociaciones de una forma libre a nivel global, institucional y regional, de forma multilateral para que los mercados puedan negociar con mayor rapidez.

La rapidez y libertad de los medios para comerciar permite la inserción a nuevos mercados y que las transacciones comerciales se adecuen a las necesidades de los comerciantes; de acuerdo al volumen de las negociaciones, las fluctuaciones del mercado y la economía, marcando una transformación en los mercados globales y la forma de comerciar.

1.3.3. Adaptabilidad.

Edmundo Vásquez Martínez citado por Villegas Lara expone que debido a que el comercio es una función humana que cambia día a día “las formas de comerciar se desenvuelven progresivamente. De ello resulta que la legislación siempre va en zaga de la práctica”¹¹ por lo que este derecho debe adaptarse a las necesidades del fenómeno comercial.

Debido a la adaptabilidad y evolución del comercio el Derecho Mercantil tiende a ajustarse a las circunstancias y necesidades particulares de las transacciones comerciales; de esta manera se crean nuevas formas de comerciar que respondan al constante progreso del comercio y el contexto del comercio nacional e internacional. Existen diversos factores que influyen sobre el comercio internacional y en los que el Derecho Incide tal como el marco constitucional y legal del lugar en donde se comercia, las competencias o el sistema de gobierno; todo esto se ve reflejado en los mercados y las regulaciones que permiten una inclusión comercial.

El Derecho Mercantil internacional como resultado de cada uno de los factores anteriores y de la constante evolución del comercio; tiende a adaptarse a las circunstancias de los mercados nacionales e internacionales, para facilitar las

¹¹ *Loc. Cit.*

negociaciones comerciales dentro de las circunstancias variables del comercio y los diferentes ordenamientos jurídicos.

1.3.4. Tiende a ser internacional.

“La producción de bienes y servicios no es exclusivamente para el comercio local de una sociedad organizada políticamente. Se produce para el mercado interno; para el mercado internacional. Ello obliga a que las instituciones jurídicas tiendan a ser uniformes porque así se permite la facilidad del intercambio a nivel internacional”¹²

Existe una variedad de bienes o servicios comercializables en diversas partes del mundo, y es esto lo que inspira la internacionalización del Derecho Mercantil, debido al interés que tienen los comerciantes de acceder a éstos bienes y servicios, para los comerciantes es necesario que existan medios que faciliten la adquisición de bienes y servicios en distintas partes del mundo.

El Derecho Mercantil internacional tiende a proporcionar los medios que faciliten la comercialización en distintos espacios geográficos e incide sobre los medios empleados para la compra y venta de mercaderías, el transporte de mercancías, los costos de seguro y las operaciones crediticias.

El marco jurídico bajo el cual funciona el comercio internacional es uno de los aspectos más importantes de éste pues permite las interacciones de distintos mercados y se ubica dentro de un marco legal que permite mejorar e impulsar el comercio a nivel local e internacional.

1.3.5. Posibilita la seguridad del tráfico jurídico.

“La seguridad jurídica como la observancia de mecanismos consagrados para el surgimiento de la normatividad, dentro de los cuales se encuentra la forma de contratar”

¹² *Ibid.*, Pág 23.

“Ante un conflicto entre la seguridad jurídica del tráfico mercantil y la seguridad del derecho se tiende a garantizar la seguridad jurídica del tráfico mercantil, lo que se traduce en la subordinación de la realidad a la apariencia jurídica”¹³

En el Derecho Mercantil la seguridad jurídica se basa en la verdad sabida y la buena fe guardada al estar los comerciantes obligados en forma recíproca.

Toda transacción comercial conlleva un riesgo proveniente de distintos factores como la situación geográfica, la forma de negociar de un comerciante y otro, los sistemas financieros y arancelarios; por lo que se suelen adoptar medidas tendientes a garantizar la seguridad jurídica por medio de instrumentos que proporcionen la certeza del cumplimiento de la obligación o disminuir los riesgos a los que se está sujeto; con ésta finalidad se han creado variedad de ordenamientos a nivel internacional para establecer un sistema regulador de garantías destinadas a disminuir los riesgos y asegurar el cumplimiento de las obligaciones.

La internacionalización del comercio es un factor determinante para establecer la necesidad de dotar de seguridad jurídica a las transacciones comerciales a través de ordenamientos uniformes que faciliten la interpretación y aplicación de normas de derecho comercial; de esta forma se establecen distintos tratados, convenciones, leyes uniformes y acuerdos que conforman un marco normativo del comercio internacional y actualmente se tienen como un sistema jurídico, que responde a las variaciones comerciales y jurídicas de forma universal.

1.4. Naturaleza.

“Las normas referentes al comercio internacional han existido siempre. En la medida en que se atribuye al nuevo sistema carácter de innovador, éste habrá de ser comprobado en relación con la situación legislativa anterior a la irrupción del nuevo conjunto normativo. Y ese estado anterior, con el que todavía convive y en el que los legisladores nacionales, a pesar de la aparición de normas internacionales, siguen

¹³ *Loc. Cit.*

interviniendo mediante la promulgación de normas, es una mera situación de solución de disputas y controversias, no de prevención de ellas.”¹⁴

Se puede establecer como un derecho excepcional, lo que significa que contiene normas de valor jerárquico susceptibles a modificaciones legislativas y que constituye una ley singular aplicable a cierto grupo de personas o relaciones jurídicas en contraposición al derecho común como una excepción.

Por otro lado se tiene como un derecho especial que regula sus propias instituciones, contiene sus propios principios y normas que regulan los actos del comercio y establece un régimen específico que no contradice al derecho común.

Partiendo de lo anterior se ha determinado en un punto intermedio a la vez especial y excepcional, por cuanto existen aspectos del Derecho Mercantil internacional que no son comunes a otras ramas del derecho por lo que encuentran su regulación únicamente en éste y que actualmente se tiene como un derecho sustantivo independiente de otras ramas del derecho que contiene sus propias fuentes y una jerarquía normativa que rige todas las cuestiones que derivadas del Derecho Mercantil y que a la vez pueden resolverse por analogía cuando la norma no establezca una solución para una situación en particular o recurrir a los usos y costumbres mercantiles para brindar una solución.

1.5. Contenido.

El Derecho Mercantil internacional existe como parte del Derecho Mercantil, y no como una rama autónoma, sin embargo el Derecho Mercantil internacional subsiste por sí solo y de acuerdo a su reconocimiento y eficacia de las normas que lo integran, es posible colocarlo en una posición equilibrada en la cual el Derecho Mercantil internacional responde como un Derecho Mercantil (estatal) en función de la internacionalización del comercio y de las necesidades propias de éste fenómeno.

¹⁴ Perales Viscosillas, José, *El derecho uniforme del comercio internacional*, Argentina, Editorial Heliasta, 1990, pág. 32.

La situación actual del Derecho Mercantil internacional permite desarrollar su contenido de forma genérica, adecuándolo a las necesidades de las actividades comerciales internacionales; de esta manera se puede establecer el contenido del Derecho Mercantil Internacional, de la siguiente forma:

1.5.1. Estatuto jurídico del comerciante.

El estatuto jurídico del comerciante consiste en la norma que establece o regula lo relativo a la capacidad para el ejercicio de una actividad comercial o la incapacidad que tienen algunas personas para el ejercicio de una actividad comercial con sus excepciones, así mismo las prohibiciones en cuanto a lo que se consideran actos de competencia y competencia desleal lo que regula el Derecho de la competencia; y el régimen jurídico del comerciante.

Dentro del Derecho Mercantil Internacional va a regir de acuerdo al lugar en donde se ejerce una actividad comercial, quienes pueden ejercer determinada actividad comercial dentro de un territorio y cuáles son las actividades comerciales permitidas en una circunscripción territorial. En los ordenamientos jurídicos estatales y las constituciones vigentes se establecen las calidades de los comerciantes y sus actividades; así como las cosas mercantiles y los contratos mercantiles.

La calidad de comerciante no se encuentra sujeta a la condición del ejercicio del comercio por medio de intermediarios o mandatarios, además pueden ser comerciantes las personas individuales y jurídicas en cuanto ejerzan un acto considerado dentro de la ley como una actividad mercantil, de forma regular y voluntariamente.

Aunque cabe señalar que las legislaciones estatales conservan distintas consideraciones de los actos mercantiles para los efectos de la calidad de comerciante, algunas más restrictivas que otras.

1.5.2. Derecho de la Competencia.

El Derecho de la Competencia dentro del comercio internacional tiende a establecer los parámetros para evitar las manipulaciones de precios, producción y control de mercados en territorios y proveedores.

Es fundamental para el tráfico comercial la libre negociación y que los comerciantes ejerzan sus actividades evitando conductas que tiendan a alterar el adecuado tráfico; legalmente existen conductas establecidas como de competencia desleal y al respecto el ordenamiento constitucional guatemalteco regula la libertad de comercio sin más limitación que lo que el interés social aconseje.

La legislación mercantil regula como actos de competencia desleal todos aquellos que vayan dirigidos a alterar el mercado en base a alternativas de compra y venta; hechos o actos contrarios a la buena fe comercial y el desenvolvimiento de las relaciones comerciales; acciones u omisiones que tiendan a confundir, engañar o dar apariencia distinta a productos o servicios, perjudicar directamente a otro comerciante o actos similares.

En el ámbito del comercio internacional se establecen de conformidad a los parámetros de la libre competencia y competencia desleal reglas que tienden a fijar las condiciones sobre las cuales se realizan las importaciones, la producción de los bienes para la importación, mercados de exportación y los factores que determinarán la competencia dentro de los mercados para solventar situaciones derivadas de actos considerados como competencia desleal.

“La globalización de la economía ha traído, necesariamente, la Interdependencia de los diferentes mercados, lo que lleva a que las conductas y prácticas de negocios locales, tengan efectos en el mercado de otros estados.”¹⁵

¹⁵ Pontificia Universidad Javeriana, Ibarra Pardo, Gabriel, *El derecho de la competencia en las Relaciones comerciales internacionales*, Colombia, 2006, Disponible en http://www.javeriana.edu.co/juridicas/pub_colecc/documents/5Elderecho.pdf, consultado el 14 de agosto de 2013.

1.5.3. Títulos de crédito.

Los títulos de crédito se originan con la evolución del comercio, debido a la necesidad de agilizar la circulación de los bienes; y que originalmente el transporte de dinero era un riesgo para los comerciantes.

Para asegurar la efectividad y celeridad de las transacciones comerciales internacionales, desde el siglo XIX se ha trabajado en la unificación de la legislación cambiaria y reducir las limitaciones que presentan las operaciones crediticias dentro del comercio internacional, un antecedente de esto consiste es la Ley uniforme de Ginebra, aprobada en 1930; en este sentido en 1967 surge el “Proyecto Intal” como un proyecto de unificación de la legislación relativa a los títulos valores. Cabe mencionar que el código de Derecho Internacional Privado o Código de Bustamante recoge normas relativas a materia cambiaria.

Dentro del Derecho Mercantil Internacional es necesario establecer con seguridad los medios para la adecuada circulación de los bienes y valores; por los medios que tiendan a brindar seguridad jurídica y que establezcan Medidas para regular el funcionamiento, expedición y circulación de los títulos de crédito y títulos valores.

Los títulos de crédito surgen como instrumentos jurídicos para agilizar las transacciones comerciales y brindar seguridad y certeza jurídica, el título de crédito como tal tiene aparejada una obligación que consiste en entregar dinero u otra cosa cierta.

1.5.4. Obligaciones y contratos mercantiles.

Las obligaciones están contenidas en actos o negocios jurídicos cuyo cumplimiento se encuentra sujeto a una prestación que consiste en hacer, dar, no hacer; y que crean un vínculo entre acreedor y deudor. Éste vínculo jurídico por el cual dos o más personas quedan obligadas al cumplimiento de una prestación suele aparecer en virtud de un contrato, de la misma forma por medio de un contrato se pueden, crear, modificar o extinguir obligaciones y éstas a su vez pueden resultar de un contrato, cuasicontrato, delito o cuasidelito.

Las obligaciones mercantiles provienen de actos establecidos por la legislación mercantil como es el caso de los contratos típicos y de contratos atípicos cuando no se encuentran regulados en el ordenamiento jurídico. Debido al tráfico comercial y la rapidez que requiere, los contratos mercantiles suelen no contener un formalismo pero el acuerdo de voluntades hecho por las partes se tiene como válido en virtud del principio de verdad sabida y buena fe guardada, y el cumplimiento de la obligación conlleva el aspecto que dentro del Derecho Mercantil toda prestación se presume onerosa.

Los contratos mercantiles tienen a crearse en virtud el principio de autonomía de la voluntad, siendo la base para su creación y perfeccionamiento los principios y cláusulas puestas por los mismos comerciantes en virtud de la necesidad de un negocio que puede variar de acuerdo a su naturaleza y que el ordenamiento jurídico les otorga validez aun sin estar sujetos a formalidades especiales, de esta manera la sola voluntad de las partes para obligarse da origen a una obligación mercantil aun sin que medie formalidad alguna; facilitando la contratación por distintos medios que permiten la aceptación y ejecución del negocio jurídico lo que permite su eficacia y le otorga plena validez.

1.5.5. Derecho Bancario, Mercado de valores y Seguros.

Los Mercados de valores o mercados financieros son aquellos que dentro de la actividad de la pluralidad de entidades que tienen una función regulada por el ordenamiento jurídico, ejercen sus funciones sobre la negociación de activos, materias primas, productos, divisas, acciones, bonos u obligaciones. La evolución del comercio y la necesidad de rapidez y libertad de los medios para comerciar ha generado nuevos medios de comercialización dentro de los mercados financieros facilitando las transacciones internacionales y la movilidad de capitales. “El “sistema financiero” está compuesto por un conjunto de empresarios especializados y de sectores o mercados a través de los cuales se canaliza la intermediación sobre los “activos financieros” y “monetarios”. De entre estos elementos componentes subjetivos y funcionales destaca –en un lugar muy principal- el “sector bancario”, o

por denominarlo de otro modo, sustituyendo la visión estática o estructural, por una visión dinámica, funcional y concurrencial- el “mercado bancario”, que es una noción que quiere aludir al fenómeno de la concurrencia de bancos y entidades de crédito, en la intermediación financiera y monetaria, y en la colocación de capitales.”¹⁶

El Derecho bancario y de mercado de valores es el conjunto de normas jurídicas e instituciones reguladoras de las actividades de negociación sobre instrumentos financieros y la las actividades de las entidades legalmente autorizadas que funcionan como grupos financieros o que ejercen la actividad aseguradora; como parte de la actividad de grupos financieros y aseguradoras que guardan estrecha relación con la actividad comercial se encuentran los contratos de financiación, inversión y el de cobertura de riesgos.

Como parte de la regulación relativa al derecho bancario, mercado de valores y seguros se establece el régimen jurídico de los mercados de valores, su funcionamiento e instrumentos financieros, la actividad aseguradora, el estudio de los seguros y su contratación, negociaciones, riesgos y siniestros, actuaciones litigiosas sobre seguros.

El desarrollo económico y comercial requiere para su funcionamiento un sistema jurídico moderno y confiable que permita la competitividad y estabilidad de los mercados, que se adapte a nuevos mercados y economías para funcionar de manera eficaz y se adapte a la globalización desarrollándose estructuras que permitan la supervisión de sus actividades de acuerdo con las prácticas internacionales. El ordenamiento jurídico guatemalteco contiene la regulación al respecto; organizando mecanismos adecuados para la adecuada aplicación e interpretación de las normas sobre bancos y grupos financieros; mercado de valores y mercancías; y la actividad aseguradora; cuya fundamento es el crecimiento y protección de la economía nacional y la inserción a los mercados financieros internacionales considerando las

¹⁶ Repositorio Universidade da coruña, García-Pita y Lastres, José Luis, El derecho bancario: consideraciones generales; España, 2008, disponible en <http://ruc.udc.es/dspace/bitstream/2183/2046/1/AD-3-12.pdf> consultado el 16 de Agosto de 2013.

tendencias de la globalización y el desarrollo de los mercados financieros internacionales, elevar y mejorar el sistema financiero; brindado competitividad y sostenibilidad.

1.5.6. Derecho Concursal.

El Derecho concursal es aquel que tiene por objeto resolver las cuestiones sobre insolvencia del deudor en caso que se haga necesaria la tutela jurisdiccional y que ésta se haga efectiva en caso de resultar procedente.

El Derecho concursal va dirigido a determinar la procedencia de un proceso jurisdiccional para establecer un resarcimiento, convenio o liquidación según corresponda.

Cuando existe insolvencia por parte de un deudor es necesario que el ordenamiento establezca las situaciones que aquella supone para el o los acreedores y que de la misma forma la situación de insolvencia produzca el agotamiento o extinción del patrimonio del deudor que resulte en el cese de sus actividades comerciales. Entonces se puede establecer que el Derecho concursal tiene como finalidad resolver sobre las cuestiones provenientes de la insolvencia de un deudor logrando la satisfacción de los intereses de los acreedores de manera proporcional evitando la extinción del patrimonio del deudor para que éste pueda continuar con su actividad profesional; y proporcionar los medios que permitan la conservación del patrimonio del deudor en situación de insolvencia cuando este patrimonio se constituya como el medio para desarrollar una actividad profesional o comercial cuyo funcionamiento se encuentra condicionado a su existencia, por lo que no se podría liquidar sin hacer cesar la actividad comercial o profesional del deudor.

Para el efecto el Derecho concursal establece el procedimiento legal por el cual se dilucidarán las situaciones de insolvencia, quiebra y suspensión de pagos de personas físicas o jurídicas; este procedimiento es llamado concurso de acreedores, dicho procedimiento se encuentra establecido para tutelar los derechos que más

convengan tanto a acreedores y al deudor sin perjuicio de unos de otros, se basa en una organización financiera del concursado (deudor) para que se alcance a cubrir la deuda contraída con sus acreedores, sin que esto represente el cese de sus actividades económicas y desaparición de los negocios como consecuencia de la liquidación de su patrimonio.

El funcionamiento del derecho concursal se basa principalmente en el principio par conditio creditorum “igual condición de crédito” el cual prevalece sobre el principio general de derecho Prior in tempore, potior in iure “Primero en tiempo, mejor en derecho” el cual condicionaría a que el acreedor que concurre primero a reclamar su derecho sería quien tiene la mayor ventaja sobre otros acreedores con relación al deudor; de manera que con fundamento en el principio par conditio creditorum los acreedores concurren en situación de igualdad y satisfaciendo sus pretensiones de forma proporcional.

La Legislación concursal de países como España contiene normas aplicables al dentro del derecho internacional privado que se adaptan a las necesidades que puedan surgir dentro de relaciones comerciales transfronterizas; y como resultado de la evolución e internalización del comercio y el Derecho Mercantil han surgido instrumentos como la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre Insolvencia Transfronteriza en la cual se encuentra inspirada la legislación española al respecto, que regula los aspectos sobre competencia internacional para la declaración y tramitación del concurso de acreedores.

1.5.7. Derecho de la Navegación.

El Derecho de la navegación es aquel que incide sobre las opciones existentes para realizar el transporte de mercancías, ya sea aéreo, marítimo o terrestre, en cuanto a los medios para transportar, las rutas de transporte y la organización del sistema.

El Derecho de la Navegación regula los aspectos relativos a los costos de traslado y los factores de riesgo con las obligaciones que esto genera; para esto las

regulaciones existentes sobre el transporte de mercancías tienden a regular aspectos relacionados al tipo de mercancía a transportar, las condiciones de envío, medio y responsabilidad del transporte y las tarifas de acuerdo al tipo de mercancía.

El derecho de la navegación responde a las necesidades del comercio actual brindando medios que resulten flexibles, versátiles, que permitan el transporte de grandes volúmenes y pequeños pesos en distintos puntos geográficos, en el menor tiempo posible y con la mayor seguridad de acuerdo a las condiciones, de costo, flete, seguro, plazo, embalaje y contenido de los fardos.

1.6. Principios.

Principios son aquellos enunciados que fundamentan un orden jurídico y se tienen como parte de éste, los principios contienen los preceptos en que se basan las normas jurídicas y se utilizan para integrar e interpretar una norma, que resulte dudosa en cuanto a su aplicación en un caso concreto.

“A falta de un precepto expresamente aplicable, habrá que valerse de la analogía jurídica, y a falta de ésta, serán de aplicación los principios generales del Derecho. La dificultad está en determinar cuáles sean esos principios. Para algunos autores, son los del Derecho Natural; o sea, los que se derivan de la naturaleza misma de las cosas. La idea es tan ambigua que no faltan doctrinas que niegan la existencia de un Derecho Natural. Lo que queda expuesto se refiere a todas las ramas del Derecho (Civil, Comercial, Administrativo, Laboral)”¹⁷

Para el Derecho Mercantil internacional, el cual no es independiente del Derecho Mercantil, los principios se aplican de la misma manera por ser una institución del Derecho Mercantil y que a la vez lo integra. Los principios puede decirse que tienen una función creativa, interpretativa e integradora que operan auxiliándose entre sí y

¹⁷ Principio, Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, Guatemala, Datascan, 1999, Primera Edición Electrónica, Pág. 771.

se considera además que “las características y principios deben funcionar conjuntamente para una correcta interpretación del derecho vigente”¹⁸

1.6.1. Buena Fe.

La Buena fe se refiere al “Convencimiento, en quien realiza un acto o hecho jurídico, de que éste es verdadero, lícito y justo. El concepto tiene extraordinaria importancia en materia contractual y de derechos reales (propiedad, posesión, servidumbres, etc.), así como también en materia de prescripción”¹⁹

Como hace referencia lo anterior en materia contractual la buena fe es de gran importancia y es así que la buena fe contractual se refiere a “La buena fe, aplicada al cumplimiento de las obligaciones contractuales. Presenta dos aspectos fundamentales: la buena fe-creencia, en cuanto conocimiento de no estar actuándose en detrimento de un interés legítimo, y la buena fe-lealtad, como intención de cumplir con los deberes jurídicos que resultan del contrato.”²⁰

La buena en el Derecho Mercantil se entiende por la creencia de que las partes actúan con honradez, sin la intención de causar un daño y con el interés de cumplir con sus obligaciones.

1.6.2. Verdad Sabida.

La verdad sabida se refiere a que en la interpretación de los contratos y en cuanto al sentido de estos se debe atender a la intención de las partes al obligarse de acuerdo a los usos y costumbres del lugar.

La verdad sabida permite resolver las divergencias que surjan en virtud de un contrato por medio de alternativas equitativas y en virtud del principio de buena fe.

¹⁸ Villegas lara, Arturo, *Op. Cit.* pág 23.

¹⁹ Buena Fe, Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, Guatemala, Datascan, 1999, Primera Edición Electrónica, Pág. 124.

²⁰ Loc. Cit.

1.6.3. Toda prestación se presume onerosa.

Una prestación se refiere al “Objeto o contenido de un deber jurídico (J. C. Smith). Equivale a dar, hacer o no hacer. O a la cosa o servicio exigido por una autoridad, o convenido en un pacto. También, la cosa o servicio que un contratante da o promete a otro.”²¹ Dentro del comercio toda prestación se presume onerosa pues la cosa exigida, convenida o prometida dentro de un negocio mercantil implica una contraprestación en dinero lo que origina toda actividad comercial.

1.6.4. Intención de lucro.

El lucro se refiere a la “Ganancia, utilidad o provecho que se saca de una cosa. En especial, beneficio logrado con una inversión monetaria.”²² Dentro del comercio se establece que una “Actividad lucrativa que consiste en intermediar directa o indirectamente entre productores y consumidores, con el objeto de facilitar y promover la circulación de la riqueza”²³

El lucro se encuentra implícito en toda relación comercial, pues éste se tiene como principal motivador para realizar una actividad comercial que genere para los comerciantes beneficios patrimoniales.

1.6.5. Ante la duda deben favorecerse las soluciones que hagan más segura la circulación.

La circulación se refiere a todas aquellas acciones que implican un intercambio de mercancías entre comerciantes y por ende el cumplimiento del pago de una prestación consistente en dinero el cual adquiere la calidad de valor; es decir toda mercancía objeto de comercio tiene un valor el cual se presenta en dinero.

La circulación implica transacciones de compra y venta lo que permite que una mercancía llegue a manos de quien la desea (comprador) y que el dinero llegue a manos de quien entrega la mercancía (vendedor).

²¹ Prestación, , Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, Guatemala, Datascan, 1999, Primera Edición Electrónica, Pág. 764.

²² Lucro, , Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, Guatemala, Datascan, 1999, Primera Edición Electrónica, Pág. 566

²³ Comercio, , Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, Guatemala, Datascan, 1999, Primera Edición Electrónica, Pág. 178.

La circulación mercantil se tiene su principal diferencia en la ausencia de formalidades que le permitan agilizar las transacciones comerciales, aun así la circulación mercantil se encuentra regulada por un ordenamiento jurídico que rige las condiciones bajo las cuales se producen y comercian los bienes, sin embargo con la finalidad de hacer más segura la circulación se busca que toda controversia surgida dentro del tráfico mercantil sea solucionada de la manera más rápida y eficaz a fin de evitar la demora y pérdida de tiempo y recursos lo que dentro del comercio representaría pérdidas monetarias.

1.6.6. Autonomía de la voluntad.

“Potestad que tienen los individuos para regular sus derechos y obligaciones mediante el ejercicio de su libre arbitrio. Representada en convenciones o contratos que los obliguen como la ley misma y siempre que lo pactado no sea contrario a la ley, a la moral, al orden público o a las buenas costumbres.”²⁴

La autonomía de la voluntad se manifiesta a través de la elección de las partes sobre el sometimiento de sus intereses a una ley, designando expresamente la ley a la cual han de someterse; esto ha propiciado que dentro de la legislación de algunos países y la jurisprudencia de tribunales internacionales se establezca que la ley aplicable dentro de los contratos para regir su forma, condiciones y efectos será aquella que elijan las partes contratantes.

“En Francia, ya en 1910, la Corte de Casación, para el caso “American Trading Company vs. Quebec Steamship Company Limited” sostuvo que la Ley aplicable en cuanto a la formación de los contratos, sus condiciones y sus efectos, era aquella elegida por las partes contratantes. En el Common Law, para el caso “Vita Food Products Inc. vs. Unus Shipping Co.” (1939), también, se estableció que la proper law of a contract era aquella determinada por la elección de las partes. En los Estados Unidos fue la sentencia “Lauritzen vs. Larsen” (1953) la que se pronunció en favor del principio de la autonomía de la voluntad en materia contractual. Asimismo, el

²⁴ Autonomía de la Voluntad, Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, Guatemala, Datascan, 1999, Primera Edición Electrónica, Página 98.

Uniform Commercial Code (1962) estableció que las partes podrían escoger la Ley aplicable a los contratos (secciones 1-105). También, el artículo 25 de las Disposiciones Preliminares al Código Civil italiano dispone la salvedad, para todos los casos de contratación, el respeto de la voluntad de las partes”²⁵

1.7. Nuevo Comercio Internacional.

“El régimen del comercio ya no respondía al esquema demoliberal de las economías estatales que en el plano internacional se traducía en tres principios básicos, los cuales, con mayor o menor intensidad, estuvieron presentes a lo largo de todo el pasado siglo en las disposiciones internas de los Estados y en la generalidad de los convenios de comercio. Se trata, en primer lugar del principio de “libertad de comercio”, fiel reflejo del liberalismo económico proclamado por la Revolución francesa; en segundo término, del principio de “libre cambio”, vencedor del proteccionismo que había caracterizado el período anterior e indispensable para el desarrollo de las transacciones internacionales y, por último del principio de la “igualdad de trato entre el extranjero y el nacional” en materia mercantil”²⁶

A través de los años los sistemas económicos estatales han variado al ritmo que el comercio internacional ha generado la necesidad de innovar medios para comercial y que han cambiado la forma en que los comerciantes hacen negocios, uno aspecto fundamental de este nuevo modelo es la aparición de instrumentos internacionales cuya aplicación supone brindar seguridad jurídica y a su vez evitar el conflicto entre leyes estatales.

“Una nota característica de nuestro tiempo es la vocación de los Estados a relacionarse económicamente con el exterior, superando situaciones de autarquía económica. La historia ha probado los beneficios de las transacciones comerciales

²⁵ Preguntas y Respuestas de Derecho Comercial Uruguayo, Rodríguez Olivera, Nuri, López Rodríguez, Carlos, Autonomía de la voluntad, Uruguay, 2009, Disponible en http://www.derechocomercial.edu.uy/claseob02a.htm#_ftn23, consultado el 10 de Septiembre de 2013.

²⁶ E-Prints Complutense, Fernández Rozas José Carlos, El Derecho del comercio internacional en el contorno de la globalización, España, 2000, disponible en http://eprints.ucm.es/6869/1/EL_DERECHO_DEL_COMERCIO_INTERNACIONAL_EN_LA_GLOBALIZACION.pdf, consultado el 15 de Julio de 2013.

internacionales, que han permitido la especialización y, por ende, el aumento de la productividad con la subsiguiente mejora de las posibilidades de consumo. Precisamente esta especialización se consigue a través del comercio internacional al permitir el desarrollo de las posibilidades de producción y de consumo que, sin su existencia, quedarían relegadas a lo producido en el entorno económico de la autarquía; sin la existencia de tal comercio no sólo se limitaría el consumo de los Estados, sino que supondría una significativa reducción de los mercados y el freno del desarrollo tecnológico. Este fenómeno ofrece tres consecuencias de singular importancia: la interdependencia en el mercado de productos, con el consiguiente aumento de las exportaciones y de las importaciones; la interdependencia en el mercado de trabajo, con su secuela de desplazamientos de trabajadores y de profesionales a través de las fronteras y, la interdependencia en el mercado de capitales, que implica que el dinero puede invertirse a escala internacional allí donde genere mayores rendimientos.”²⁷

La tendencia internacionalización del comercio ha favorecido a las economías estatales brindando nuevos medios para la comercialización de bienes y servicios además de formar un modelo económico en el que la economía de un estado funciona de acuerdo a la tendencia económica de los mercados internacionales.

“Cualquier economía estatal está relacionada con el resto del mundo por medio de dos manifestaciones relevantes: el comercio de bienes y servicios y las finanzas. El comercio internacional comprende al mundo entero como campo de actuación y queda, por tanto, bajo la esfera de intervención de organismos internacionales, de carácter universal o regional.”²⁸

Del nuevo modelo de comercio internacional y resultando en la interdependencia de los mercados surgen organismos internacionales cuya labor radica en la creación de ordenamientos legales que se adapten a las necesidades de los comerciantes y a los fenómenos propios de la evolución comercial y que restrinjan la aplicación de una

²⁷ Loc. cit.

²⁸ Loc. cit.

norma en cuanto puede resultar favorecedora solo para una de las partes que intervienen en un negocio jurídico mercantil.

Con la existencia de comercio internacional es necesaria la existencia de una rama del Derecho cuyo objeto sea la regulación de las transacciones comerciales internacionales y se complemente con otras disciplinas del Derecho Mercantil que inciden en toda transacción comercial transnacional y que favorecen al tráfico mercantil haciéndolo más seguro y adaptándose a cada transacción en particular.

“El Derecho del comercio internacional no constituye una rama autónoma del Derecho en función del objeto sobre el que recaen sus normas: las transacciones comerciales internacionales. Se trata de una afirmación no exenta de polémica pues este ordenamiento puede ser concebido desde diversas posiciones que conducen a objetos regulados diversos.”²⁹

“Desde una perspectiva histórica, se sostiene con frecuencia que el Derecho del comercio internacional es heredero del *ius mercatorum* elaborado en el seno de la sociedad de comerciantes medieval. Se habla así de un Derecho especial elaborado por los propios comerciantes, al margen de la soberanía estatal y caracterizado por el principio de la autonomía de la voluntad. Esta desvinculación del poder político no solo se proyecta en el ámbito de la producción normativa, sino también en el del arreglo de las eventuales controversias que puedan surgir entre los operadores del comercio; dichos procedimientos tienen al arbitraje comercial internacional como protagonista. El Derecho del comercio internacional así concebido queda limitado al ordenamiento jurídico elaborado en el seno de la denominada “sociedad internacional de comerciantes”, y al arbitraje comercial internacional como procedimiento de arreglo de controversias.”³⁰

“Indudablemente, el ordenamiento jurídico así concebido queda limitado por el carácter privado de la producción jurídica. Y aunque sea un sector de relativa

²⁹ Loc. Cit.

³⁰ Loc. Cit.

importancia en el comercio internacional, no cubre siquiera mínimamente esta realidad. Aparte de este dato, la comparación entre el *ius mercatorum* y el Derecho del comercio internacional se realiza partiendo de la nota de espontaneidad, sin tener en cuenta las coordenadas históricas diversas de ambas realidades. El *ius mercatorum* nació en un momento en que aún no se había consolidado la fórmula política del Estado, y existía en Europa un referente común (*ius commune*) incapaz de dar respuesta a las necesidades prácticas del comercio internacional. En la actualidad, el desarrollo de la comunidad internacional, integrada en fórmulas políticas estatales y supraestatales, introduce un elemento de organización, control e intervención impensable en aquellas épocas, y, en consecuencia, resultaría inconcebible que los particulares pudiesen organizar a su medida una actividad de tamaño interés público e internacional”³¹

“El Derecho del comercio internacional así concebido trata de configurar, un nuevo *ius mercatorum* como una parte del Derecho internacional privado, dedicado no a resolver conflictos de leyes, sino a evitar su presentación por medio de la uniformidad jurídica. De ahí que se vaya a la búsqueda de la uniformidad con una técnica sustantivista de inspiración internacional que pusiera el acento en el principio de la uniformidad de las soluciones y dejaba de lado la tendencia a imponer en el plano internacional las concepciones jurídicas propias del ordenamiento nacional.”³²

³¹ Loc. Cit.

³² Loc. Cit.

CAPÍTULO II.

LEX MERCATORIA.

2.1. Antecedentes.

En las operaciones comerciales es importante establecer los mecanismos que permitan a los comerciantes realizar transacciones a través de las fronteras y que les permitan contratar con otros y solucionar los conflictos que surjan de las actividades de los comerciantes. “Surge así, para dar respuesta a las necesidades del tráfico, un Derecho nuevo, ágil y flexible, aplicable a los comerciantes en el ejercicio de su actividad profesional que se conoce como *ius mercatorum* o *lex mercatoria*, basado en la equidad, la seguridad del tráfico, el crédito y la tutela de la buena fe. Este Derecho basado en las exigencias del tráfico y destinado a regir en las transacciones comerciales, más que un Derecho especial frente al *ius civile* o un Derecho que se desgaja de éste, surge como un Derecho distinto, dotado de sus propios principios, de sus propias fuentes normativas y de su propio orden jurisdiccional y en el que sea crean instituciones jurídicas completamente nuevas”.³³

La funcionalidad y la legitimidad de la *Lex Mercatoria* se deriva del aspecto que está diseñada para solventar los conflictos que surjan de los contratos entre los comerciantes, la *Lex Mercatoria* también llamada *Ley Mercante* es un término que engloba distintos conceptos pertenecientes a un sistema comunitario cuya práctica conforma un sistema legal, que constituye usos, técnicas organizacionales, principios, normas reguladoras de relaciones de comerciales internacionales, todo esto se refiere a un cuerpo de ley sustantiva que rige todas éstas relaciones. La nueva *Lex Mercatoria* o *Lex Mercatoria* como se le denomina indistintamente radica en la existencia de un cuerpo legal de carácter internacional que forma parte del

³³ Repositorio Institucional de la Universidad de Almería, Vargas Vasserot, Carlos, Evolución histórica del Derecho Mercantil y su concepto, España, 2008, Disponible en: <http://repositorio.ual.es/jspui/bitstream/10835/1199/1/LA%20EVOLUCI%C3%93N%20HIST%C3%93RICA%20DE%20DERECHO%20MERCANTIL%20Y%20SU%20CONCEPTO%20-%20Carlos%20Vargas%20Vasserot.pdf> consultado el 13 de agosto de 2013.

Derecho Mercantil internacional; la Lex Mercatoria tiene su fundamento en los principios del Derecho Mercantil internacional y normas de derecho consuetudinario.

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

El Renacimiento de la ley mercante ha tenido lugar al final de la última década del siglo veinte dando lugar a “la Nueva Lex Mercatoria caracterizada “por el hecho de que sus fuentes son de carácter “internacional”. No obstante, sentado esto, conviene separar debidamente dos aspectos distintos. De un lado, la denominada “legislación internacional”, constituida por un amplio número de tratados internacionales que crean un “Derecho uniforme” del comercio internacional que incluye, preferentemente, las siguientes materias: compraventa mercantil internacional, pagos internacionales, transporte, derechos de propiedad intelectual e industrial, etc... En este sector existe, ciertamente, una práctica de los comerciantes generadora de “normas materiales comunes”, pero son los Estados, por el cauce de un tratado internacional, quienes las recogen y formulan, incorporándolas a su orden jurídico interno. De otro lado, un sector relevante de las fuentes de la nueva lex mercatoria está integrado por lo que genéricamente se califica de “usos y costumbres del comercio internacional” pero que, en un análisis más detenido, comprende fundamentalmente: los llamados “términos comerciales uniformes” entre los que se encuentran los INCOTERMS adoptados por la Cámara de Comercio Internacional, las “condiciones generales de venta” aceptadas en ciertos sectores del comercio internacional, los “contratos tipo” para la venta de ciertos productos, etc...”³⁴

La Lex Mercatoria considerada como un conjunto de principios, reglas, usos e instituciones que se utilizan para regular las actividades de los comerciantes, inspirados en la libertad, innovación y rapidez de los medios para comerciar, de ésta

³⁴ Gondra Romero, José María, *La moderna lex mercatoria y la unificación del Derecho Mercantil internacional*, Revista de Derecho Mercantil, España, enero-marzo de 1973, Pág7.

se puede decir que se encuentra dispersa en distintos elementos normativos de carácter internacional que se adaptan a las necesidades del comercio internacional y que se aplican con preeminencia sobre el derecho interno.

2.2. Evolución histórica.

La ley mercante medieval, aparece entre el siglo XI y XII, como un régimen relativamente eficiente para regular el comercio transfronterizo, este sistema legal fue operado por agentes de comercio, la función de la ley mercante medieval era facilitar a los comerciantes la resolución de conflictos, fuera de la jurisdicción de los tribunales establecidos. Para finales del siglo veinte la ley mercante medieval funcionaba a lo largo de Europa incluyendo puntos clave del mediterráneo y las rutas comerciales del este.

“En términos jurídicos importa detenerse en las fuentes de la nueva lex mercatoria. Si el Derecho común de los comerciantes de la Edad Media se basaba fundamentalmente “en la práctica y usos universalmente aceptados por los participantes en el comercio internacional”³⁵

“El Derecho Mercantil Medieval, donde encuentra su antecedente más claro la lex Mercatoria, compuesto por un régimen legal de comercio más allá de las fronteras, relativamente amplio y eficiente. Este sistema legal era operado por los comerciantes y sus agentes. La lógica funcional del Derecho Medieval Mercantil era sencilla: permitía a los comerciantes no someterse a los conflictos entre los variados usos y costumbres locales, evitaban el sometimiento a la autoridad de jueces atados a jurisdicciones preexistentes (los tribunales de los señores feudales, las ciudades estados, los gremios locales, la Iglesia).

Esta lex mercatoria medieval fue voluntariamente producida, voluntariamente adjudicada, y voluntariamente cumplida, El régimen consagró ciertos principios constitutivos, incluyendo Buena fe (las promesas deben de ser mantenidas),

³⁵ Loc. Cit.

reciprocidad, la no discriminación entre extranjeros y locales en el sitio de intercambio; y resolución de conflictos favoreciendo la equidad en las controversias.

En la práctica la Lex Mercatoria medieval requirió de comerciantes para aplicar los contratos, los cuales fueron gradualmente estandarizados, y de resolver sus controversias en cortes ocupadas con otros comerciantes (expertos y no generalistas). Los comerciantes y sus jueces mercantiles dieron mayor importancia a la rapidez en los juicios y no se quitó el énfasis en los procedimientos litigiosos.

La efectividad de la Lex Mercatoria Medieval dependía de modo crítico de los efectos de su reputación, y del miedo de ser condenado al ostracismo de la comunidad comerciante”³⁶

2.3. Posturas sobre la existencia de la Lex Mercatoria.

En torno a la Lex Mercatoria se han generado distintos criterios que por un lado la consideran como un sistema jurídico y otros que sostienen que ésta no puede considerarse un sistema jurídico debido a distintos criterios.

Por su parte el autor Alfonso Calvo Caravaca expone su postura sobre la Lex Mercatoria como “un conjunto de normas y reglas fragmentarias que rigen exclusivamente determinados aspectos de la contratación internacional y de las relaciones privadas comerciales internacionales; en consecuencia no se está frente a un sistema jurídico, atento a su falta de completividad dado que sólo se regulan algunos aspectos de tales relaciones jurídicas”³⁷

Por otra parte el Licenciado Homero López Pérez asevera la existencia de la Lex Mercatoria como un sistema jurídico u “ordenamiento jurídico supraestatal, anacional,

³⁶Poder Judicial República de Costa Rica, Poveda Piedra, Federico, Principios de la jurisprudencia arbitral comercial internacional, 2012, Costa Rica, Disponible en http://sitios.poder-judicial.go.cr/escuelajudicial/archivos%20actuales/documents/revs_juds/revista%20104%20por%20archivo/05-%20Jurisprudencia%20arbitral%20comercial.pdf consultado el 25 de Agosto de 2013.

³⁷ Larios Ochaíta, Carlos, *Derecho internacional privado*, Guatemala, Editorial Maya´wuj, 2010, Octava Edición, Página 236.

pero sin existir una barrera absoluta entre la Lex Mercatoria y los ordenamientos jurídicos nacionales”³⁸

“En efecto los estados regulan jurídicamente los contratos, también establecen un derecho de los contratos internacionales, existiendo aspectos fundamentales de estos que la lex mercatoria no regula, tal el caso de la capacidad de las partes, los vicios del consentimiento, los poderes de los órganos y representantes de las sociedades mercantiles y sobre todo el propio contrato en sí. En la lex mercatoria se está frente a un ámbito de libertad dejado por los Estados a las partes contratantes en sus contratos internacionales, espacio que responde utilitariamente a la dinámica y necesidades del comercio internacional urgido de agilidad, pero también de seguridad jurídica”³⁹

El autor Vladimir Aguilar Guerra brinda tres posturas desde las cuales se puede entender la lex mercatoria; para ello expone que al hablar de lex mercatoria se desarrolla como un ordenamiento jurídico auténtico y autónomo creado dentro del comercio internacional por sus sujetos y que tiene como finalidad evitar la aplicación del ordenamiento jurídico estatal. “Este ordenamiento sería independiente de los demás ordenamientos jurídicos nacionales, esto es, liberarse de la rigidez y de la falta de sensibilidad para el tráfico mercantil internacional de las legislaciones internas a través de un culto hacia el principio de autonomía de la voluntad y de la auto regulación en este sector”⁴⁰ cuando se refiere a la autonomía de la voluntad y la auto regulación es necesario hacer referencia a la utilización de cláusulas o contratos tipo, decisiones uniformes y laudos arbitrales, así mismo, Aguilar Guerra indica que la Lex Mercatoria como derecho de los comerciantes incide en el ámbito de la contratación internacional.

Dentro del mismo contexto sostiene que la Lex Mercatoria comprende un conjunto de normas que operan de forma alternativa a una ley nacional, cuya regulación es

³⁸ *Loc. Cit.*

³⁹ *Loc. Cit.*

⁴⁰ Aguilar Guerra, Vladimir, *El negocio jurídico*, Guatemala, Magna Terra Editores S.A., 2008, Sexta Edición, Página 93.

suficiente para resolver las controversias surgidas dentro del tráfico mercantil; en este sentido hace referencia al aspecto de la Lex Mercatoria como reguladora contractual esto vinculado con la existencia de un “conjunto de principios de Derecho, comunes a todas las naciones que participen en la actividad mercantil internacional, y de usos del comercio internacional.”⁴¹

En tercer lugar expone la aproximación de la Lex Mercatoria “como complementaria al Derecho nacional, entendiéndose como la gradual consolidación de los usos y costumbres del comercio internacional”⁴²

2.4. Conceptualización.

“Un elemento que traspasa claramente todas las fronteras de los cambios es el del recurso a normas materiales específicas (de origen consuetudinario o jurisprudencial principalmente) para regular las transacciones derivadas del tráfico internacional de mercaderías. Existen rastros de ellas en el Derecho de Grecia de la ciudades, en Roma desde sus orígenes y encontramos en el periodo medieval una Lex Mercatoria en torno a las rutas de peregrinación y comercio, con rasgos muy similares al hoy llamado New Merchant Law o más significativamente “Nueva Lex Mercatoria”⁴³.

“Hoy la Nueva Lex Mercatoria responde a fenómenos más amplios o diferentes a los que le dieron origen en la edad media. La función de la Lex Mercatoria de la “globalización”, se dirige a superar la discontinuidad y particularismos, que en forma fragmentada nos presentan los distintos derechos mercantiles codificados nacionales con motivo de la actividad comercial mundial, basado principalmente los usos y costumbres mercantiles en el comercio internacional”⁴⁴

“Se trata de un orden legal espontaneo, autónomo, no autoritario y anacional, que se manifiesta de manera limitada a una parte del Derecho Mercantil internacional,

⁴¹ *Loc. Cit.*

⁴² *Ibíd.* Página 94.

⁴³ Mesa-Moles Martel, María Paz, *Génesis y formación del derecho internacional privado*, España, 2007, Tesis Doctoral, Universidad Rey Juan Carlos, Pág. 24.

⁴⁴ Larios Ochaíta, Carlos, *Op. Cit.* Pág. 235.

Cuenta con jurisdicción propia, que no es administrada por jueces nacionales sino por los propios comerciantes.”⁴⁵ Y que inspirado en los usos y costumbres propios de los comerciantes conforma un “conjunto de normas, principios, reglas, usos o prácticas del comercio internacional que rigen las transacciones comerciales a nivel mundial”⁴⁶

“La nueva *lex mercatoria*, enriquecida, perfeccionada y consolidada con sus usos y costumbres particulares, se proyecta hacia el futuro sustentada en un Derecho espontáneo, autónomo y uniforme que tiende de manera natural a alejarse de las regulaciones estatales, intentando de esa manera dar solución definitiva a los nuevos conflictos del comercio internacional”⁴⁷

“El desarrollo de determinadas reglas para el comercio internacional (privado) se acerca a la idea de que habría para las relaciones entre los socios comerciales un ordenamiento legal propio, constituido con base en las costumbres comerciales internacionales, la práctica de los tratados internacionales y los principios generales del derecho: “*lex mercatoria*” (algunos hablan en ese contexto también de un “derecho transnacional”). La existencia de un ordenamiento jurídico a-nacional de este tipo es discutible. Durante largo tiempo, la opinión prevaleciente consideró que todas las relaciones jurídicas deben someterse o bien al derecho internacional o bien al derecho nacional, sin darle ningún espacio a la existencia de un tercer orden jurídico entre estas dos posibilidades. En la jurisprudencia nacional reciente, especialmente en la de los tribunales de Europa occidental, existe una disposición cada vez más marcada, en el caso de negocios comerciales internacionales, principalmente en el marco de los procesos arbitrales a remitir el tema de los acuerdos contractuales a los principios consuetudinarios de la *lex mercatoria* o a los principios generales del derecho contractual, como “derecho” aplicable a la reglamentación de las relaciones negociales”⁴⁸

⁴⁵ *Loc. Cit.*

⁴⁶ *Ibíd.* Pág. 236.

⁴⁷ Aguilar Guerra, Vladimir, *Op. Cit.* Pág. 95.

⁴⁸ Herdegen Matthias, *Derecho internacional público*, Universidad Nacional Autónoma de México, México 2005, pág. 7.

2.5. Aspectos que comprende.

“La Lex Mercatoria Comprende los usos y prácticas de carácter internacional, Costumbres de carácter internacional, Doctrina internacional, Jurisprudencia Arbitral, Contratos Tipo, Leyes Modelo, Principios generales de Comercio internacional, Condiciones generales de contratación. Todos estos elementos aunque prescinden de los Estados, regulan las transacciones internacionales con carácter vinculante entre los contratantes que acepten voluntariamente su aplicación en sus relaciones comerciales”⁴⁹

“Lo que constituye propiamente la “nueva lex mercatoria” no es otra cosa que un conjunto de reglas de comportamiento y cláusulas de interpretación uniformes y típicas que se generan de manera constante y reiterada en el comercio internacional y que son asumidas por los particulares en virtud de la existencia de una convicción de su carácter vinculante: lo que genéricamente se califica de “usos y costumbres del comercio internacional” que en el análisis detenido comprende fundamentalmente: los llamados términos comerciales uniformes, condiciones generales de venta aceptadas en ciertos sectores del comercio internacional, los contratos tipo para la venta de ciertos productos.... Nos hallamos pues, ante, una serie de técnicas de unificación jurídica que, prescindiendo de los Estados, inciden de manera directa en la reglamentación de las transacciones comerciales internacionales y que están protagonizadas por los actores directos del comercio internacional. Tales técnicas han dado como resultado una reglamentación “paralegal” que suele limitarse a las relaciones internacionales, marginando las puramente internas y que ofrece un carácter material con exclusión de soluciones conflictuales”⁵⁰

2.6. Principios.

Los principios del comercio internacional abarcan distintos aspectos de vital importancia que tienen injerencia sobre las distintas actividades que abarca el comercio; por esto organizaciones como la Organización Mundial del Comercio y el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado; han desarrollado

⁴⁹ Larios Ochaíta, Carlos, *Op. Cit.*, Págs. 236,237.

⁵⁰ Aguilar Guerra, Vladimir, *Op. Cit.* Pág. 94.

variedad de instrumentos que se encuentran inspirados en principios fundamentales considerados como base para el comercio internacional.

La Organización Mundial del Comercio desarrolla estos principios con el propósito fundamental de igualar la situación comercial entre los distintos países y promover un sistema uniforme para las negociaciones; de esta forma el principio de igualdad es fundamental dentro del comercio internacional pues en virtud de este no se otorgan ventajas especiales que de ser concedidas a una de las partes deberían concederse a todas las partes involucradas en la relación comercial. Éste principio se conoce como Principio de trato de la nación más favorecida, la Organización Mundial del Comercio sobre este principio expone “Suenan como una contradicción. Parece indicar un trato especial, pero en la OMC significa realmente no discriminación, es decir, tratar prácticamente a todos de igual manera. Ocurre lo siguiente: cada miembro trata a todos los demás Miembros, por ejemplo, como interlocutores comerciales “más favorecidos”. Si un país aumenta los beneficios que concede a uno de sus interlocutores comerciales, tiene que dar ese mismo “mejor” trato a todos los demás Miembros de la OMC, de modo que todos sigan siendo los “más favorecidos”.”⁵¹

Este principio se ve reflejado en instrumentos como el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (Artículo 1); en el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (Artículo 2); y en el Acuerdo General sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (Artículo 4).

Existen excepciones a este principio y que se aplican únicamente sobre condiciones establecidas y concediendo las mismas condiciones sobre las cuales se aplica una excepción a todos los mercados; las excepciones consisten en la aceptación de productos de terceros países dentro del marco de un acuerdo de libre comercio cuya aplicación recaiga únicamente sobre los productos del país con el que se celebró éste; también se exceptúan los casos en los que se brinde acceso privilegiado a

⁵¹ Organización Mundial de Comercio, Los Principios del sistema de comercio, 2011, disponible en http://www.wto.org/spanish/thewto_s/whatis_s/tif_s/fact2_s.htm#mfnbox, consultado el 28 de Agosto de 2013.

países en desarrollo y que esto permita el fortalecimiento de sus mercados; y el acceso de productos que no favorezcan a la libre competencia.

Principio de trato nacional el cual implica la igualdad de condiciones para las mercancías de producción nacional y las mercancías de importación; también se aplica en cuanto a las marcas, patentes y derechos de autor cuya protección abarca el ámbito nacional e internacional, este principio basa su funcionamiento en la condición en que la mercancía o producto debe haber ingresado comercialmente al mercado de un estado pagando los impuestos aduanales y aranceles de importación. Éste principio se ve reflejado en instrumentos como el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (Artículo 3); en el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (Artículo 17); y en el Acuerdo General sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (Artículo 3).

Principio de libertad de comercio; el cual tiene la finalidad de facilitar los mecanismos que permitan la disminución de dificultades y que proporcionen los medios idóneos para las negociaciones comerciales generando beneficios y propiciando la apertura de los mercados; este principio se aplica con la finalidad de reducir todas aquellas circunstancias que dificulten el ingreso de las mercancías a los mercados por cuestiones aduaneras o de aranceles.

Principio de previsibilidad, busca establecer los medios idóneos para la inserción de las economías estatales a los mercados globales asegurando la transparencia y relaciones comerciales solidas; este principio opera sobre la base de regular límites a los tipos arancelarios, derechos de importación a través de “tipos consolidados”, esto quiere decir que los mercados “consolidan” sus compromisos respecto al establecimiento de los tipos arancelarios y derechos de importación con relación a productos y mercancías, para lograr que los tipos aplicados es decir los que se encuentran establecidos en la regulación de un estado, sean iguales a los consolidados, los tipos consolidados siempre están sujetos a negociación en virtud de lo cual se pueden modificar e inclusive esto puede representar compensaciones a

terceros involucrados a en las negociaciones comerciales; cuando la modificación represente pérdidas en el comercio; todas estas concesiones y obligaciones se logran a través de compromisos vinculantes con la finalidad de brindar mayor seguridad a los mercados; estabilidad y principalmente previsibilidad, es decir facilitar los medios para el establecimiento de futuras negociaciones comerciales, lo que también debe verse reflejado en las políticas comerciales de cada país.

Principio de fomento de una competencia leal; a través del cual fijar un sistema que favorezca al libre comercio, basado en prácticas de libre competencia y evitar la competencia desleal; y lograr condiciones equitativas para el comercio. Este principio encuentra su aplicación en las normas relativas al dumping que se refiere a “la práctica monopolística de discriminación de precios. Práctica comercial discriminatoria consistente en vender un mismo producto a precios diferentes en distintos mercados. En su acepción más corriente, el dumping consiste en vender en los mercados exteriores un producto a un precio inferior al de ese mismo producto en el mercado interior e incluso por debajo de su coste de producción, cuando no es posible darle salida a ese producto a un precio que le permita a su productor obtener un margen comercial razonable, o cuando la pérdida que le produce en unos mercados la puede compensar el productor con las ganancias de otros. Por ser considerado como una práctica competitiva desleal, el dumping suele estar expresamente prohibido en los tratados comerciales internacionales”.⁵²

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

Por otra parte el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado; UNIDROIT cuya finalidad es la modernización, armonización y coordinación de los

⁵² Economía48.com, Enciclopedia de economía, Dumping, España, 2008, Disponible en <http://www.economia48.com/spa/d/dumping/dumping.htm> consultado el 29 de agosto de 2013.

principios e instituciones que conforman el Derecho Privado; como parte de su labor y en virtud de la modernización e internacionalización del comercio a elaborado distintos instrumentos internacionales que permitan la existencia de un sistema normativo uniforme; de esa forma se establecen los Principios sobre contratos comerciales internacionales (PRINCIPIOS UNIDROIT).

Estos principios tienen la finalidad de establecer “las reglas generales aplicables a los contratos mercantiles internacionales que rigen cuando las partes acuerdan someter su contrato a ellas o, simplemente, si los contratantes acordaron regirse por los principios generales del Derecho o Lex Mercatoria. Los principios UNIDROIT también pueden utilizarse para interpretar o complementar otros instrumentos internacionales o el Derecho nacional”.⁵³

2.7. Lex Mercatoria y el Derecho Mercantil Internacional.

La universalidad del Derecho Mercantil permite que distintos estados tengan legislación similar en su contenido con la misma finalidad que es regular las relaciones del comercio, “no obstante lo anterior, existen todavía algunos aspectos que dan lugar a conflictos de aplicación de leyes, ya sea de orden sustantivo, ya sea de orden adjetivo. La organización de las Naciones Unidas, por medio de su comisión jurídica, ha venido trabajando en una especie de Código Mercantil Universal. Regionalmente (América, Europa, etc.) también ha surgido la inquietud de uniformización, sin que hasta la fecha se haya llegado a algo concreto”⁵⁴

“El comercio internacional se enfoca en sus relaciones generales con el Derecho Internacional; en alguna forma se trata el aspecto económico propiamente dicho. El comercio es tan antiguo como el ser humano. El comercio internacional aparece cuando trasciende las fronteras de los Estados.”⁵⁵

⁵³International Institute for the Unification of Private Law (UNIDROIT), principios unidroit sobre los contratos comerciales internacionales.

⁵⁴ Larios Ochaita, Carlos, *Op. Cit.*, Pág. 213.

⁵⁵ *Ibíd.*, Pág. 221.

“Jurídicamente el comercio internacional puede enfocarse desde el punto de vista “internacional público” e “internacional privado”; en el primer caso involucra la actividad de los Estados; impuestos, restricciones, cuotas, tarifas preferenciales, trato preferencial, mercados comunes, naciones más favorecidas, etc. Y en el segundo caso involucra a los individuos (físicos o jurídicos) pertenecientes a diferentes Estados intercambiando bienes y servicios.”⁵⁶

En cuanto al Derecho Mercantil internacional es necesario hacer referencia a la actividad principal que es el intercambio de bienes y servicios y la regulación de las transacciones comerciales internacionales; dicha actividad se realiza a través de contratos mercantiles internacionales los cuales atienden a la forma propia de la contratación mercantil.

Dentro del Derecho Mercantil existe la posibilidad de que “los interesados concluyan contratos que sean una mezcla de diferentes tipos legales o que creen figuras contractuales de valor sustantivo que no encajen en ningún tipo legal pues no es posible dar una solución igual para todos los casos, de forma que dependerá de la finalidad que las partes se proponen y de la equitativa valoración de los intereses en juego”⁵⁷ para la creación de un contrato.

Atendiendo además a la rapidez que requiere el tráfico mercantil suelen crearse contratos que no pueden acoplarse a ningún tipo legal en los cuales rige la autonomía de la voluntad de las partes para modificar determinado modelo contractual o crear uno nuevo. Por lo que en este caso la buena fe rige como norma para la interpretación y ejecución de los contratos sobre la cual se lleva a cabo también el comercio internacional estableciendo “un mínimo de formalidades escritas, la obligación del seguro, la protección del estado a través de convenios con otros estados, uniformidad de documentos utilizados, las cámaras de comercio, el arbitraje como medio de arreglar controversias, rapidez de intercambio de

⁵⁶ *Loc. Cit.*

⁵⁷ Garrigues, Joaquín, *Curso de derecho mercantil*, México, Editorial Porrúa S.A., 1979, Sexta Edición, Página 34.

información, universalidad del lenguaje, alto grado de seguridad en los diferentes medios de transporte especializados”⁵⁸

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

También puede encontrarse expresada en la contratación mercantil internacional a través de la utilización de contratos tipo o la implementación de condiciones generales de contratación o la creación de estipulaciones que inserten disposiciones basadas en una norma creada en virtud de una Ley Modelo y considerando la uniformidad de los documentos utilizados y el arbitraje como medio de arreglar controversias siendo un aspecto importante la jurisprudencia arbitral.

Debido a la abundancia de distintas figuras contractuales que pueden surgir sería necesario determinar en un caso concreto relacionado a la necesidad de las partes para poder nombrar un contrato en particular, pero como referencia a los criterios expuestos puede decirse que en la contratación mercantil internacional actualmente es común la existencia de contratos de compraventa que al realizarse se adoptan medidas existentes en instrumentos internacionales en cuanto a las condiciones de la compraventa, el transporte utilizado, y la forma de resolver las controversias que puedan surgir de la celebración del contrato. Y la utilización de reglas estándar de compra y venta de mercancías, entrega, transporte, derechos y obligaciones de las partes como lo son los Incoterms®.

Otro caso común y que surge con la modernización del comercio es la contratación en línea o negocios on-line los cuales pueden llegar a regirse por instrumentos relativos a la utilización de las comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales.

⁵⁸ Larios Ochaíta, Carlos, *Derecho internacional privado, Guatemala, Editorial estudiantil Fénix, 2004, séptima edición, página 218.*

Los distintos factores evolutivos del comercio como el transporte y los regímenes jurídicos bajo los cuales se encuentra regulado han propiciado que se genere un sistema de regulación de aplicación universal convirtiendo al Derecho Mercantil Internacional en un derecho regulador de las actividades comerciales internacionales. La situación actual del comercio y la existencia de distintas manifestaciones jurídicas normativas de la actividad comercial y atendiendo a la rapidez, libertad, adaptabilidad y seguridad del tráfico jurídico establece un sistema conformado por convenios, tratados, acuerdos, leyes modelo y convenciones que buscan brindar mayor estabilidad y normar de forma adecuada las actividades comerciales bajo un régimen uniforme y universal que se adapte a las necesidades del comercio y los comerciantes, que permita realizar las transacciones con rapidez y libertad y que a la vez brinde seguridad jurídica sobre los medios para el cumplimiento de las obligaciones y reducción de los riesgos que conllevan las transacciones comerciales que se realizan actualmente.

2.8. Normas de derecho internacional privado y el derecho interno en relación al Derecho Mercantil.

2.8.1. Norma.

Como norma debe de entenderse en general que es aquello previamente establecido en un enunciado que según el derecho debe de cumplirse, hay distintos tipos de normas, están las normas jurídicas, normas morales, etc. La norma expresa ciertas conductas que deben de ser, pueden ser obligatorias, permitidas, no permitidas o prohibidas. Al hablar de una norma se debe de entender que la misma lleva consigo ciertos elementos que la caracterizan, una norma contiene un carácter deóntico, este carácter implica un deber, es decir algo que debe de hacerse. Muchos estudiosos se han apasionado por las normas y más en el campo jurídico.

Para Georg Henk von Wright el concepto de norma debe de ir implícitamente aparejado al concepto de deóntica y dice que “se refiere a la teoría general del deber

ser, es decir de los conceptos normativos y sistemas normativos.”⁵⁹ La definición antes mencionada por el profesor Von Wright atiende a ideas mucho más éticas que jurídicas, pero es importante entender que una norma debe de ser también entendida desde un punto de vista ético, se dice que la norma se refiere a la teoría general del deber ser, es entonces entendido como lo que debe de ser el hombre en una sociedad, ósea el comportamiento idóneo que debe de tomar un sujeto, contra una norma no debe de atentarse con una mala acción por parte de un hombre, cuando se habla de un atentado contra una norma se traduce en una acción reprochable por un sistema jurídico en específico.

Para el doctor Miguel Villoro Toranzo una norma es “una orden general, dada por quien tiene autoridad, para regular la conducta de otros. Una orden, es decir, un mandato por el cual se pretende obligar a las normas mandadas. Se distingue así del consejo y de la recomendación, los cuales no pretenden obligar a las personas a las cuales se aconseja o recomienda algo.”⁶⁰ Nuevamente se puede determinar que las normas van encaminadas a obligar a alguien a realizar determinada acción, y es por eso que se hace una diferencia entro lo que puede ser un consejo las normas jurídicas son creadas por el Estado y encaminadas para los ciudadanos quienes de una manera coercible deben de cumplirlas.

2.8.2. Ámbito de Aplicación.

Relacionado al ámbito de aplicación de las normas de derecho internacional privado, es necesario establecer en cuanto a la propia ley territorial de un estado a qué norma han de sujetarse en caso de la existencia de un conflicto que requiera la aplicación de una ley determinada.

Al efecto existen instrumentos como el código de derecho internacional privado (código de Bustamante) el cual proporciona las directrices en cuanto a la aplicación de una norma estatal dentro de un conflicto de derecho internacional y que

⁵⁹ Von Wright, Georg Henrik, Norma y acción una investigación lógica, España, Editorial Tecnos, 1970, pág. 87.

⁶⁰ Instituto de investigaciones Jurídicas UNAM, Villoro Toranzo, Miguel, La norma jurídica y sus caracteres, México, 2010, disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/111/dtr/dtr9.pdf>, Consultado el 18 de Septiembre de 2013.

proporciona para los efectos de la investigación una noción del ámbito de aplicación de las normas derecho internacional privado. El código de Bustamante establece que las obligaciones que se deriven de una ley van a regirse por la ley del estado bajo la cual se ha establecido la obligación, sin embargo dichas obligaciones se reconocen por otros estados, hablando dentro de lo que establece este instrumento, se refiere a los estados contratantes los cuales deberán cumplir las obligaciones salvo aquellas limitaciones establecidas por el mismo código.

Es importante también destacar que en cuanto a las sanciones por delitos o faltas derivadas de actos y omisiones en los que intervenga culpa o negligencia, han de regirse por la ley del lugar en que se hubieren cometido; visto esto como una obligación que surge de un hecho o acto ilícito, así mismo las obligaciones que surjan en virtud de un acto u contrato en cuanto a las obligaciones y su extinción se han de regir por la ley de las obligaciones de las que se trate; pero la ley local de un estado es la que ha de regular la forma de pago y la moneda en que deberá realizarse. El Código de Derecho Internacional Privado en el artículo 232 establece que la capacidad para ejercer el comercio y para intervenir en actos y contratos mercantiles se regula por la ley personal de cada interesado. Y que a ésta misma ley personal se han de someter las cuestiones relativas a la incapacidad para ser comerciante y las cuestiones de habilitación; y en cuanto a este aspecto es necesario hacer referencia en cuanto al estatuto personal del comerciante el cual en ocasiones puede representar un obstáculo al amparo de esta disposición, en virtud que los ordenamientos de cada estado establecen de diferente forma las calidades para ejercer una actividad comercial.

Se aplicarán a los contratos de comercio las reglas generales establecidas para los contratos civiles según lo establece el mismo código y en cuanto a su perfeccionamiento de los contratos requiere el cumplimiento de las condiciones que señalen las legislaciones de todos los contratantes, refiriéndose a las republicas contratantes del código de derecho internacional privado, lo que principio puede

generar inconvenientes debido a los diversos ordenamientos que existen dentro de los estados y la falta de uniformidad de éstos.

Dentro de la actividad comercial es importante debido a la internacionalización del comercio regular aspectos como el transporte, para lo cual el código de Bustamante en el artículo 259 establece que “en los casos de transporte internacional no hay más que un contrato, regido por la ley que le corresponda, según su naturaleza” y en cuanto a los plazos y formalidades establece en el artículo 260 que: Los plazos y formalidades para el ejercicio de acciones surgidas de este contrato y no previstos en el mismo, se rigen por la ley del lugar en que se produzcan los hechos que las originen.

Al efecto de la aplicación de normas internacionales, organizaciones como la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional; al momento de desarrollar los distintos instrumentos internacionales en materia de Derecho Mercantil han previsto la aplicación de las normas de alguna convención de forma supletoria a la ley de un estado cuando las normas de derecho internacional privado remitan a la aplicación de una norma en ese estado y que éste haya ratificado una convención a la vez que pueda regir de manera más efectiva los actos o contratos; un ejemplo de esto es la convención de Viena la cual “prevé un conjunto de normas neutrales que pueden ser de fácil aceptación habida cuenta de su carácter transnacional y de la existencia de abundante material interpretativo.”⁶¹

Además justifica su aplicación en este sentido en cuanto a que prevé que “las pequeñas y medianas empresas y los comerciantes de países en desarrollo suelen tener poco acceso a asesoramiento jurídico al negociar un contrato. Esto los hace más vulnerables a los problemas causados por los contratos que no regulan adecuadamente las cuestiones de la ley aplicable. Esas empresas y esos comerciantes también pueden encontrarse en situación de desventaja como partes

⁶¹ Uncitral.org, Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, 2007, disponible en http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG.html, consultado el 18 de Septiembre de 2013.

contratantes y experimentar dificultades por la falta de equilibrio entre las partes. Por consiguiente, esos comerciantes se beneficiarían especialmente de la aplicación a título supletorio del régimen equitativo y uniforme de la Convención sobre la Compraventa a los contratos que entraran en su ámbito de aplicación”⁶² y así en el mismo sentido y en el afán de prever tales situaciones se han creado otras convenciones, tratados y leyes modelo en materia de Derecho Mercantil; que permiten su aplicación directa sin necesidad de recurrir previamente a una norma de derecho internacional privado.

El comercio es una actividad que hace que el ser humano no pueda estar establecido en un único lugar, por tal motivo en ocasiones surgen conflictos entre particulares, quienes no saben a qué tribunales acudir o ante quien resolver la litis, es por eso que ha surgido el derecho internacional privado como tal, como respuesta a la uniformidad de este derecho es que a veces surgen los conflictos entre normas, para el efecto debe entonces entenderse lo que es un conflicto de esta naturaleza.

2.8.3. Ley Aplicable.

“El Derecho internacional privado se identifica básicamente con el denominado conflicto de leyes, que no resuelve el caso concreto en particular, siendo necesario recurrir previamente a la norma de derecho internacional privado, que nos va a indicar, a qué ordenamiento jurídico nacional debemos recurrir para lograr dicha solución. Mientras que, la Lex Mercatoria, básicamente soluciona las situaciones en forma directa, dentro del ámbito de un “ius mercatorum anacional”, sin la intervención de una norma conflictual previa.”⁶³

Con la evolución del comercio y la tendencia internacionalización del comercio surge la necesidad de establecer la ley aplicable en cuanto a los contratos internacionales y por consiguiente se debe recurrir a los puntos de conexión del derecho internacional privado.

⁶² *Loc. Cit.*

⁶³ Larios Ochaíta, Carlos, *Op. Cit.*, pág. 237.

2.8.4. Norma de Conflicto.

La norma de conflicto o derecho de conflicto como lo denominan algunos autores se refiere a la norma o derecho que determina “qué derecho se aplica a cada asunto que se relaciona con varios estados (o varios ordenamientos jurídicos). Para el juez nacional son aplicables siempre las reglas del derecho en su país (ius fori), que de conformidad con el asunto le ordenan o la aplicación de su propio derecho o le remiten al ordenamiento legal de otro Estado. Dependiendo del campo de especialización, se tratará de las reglas del derecho internacional privado, del derecho penal internacional, o del derecho público internacional. El derecho internacional privado determina el derecho nacional aplicable en el marco de las relaciones de derecho privado”.⁶⁴

Para establecer lo que es una norma en conflicto es necesario comentar lo atinente a un sistema jurídico, u ordenamiento jurídico, para el efecto diversos estudiosos han elaborado teorías y doctrinas al respecto y derivado de esa teoría se consigna una definición propia. Un sistema u ordenamiento jurídico es aquel conjunto de normas, leyes y disposiciones emanadas por los órganos competentes establecidos en un país que buscan garantizar, promover y conservar el orden en una determinada sociedad, con el fin de buscar el bien común.

Una norma en conflicto es entonces una determinada norma que colisiona con otra norma que también fue creada con la misma finalidad, pero que entran en conflicto por distintas razones.

La plataforma más importante en este trabajo es el Derecho Mercantil, y en ese punto el profesor Carlos Larios Ochaita, menciona distintos aspectos que dan lugar a conflicto en leyes de comercio y enumera los siguientes:

- a) La calidad de comerciante.
- b) El registro o registros mercantiles.
- c) Las sociedades.

⁶⁴ Herdegen, Matthias, Derecho Internacional Privado, México, Universidad Nacional Autónoma de México Fundación Konrad Adenauer, 2005, págs. 5-6.

- d) Títulos de crédito y documentos negociables.
- e) El seguro.

Larios Ochaita describe la norma de conflicto como “una disposición interna que tiene por objeto remitir al ordenamiento jurídico dentro del cual se enmarca la cuestión o relación jurídica que se pretende solucionar, la norma de conflicto es un indicador, una guía que nos lleva a un fin buscado.”⁶⁵

En ese sentido el fin buscado será la solución de un caso determinado es decir un conflicto entre las partes, y que pueden someterse a distintos ordenamientos jurídicos. Al respecto la regulación de los enunciados anteriores se encuentra en el Código de Bustamante en los artículos del 232 al 273.

2.8.5. Conexiones.

Para Larios Ochaita, “la conexión es un elemento general, conceptual, abstracto, es el elemento que liga una situación a un determinado ordenamiento jurídico; es el meollo de la norma de conflicto en el Derecho Internacional Privado.”⁶⁶ Es el vínculo que ostenta un sujeto con un determinado ordenamiento jurídico y que implica que el mismo se someta al mismo. “La conexión es el enlace entre el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica. Es el elemento que expresa la relación de las personas, las cosas o los actos con un ordenamiento jurídico determinado, es un elemento técnico. Convierte el elemento extranjero en un factor normativo; es una expresión técnica de una realidad social.”⁶⁷

Lleva a que el sujeto esté vinculado directamente con ese ordenamiento jurídico, para su estudio se han clasificado en diferentes tipos y muchos autores han abordado el tema.

⁶⁵ Larios Ochaita, Carlos, *Op. Cit.*, Pág. 80.

⁶⁶ *Ibid.*, Pág. 81.

⁶⁷ *Loc. Cit.*

Carrillo Salcedo las divide en:

- i. Únicas: Se constata que únicamente habrá conexión en un punto, es único como los son nacionalidad, domicilio etc.
- ii. Múltiples: Cuando hay varios puntos de conexión, es decir cuando no se engloba un único elemento, cuando leyes de distintos estados conviven y se generan conflictos.
- iii. Mudables: Se puede decir que hay una posibilidad de que la conexión pueda cambiar, debido a distintas circunstancias.
- iv. Inmutables: Son conexiones que van dirigidas a situaciones territoriales, como puede ser el lugar donde se encuentra un bien.
- v. Principales: Son las conexiones seguras, determinadas, las mismas no originan mucho problema y son bien definidas, como nacionalidad, residencia.
- vi. Subsidiarias: Cuando existe la carencia de una conexión principal, estas se convierten en importantes y se acude a ellas para tratar de establecer una conexión, como ausencia de nacionalidad u otras situaciones similares.
- vii. Alternativas: Es posiblemente la conexión más efectiva, debido a que se deja a discreción del sujeto tomar la decisión de que ordenamiento le parece mejor para resolver el conflicto, este fenómeno atiende a lo que es la autonomía de la voluntad concretamente, también las conexiones alternativas dejan en libertad de las partes la manera en la que se contratara.
- viii. Acumulativas: Estas se refieren a la consecuencia jurídica en sí misma, esta se obtiene cuando se combinan las acciones de varias leyes y las mismas conviven en un mismo sujeto.

Otros autores son más concretos cuando se refieren a los puntos de conexión en sí, y tratan de proporcionar una clasificación mucho más concreta, al respecto se encuentra otra clasificación.

Miaja de la Muela las clasifica en:

Personales: Simplemente serán las que acompañan al individuo a todos lados y son inherentes a el mismo, como lo puede ser su nacionalidad.

- i. Reales: Serán determinados específicamente por el lugar, o la situación de una cosa en un lugar, como puede ser la situación de un bien, tanto mueble como inmueble.
- ii. Relativos a los actos: *Locus regit actum*, dicha alocución latina se encuentra en la ley del Organismo Judicial de Guatemala, y se refiere al lugar de realización de un acto, y asimismo el lugar en donde debe de cumplirse una obligación o incluso hasta el lugar de tramitación de un proceso.
- iii. Lugar elegido por las partes: Nuevamente se observa que se atiende a la autonomía de la voluntad, y que queda a la libertad de las partes expresa o tácitamente decidir a qué leyes someterán un conflicto.

2.8.6. Autonomía de la Voluntad.

Según el profesor Carlos Larios Ochaita, la autonomía de la voluntad es “Regla del Derecho Internacional Privado que indica que las partes tienen la facultad de someter la sustanciación y efectos de sus obligaciones a una ley determinada libremente elegida, es decir son libres para elegir la ley que deba conocer o que debe ser aplicable en caso de controversia.”⁶⁸

En estos casos la autonomía de la voluntad queda a merced de las partes, quienes tienen la facultad de elegir que norma de las que se encuentran en conflicto podrán utilizar, en ese sentido no es nada similar a lo que puede ser la autonomía de la voluntad en un contrato aunque ostentan el mismo nombre.

En el derecho internacional privado se deja a las partes que libremente escojan lo que más les convenga, pero es importante observar que al momento de tomar esa decisión no se convierta en un fraude de ley, como en innumerables casos ha sucedido, el fraude de ley ocurre cuando una persona acude a una norma extranjera que es más provechosa para la acción que quiere realizar pero en su país no goza de esos medios, entonces acude supletoriamente a las leyes de otros países que

⁶⁸ *Ibíd.* Página. 77.

puede utilizar para evadir responsabilidades o crear derechos que legalmente no podría tener en su país.

El profesor Larios Ochaita al respecto expone que la autonomía de la voluntad en el Derecho Internacional Privado “Se funda conforme al criterio civilista de que la voluntad individual es la primera regla de los actos humanos, siendo regla generalmente aceptada que las contrataciones legalmente celebradas son ley entre las partes. No es necesario que ellos determinen las cláusulas todas en un contrato.”⁶⁹

En la mayoría de los contratos vistos en la práctica es así, sin embargo hay instrumentos muy complejos que necesitan que las partes estudien más cada cláusula para que el funcionamiento del contrato atienda a las exigencias de la contratación así como al derecho mismo. Larios Ochaita también en ese sentido dice que “basta referirse a una ley cualquiera para que se les repute incorporada al contrato. Tan amplia autonomía no reconoce otra limitación que las que se derivan de la organización política, el orden público y las buenas costumbres del país cuyas leyes han de regir la relación jurídica que se procure contraer.”⁷⁰

Se entiende entonces que si bien es cierto la autonomía de la voluntad es amplia, no es permisible que alguna de las partes al involucrar una norma en un contrato quiera aprovecharse de esa razón para así cometer un acto ilícito y que atente contra el orden público, estos extremos serán sancionados como delito y tendrán consecuencias legales posteriormente.

El código civil guatemalteco en el artículo 1254, establece que: toda persona es legalmente capaz para hacer declaraciones de voluntad en un negocio jurídico, salvo aquellas a quienes la ley declara específicamente incapaces. El ordenamiento civil guatemalteco deja aquí un medio para poder hacer funcionar la autonomía de la

⁶⁹ *Ibíd.* Pág. 77.

⁷⁰ *Ibíd.* Pág. 78.

voluntad en este sistema, haciendo mención aparte de la capacidad de las personas que contrataran.

En el mismo orden la ley del Organismo Judicial se manifiesta y en su artículo 31 establece respecto al Pacto de Sumisión que: los actos y negocios jurídicos se rigen por la ley a la que las partes se hubieren sometido, salvo que dicho sometimiento sea contrario a leyes prohibitivas expresas o al orden público.” Una vez más en el ordenamiento jurídico se complementan las disposiciones legales unas con otras y en la ley del Organismo Judicial, deja en el albedrio de las partes escoger a que leyes quieren someter sus negocios, aunque una vez más hace la salvedad que no podrán ser contrarias a la ley tanto nacional como internacional, de ser así surgirá un conflicto entre normas.

El Código Procesal Civil y Mercantil de Guatemala establece en su artículo 2 que: Las partes pueden someter expresa o tácitamente a un juez distinto del competente por razón del territorio, el conocimiento y decisión de un asunto determinado. Este artículo puede ser entendido tanto nacional como internacionalmente, en diversos contratos se ve como se agrega una cláusula donde las partes renuncian al fuero de su domicilio y quedan a merced de algún juzgado determinado en el país.

En cuanto al derecho internacional es sabido que cuando uno contrata servicios como internet, programas de computación o licencias de software, vienen con ellos contratos, los cuales contienen una letra diminuta y son de adhesión que con un simple acepto y un click, se da por iniciado el vínculo, estos contratos son estudiados por la informática jurídica, y en ocasiones el momento de su perfeccionamiento implica problemas, en estos contratos la mayoría de las veces la persona que contrata los servicios renuncia al fuero de su domicilio y manifiesta estar de acuerdo con someterse a la legislación de Estados Unidos y a los tribunales de la ciudad de Nueva York, ya que este estado en ese país posee una legislación bastante dura en materia de propiedad intelectual, lo que hace que se evite emitir copias y cometer delito de violación a los derechos de propiedad intelectual.

En estos casos la mayoría de personas desconoce el contenido de los contratos y no sabe a lo que se está sometiendo por desconocimiento, en Guatemala a pesar de las constantes violaciones de los derechos de autor y de propiedad intelectual, aun no se ha visto un proceso de este tipo. En el plano internacional el principio de la autonomía de la voluntad está contenido en el artículo 318 del Código Internacional Privado expresa que: será competente para conocer del litigio el juez al cual los litigantes se sometan expresa o tácitamente.

2.8.7. Limites.

2.8.7.1. El Orden Público.

“Los ordenamientos jurídicos nacionales contienen principios propios que son precisamente los que le dan solidez y autonomía. Actúan como fuente supletoria en caso de ausencia de normas e integran el derecho; informan e inspiran al legislador, orientan al juez y al intérprete y fundamentan el orden jurídico. En suma, son la esencia de los respectivos derechos. El orden público actúa como correctivo funcional que obra como una acción de defensa de todos los elementos e intereses que están involucrados en el tráfico jurídico internacional y, con especial intensidad, como una defensa de la comunidad nacional, de su orden social y jurídico.”⁷¹

2.8.7.2. El Fraude a la ley.

“El Fraude de Ley es una figura jurídica que pertenece al Derecho Internacional Privado, es parte del sistema conflictual tradicional, técnica indirecta a través de la cual se determina el derecho aplicable a una situación concreta, en la que, por existir un punto de contacto en el que confluyen desórdenes jurídicos distintos, se ignora cual derecho debe resolver el conflicto. En la búsqueda y determinación del derecho aplicable, mediante el sistema conflictual tradicional, pueden presentarse diversos

⁷¹ Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales, Dreyzin de Klor Adriana S., El orden público internacional e el Área del derecho internacional privado, Argentina, 2012, Disponible en <http://biblioteca.clacso.edu.ar/gsd/collect/ar/ar-013/index/assoc/D4726.dir/sec6002b.pdf>, Consultado el 18 de Septiembre de 2013.

problemas a los sujetos que intervienen en una relación jurídica, relativa o absolutamente internacional”⁷²

“El fraude a la ley consiste en burlar la aplicación de una norma desfavorable y buscar y obtener que sea otra disposición favorable la que se aplique. En otras palabras, el fraude a la ley consiste en la conducta totalmente voluntaria realizada con el exclusivo fin de obtener un fin ilícito a través de un medio lícito. El fraude a la ley radica en evitar la aplicación de una norma imperativa, mediante el cambio de punto de contacto, por lo que es necesario determinar cuándo se está ante una norma imperativa y que es un punto de contacto”⁷³

2.8.7.3. Las Inmunidades Diplomáticas.

“La inmunidad no es sino un concepto legal que denota falta o ausencia de poder, o necesidad de no ejercer ese poder o de suspender su ejercicio, lo que implica la no sujeción a la jurisdicción de las autoridades nacionales de un Estado territorial, tanto judiciales como administrativas, en una situación en la que este último tenga una jurisdicción válida o competente con arreglo al derecho internacional privado ordinario. Por otra parte, el término jurisdicción cuando se usa en relación las inmunidades, se refiere no sólo a la etapa final de la jurisdicción, es decir, al poder de hacer cumplir el fallo dictado o de ejecutarlo, sino también a todos y cada uno de los aspectos del poder judicial y administrativo relacionados con el fallo; en este sentido, el término se emplea como sinónimo de competencia y "abarca, pues, todo el proceso judicial, desde la iniciación o incoación del procedimiento, las notificaciones, la instrucción, el juicio y las órdenes, mandamientos, etc., que pueden constituir medidas provisionales, hasta las decisiones, los fallos en las distintas instancias y la ejecución, suspensión y no aplicación final de los mismos”⁷⁴

⁷² Mansilla y Mejía, María Elena, Fraude a la Ley: Fraus Legis Facta, Cultura jurídica, Número 1, México, 2010, http://www.derecho.unam.mx/investigacion/publicaciones/revista-cultura/pdf/CJ%28Art_7%29.pdf, consultado el 19 de septiembre de 2013.

⁷³ Loc. Cit.

⁷⁴ Biblioteca Universidad Complutense, López Martín, Ana Gemma, Las Inmunidades del Derecho Internacional: su aplicación en España, España, 2007, <http://eprints.ucm.es/6993/1/INMUNIDA.pdf> consultado el 19 de octubre de 2013.

2.8.7.4. Valor jurídico.

El valor jurídico de una norma de derecho internacional en relación al derecho interno radica en cuanto a las modificaciones que pueda sufrir una norma de derecho interno al momento en que se incorporan al ordenamiento jurídico interno en virtud de los procedimientos legislativos, formalidades y requisitos que se establecen para que una norma de derecho internacional sea válida en el territorio de un estado.

Como fuente de derecho una norma de carácter internacional se convierte en un instrumento por el cual un Estado acuerda la aplicación de una norma que en principio representa la modificación de su sistema jurídico; siendo fuente de derecho cuando un convenio o tratado internacional es ratificado.

2.9. Instrumentos de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil internacional y la legislación mercantil guatemalteca.

2.9.1. Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (Viena, 1980).

2.9.1.1. Ámbito de aplicación.

La Convención de Viena es aplicable a los contratos de compraventa de mercaderías entre partes que tengan sus establecimientos en Estados diferentes; siempre que sean Estados contratantes o cuando una norma de derecho internacional privado prevea la aplicación de la ley de un estado contratante; esto se entiende de manera que cuando un estado es parte de la convención de Viena y dentro de un conflicto la norma de derecho internacional privado remite a la ley de éste estado entonces se aplicará la convención.

Surte efectos en virtud de hechos sucedidos posteriormente a la celebración de un contrato; el numeral segundo del artículo 1 establece que no se tiene en cuenta únicamente el hecho que de las partes tengan sus establecimientos en Estados 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. Para la aplicación de la convención no se tiene en cuenta la nacionalidad de las partes, el carácter civil o comercial de éstas dentro del contrato celebrado.

La Convención establece que no se aplicará a las compraventas de mercancías compradas para uso personal, familiar o domestico, salvo el caso que el vendedor no tenga conocimiento del uso al que serán destinadas las mercancías y que hasta antes de la celebración del contrato o al momento de su celebración se ignore; además no se aplicará a las compraventas realizadas en subastas, compraventas judiciales, de valores inmobiliarios o títulos de crédito, compraventas de buques o embarcaciones, aerodeslizadores y aeronaves y de electricidad; y cuando las obligaciones consistan en suministrar mano de obra o prestar otros servicios. Por otra parte la Convención “regula exclusivamente la formación del contrato de compraventa y los derechos y obligaciones del vendedor y del comprador dimanantes de ese contrato. Salvo disposición expresa en contrario de la presente Convención, ésta no concierne, en particular:

- a) a la validez del contrato ni a la de ninguna de sus estipulaciones, ni tampoco a la de cualquier uso;
- b) a los efectos que el contrato pueda producir sobre la propiedad de las mercaderías vendidas.”⁷⁵

La Convención no se aplica a los casos de responsabilidad del vendedor por la muerte o las lesiones corporales causadas a una persona por las mercaderías y faculta a las partes para excluir su aplicación o establecer las excepciones pertinentes a cualquiera de sus disposiciones o modificar sus efectos.

2.9.1.2. Conveniencia.

La Convención de Viena establece que para su interpretación se tenga en cuenta su carácter internacional y se asume como un instrumento para promover la uniformidad

⁷⁵Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, Artículo 4.

normativa y en virtud de la buena fe dentro del comercio internacional y que faculta para que toda cuestión que no se encuentre regulada por ésta, sea resuelta de conformidad con los principios generales en los que se basa o a falta de ellos se aplique la ley que establezcan las normas de derecho internacional privado.

Los efectos de la convención, las declaraciones y actos de las partes se deberán interpretar de acuerdo a su intención al momento de obligarse y si esto no fuere aplicable se hará conforme al sentido que se les dé.

2.9.1.3. Importancia.

La importancia de la convención radica en su amplia aceptación lo cual se evidencia por el hecho que “de que entre los 11 Estados originales para los que el 1 de enero de 1988 entró en vigor la Convención figuraban Estados de todas las regiones geográficas, todas las etapas de desarrollo económico y todos los principales sistemas jurídicos, sociales y económicos. Los 11 Estados originales eran: la Argentina, China, Egipto, los Estados Unidos, Francia, Hungría, Italia, Lesotho, Siria, Yugoslavia y Zambia. Al 1 de septiembre de 2010, 76 Estados habían entrado a ser partes en la Convención; la Convención se divide en cuatro partes. La Parte I trata del ámbito de aplicación y las disposiciones generales. La Parte II contiene las normas que rigen la formación de contratos de compraventa internacional de mercancías.

La Parte III se refiere a los derechos y obligaciones sustantivos de comprador y vendedor derivados del contrato. La Parte IV contiene las disposiciones finales de la Convención relativas a asuntos tales como el modo y el momento de su entrada en vigor, las reservas y declaraciones que se permite hacer y la aplicación de la Convención a las compraventas internacionales cuando ambos Estados interesados se rigen por el mismo o semejante derecho en esta cuestión”⁷⁶

⁷⁶ Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Nota explicativa de la Secretaría de la CNUDMI acerca de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías; Pág. 36.

El contrato de compraventa internacional de mercancías, guarda las características del contrato de compraventa en cuanto le sea aplicable y al efecto la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías regula los principios que rigen los contratos y guarda concordancia con las características de la compraventa.

La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional crea la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías con la finalidad de establecer un régimen moderno, uniforme y equitativo para los contratos de compraventa internacional de mercancías, y contribuir a brindar seguridad jurídica a los intercambios comerciales.

La compraventa como principal actividad comercial de los comerciantes atiende a distintas formas jurídicas y niveles de economía, y estas diferencias podrían en determinado momento dificultar las actividades dentro del comercio internacional, por lo que la Convención de sobre Compraventa Internacional de Mercaderías permite adoptar una legislación moderna adaptada a las necesidades de los comerciantes y que indistintamente del lugar en el que se encuentre el establecimiento comercial de las partes se aplica directamente sin necesidad de recurrir a las normas de derecho internacional privado.

2.9.2. Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Nueva York, 1958) (Convención de Nueva York").

2.9.2.1. Ámbito de aplicación.

La Convención de Nueva York es aplicable al reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales "dictadas en el territorio de un Estado distinto de aquel en que se pide el reconocimiento y la ejecución de dichas sentencias, y que tengan su origen en diferencias entre personas naturales o jurídicas. Se aplicará también a las sentencias arbitrales que no sean consideradas como sentencias nacionales en el

Estado en el que se pide su reconocimiento y ejecución”⁷⁷ Cuando la convención hace referencia al termino "sentencia arbitral" no se limita únicamente a las “sentencias dictadas por los árbitros nombrados para casos determinados, sino también las sentencias dictadas por los órganos arbitrales permanentes a los que las partes se hayan sometido”⁷⁸

En el momento en que se firma o ratifica la convención de Nueva York se declara su aplicación en cuanto al reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales dictadas en otro Estado contratante, basándose en la reciprocidad; y declarar su aplicación únicamente a los litigios que surjan de relaciones jurídicas, contractuales o no que se consideren comerciales por la ley de un estado

2.9.2.2. Conveniencia.

En virtud de la convención los Estados contratantes reconocen la existencia de un acuerdo por escrito ya sea por medio de una cláusula compromisoria inserta en un contrato; o por medio de un compromiso arbitral, en virtud del cual las partes se obligan a someter a arbitraje las diferencias que surjan o que hayan surgido en virtud de una relación jurídica contractual o no contractual; dicha cláusula compromisoria y compromiso arbitral pueden estar contenidos en un canje de cartas o telegramas firmados por las partes.

La convención determina que los estados contratantes deberán reconocer la autoridad de la sentencia arbitral y conceder su ejecución “de conformidad con las normas de procedimiento vigentes en el territorio donde la sentencia sea invocada, con arreglo a las condiciones que se establecen. Para el reconocimiento o la ejecución de las sentencias arbitrales a que se aplica la Convención, no se impondrán condiciones apreciablemente más rigurosas, ni honorarios o costas más

⁷⁷ Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras Artículo 1.

⁷⁸ *Ibíd.* Artículo 2.

elevados, que los aplicables al reconocimiento o a la ejecución de las sentencias arbitrales nacionales”⁷⁹

Las condiciones a las que se hace referencia para que una sentencia arbitral sea reconocida consisten en; la petición por una de las partes sobre el reconocimiento y ejecución acompañada de la sentencia original autenticada y una copia que reúna las condiciones necesarias para considerarse auténtica; y la copia del acuerdo arbitral realizado por las partes; si la sentencia o el acuerdo no se encontraren en el idioma oficial del país en el cual se solicita la ejecución de la sentencia, se debe presentar la traducción oficial de los documentos debidamente certificada por traductor oficial, traductor jurado, agente diplomático o consular.

2.9.2.3. Importancia.

Las disposiciones de la Convención de Nueva York no afectan la validez de cualquier acuerdo multilateral o bilateral relativo al “reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales concertados por los Estados Contratantes ni privarán a ninguna de las partes interesadas de cualquier derecho que pudiera tener a hacer valer una sentencia arbitral en la forma y medida admitidas por la legislación o los tratados del país donde dicha sentencia se invoque”⁸⁰ La aplicación de la convención contribuye a acrecentar la eficacia del arbitraje como medio para resolver las controversias de derecho privado, y favorece al desarrollo del arbitraje comercial, fomentando su utilización y mejorando su funcionamiento. Es importante como un medio que facilita perfeccionar la asistencia institucional y legal en el arbitraje.

“Actualmente la Convención está cerrada a la firma pero sigue estando sujeta a ratificación y abierta a la adhesión de todo Estado Miembro de las Naciones Unidas, y de cualquier otro Estado que sea miembro de cualquier organismo especializado de las Naciones Unidas, o que sea Parte en el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (artículos VIII y IX)”⁸¹

⁷⁹ *Ibíd.* Artículo 3.

⁸⁰ *Ibíd.* Artículo 7.

⁸¹ *Ibíd.* parte introductoria.

2.9.3. Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales (Nueva York, 2005)

2.9.3.1. Ámbito de aplicación.

El ámbito de aplicación de la convención sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales abarca las comunicaciones electrónicas en cuanto a la formación y cumplimiento de los contratos celebrados por medios electrónicos, por partes que se encuentran en distintos estados. Con este fin no se tiene en cuenta que las partes se encuentren en distintos estados cuando esto no represente la existencia de un contrato o la información intercambiada por las partes previo a la celebración de un contrato o posteriormente.

Al momento de determinar la aplicación de la convención no es necesario tener en cuenta aspectos de nacionalidad, carácter civil o mercantil de las partes o del contrato.

La aplicación de la convención excluye los casos en los que las comunicaciones electrónicas se relacionen o sean utilizadas en contratos con fines personales, familiares o domésticos o en operaciones en un mercado de valores reglamentado, cambio de divisas, sistemas o acuerdos de pago interbancarios, sistemas de compensación y liquidación relacionados con mercados bursátiles y de otro tipo de activos financieros y cualquier otro tipo de transferencia de activos o títulos financieros que puedan ser objeto de venta, préstamo, tenencia o recompra, además de títulos de crédito como letras de cambio, pagarés, cartas de porte y conocimientos de embarque o cualquier otro documento facultativo para la entrega de mercancías o el pago de una suma de dinero. Además de lo anterior las partes pueden realizar exclusiones o modificaciones a las disposiciones de la convención en lo relacionado a los efectos de sus disposiciones, lo que le brinda flexibilidad y le permite adaptarse.

2.9.3.2. Conveniencia.

La conveniencia de la convención radica en el carácter que otorga a las comunicaciones electrónicas y a los contratos celebrados por medios electrónicos, brindándoles validez y fuerza ejecutiva y facilita la utilización de sistemas automatizados de mensajes para la formación de contratos, el artículo doce en cuanto a esto, establece “ No se negará validez ni fuerza ejecutoria a un contrato que se haya formado por la interacción entre un sistema automatizado de mensajes y una persona física, o por la interacción entre sistemas automatizados de mensajes, por la simple razón de que ninguna persona física haya revisado cada uno de los distintos actos realizados a través de los sistemas o el contrato resultante de tales actos ni haya intervenido en ellos”⁸²

La aplicación de la convención no afecta las disposiciones sobre la aplicación de normas que determinen la obligación de una parte a negociar las condiciones de un contrato por medios electrónicos, ni exime a cualquiera de las partes de las consecuencias jurídicas de no haber realizado la comunicación de las condiciones de un contrato de alguna forma determinada.

2.9.3.3. Importancia.

“Existen algunos requisitos formales, previstos en tratados de Derecho Mercantil internacional de amplia difusión, como la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras ("la Convención de Nueva York") y la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, que pueden obstaculizar una amplia utilización de las Comunicaciones Electrónicas. Con la Convención sobre las Comunicaciones Electrónicas se han querido eliminar esos obstáculos formales estableciendo una equivalencia entre la forma electrónica y la forma escrita. Además, esa Convención cumple otros objetivos, como el de facilitar la utilización de las comunicaciones electrónicas en el comercio internacional. Así pues, la Convención tiene la finalidad

⁸² Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales, Artículo 12.

de fomentar la armonización de las reglas aplicables al comercio electrónico y de promover la uniformidad en la adopción de instrumentos nacionales basados en leyes modelo de la CNUDMI relativas al comercio electrónico, así como de actualizar y complementar ciertas disposiciones de esas leyes modelo teniendo en cuenta las prácticas recientes. Por último, la Convención puede ser útil para los países que aún no hayan adoptado disposiciones sobre comercio electrónico ofreciéndoles una legislación moderna, uniforme y cuidadosamente redactada”⁸³ la internacionalización del comercio y las nuevas tecnologías han presentado nuevas oportunidades para los comerciantes, a esta nueva corriente se le ha llamado comercio electrónico.

Con la modernización y el comercio electrónico las normas de algunos estados aun no se adaptan al uso de nuevas tecnologías, por lo que la importancia de instrumentos como este radica en proporcionar una normativa más acorde a las prácticas modernas y que pueda complementar las disposiciones del derecho interno para hacerlo más moderno e integrarlo a las nuevas tecnologías y tendencias en la contratación electrónica.

2.9.4. Convenio de las Naciones Unidas sobre el Contrato de Transporte Internacional de Mercancías Total o Parcialmente Marítimo (Nueva York, 2008) ("Reglas de Rotterdam")

2.9.4.1. Ámbito de aplicación.

El ámbito de aplicación de las “Reglas de Rotterdam” comprende todo contrato de transporte por el cual el lugar de recepción, carga, descarga y entrega se encuentren en Estados distintos. Esto se refiere a que el lugar de recepción, puerto de carga, lugar de entrega y puerto de descarga deben encontrarse en algún Estado Contratante, independientemente de la nacionalidad del buque, porteador, partes ejecutantes, cargador, destinatario o cualquier otra parte interesada

⁸³ Uncitral.org, Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales, 2007, disponible en: http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/electronic_commerce/2005Convention.html consultado el 18 de Octubre de 2013.

El Convenio será aplicable sea cual fuere la nacionalidad del buque, del porteador, de las partes ejecutantes, del cargador, del destinatario o de cualquier otra parte interesada. Y a las relaciones entre porteador y destinatario, la parte controladora o el tenedor que no sea parte de un contrato de fletamento o algún tipo de contrato de los que se encuentran excluidos por el convenio.

Se excluye de la aplicación del Convenio los contratos sobre transporte de línea regular que se refieran a contratos de fletamento o cualquier otro cuya utilización requiera de un buque o cualquier espacio a bordo del buque siempre que se trate de transporte en línea; y los contratos de transporte regular salvo casos específicos en los que no exista un contrato de fletamento o un documento de transporte o documento electrónico de transporte.

2.9.4.2. Conveniencia.

Las disposiciones del Convenio de las Naciones Unidas sobre el Contrato de Transporte Internacional de Mercancías Total o Parcialmente Marítimo no afectan o interfieren en la aplicación de otros convenios internacionales que regulen la responsabilidad del porteador por pérdida o daño de las mercancías aun en virtud de cualquier otro convenio aplicable al transporte aéreo de mercancías; convenio sobre transporte de mercancías por carretera o ferrocarril, vías navegables interiores sin transbordo por vías navegables interiores y por el mar ; siempre de dichos convenios se apliquen a algún tramo del transporte, cuando las mercancías sean cargadas a un vehículo de transporte por carretera, que sea cargado a bordo de un buque o complementado por transporte en ferrocarril.

2.9.4.5. Importancia.

“Las Reglas de Rotterdam ofrecen un marco jurídico en el que se tienen en cuenta muchas novedades tecnológicas y comerciales que se han producido en los transportes marítimos desde que se adoptaron esos antiguos convenios, concretamente el aumento del transporte en contenedores, el deseo de englobar en un único contrato el transporte de puerta a puerta y la aparición de los documentos

electrónicos de transporte. El Convenio brinda a los cargadores y portadores un régimen universal vinculante y equilibrado que regula el funcionamiento de los contratos marítimos de transporte que puedan comprender otros modos de transporte.”⁸⁴

“Las Reglas de Rotherdam, por lo tanto, han nacido, principalmente, con la intención de superar la diversidad normativa existente en el sector del transporte marítimo internacional de mercancías y, correlativamente, con la de modernizar dicha reglamentación. En consecuencia, este doble objetivo, unificador y modernizador, habrá de servir de guía ineludible de las reflexiones de orden crítico que puedan suscitar las Reglas de Rotherdam tanto en el tráfico como en los foros académicos y profesionales. Pero, como el propio título de la Convención pone de manifiesto (“total o parcialmente marítimo”), las Reglas de Rotherdam aspiran a ser algo más que un mero, y exclusivo, texto marítimo (unimodal). Durante las deliberaciones del Grupo de Trabajo III se llegó a la conclusión de que el Convenio también debía abordar la regulación de las operaciones de transporte “puerta a puerta” (“door to door”), es decir, aquellas operaciones de transporte (no infrecuentes en el tráfico, sino todo lo contrario) en las que el traslado propiamente marítimo de la carga viene acompañado necesariamente de fases anteriores y posteriores no marítimas. Por lo tanto, las Reglas de Rotherdam no se presentan sólo como un instrumento de alcance unimodal regulador del contrato de transporte marítimo internacional de mercancías, superador de las divergencias y deficiencias de la normativa marítima internacional en vigor, sino que aspiran a extender su alcance a la regulación de determinadas operaciones de transporte multimodal con tramo marítimo. Constituye este segundo objetivo, en consecuencia, otro importante marco de reflexión sobre las RR, que no ha tardado tiempo en ser puesto de manifiesto en la comunidad científica,

⁸⁴ Uncitral.org, Comisión de las Naciones Unidas Para el Derecho Mercantil Internacional, Convenio de las Naciones Unidas sobre el Contrato de Transporte Internacional de Mercancías Total o Parcialmente Marítimo (Nueva York, 2008) (“Reglas de Rotterdam”), 2009, http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/transport_goods/2008rotterdam_rules.html

principalmente por los defensores, que no son escasos, de un tratamiento autónomo y específico del transporte multimodal”⁸⁵

2.9.5. Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, 1985, con enmiendas adoptadas en 2006.

2.9.5.1. Ámbito de aplicación.

Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional se aplica al arbitraje comercial internacional, sin perjuicio de cualquier tratado multilateral o bilateral vigente en cualquier estado. El arbitraje será de carácter internacional cuando al momento de la celebración del acuerdo de arbitraje, sus establecimientos se hallen en Estados diferentes o cuando el lugar del arbitraje, lugar del cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones de la relación comercial o el lugar con el cual el objeto de litigio tenga una relación más estrecha se encuentre situado fuera del estado en el que las partes tienen sus establecimientos. O cuando por convenio expreso de las partes la cuestión objeto de arbitraje se relacione con más de un estado.

Cuando las partes tengan más de un establecimiento para su determinación se tendrá en cuenta aquel establecimiento que guarda una relación más estrecha con el acuerdo de arbitraje; si alguna de las partes no tuviere un establecimiento se tendrá en cuenta el lugar de su residencia habitual. La aplicación de esta ley no afecta cualquier otra ley de un estado en virtud de la cual determinadas controversias sean sometidas a arbitraje o no puedan ser sometidas a éste.

La comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional formula la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, con el objetivo de ayudar a los estados a “reformular y modernizar sus leyes sobre el procedimiento arbitral a fin de que tengan en cuenta los rasgos peculiares y las necesidades del

⁸⁵Revistas ucrm Servicio de edición digital, Universidad Carlos III de Madrid, Llorente Gómez de Segura, Carlos, Las reglas de Rotterdam, Revistas ucrm Servicio de edición digital, España, 2010, disponible en e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/download/99/97, consultado el 25 de septiembre de 2013,

arbitraje comercial internacional. Regula todas las etapas del procedimiento arbitral, desde el acuerdo de arbitraje, pasando por la composición y competencia del tribunal arbitral y el alcance de la intervención del tribunal, hasta el reconocimiento y la ejecución del laudo arbitral. Refleja un consenso mundial sobre los aspectos más importantes de la práctica del arbitraje internacional aceptados por Estados de todas las regiones y los diferentes ordenamientos jurídicos o sistemas económicos del mundo.”⁸⁶

2.9.5.2. Conveniencia.

“La Ley Modelo constituye un fundamento sólido para la armonización y el perfeccionamiento deseados de las leyes nacionales. Regula todas las etapas del proceso arbitral, desde el acuerdo de arbitraje hasta el reconocimiento y la ejecución del laudo arbitral, y refleja un consenso mundial sobre los principios y aspectos más importantes de la práctica del arbitraje internacional. Resulta aceptable para Estados de todas las regiones y para los diferentes ordenamientos jurídicos o sistemas económicos del mundo. Desde su aprobación por la CNUDMI, la Ley Modelo ha pasado a representar la pauta legislativa internacional aceptada de toda ley moderna de arbitraje, y un número significativo de países han promulgado leyes en la materia tomándola como base. Se adoptó la forma de Ley Modelo como instrumento de armonización y modernización dado que consiente a los Estados proceder con flexibilidad a la preparación de nuevas leyes de arbitraje. Pese a esa flexibilidad, y con miras a aumentar las posibilidades de lograr un grado satisfactorio de armonización, se alienta a los Estados a que, al incorporar la Ley Modelo a su derecho interno, reduzcan las modificaciones al mínimo. Cuanto menos se aparten del texto aprobado por la CNUDMI, más perceptible será la armonización que se consiga en materia arbitral, lo cual acrecentará la confianza de las partes extranjeras,

⁸⁶ Uncitral.org, Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, 2007, Disponible en http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration.html, consultado el 19 de Septiembre de 2013.

que son las que recurren principalmente al arbitraje internacional, en la fiabilidad de la legislación de arbitraje del Estado promulgante.”⁸⁷

Resulta conveniente porque sin importar las diferencias entre el sistema jurídico de un estado y otro esta ley modelo proporciona las pautas para que un estado incorpore a su legislación las normas que más favorezcan a la implementación y desarrollo del proceso arbitral además de disminuir la carga laboral de los órganos jurisdiccionales, y permite que en cualquier lugar del mundo se resuelvan las controversias dentro de un plano de igualdad de la norma a través de un sistema aceptado y adoptado por distintos estados y que brinda confianza, celeridad, economía y sencillez.

Una ley modelo como tal proporciona al legislador lo necesario para incorporar a la normativa interna un proceso reconocido internacionalmente y que no presente variaciones que tiendan a favorecer a una de las partes sino que permita que todo conflicto se resuelva en un plano de igualdad.

2.9.5.3. Importancia.

“Las formas de insuficiencia que se observan en leyes nacionales anticuadas comprenden disposiciones que equiparan el proceso arbitral a los litigios ante los tribunales estatales y normas de carácter fragmentario que no regulan todas las cuestiones de derecho sustantivo. Incluso la mayoría de las leyes que, al parecer, son modernas y completas se elaboraron teniendo presente ante todo, si no exclusivamente, el arbitraje nacional. Aunque este criterio es comprensible por cuanto aún hoy la gran mayoría de los casos regulados por el derecho arbitral tendrán un carácter exclusivamente interno, entraña desafortunadamente la consecuencia de que se imponen a los casos internacionales los principios locales

⁸⁷ Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Nota explicativa de la secretaría de la CNUDMI acerca de la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985, en su versión enmendada en 2006.

tradicionales y, con frecuencia, no se satisfacen las necesidades de la práctica moderna.”⁸⁸

Es importante porque a través de la implementación de una normativa interna basada en una ley modelo se hace posible reducir problemas derivados de leyes inadecuadas o que necesariamente recurren a los tribunales de un estado para la resolución de un conflicto. Así con la existencia de una normativa interna basada en la ley modelo se adopta un régimen reconocido a nivel internacional que no afecta a ninguna de las partes y que proporciona normas básicas para que cualquier estado pueda implementarlo y extender la práctica del arbitraje dentro de la resolución de conflictos comerciales internacionales.

2.9.6. Ley Modelo de la CNUDMI sobre Conciliación Comercial Internacional (2002).

2.9.6.1. Ámbito de aplicación.

“Al preparar el proyecto de ley modelo y abordar el tema que se le presentaba, la Comisión adoptó una noción amplia de la conciliación, que cabría designar también por términos como los de “mediación”, “vía alternativa para la solución de una controversia”, “dictamen neutral” y expresiones similares. La Comisión desea que la Ley Modelo sea aplicable a la más amplia variedad posible de controversias comerciales. La Comisión convino en que se hiciera referencia en el título de la Ley Modelo a la conciliación comercial internacional. Aun cuando la Ley Modelo esté destinada a casos que sean comerciales e internacionales, el Estado que promulgue su régimen podrá ampliar su alcance a las controversias comerciales internas e incluso a algunas controversias no comerciales. La Ley Modelo debe ser vista como un juego equilibrado de reglas autónomas que podrán ser incorporadas al derecho

⁸⁸ Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional Nota explicativa de la secretaría de la CNUDMI acerca de la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985, en su versión enmendada en 2006. Págs. 26-27.

interno como una única ley o como parte de un régimen más amplio para la solución de las controversias”⁸⁹

La ley modelo será aplicable a la conciliación comercial internacional y para el efecto se entenderá por “conciliación” todo procedimiento, designado por términos como los de conciliación, mediación o algún otro de sentido equivalente, en el que las partes soliciten a un tercero o terceros (“el conciliador”), que les preste asistencia en su intento por llegar a un arreglo amistoso de una controversia que se derive de una relación contractual u otro tipo de relación jurídica o esté vinculada a ellas. El conciliador no estará facultado para imponer a las partes una solución de la controversia.⁹⁰

“Una conciliación será internacional cuando:

a) Las partes en un acuerdo de conciliación tengan, en el momento de la celebración de ese acuerdo, sus establecimientos en Estados diferentes; o

b) El Estado en que las partes tengan sus establecimientos no sea:

i) El Estado en que deba cumplirse una parte sustancial de las obligaciones derivadas de la relación comercial; ni

ii) El Estado que esté más estrechamente vinculado al objeto de la controversia.”⁹¹

A efectos de acordar la aplicación de la ley modelo cuando alguna de las partes tenga más de un establecimiento, se determinará de acuerdo al establecimiento que guarde una relación más estrecha con el acuerdo de conciliación; teniendo en cuenta el lugar de residencia habitual de alguna de las partes cuando ésta no cuente con un establecimiento y por convenio de las partes cuando éstas establezcan que la

⁸⁹ Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Guía para la incorporación al derecho interno y utilización de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Conciliación Comercial Internacional (2002), Pág.16.

⁹⁰ Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Ley modelo de la CNUDMI sobre conciliación comercial internacional. Artículo 1 numeral 3.

⁹¹ *Ibid.* Artículo 1 numeral 4.

conciliación comercial sea internacional quedando siempre en libertad las partes en cualquier acuerdo en que la ley modelo no sea aplicable.

“La Ley será aplicable independientemente de la razón por la cual se entable la conciliación, ya sea en virtud de un acuerdo concertado entre las partes antes o después de que surja la controversia, de una obligación establecida por ley o de instrucciones o indicaciones de un tribunal de justicia, tribunal arbitral o una entidad pública competente.”⁹² Se excluye de la aplicación de la ley modelo los casos en los que un juez o árbitro dentro de un procedimiento judicial proporcione los medios para un arreglo común.

La Ley Modelo de la CNUDMI sobre Conciliación Comercial Internacional contiene un régimen uniforme del procedimiento de conciliación con la finalidad de facilitar el recurso de conciliación y fomentar la producibilidad y certeza jurídica requerida para el recurso de conciliación.

“A fin de eliminar la incertidumbre inherente a la ausencia de un régimen legal de conciliación, aborda los aspectos procesales de esta vía extrajudicial para la solución de controversias, regulando la designación de conciliadores, el inicio y la clausura del procedimiento, la sustanciación de las actuaciones, la comunicación entre el conciliador y las partes, la confidencialidad y la admisibilidad de pruebas en otros procedimientos, así como ciertas cuestiones ulteriores a la conciliación como pudiera ser la actuación del conciliador a título de árbitro y la ejecutoriedad del denominado acuerdo de transacción”⁹³

2.9.6.2. Conveniencia.

“Una de las características esenciales de la conciliación consiste en que las partes en una controversia solicitan los servicios de un tercero. En el arbitraje, las partes

⁹² Ibíd. Artículo 1 numeral 8.

⁹³ Uncitral.org, Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Ley Modelo del aCNUDMI sobre Conciliación Comercial Internacional, 2006, Disponible en http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/arbitration/2002Model_conciliation.html, Consultado el 19 de Septiembre de 2013.

encomiendan no sólo el proceso resolutorio de su controversia, sino también su resultado, a un tribunal arbitral que les impondrá un fallo vinculante para ellas. La conciliación difiere de la negociación entre las partes al involucrar en la solución de la controversia a un tercero independiente e imparcial que ha de prestarles asistencia. Difiere, a su vez, del arbitraje al retener las partes, en la conciliación, un control absoluto del proceso y del resultado de la conciliación, que no es vinculante.

En la conciliación, el conciliador ayuda a negociar una transacción en que se compaginen las necesidades y los intereses de las partes en la controversia. El proceso conciliatorio se basa totalmente en el consenso y son las partes quienes, con la asistencia de un tercero neutral, determinan el modo en que se dirimirá la controversia. El tercero neutral no tiene autoridad para imponer a las partes una solución de la controversia.”⁹⁴

Esto resulta conveniente dentro de las prácticas comerciales pues facilita la resolución de sus controversias en el menor tiempo posible y de una forma más económica, además de evitar conflictos de competencia en cuanto a los negocios internacionales y permiten alcanzar soluciones viables que favorezcan a ambas partes y que a la vez se logran con la anuencia de las partes sin que exista coercibilidad.

2.9.6.3. Importancia.

“Reconociendo el valor para el comercio internacional de los métodos de solución de las controversias comerciales en los que las partes en litigio solicitan a un tercero o terceros que les ayuden en su intento de resolver la controversia de manera amistosa, Observando que esos métodos de solución de controversias, a los que se alude con expresiones tales como conciliación y mediación y términos similares, se usan cada vez más en la práctica mercantil nacional e internacional en sustitución de los litigios judiciales, Considerando que el uso de esos métodos de solución de

⁹⁴ Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Guía para la incorporación al derecho interno y utilización de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Conciliación Comercial Internacional (2002), Pág. 10.

controversias produce beneficios importantes, pues reduce los casos en que una controversia lleva a la terminación de una relación mercantil, facilita la administración de las transacciones internacionales por las partes comerciales y da lugar a economías en la administración de justicia por los Estados”⁹⁵

Con el reconocimiento de los métodos de resolución de controversias comerciales se logra que los estados fortalezcan sus sistemas jurídicos y se desarrollen relaciones comerciales más solidas y que reconozcan la funcionalidad y viabilidad de nuevos métodos de amplia aceptación que permiten que cualquier conflicto se resuelva de forma neutral, atendiendo a la igualdad de las partes y considerando la buena fe de los comerciantes.

2.9.7. Legislación Mercantil Guatemalteca.

En principio el Derecho Mercantil guatemalteco se encontraba estructurado por el conjunto de leyes y ordenanzas destinadas al comercio que pertenecían al reino de España y eran administradas por el virreinato de la Nueva España. Para ese entonces la norma que regía las relaciones comerciales de manera universal serían las Ordenanzas de Bilbao.

A este punto es necesario destacar que se tiene la separación de los tribunales de justicia para que estos conocieran por separado los asuntos de comercio y los asuntos comunes, además de establecerse la aplicación de normas que se adecuaban a las necesidades especiales de los comerciantes; aunque historiadores sostienen que estas normas solamente respondían a los intereses de la corona.

En consideración a esto y en virtud que dichas leyes continuaron aplicándose hasta tiempos posteriores a los de la colonia, se trataron de sustituir las leyes españolas en un intento de modernizar las leyes mercantiles que regían en Guatemala, es entonces cuando surgen los llamados “códigos de Livingston” durante el Gobierno

⁹⁵ Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Resolución aprobada por la Asamblea General [sobre la base del informe de la Sexta Comisión (A/57/562 y Corr.1)], 57/18. Ley Modelo sobre Conciliación Comercial Internacional de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. 52ª sesión plenaria 19 de noviembre de 2002.

del Doctor Mariano Gálvez aunque posteriormente por aspectos socio políticos se volviera a la aplicación de las leyes españolas, hasta la revolución de 1871 que trajo consigo una renovación legislativa y para el año 1877 se promulga el primer Código de Comercio⁹⁶ y la ley especial de enjuiciamiento mercantil. Posteriormente a este código ya para el año 1942 se promulga un nuevo código de comercio⁹⁷ el cual se destaca por la unificación de distintas leyes relevantes al Derecho Mercantil y la adopción de convenciones internacionales referentes a letras de cambio, pagarés y cheques lo que a su favor puede decirse pretendía ser una norma que seguía la evolución del Derecho Mercantil.

Para el año 1970 se promulga el actual código de comercio⁹⁸ el cual surge para suplir las necesidades del tráfico comercial a la época y que para entonces constituía un instrumento moderno que suplía las necesidades del comercio nacional e internacional, tomándose en cuenta para su creación otros códigos con la finalidad que existiera uniformidad en el sistema normativo en materia de Derecho Mercantil; si bien es cierto este código incorporó nuevas instituciones debido la evolución del comercio y la tendencia dinámica de éste es necesario extenderse más allá de las normas que se encuentran codificadas dentro del propio sistema jurídico y tenerse como integrantes del ordenamiento jurídico mercantil.

Dentro de la labor de unificación de los sistemas legales, puede decirse que el Derecho Mercantil es el más viable para el efecto, esto debido a las tendencias globales y el crecimiento económico que influye sobre las actividades del comercio y por ende al Derecho Mercantil y que depende en determinado momento de los instrumentos que puedan adoptarse para lograr un sentido uniforme en todas las normas; sin embargo para que un instrumento sea eficiente es necesario que se evalúen las ventajas y prerrogativas que ofrece y adaptar la normativa interna para que los instrumentos internacionales funcionen eficientemente en función a la unificación e internacionalización del Derecho Mercantil.

⁹⁶ Decreto Gubernativo número 191 del 20 de Julio de 1877.

⁹⁷ Decreto Número 2946 del Presidente de República (General Jorge Ubico Castañeda)

⁹⁸ Decreto Número 2-70 del Congreso de la República de Guatemala.

En todo caso parte de la unificación del sistema jurídico debe tender a no dejar a ninguna de las partes en una situación de desventaja frente a otra.

“El argumento acerca de la escasez de reglas de la Lex Mercatoria se ha debilitado con el tiempo, pudiendo observarse un enriquecimiento permanente que se manifiesta en las prácticas contractuales y en su capacidad para absorber las enseñanzas del Derecho comparado. Por eso, la nueva Lex Mercatoria constituye un factor trascendental en el marco de las transacciones comerciales internacionales, pudiéndose asegurar que ese especial sector de participantes del tráfico externo que son los comerciantes ha dotado al actual Derecho del comercio internacional de una importante nota de profesionalización”⁹⁹

Dentro de la labor internacional para la unificación del Derecho Mercantil surgen instrumentos que aplicados correctamente pueden favorecer y enriquecer el sistema jurídico de un estado y cuyo fin principal es lograr la unificación de un sistema jurídico que brinde mayor seguridad y garantías a todas las partes que intervienen en una relación comercial sin que exista una situación de desventaja en cuanto a que el sistema jurídico de un estado prevalezca sobre de otro; como puede darse el caso determinado de acuerdo al derecho internacional privado.

Dentro de la variedad de instrumentos jurídicos creados por organizaciones internacionales, se han desarrollado los aspectos más importantes de cada uno en cuanto se les consideró podrían integrarse al Derecho Mercantil guatemalteco y esto favorecería su modernización, internacionalización y uniformidad. De los siete instrumentos presentados en esta investigación, sólo la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Nueva York, 1958) (Convención de Nueva York") al cual se adhirió el estado de Guatemala el 21 de marzo del año mil 1984 y entró en vigor el 19 de junio del mismo año; además en el año 1995 se promulgó la ley de arbitraje decreto número 67- 95, dicha ley basada en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985.

⁹⁹ Aguilar Guerra, Vladimir, *Op. Cit.*, Pág. 95.

Ambos antecedentes podrían comentarse como una expresión de aplicabilidad de la Nueva Lex Mercatoria dentro de la normativa nacional y que permiten una integración al sistema internacional y que a través de ello se obtiene la aprobación y confianza internacionales para afianzar las relaciones comerciales y económicas con Guatemala permitiendo que los comerciantes tengan mayor seguridad para la realización de sus actividades y que permite la inclusión de la economía nacional a los mercados internacionales.

De la misma manera en que se adopta la convención de Nueva York y se crea la Ley de Arbitraje basada en la Ley Modelo sería conveniente analizar la adopción de otros instrumentos internacionales, tomando en consideración su ámbito de aplicación, conveniencia e importancia de la forma en que se presentan anteriormente dentro de esta investigación.

Aunque Guatemala se ha ido adaptando a las tendencias de unificación e internacionalización; aun quedan instrumentos que podrían favorecer esta labor, aunque es necesario aclarar que no existen únicamente los instrumentos que se presentan en este trabajo, sino existen otros instrumentos que han sido adoptados por Guatemala y que de cierta manera han cumplido su finalidad; cabe mencionar el Código Aduanero Uniforme Centroamericano; pero destacan otros instrumentos como la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (Viena, 1980) y el Convenio de las Naciones Unidas sobre el Contrato de Transporte Internacional de Mercancías Total o Parcialmente Marítimo (Nueva York, 2008) ("Reglas de Rotterdam") que integrados al sistema jurídico Guatemalteco podrían por sus características y aspectos anteriormente desarrollados; fortalecer el ordenamiento jurídico guatemalteco y la inclusión a nuevos mercados y crecimiento en los mercados en los que Guatemala interviene en actividades comerciales.

CAPÍTULO III.

CONTENIDO DE LA LEX MERCATORIA.

3.1. Usos y Prácticas de carácter internacional.

Los usos comerciales considerados como el conjunto de prácticas realizadas por los comerciantes y que en virtud de la ley son consideradas como normas de Derecho consuetudinario y Fuente del Derecho; operan dentro del Derecho Mercantil en la interpretación de los contratos y regulan desde los inicios del comercio las actividades de los comerciantes como una norma no escrita reconocida y válida, que con la evolución del comercio pasó a formar parte del derecho codificado y de esta forma desarrolla y caracteriza del Derecho Mercantil.

Para desarrollar este aspecto se hace necesario determinar lo que son los usos del comercio y la costumbre, pues dentro de la amplitud del derecho se distinguen una de la otra y son comprendidas de distinta forma dentro de la doctrina y la ley. Así los usos del comercio se entienden como “La práctica o modo de obrar, no contrarios a ley, que rige entre los comerciantes en los actos y contratos propios del tráfico mercantil. El carácter internacional del comercio y la carencia de leyes supranacionales han contribuido poderosamente a la adopción de diversos USOS mercantiles por la generalidad de los países, e incluso al reconocimiento de su fuerza supletoria por los códigos de comercio”.¹⁰⁰.

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

¹⁰⁰Usos del Comercio, Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, Guatemala, Datascan, 1999, Primera Edición Electrónica, Pág .974.

“Aun hoy, los usos y costumbres continúan en su papel revitalizador del derecho de los negocios. Además, se constituye como una alternativa a las dificultades que pueden presentarse a la hora de tratar de definir la ley nacional o internacional que resulte aplicable a los contratos y negocios en particular. Las nuevas realidades mercantiles, la apertura de los mercados, el desarrollo de tecnología que facilita las transacciones de bienes y servicios, la agilidad en los modernos medios presentes en el transporte de mercancías, seguramente llevan en sí, una dosis alta de costumbres que por la opinio iuris seu necessitatis, o convicción de tratarse de normas de derecho obligatorias para las partes, la uniformidad, reiteración y publicidad de las mismas, las convierten en la nueva Lex Mercatoria del mundo moderno.”¹⁰¹

La Lex Mercatoria conformada en parte por los usos y prácticas reconocidos por los comerciantes y dentro del comercio internacional ha pasado a conformar el Derecho Mercantil internacional; estos usos incorporados a través de la Lex Mercatoria se reconocen dentro de la legislación estatal vertidos en instrumentos de carácter internacional que regulan el comercio internacional a través de los usos expresados en prácticas comunes; cuya función puede ser normativa o interpretativa.

De esta manera se puede establecer que los usos representan gran importancia dentro del Derecho Mercantil internacional brindando las pautas para su desarrollo y la creación de instituciones jurídicas de Derecho Mercantil.

En la actualidad los usos se encuentran presentes en las normativas de carácter internacional como convenios, tratados, y leyes modelo, un ejemplo de esto es la consideración que contiene la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (Convención de Viena de 1980); al respecto el artículo 8 de la convención establece que para determinar la intención o el sentido sobre el cual se realiza una negociación deben tenerse en

¹⁰¹ Pace Law School Institute of International Commercial Law, Oviedo Alban Jorge, Los usos y costumbres en el derecho privado contemporáneo, Estados unidos, disponible en: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/oviedoalban.html#56>, consultado el 28 de Agosto de 2013.

cuenta los usos y el comportamiento de las partes; así mismo el artículo 9 hace referencia a que las partes quedan obligadas en virtud de cualquier uso o práctica que se haya establecido o hayan convenido, y que el contrato será aplicable de acuerdo a un uso del que las partes han tenido conocimiento y que es reconocido en el comercio internacional.

3.2. Costumbres Mercantiles.

La costumbre se encuentra establecida como una fuente de derecho dentro del derecho interno y con la internacionalización del derecho y el aporte de distintos sistemas jurídicos a este la costumbre también ha pasado a conformar una fuente de derecho internacional, siendo relevante para distintas ramas del derecho que se relacionan con el derecho internacional. De esta manera es que la costumbre como fuente de Derecho Mercantil ha pasado a obtener importancia y aplicabilidad convirtiéndose en costumbre mercantil internacional, la importancia de ésta es su influencia dentro del comercio internacional como resultado de la globalización y como en los últimos años se ha convertido también en pauta de derechos y obligaciones en la contratación mercantil internacional.

En el derecho internacional la costumbre atiende fundamentalmente a la *opinio iuris sive necessitatis* interpretada como la obligación de cumplir un deber jurídico como un elemento subjetivo de la costumbre aplicada como fuente de derecho por medio de la cual un Estado puede llegar a reconocer determinadas conductas o maneras de actuar como obligatorias o constitutivas de un Derecho. Para que exista dicho reconocimiento dentro del sistema jurídico internacional es necesario considerar si la costumbre puede tener un carácter vinculante. Para determinar la existencia de un carácter vinculante el estatuto de la Corte Internacional de Justicia establece que en cuanto a la resolución de las controversias que le sean sometidas tomará en cuenta la costumbre internacional como prueba de una práctica que generalmente sea aceptada como un Derecho.

Expresada la costumbre mercantil como “un conjunto de usos o prácticas que realizan los comerciantes y que cumplen los requisitos exigidos por el código de comercio para adquirir tal denominación”¹⁰² de lo anterior podría establecerse que al constituir una práctica realizada y reconocida por los comerciantes y que además cumple con los requisitos establecidos en la ley, puede reconocerse la costumbre mercantil con carácter vinculante.

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

Al establecer el carácter de la costumbre mercantil deriva una funcionalidad interpretativa en cuanto al sentido de los actos de la contratación, dicha funcionalidad radica en tres aspectos; la función normativa de la costumbre por medio de la cual se determina aquello que no se encuentre regulado por la ley; función interpretativa de la costumbre la cual cumple con dar sentido a los términos bajo los cuales se realiza determinado acto o contrato mercantil; y una función integradora la cual radica en la aplicación de la costumbre por disposición extra de la ley.

3.3. Doctrina Internacional.

La doctrina se considera como una fuente de derecho internacional reconocida y aceptada por distintos estados y se instituye como “el resultado de la labor intelectual científica de los estudiosos del derecho, contenida en sus libros, artículos de alta

¹⁰² Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá, Cardoso, Juan Pablo, La costumbre mercantil internacional como mecanismo de solución de conflictos en la contratación mercantil internacional en la corte suprema de justicia y corte constitucional colombiana, Colombia, 2010, disponible en: http://www.javeriana.edu.co/juridicas/pub_rev/univ_est/documents/5Lacostumbre.pdf, consultado el 1 de marzo de 2014-

investigación, enciclopedias de valor científico, manuales de estudio, actas de congresos, conferencias, simposios, encuentros, seminarios”¹⁰³.

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

Dentro del ámbito de derecho internacional se puede hacer referencia al Estatuto de la Corte Internacional de Justicia en cuanto a la aplicación de la costumbre conforme al derecho internacional para la resolución de las controversias que le sean sometidas. El artículo 38 inciso g) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia conviene la aplicación de la doctrina de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones como un medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho.

Tratándose del Derecho Mercantil dentro del ámbito internacional aquel se relaciona en cuanto a la teoría general y sus fuentes lo que permite determinar dentro de una teoría del Derecho Mercantil internacional cómo se relacionan las normas jurídicas del Derecho Mercantil con el derecho internacional y sus elementos comunes; respecto a los elementos comunes puede establecerse la doctrina como una fuente y como un medio auxiliar para la interpretación de la ley comercial internacional, los actos del comercio y las relaciones jurídicas que puedan existir.

Como una fuente del Derecho Mercantil internacional la doctrina se considera como tal cuando a través de documentos internacionales se sustentan principios o nociones sobre la interpretación y existencia de normas cuya aceptación internacional le otorgan determinada calidad.

¹⁰³ Larios Ochaíta, Carlos, Derecho internacional privado, Guatemala, editorial estudiantil Fénix, 2004, Séptima edición, página 24.

La doctrina entonces se aplicará como un respaldo jurídico que de una noción racional sobre la aplicación, del Derecho Mercantil internacional y que justifica la vigencia o el sentido de un derecho. En cuanto al Derecho Mercantil Internacional y la nueva Lex Mercatoria comprendida como una expresión del Derecho Mercantil Internacional se encuentra presente en distintas doctrinas que desarrollan las posturas sobre su existencia y su contenido; con la existencia de estas doctrinas existen distintos criterios según cada autor, que la han desarrollado como un ordenamiento jurídico; como un conjunto de principios de derecho comunes al comercio internacional y como complementaria al ordenamiento jurídico de un estado. Considerando los criterios vertidos se puede expresar que la doctrina conforma Lex Mercatoria en cuanto a su existencia dentro de estudios, libros, artículos y al efecto permite aplicarla e incorporarla como auxiliar dándole validez a su contenido.

3.4. Jurisprudencia Arbitral.

“Se entiende por jurisprudencia la interpretación que de la ley hacen los tribunales para aplicarla a los casos sometidos a su jurisdicción. Así, pues, la jurisprudencia está formada por el conjunto de sentencias dictadas por los miembros del Poder Judicial sobre una materia determinada. Sin embargo, en algunos países que cuentan con tribunales de casación, se considera que no todos los fallos judiciales sientan jurisprudencia, sino únicamente los de dichos tribunales de casación, que constituyen la más alta jerarquía dentro de la organización judicial, y cuya doctrina es de obligatorio acatamiento para todos los jueces y tribunales sometidos a su jurisdicción. De este modo se afianza la seguridad jurídica, porque, donde la casación no existe, cada tribunal o juez tiene libertad para sentenciar conforme a su criterio”¹⁰⁴

“La jurisprudencia internacional en materia de arbitraje comercial, es rica en cuanto a casos donde las partes de un contrato no determinaron cual sería en caso de disputa el derecho aplicable a la negociación y por ende a las reglas utilizadas por los

¹⁰⁴ Jurisprudencia, Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, Guatemala, Datascan, 1999, Primera Edición Electrónica, Pág. 531.

árbitros para buscar una solución a la controversia de las partes, o se puede dar el caso de que la determinación de ese derecho aplicable por parte de las mismas no fue claro, o se dio de forma ambigua generando dudas para el tribunal arbitral, por eso mismo, han existido diversos criterios que los árbitros han plasmado en la jurisprudencia arbitral, principalmente aquella de la Corte Internacional de Comercio, que tienen como fin dar soluciones a esas hipótesis del derecho aplicable. El derecho aplicable a los contratos de comercio internacionales, siempre ha sido de los temas que más desarrollo jurisprudencial ha tenido por los tribunales arbitrales, posiblemente esto sea por lo común que se presente contratos donde no sea clara la manifestación de las partes de querer so meterse a unos ordenamientos jurídico particular, o disposiciones determinadas. El derecho o la ley aplicable, incluso puede ser elegido en un momento posterior a la celebración del contrato, así mismo no es necesario que la ley elegida manifieste ninguna vinculación con las circunstancias del caso”¹⁰⁵

3.5. Contratos Tipo.

Los contratos tipo son modelos de contrato que contienen las estipulaciones que rigen las relaciones entre vendedor y comprador en determinadas relaciones que se dan habitualmente dentro de las actividades comerciales, lo que les brinda un uso universal y uniforme, conocidos por su nombre en inglés standard contracts los contratos tipo empleados para determinados casos deben ser revisados por un organismo supervisor y su contenido se basa en las condiciones generales de venta y suministro que serán validas para determinado producto y su valor dentro de otras relaciones contractuales; así mismo se fijan los precios pudiendo establecer las condiciones de venta que se relacionen a los precios fijados por el vendedor y el derecho a modificar los precios según la condición que se establezca o las condiciones que modifiquen directamente los costos de producción.

¹⁰⁵ Poder Judicial República de Costa Rica, Piedra Poveda, Federico, Principios de la Jurisprudencia Arbitral Comercial internacional, Piedra Poveda, Federico, Costa Rica, 2012, Disponible en http://sitios.poder-judicial.go.cr/escuelajudicial/archivos%20actuales/documents/revs_juds/revista%20104%20por%20archivo/05-%20Jurisprudencia%20arbitral%20comercial.pdf

Un contrato tipo al igual que cualquier otro contrato se perfecciona con su aceptación o extraordinariamente con la condición que se fije entre comprador y vendedor, al igual que se fijan las condiciones sobre las cuales serán suministradas las mercancías objeto del contrato, el plazo para la entrega de las mismas y las acciones por incumplimiento de las obligaciones incluyendo rescisión del contrato y pago por daños y perjuicios, siempre y cuando no sea por fuerza mayor o por hechos imprevisibles en los que no medie culpa por parte del vendedor. También se establecen las condiciones sobre la devolución de los productos suministrados, el plazo y el estado de que deben guardar las mercancías para ser aceptadas de vuelta y lo relativo a los cargos de envío que genere la devolución.

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

También establecen las garantías y casos de responsabilidad, las limitaciones de la responsabilidad y el derecho aplicable y jurisdicción.

3.6. Leyes Modelo.

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

diferentes ordenamientos jurídicos; estableciendo un régimen uniforme que brinde certeza jurídica.

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

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

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

“Se ha promulgado legislación basada Leyes Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil internacional en unos 20 Estados. Cada vez es mayor el número de solicitudes de reconocimiento y asistencia presentadas con arreglo a esas legislaciones, así como la variedad de jurisdicciones afectadas por esas solicitudes. Se pide con más y más frecuencia a los jueces que decidan acerca de cuestiones relativas a casos transfronterizos con las que tal vez estén

poco familiarizados o tengan poca experiencia. El texto pretende ofrecer a los jueces una introducción al uso y la aplicación de la Ley Modelo, fomentando así un entendimiento común y una interpretación uniforme de la Ley Modelo, y aumentando la previsibilidad”¹⁰⁶

3.7. Condiciones generales de contratación.

Las condiciones generales de contratación cumplen con una función de rapidez para la contratación mercantil por medio de cláusulas redactadas para ser utilizadas en todos los contratos las cuales no están sujetas a cambio o modificación las cuales prevén todas las situaciones posibles de acuerdo a las necesidades del negocio que se celebra y de la voluntad de las partes, de esta manera se puede contratar en menos tiempo, a menor costo y en mayor cantidad.

Todas aquellas condiciones generales que tiendan a favorecer a una sola de las partes en perjuicio de la otra se tienen como cláusulas abusivas y son éstas generalmente las que pueden causar inestabilidad en la contratación.

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

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

¹⁰⁶Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza: la perspectiva judicial, 2004 Disponible en http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/insolvency/2011Judicial_Perspective.html, consultado el 28 de agosto de 2013

De lo anterior puede considerarse también la funcionalidad de las condiciones generales de contratación como un medio para proporcionar igualdad entre las partes contratantes para brindar seguridad jurídica y fomentar las relaciones económicas a través de la protección de los intereses de las partes a través de un equilibrio adecuado de las obligaciones y derechos que derivan de un contrato.

Para que las condiciones generales de contratación puedan formar parte de un contrato se requiere que estas condiciones sean conocidas por la que se obliga a través de un contrato, que se redacten en forma clara, concreta y sencilla y que no estén pre dispuestas a beneficiar en mayor grado a quien redacta el contrato.

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

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

3.8. Incoterms®.

Los Incoterms® (International commercial terms) “términos internacionales de comercio” son reglas estándar reconocidas internacionalmente y se utilizan en todo el mundo en contratos de compraventa de mercancías a nivel local e internacional. Estas reglas se refieren a las condiciones de compra y venta de mercancías, la entrega de éstas, los derechos y obligaciones de comprador y vendedor.

Los Incoterms® funcionan sobre transacciones comerciales internacionales y con la finalidad de evitar litigios relacionados a la aplicación de la ley de un estado en particular. Se publicaron por primera vez en el año 1936 y proveían reglas aceptadas internacionalmente sobre términos comerciales, éstos han sido desarrollados y mantenidos desde entonces por la ICC (International chamber of commerce) “Cámara de Comercio Internacional” y se han convertido en reglas estándar para la realización de negocios internacionales, con el propósito de proveer un conjunto de reglas para la interpretación de los términos utilizados en el comercio internacional, y desde entonces la cámara de comercio internacional los ha actualizado constantemente. En septiembre del año 2010 se modificaron y adicionaron nuevas reglas las cuales entraron en vigor a partir del uno de enero de 2011 con la finalidad de permitir a los comerciantes dirimir los conflictos que surjan sobre los costos y riesgos relativos al transporte y entrega de mercancías, de vendedores a compradores.

Los Incoterms® también son reconocidos por la UNCITRAL (United Nations Commission on International Trade Law) “Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional” como las normas estándar para la interpretación de los términos contractuales en el comercio internacional, sobre compra venta de mercancías.

Las prácticas del comercio actual incluyen distintos tipos de modalidades para lo cual es necesario actualizar constantemente las reglas de interpretación de los contratos; debido a esto los Incoterms® se han convertido en una parte esencial dentro del lenguaje comercial, incorporándolos en contratos de compraventa internacional, así también se utilizan como lineamiento para importadores, exportadores, transportistas, abogados y aseguradoras, cuya actividad se relaciona al comercio internacional.

“Cuando se realiza la compraventa internacional, entran en contrato una serie de normas jurídicas que pertenecen a sistemas jurídicos de diferentes países,

susceptibles de entrar en “colisión”. Este es precisamente el campo del Derecho Internacional Privado, sin embargo, dentro del mismo, ha estado tomando auge la denominada “Lex Mercatoria” y muy especialmente los “INCOTERMS” que resuelven el caso en forma directa, sin necesidad de recurrir previamente a la norma de conflicto.” Por lo anterior se puede determinar a los Incoterms® como el conjunto de reglas internacionales que tiene como finalidad facilitar la interpretación de los términos contractuales sobre compraventa de mercancías; y establecer los derechos, obligaciones, riesgos y responsabilidad entre las partes; los Incoterms® no se constituyen como una ley sino como reglas de interpretación reconocidas a nivel internacional, como parte de un sistema uniforme. En el año 2010 al actualizarse los Incoterms® se establecen dos nuevas reglas DAT y DAP y se suprimen cuatro reglas de los incoterms® vigentes desde el año 2000 DAF, DES, DEQ, y DDU; por lo que el número de Incoterms® se ha reducido de 13 que eran en el año 2000 a 11 para el año 2010 los cuales están vigentes desde el uno de enero de 2011, éstos se presentan en distintas categorías.

3.8.1. Categoría C.

a. CFR (Cost and Freight) Costo y Flete.

Éste es aplicable únicamente para transporte marítimo; establece como obligación del vendedor la contratación del buque y pago del flete hasta el lugar de destino incluyendo el despacho para exportación; los gastos adicionales y sobre riesgos a los que sea susceptible la mercancía corren por cuenta del comprador.

b. CIF (Cost, Insurance & Freight) Costo, Seguro y Flete.

Se aplica únicamente para transporte marítimo, conlleva la mayor obligación para el vendedor quien debe contratar el buque y pagar el flete, realizar el despacho para exportación y pagar una póliza de seguro.

c. CIP (Carriage and Insurance Paid To) Porte/Flete y Seguro Pagado Hasta.

Se aplica a todo tipo de transporte (aéreo, terrestre, marítimo); establece la obligación del vendedor a contratar y pagar el transporte de la mercancía hasta el

lugar convenido hasta un lugar determinado para la entrega de la mercancía, pagando una póliza de seguro para la protección de la mercancía por un valor mínimo del 110% del costo de la mercancía transportada. Por su parte el comprador debe asumir los gastos adicionales de transporte de la mercancía.

d. CPT (Carriage Paid To) Porte/Flete Pagado Hasta.

Es aplicable a todo tipo de transporte, con la particularidad que condiciona combinar la utilización del transporte marítimo solo si se combina con cualquier otro tipo de transporte; la obligación del vendedor consiste en la contratación de transporte para la entrega de la mercancía en un lugar establecido y realizar el pago por el transporte.

El comprador por su parte debe responder por los costos que representen los riesgos a los que sea susceptible la mercancía desde que es entregada al transportista y los gastos adicionales para el transporte.

3.8.2. Categoría D.

a. DAT (Delivered at Terminal) Entregada en Terminal.

Aplicable a todo tipo de transporte sin restricción de combinar distintos (aéreo, marítimo, terrestre), establece la obligación del vendedor a entregar la mercancía para su transporte en una terminal para que sea cargado al transporte; y el comprador es quien asume los costos y gastos sobre riesgos desde que la mercancía es entregada en la terminal determinada.

b. DAP (Delivered at Place) Entregada en Lugar designado.

Se puede utilizar para el transporte de mercancías por cualquier medio de transporte inclusive combinándolo, la obligación del vendedor consiste en la entrega de la mercancía en un medio de transporte cuyo destino sea el lugar designado para la entrega, el vendedor contrata y paga por el transporte y corre los riesgos que pueda sufrir la mercancía hasta que se entrega en el punto acordado, por su parte el

comprador corre con los gastos sobre los riesgos que pueda sufrir la mercancía desde que es entregada por el vendedor en el lugar designado.

c. **DDP (Delivered Duty Paid) Entrega en Destino con Derechos Pagados**

Se puede utilizar para el transporte de mercancías por cualquier medio de transporte pero no es posible combinarlos; el vendedor entrega la mercancía en un lugar establecido; y paga por su cuenta los gastos de transporte hasta el lugar de destino y despacho de exportación e importación; representando la mayor cantidad de obligaciones para el vendedor y por su parte el comprador solo es responsable por los gastos sobre riesgos que pueda sufrir la mercancía luego de su entrega en el lugar convenido.

3.8.3. Categoría E.

a. **EXW (Ex Works) En Fábrica.**

Éste es utilizable para todo tipo de transporte y conlleva la mínima obligación para el vendedor consistente en entregar la mercancía en el establecimiento del comprador; siendo el comprador quien debe elegir el modo de transporte, pagar el costo del transporte, seguimiento y riesgo; y gastos sobre exportación de mercancías.

3.8.4. Categoría F.

a. **FAS (Free Alongside Ship) Libre al Costado del Buque.**

Éste puede utilizarse únicamente para transporte marítimo y establece como obligaciones para el vendedor la entrega de la mercancía al costado del buque en el puerto de embarque y en su caso haberse realizado el despacho para exportación. El vendedor no está obligado a subir al buque la mercancía y su responsabilidad termina al momento de entregar la mercancía al costado del buque y la responsabilidad sobre la pérdida o riesgos que recaigan sobre la mercancía se transfiere al comprador.

El comprador por su parte está obligado a elegir el transporte (marítimo) y dar aviso sobre éste al vendedor y pagar el flete y gastos sobre riesgos a los que esté expuesta la mercancía.

b. FCA (Free Carrier) Libre Transportista.

Éste se puede utilizar únicamente en cuanto a transporte aéreo y terrestre; siendo obligación del vendedor la entrega de la mercancía al transportista elegido por el comprador y cuando se trate de exportaciones debe realizar el despacho de la mercancía; en cuanto al comprador éste elige el transporte y el lugar en donde será entregada la mercancía al transportista, y corre con la responsabilidad de los gastos y riesgos de la mercancía desde que es entregada al transportista designado.

c. FOB (Free on Board) Libre a Bordo.

Éste es aplicable únicamente para transporte marítimo; estando obligado el vendedor a entregar la mercancía a bordo (subir la mercancía al buque) y efectuar el despacho para exportación; por su parte el comprador debe correr con los gastos sobre riesgos a los que sea susceptible la mercancía y establecer el transporte en el cual será entregada y transportada la mercancía.

CAPITULO IV.

ANALISIS, PRESENTACIÓN Y DISCUSIÓN DE RESULTADOS.

4.1. Análisis, presentación y discusión de resultados, que generan la propuesta de integración al Derecho Mercantil guatemalteco de la Lex Mercatoria.

Como parte de la investigación y a través de los instrumentos utilizados se pudieron obtener en principio distintos criterios que en contraste con cada uno de los aspectos desarrollados en la investigación permiten comprender de mejor manera los aspectos doctrinales del tema y sus antecedentes. Al respecto se presentan los resultados obtenidos a través de las entrevistas realizadas para posteriormente establecer los resultados obtenidos en base a los objetivos de la investigación.

Con relación al tema, el Licenciado Pedro Francisco Guzmán Escobar explica en cuanto a los antecedentes y evolución de la Lex Mercatoria: Debido a que una de las características del Derecho Mercantil es que tiende a ser internacional una de las características y principios fundamentales, la Lex Mercatoria viene siendo el resultado una fuente aplicable al Derecho Mercantil, la idea de contar con una Lex Mercatoria es la idea de unificar principios, conceptos, tasas aduaneras, en fin crear una unidad dentro de lo que es el Derecho Mercantil. Hay autores dentro del Derecho Mercantil como René David el autor francés que en su libro sistemas jurídicos contemporáneos habla de un sueño que es algún día unificar el derecho en todos los países del mundo en el derecho en general, sin embargo él ve que esto es algo difícil dadas las distintas formas de sistemas jurídicos como el neo románico, el common law, los derechos musulmanes, derechos soviéticos, en fin muchas formas distintas de derecho, sin embargo este autor cree que la forma más viable de encontrar una unidad es a través del Derecho Mercantil, por esa razón es que la Lex Mercatoria en su conjunto, todo lo que comprende e integra hablando de principios, doctrinas, leyes, convenios y tratados pues a lo que va es a tratar de unificar el Derecho Mercantil. Sus antecedentes se dan precisamente por el crecimiento económico y la

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

El Licenciado Guzmán Escobar, en cuanto a las manifestaciones de la Lex Mercatoria, sostiene el criterio que: Como fuente de derecho todas las normas que se emitan en un sentido uniforme o común para agilizar las negociaciones dentro de los distintos países como fuente de aplicabilidad del derecho dentro del Derecho Mercantil. Ahora como lo que debe constituir viéndolo desde el lado de su aplicabilidad depende mucho de los convenios que se puedan establecer en un momento determinado dentro de la globalización y los tratados de libre comercio.

Así mismo en cuanto al funcionamiento de la legislación guatemalteca en cuanto a las operaciones comerciales internacionales, expone: Guatemala no se ha querido quedar rezagada en este tipo de aspectos de negociación mercantil internacional y ha tratado de signar todos los convenios y tratados internacionales, Guatemala se ha tenido que adaptar a lo que implica la globalización y los tratados de libre comercio, el problema es que se signan los tratados y convenios pero no siempre se analizan las consecuencias que esto puede provocar al interior o sea que Guatemala podría ponerse al día con todo el tráfico mercantil internacional siempre y cuando no se descuide lo interno porque debe generar condiciones para una de las principales fuentes económicas que tiene Guatemala como lo son las micro y pequeñas empresas.

En cuanto al criterio que le merece la legislación guatemalteca en materia de Derecho Mercantil, el licenciado Guzmán Escobar explica que: El código de comercio tiene muchas ventajas y prerrogativas, si se busca alguna supletoriedad el código remite al derecho común o el derecho civil, sin embargo me parece que tratándose de transacciones comerciales internacionales hay algunas debilidades que deberían satisfacerse por medio de reformas hechas dentro del propio código de comercio o por medio de normas especiales o normas específicas para atender las negociaciones internacionales. La ratificación de tratados y convenios internacionales

no siempre es suficiente, se necesita que haya una normativa para poder hacer prácticas y aplicables las negociaciones internacionales.

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

De la interrogante anterior se desprende el aspecto de las ventajas de la aplicación de nuevos sistemas jurídicos en materia de Derecho Mercantil y al respecto el Licenciado Guzmán Escobar considera que: Las ventajas vendrán en función de que esos sistemas jurídicos representen buenas alternativas para Guatemala para que sea todo lo que se haga de análisis sobre sistemas jurídicos que tiendan a la unificación del Derecho Mercantil y la internacionalización que se pretende del Derecho Mercantil, las ventajas serán en la medida en que los sistemas jurídicos estén provistos de las medidas necesarias para que el país no quede en desventaja y que exista igualdad de condiciones en todo momento. Así mismo expone, al respecto de la integración al Derecho Mercantil Guatemalteco: todo puede ser ventajoso mientras no se descuide a los distintos sectores comerciales que existen en Guatemala y se les den las mismas opciones y oportunidades de crecimiento económico, en la medida que esto se pueda hacer.

En cuanto a la pregunta que sustenta la propuesta de la aplicación de un sistema internacional de ley comercial en integración al Derecho Mercantil guatemalteco; el Licenciado Pedro Francisco Guzmán escobar expone que le parece interesante y es

una buena propuesta si se analiza profundamente sobre sus alcances, limitaciones, posibilidades y sus consecuencias, si se analiza debidamente con el tiempo necesario y escuchando a todos los sectores que en un momento determinado pueden estar involucrados. La propuesta puede ser bastante positiva, de bastante beneficio para el Derecho Mercantil guatemalteco

Dentro de la presente investigación, la Licenciada Alejandra de León Barrientos, pudo facilitar una entrevista en la que al respecto de las preguntas planteadas, expone:

¿En cuanto a los antecedentes y la evolución de la Lex Mercatoria: La lex mercatoria son los usos del comercio internacional, equivalente a la costumbre en las demás ramas del derecho, por lo que constituyen una fuente importante, que se remonta históricamente a la edad media y épocas posteriores, cuando los navegantes europeos comenzaron a viajar con más frecuencia al nuevo mundo.

Así mismo sostiene el criterio que las manifestaciones de la Lex Mercatoria son de varias clases, sobre todo de tipo contractual, pero también influencia a la legislación comercial.

Expone que su criterio en cuanto al funcionamiento de la legislación guatemalteca en cuanto a las operaciones comerciales internacionales es que ésta funciona muy bien, porque es una legislación flexible, que no obstante data de los años setenta, es lo suficientemente amplia. Además en esta materia, lo más importante es el contrato, por el principio Pacta sunt servanda (lo pactado obliga). Así mismo en cuanto a la efectividad de la legislación mercantil guatemalteca en cuanto a los aspectos necesarios para facilitar y asegurar las transacciones comerciales internacionales; para la Licenciada de León Barrientos Definitivamente las satisface y que mejor prueba de ello que los grandes volúmenes de contratos internacionales y flujo comercial en nuestro país.

En cuanto a la adopción de instrumentos para que pudieran fortalecer el ordenamiento jurídico guatemalteco; la licenciada de León Barrientos considera que de momento para fortalecer el ordenamiento jurídico se necesita hacer efectiva la coercibilidad del derecho (fuerza del derecho en palabras de Ihering), pero no sólo en Derecho Mercantil, sino en todas las ramas, especialmente los procesos judiciales.

Relacionado a las ventajas de la aplicación de nuevos sistemas jurídicos en materia de Derecho Mercantil; explica que posiblemente estas ventajas radiquen en la adaptación a los requerimientos actuales de los comerciantes, no obstante, ya se cuenta con la firma electrónica, pero se necesita la divulgación de sus ventajas y su uso.

En cuanto a las ventajas que aportaría la integración de un grupo de convenios, tratados o condiciones comerciales más modernas al Derecho Mercantil guatemalteco, a criterio de la Licenciada de León Barrientos; todos los años se hacen negociaciones comerciales con otros países y sus beneficios redundan en el aumento del flujo de negocios, al efecto ejemplifica que este año, se está negociando con la comunidad Europea. Las condiciones modernas se encuentran en nuestra legislación, así mismo hace referencia a que en materia mercantil no es necesaria una abundancia de normas legales, que lo único que logran es “atar de manos” a los comerciantes, quienes necesitan flexibilidad y regular ellos mismos sus negocios a través de los contratos, especialmente los atípicos.

En cuanto a la opinión que le merece, la propuesta de la aplicación de un sistema internacional de ley comercial en integración al Derecho Mercantil guatemalteco, expone que el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado ha trabajado mucho en esta materia, y es algo muy bueno, porque el comercio no afecta aspectos propios de la idiosincrasia de los pueblos; caso contrario con otras normas de derecho privado.

Como parte de la investigación se sostuvo una entrevista con la licenciada Zully Eugenia Cantoral Campos; magistrada presidente de la Sala Cuarta De La Corte De Apelaciones Ramo Civil, Mercantil Y Familia.

La Licenciada Cantoral Campos expone en cuanto a los antecedentes y evolución de la Lex Mercatoria que ésta surge como una ley aplicable en la Edad Media, cuya función se basaba en regir las relaciones de los comerciantes de manera uniforme y de aplicación universal.

A su criterio la Lex Mercatoria, se manifiesta en el Código de Comercio en cuanto se reconocen los usos y costumbres, además de las leyes promulgadas en virtud de leyes modelo u otros instrumentos realizados por organismos internacionales como convenios y convenciones.

Con relación al funcionamiento de la legislación guatemalteca en cuanto a las operaciones comerciales internacionales, la Licenciada Cantoral Campos expone que lo considera deficiente, en virtud que existen regulaciones internacionales que aun no se reconocen y cuya aplicación permitiría la inclusión a otros mercados; así como el traspaso de las fronteras comerciales que implica la globalización.

En cuanto a los aspectos necesarios para facilitar y asegurar las transacciones comerciales internacionales, considera que la legislación guatemalteca no satisface los aspectos para asegurar las transacciones comerciales internacionales; y que en cuanto instrumentos sobre Derecho Mercantil, que podrían adoptarse para fortalecer el ordenamiento jurídico guatemalteco, expone que es necesario ratificar instrumentos que puedan utilizarse en virtud de proyectos enfocados a la economía de Guatemala a través del comercio y la inclusión de mercados; tomando en consideración y dando prioridad a instrumentos sobre compraventa internacional y transporte internacional de mercancías y cualquier otro que pueda servir para dar seguridad a las operaciones comerciales internacionales.

A su criterio las ventajas de la aplicación de nuevos sistemas jurídicos en materia de Derecho Mercantil consisten en la modernización del sistema jurídico guatemalteco, se evitaría recurrir a normas de derecho internacional privado, lo que a la vez evitaría las desventajas en relación a la determinación de la ley aplicable en cuanto a las diferencias normativas entre un país y otro además de los costos y tiempo en caso de que surja algún conflicto. Por tanto considera que la integración de un grupo de convenios, tratados o condiciones comerciales más modernas al Derecho Mercantil guatemalteco sería conveniente, tomando en cuenta la existencia de una ley ordinaria que regule su aplicación y de esta manera poder fortalecer el ordenamiento jurídico guatemalteco.

La licenciada Cantoral Campos expone que en cuanto a la propuesta de la aplicación de un sistema internacional de ley comercial en integración al Derecho Mercantil guatemalteco, le parece viable mediante la ratificación, y favorecería al sistema jurídico además de ser una propuesta novedosa, favorecería a la globalización y relaciones comerciales y se modernizaría la legislación guatemalteca.

Los distintos criterios vertidos permiten concretar los aspectos sobre los cuales se basa esta investigación, de esta manera en cuanto a los antecedentes y evolución de la Lex Mercatoria ésta se tiene como un derecho de los comerciantes el cual históricamente surge en la edad media, para regir las relaciones de éstos como resultado de la internacionalización del comercio, así mismo constituye una fuente de derecho importante, concebida como usos y costumbres y que como resultado de la internacionalización del Derecho Mercantil actualmente se ve reflejada en la unificación de principios, instituciones y normas jurídicas a través de instrumentos internacionales. Así las manifestaciones que la Nueva Lex Mercatoria o Lex Mercatoria comprende, consisten en aquellas normas emitidas en sentido uniforme, aquellas que estén comprendidas dentro de un contrato y las que influyan en la legislación comercial, en cuanto se reconocen los usos y costumbres así mismo las leyes ordinarias creadas en virtud de un instrumento internacional o que reconocen su aplicación.

Doctrinalmente se expresa que la Lex Mercatoria contiene los usos y costumbres comerciales reconocidas internacionalmente y que cumplen con funciones auxiliares a la legislación vigente y que con su reconocimiento y práctica por parte de los comerciantes se tiene como legítimo y proporciona pautas para la contratación.

Distintos autores integran en sus concepciones sobre la Lex Mercatoria; normas, usos, prácticas comerciales, principios que rigen el comercio internacional, predominantemente se considera la Lex Mercatoria como un sistema jurídico transnacional apartándose de otras consideraciones relativas a la internacionalización del Derecho Mercantil.

En cuanto a la consideración de un sistema Jurídico esta se basa en la existencia de un derecho positivo que rige a los comerciantes el cual se inspira en usos, prácticas comerciales y principios.

La Lex Mercatoria contiene usos y costumbres de carácter internacional, jurisprudencia arbitral, doctrina internacional, leyes modelo, principios generales de contratación que funcionan de forma conjunta o separada vertidos en instrumentos internacionales o no.

Aunque se dice que la Lex Mercatoria no posee una regulación positiva, su existencia como un sistema jurídico se basa la consideración que se encuentra basada en la costumbre internacional, los usos y prácticas que son reconocidos por los comerciantes; por lo que atendiendo también a su naturaleza jurídica se puede establecer como un sistema jurídico de carácter especial.

La finalidad será siempre una adecuada aplicación de la ley o la regulación de una forma moderna y uniforme que permita facilitar las relaciones comerciales internacionales

En cuanto al funcionamiento de la legislación guatemalteca y las operaciones internacionales se puede establecer que ésta es flexible lo que le ha permitido adaptarse a la vez que el estado de Guatemala a tratado de signar convenios y tratados internacionales aunque un aspecto a considerar son las repercusiones para los sectores que no manejan una economía de alto nivel; se concibe como una legislación amplia y que al efecto, en cuanto a las operaciones internacionales lo que va a regir en todo momento es lo que hayan pactado los comerciantes a través de un contrato; aunque puede fortalecerse a través de instrumentos internacionales.

relacionado a los aspectos necesarios para facilitar y asegurar las transacciones comerciales internacionales, la legislación guatemalteca tiende a la supletoriedad de las normas y tratándose de negociaciones internacionales es necesario subsanar algunas deficiencias a través de reformas a las leyes existentes o creación de leyes especiales; aunque a pesar de ello todo lo relativo a las condiciones de las negociaciones internacionales se rige actualmente por la autonomía de la voluntad en los contratos.

La aplicación de la *lex mercatoria* en contratos concretos dependerá de las necesidades que puedan presentar los contratantes y a la vez su aplicación versará conforme a la práctica internacional cuando la ley de un Estado determinado no provea una regulación adecuada que satisfaga las necesidades o intereses de las partes en cuanto existan figuras que no contempla o que aun estando contempladas dentro de la normativa estas figuras se han modernizado y la normativa se ha quedado en desuso.

Para la aplicación de la *Lex Mercatoria* en contratos mercantiles en concreto es necesario hacer referencia a la existencia de una pluralidad de figuras contractuales que pueden surgir según las necesidades de las partes; aun así la *Lex Mercatoria* puede formar parte de la forma del negocio jurídico en cuanto a sus estipulaciones, interpretación, sentido y finalidad. Atendiendo a la situación actual del comercio internacional se podría, por mencionar algunos que la *Lex Mercatoria* se puede

integrar de forma más común por cualquiera de sus manifestaciones o elementos que contiene en contratos de compra venta internacional en cuanto a las condiciones de la compraventa, el transporte utilizado, y la forma de resolver las controversias que puedan surgir de la celebración del contrato. Y la utilización reglas estándar de compra y venta de mercancías, entrega, transporte, derechos y obligaciones de las partes como lo son los Incoterms®. Contratos relativos a la representación comercial como la franquicia, contratos informáticos que surgen con la modernización del comercio a través de la contratación en línea o negocios on-line los cuales pueden llegar a regirse por instrumentos relativos a la utilización de las comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales, contratos de distribución de servicios formados en contratos de adhesión que contienen condiciones generales de contratación. Éstos por establecer algunos que no necesariamente excluyen a otros que por su forma pueda considerarse que se integran con la Lex Mercatoria y que puedan ser objeto de investigación más a fondo en otros trabajos.

Así con la finalidad de fortalecer el ordenamiento jurídico guatemalteco es conveniente la incorporación de instrumentos internacionales y/o la creación de normas que regulen la aplicación de éstos instrumentos, pues basados en la autonomía de la voluntad vertida en los contratos actualmente la única alternativa que se considera eficiente es la coercibilidad del derecho, aunque al respecto es necesario primero que se reconozca la jurisdicción un tribunal determinado, lo que lleva a la necesidad de determinar éste aspecto, que efectivamente se encuentra previsto en sendos instrumentos internacionales, que basan su regulación a este aspecto en lo que hayan acordado las partes.

Respecto a las ventajas que implicaría la aplicación de nuevos sistemas jurídicos en materia de Derecho Mercantil, éstas residen en las alternativas que brinden al ordenamiento jurídico interno y que indiscutiblemente favorezcan a la unificación del derecho y su internacionalización, principalmente adaptarse a los requerimientos internacionales y la modernización del sistema jurídico.

Con relación a esto anteriormente se hacía referencia por parte de la Licenciada Alejandra de León Barrientos, a la existencia de la firma electrónica y efectivamente Guatemala cuenta con la normativa contenida en el decreto número 47-2008 Ley para el Reconocimiento de las Comunicaciones y Firmas Electrónicas la cual se inspira y es promulgada en virtud de la Ley modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional cuyo objeto es establecer un marco normativo moderno y armonizado además que contiene el marco de aplicación al que se refiere la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre Comercio Electrónico en cuanto a la función de las firmas electrónicas. Al momento de la creación de la normativa interna se considera como fundamento para la promulgación de la ley la inserción del país en las corrientes del progreso mundial, la facilitación del comercio interior y más allá de las fronteras nacionales y “que la integración al comercio electrónico global requiere que sean adoptados nuevos instrumentos técnicos legales basados en los modelos de legislación internacional que buscan la unificación de esta rama del derecho tan especializada, y que debe dársele seguridad jurídica y técnica a las contrataciones no obstante la existencia de la normativa interna es necesario evidenciar que su creación se basa en la existencia de un instrumento internacional y que la necesidad de su adopción se reconoce por el legislador, lo que sustenta la integración de una las manifestaciones de la Lex Mercatoria, como lo comprende un instrumento internacional.

Al respecto la integración de un grupo de convenios, tratados o condiciones comerciales más modernas al Derecho Mercantil guatemalteco principalmente consisten en establecer una situación de igualdad entre los comerciantes sin que los aspectos relacionados a los distintos ordenamientos jurídicos representen un obstáculo para las transacciones comerciales y que no consiste únicamente en la abundancia de normas legales sino en la integración a través del reconocimiento de normas que conserven la flexibilidad que necesitan los comerciantes respetando la autonomía de la voluntad pero que establezcan los parámetros para que no existan

situaciones de desventaja; sin dejar de lado el aporte como fundamento al legislador para crear una ley ordinaria en armonía a la legislación de otros países.

Para lograr la aplicación de un sistema internacional de ley comercial en integración al Derecho Mercantil guatemalteco, es necesario analizar todos los aspectos que implica e involucrar a los distintos sectores involucrados, es importante tomando en consideración el trabajo realizado por distintos organismos internacionales, lo que queda únicamente por parte del estado analizar la viabilidad de un instrumento normativo para su ratificación o la creación o reforma de la normativa interna.

Como una propuesta a analizar quedaría el estudio de la conveniencia e implicaciones de la adopción de un instrumento internacional en materia de Derecho Mercantil y siendo las opciones que se presentan para su integración al ordenamiento jurídico guatemalteco, la ratificación, promulgación de una ley ordinaria o la reforma de la normativa existente que permita alcanzar la uniformidad dentro del Derecho Mercantil, junto con su modernización y seguridad jurídica.

Para responder a la pregunta que fundamenta esta investigación:

¿Cómo puede la Lex Mercatoria Contribuir a brindar seguridad jurídica a las operaciones comerciales internacionales y fortalecer el ordenamiento jurídico guatemalteco?

Se puede determinar que la Lex Mercatoria comprendida como una manifestación de principios, instituciones y normas de Derecho Mercantil internacional, así como los usos y costumbres de los comerciantes plasmados en contratos tipo, condiciones de compraventa internacional, términos de negociaciones internacionales reconocidos y como fuente de Derecho Mercantil propiamente la cual inspira las normas de Derecho Mercantil, puede fortalecer el ordenamiento jurídico guatemalteco a través de la incorporación de alguna de sus manifestaciones dentro de la normativa ordinaria a través de su reconocimiento o la creación o reforma de la normativa existente para modernizar y unificar las normas sobre de Derecho Mercantil lo que

contribuiría a brindar seguridad jurídica, fortalecer y respaldar la actividad comercial bajo el amparo de la ley.

El ordenamiento jurídico Guatemalteco con fundamento en el Artículo 119 de la Constitución Política de la República, consagra como obligaciones del estado promover el desarrollo económico de la Nación..., proteger la formación de capital, ahorro y la inversión; promover el desarrollo ordenado y eficiente del comercio interior y exterior del país fomentando mercados para los productos nacionales; y crear las condiciones adecuadas para promover la inversión de capitales extranjeros. Con la finalidad de promover la inversión de capitales extranjeros primero es necesario crear las condiciones adecuadas para ello partiendo de la armonización de la legislación en cuanto a las leyes, reglamentos y procedimientos que permitan y faciliten el cumplimiento las obligaciones y protejan los derechos que se desprendan de aquellas.

Es necesario también que la legislación nacional se adapte y reconozca los procedimientos o establezca la normativa interna adecuada para la correcta aplicación de las normas extranjeras. Así se determina a la Lex Mercatoria como un sistema moderno, uniforme, y equitativo que contribuye a brindar seguridad jurídica a las operaciones comerciales nacionales e internacionales independientemente que actualmente puedan aplicarse o reconocerse otras manifestaciones de la Lex Mercatoria relativas a los usos, prácticas comerciales y principios que rigen el comercio internacional.

CONCLUSIONES.

- I. En cuanto a los antecedentes de la Lex Mercatoria se concluye que ésta surge como una fuente de derecho aplicable basada en los usos y costumbres de los comerciantes lo que a la vez la convierte en una fuente de Derecho Mercantil, que en principio tiene la finalidad de uniformizar las normas de Derecho Mercantil.
- II. La Lex Mercatoria puede aplicarse a todos aquellos actos que se rijan por la voluntad de las partes en cuanto a los principios generales del Derecho Mercantil, para interpretar o complementar la voluntad de las partes.
- III. La Lex Mercatoria puede encontrarse materializada en todas aquellas normas nacionales o internacionales que tengan la finalidad de armonizar, uniformizar y responder a la internacionalización del Derecho Mercantil, usos y prácticas comerciales, costumbres, doctrina, jurisprudencia y medios utilizados en la contratación mercantil internacional.
- IV. Los instrumentos internacionales o normas de derecho interno que se inspiran en la Lex Mercatoria, conservan la flexibilidad necesaria dentro del Derecho Mercantil y se adapta a las disposiciones de los comerciantes en cuanto no exista pacto en contrario.
- V. La Lex Mercatoria como una fuente de derecho o como un sistema de aplicación normativa puede utilizarse como fuente de integración, interpretación, inspiración o reguladora de las actividades comerciales internacionales.

- VI. Se destaca que Lex Mercatoria como un conjunto de normas o como fuente de Derecho Mercantil no se encuentra sujeta a una soberanía estatal sin embargo su aplicación o integración por medio de cualquiera de sus manifestaciones requiere el reconocimiento internacional.
- VII. En cuanto a la existencia de una Lex Mercatoria como orden jurídico internacional es necesario que produzca sus propias normas de derecho internacionales y que sea de reconocimiento universal.
- VIII. La Lex Mercatoria expresada a través de principios, instituciones o normas de Derecho Internacional en materia de Derecho Mercantil puede aplicarse efectivamente en integración al ordenamiento interno tomando en consideración los aspectos de reconocimiento y ratificación de instrumentos internacionales.
- IX. En cuanto al sistema jurídico guatemalteco éste podría reformarse o seguirse enriqueciendo a través del reconocimiento de convenios y tratados de Derecho Mercantil o bien seguir el camino de la creación de normas ordinarias inspiradas en leyes modelo de organizaciones internacionales encargadas del estudio y desarrollo del Derecho Mercantil; para crear un sistema uniforme y eficaz que coadyuve a la actividad de los comerciantes.

RECOMENDACIONES.

- I. Se hace necesario mantener la apertura a la suscripción de acuerdos comerciales y la adopción de nuevos instrumentos internacionales que permitan mejorar las condiciones bajo las cuales se realizan las transacciones comerciales.
- II. Se recomienda la creación de una normativa basada en instrumentos internacionales, cuya función sea tendiente a la unificación, modernización y eficacia del Derecho Mercantil.
- III. La Adopción y/o creación de normativa basada en los modernos instrumentos propuestos permitiría una mayor seguridad jurídica y un mejor aprovechamiento de las relaciones comerciales.
- IV. Parte del crecimiento económico del país depende de la existencia de normas que permitan la agilidad dentro de la cooperación jurídica internacional.
- V. Deben buscarse alternativas que tiendan a la unificación de la normativa y que permitan colocar a los comerciantes guatemaltecos en una situación ecuánime y que favorezca a la libre competencia.
- VI. Deben analizarse las necesidades de los pequeños comerciantes para que toda medida que sea adoptada le permita la inclusión dentro de los mercados y que no la limite o los sitúe en desventaja frente a otros y que les permita la competitividad y el desarrollo de su economía.

- VII. Es necesario establecer en futuras investigaciones las medidas que permitan enfrentar de una mejor manera las dificultades que podrían hallarse en la incorporación de normas internacionales, al respecto podría hacerse un estudio individual de cada instrumento.
- VIII. Es importante considerar a la vez que la incorporación al sistema jurídico interno de un instrumento internacional se puede facilitar mediante la creación de normas ordinarias.
- IX. El estado siempre podría limitar los efectos de una norma internacional en cuanto esta pueda contrariar las disposiciones del derecho interno o determinar un trato específico en cuanto a una posibilidad determinada.
- X. Se recomienda considerarse para futuras investigaciones el desarrollo de contratos en particular que se puedan integrar con la Lex Mercatoria o cuyo uso sea frecuente en la actualidad y conforme a las innovaciones del comercio.

REFERENCIAS.

BIBLIOGRÁFICAS.

Aguilar Guerra, Vladimir, *El Negocio Jurídico*, Guatemala, Magna Terra Editores S.A., 2008, Sexta Edición.

Briseño Sierra, Humberto, "El Arbitraje Comercial Doctrina y Legislación", México, Editorial Limusa Noriega Editores, 1999.

Castán Tobeñas, José, *Los sistemas jurídicos del mundo occidental*, España, Editorial Reus, 1957, Segunda Edición.

Cruz Miramontes, Rodolfo, *Contratación internacional Comentarios a los principios sobre los contratos comerciales internacionales del unidroit*, Universidad Nacional Autónoma de México, Universidad Panamericana, Instituto de investigaciones jurídicas, México, 1998, Primera edición.

Diez de Velasco, Manuel, "Prácticas de Derecho Internacional Privado", Madrid, Editorial Tecnos, 1986, Tercera Edición.

Garrigues Joaquín, *Curso de Derecho Mercantil, Volumen 1*, México, Editorial Porrúa, 1979, Séptima edición.

Garrigues, Joaquín, *Curso de derecho mercantil*, México, Editorial Porrúa S.A., 1979, Sexta Edición, Página 34.

Herdegen Matthias, *Derecho Internacional Público*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2005.

Herdegen, Matthias, *Derecho Internacional Privado*, México, Universidad Nacional Autónoma de México Fundación Konrad Adenauer, 2005.

Jiménez de Aréchaga, Eduardo, "El Derecho Internacional Contemporáneo", España, Editorial Tecnos, 1980.

Larios Ochaita, Carlos, *Derecho Internacional Privado*, Guatemala, Editorial Maya'wuj, 2010, Octava Edición.

Larios Ochaita, Carlos, *Derecho internacional privado*, Guatemala, Editorial estudiantil Fénix, 2004, séptima edición, página 218.

Mantilla Molina Roberto L., *Derecho Mercantil*, México, Editorial Porrúa, 2010, Vigésima novena edición.

Pallares Jacinto, Derecho Mercantil, México, Dirección General de Publicaciones Universidad Nacional Autónoma de México, 1987.

Perales Viscosillas, José, El derecho uniforme del comercio internacional, Argentina, Editorial Heliasta, 1990.

Pérez Vargas Victor, La lex Mercatoria, antología de Derecho de la contratación internacional, Costa Rica, Universidad de Costa Rica, 2005.

Pereznieto Castro, Leonel, Derecho Internacional Privado Parte General, México, Editorial Servicios Litográficos Ultrasol, 1999, Séptima Edición.

Pereznieto Castro, Leonel, Silva Silva, Jorge Alberto, "Derecho internacional Parte Especial", México, Editorial Castillo Hermanos, 2000.

Romero Del Prado, Víctor N., "Derecho Internacional Privado", Tomo II, Cordova, Editorial Assandri, 1961.

Sánchez Calero, Fernando, "Principios de Derecho Mercantil", Madrid, Editorial McGraw-Hill, 2002, Sexta Edición.

Silva Jorge Alberto, "Estudios Sobre Lex Mercatoria", universidad nacional autónoma de México. México, 2006 Primera edición.

Vásquez del Mercado, Oscar, "Contratos Mercantiles", México, Editorial Porrúa, 1985.

Ventura Silva Sabino, Derecho Romano, México, editorial Porrúa, 1985, octava edición.

Villegas Lara, René Arturo, Derecho Mercantil Guatemalteco, Guatemala, Editorial Universitaria Universidad de San Carlos de Guatemala, 2004, Sexta edición.

Von Wright, Georg Henrik, Norma y acción una investigación lógica, España, Editorial Tecnos, 1970.

NORMATIVAS.

Asamblea Legislativa de la República de Guatemala, Decreto Número 1575, Código de Derecho Internacional Privado.

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Ley modelo de la Comisión para las naciones unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre conciliación comercial internacional.

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, Viena 11 de Abril de 1980.

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil internacional sobre Conciliación Comercial Internacional, Viena 24 de junio de 2002.

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil internacional sobre arbitraje comercial internacional, Viena 11 de Diciembre de 1985 y sus enmiendas.

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, Nueva York, 7 de Junio de 1959.

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales, Nueva York, 23 de Noviembre de 2005.

Congreso de la República de Guatemala, Código de Comercio, Decreto Número 2-70 y sus reformas.

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

Congreso de la República de Guatemala, Decreto número 47-2008, Ley para el Reconocimiento de las Comunicaciones y Firmas Electrónicas.

Corte Internacional de Justicia, Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

Organismo Ejecutivo, Decreto Ley 106, Código Civil.

Organismo Ejecutivo, Decreto Ley 107, Código Procesal Civil y Mercantil.

ELECTRÓNICAS.

Biblioteca Universidad Complutense, López Martín, Ana Gemma, Las Inmunidades del Derecho Internacional: su aplicación en España, España, 2007, <http://eprints.ucm.es/6993/1/INMUNIDA.pdf> consultado el 19 de octubre de 2013.

Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales, Dreyzin de Klor Adriana S., El orden público internacional e el Área del derecho internacional privado, Argentina, 2012, Disponible en <http://biblioteca.clacso.edu.ar/gsd/collect/ar/ar-013/index/assoc/D4726.dir/sec6002b.pdf>, Consultado el 18 de Septiembre de 2013.

Economía48.com, Enciclopedia de economía, Dumping, España, 2008, Disponible en <http://www.economia48.com/spa/d/dumping/dumping.htm> consultado el 29 de agosto de 2013.

E-Prints Complutense, Fernández Rozas José Carlos, El Derecho del comercio internacional en el contorno de la globalización, España, 2000, disponible en http://eprints.ucm.es/6869/1/EL_DERECHO_DEL_COMERCIO_INTERNACIONAL_EN_LA_GLOBALIZACION.pdf, consultado el 15 de Julio de 2013.

Instituto de investigaciones Jurídicas UNAM, Villoro Toranzo, Miguel, La norma jurídica y sus caracteres, México, 2010, disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/111/dtr/dtr9.pdf>, Consultado el 18 de Septiembre de 2013.

Mansilla y Mejía, María Elena, Fraude a la Ley: Fraus Legis Facta, Cultura jurídica, Número 1, México, 2010, http://www.derecho.unam.mx/investigacion/publicaciones/revista-cultura/pdf/CJ%28Art_7%29.pdf, consultado el 19 de septiembre de 2013.

Organización Mundial de Comercio, Los Principios del sistema de comercio, 2011, disponible en http://www.wto.org/spanish/thewto_s/whatis_s/tif_s/fact2_s.htm#mfnbox, consultado el 28 de Agosto de 2013.

Ossorio Manuel, Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, Guatemala, Datascan, 1999, Primera Edición Electrónica.

Pace Law School Institute of International Commercial Law, Oviedo Alban Jorge, Los usos y costumbres en el derecho privado contemporáneo, Estados Unidos, disponible en: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/oviedoalban.html#56>, consultado el 28 de Agosto de 2013.

Poder Judicial República de Costa Rica, Piedra Poveda, Federico, Principios de la Jurisprudencia Arbitral Comercial internacional, Costa Rica, 2012, Disponible en

http://sitios.poder-judicial.go.cr/escuelajudicial/archivos%20actuales/documents/revs_juds/revista%20104%20por%20archivo/05-%20Jurisprudencia%20arbitral%20comercial.pdf, consultado el 19 de Septiembre de 2013.

Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá, Cardoso, Juan Pablo, La costumbre mercantil internacional como mecanismo de solución de conflictos en la contratación mercantil internacional en la corte suprema de justicia y corte constitucional colombiana, Colombia, 2010, disponible en:

http://www.javeriana.edu.co/juridicas/pub_rev/univ_est/documents/5Lacostumbre.pdf, consultado el 1 de marzo de 2014-

Pontificia Universidad Javeriana, Ibarra Pardo, Gabriel, El derecho de la competencia en las Relaciones comerciales internacionales, Colombia, 2006, Disponible en http://www.javeriana.edu.co/juridicas/pub_colecc/documents/5Elderecho.pdf, consultado el 14 de agosto de 2013.

Preguntas y Respuestas de Derecho Comercial Uruguayo, Rodríguez Olivera, Nuri, López Rodríguez, Carlos, Autonomía de la voluntad, Uruguay, 2009, Disponible en http://www.derechocomercial.edu.uy/claseob02a.htm#_ftn23, consultado el 10 de Septiembre de 2013.

Repositorio Institucional de la Universidad de Almería, Vargas Vasserot, Carlos, Evolución histórica del Derecho Mercantil y su concepto, España, 2008, Disponible en:

<http://repositorio.ual.es/jspui/bitstream/10835/1199/1/LA%20EVOLUCI%C3%93N%20HIST%C3%93RICA%20DEL%20DERECHO%20MERCANTIL%20Y%20SU%20CONCEPTO%20-%20Carlos%20Vargas%20Vasserot.pdf> consultado el 13 de agosto de 2013

Repositorio Universidade da coruña, García-Pita y Lastres, José Luis, El Derecho Bancario: Consideraciones Generales; España, 2008, disponible en <http://ruc.udc.es/dspace/bitstream/2183/2046/1/AD-3-12.pdf> consultado el 16 de Agosto de 2013

Uncitral.org, Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (Viena, 1980), 2007, Disponible en http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG.html, consultado el 28 de Agosto de 2013

Uncitral.org, Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza: la perspectiva judicial, 2004 Disponible en http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/insolvency/2011Judicial_Perspective.html, consultado el 28 de agosto de 2013

Uncitral.org, Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, 2007, Disponible en http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration.html, consultado el 19 de Septiembre de 2013.

Uncitral.org, Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Ley Modelo del aCNUDMI sobre Conciliación Comercial Internacional, 2006, Disponible en http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/arbitration/2002Model_conciliation.html, Consultado el 19 de Septiembre de 2013.

Uncitral.org, Comisión de las naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, 2007, disponible en http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG.html, consultado el 18 de Septiembre de 2013.

Uncitral.org, Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales, 2007, disponible en: http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/electronic_commerce/2005Convention.html consultado el 18 de Octubre de 2013.

Uncitral.org, Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales, 2007, disponible en: http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/electronic_commerce/2005Convention.html consultado el 18 de Octubre de 2013.

Uncitral.org, Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales, 2007, disponible en: http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/electronic_commerce/2005Convention.html consultado el 18 de Octubre de 2013.

Uncitral.org, Comisión de las Naciones Unidas Para el Derecho Mercantil Internacional, Convenio de las Naciones Unidas sobre el Contrato de Transporte Internacional de Mercancías Total o Parcialmente Marítimo (Nueva York, 2008) ("Reglas de Rotterdam"), 2009, http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/transport_goods/2008rotterdam_rules.html Uncitral.org, Comisión de las Naciones Unidas Para el Derecho Mercantil Internacional, Convenio de las Naciones Unidas sobre el Contrato de Transporte Internacional de Mercancías Total o Parcialmente Marítimo (Nueva York, 2008) ("Reglas de Rotterdam"), 2009, http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/transport_goods/2008rotterdam_rules.html

OTRAS REFERENCIAS.

Aceldas Bermeo, Lorena, y otros, Compraventa internacional de Mercaderías, Colombia, 2005, Tesis de Derecho, Pontifica Universidad Javeriana.

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Resolución aprobada por la Asamblea General [sobre la base del informe de la Sexta Comisión (A/57/562 y Corr.1)], 57/18. Ley Modelo sobre Conciliación Comercial Internacional de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. 52ª sesión plenaria 19 de noviembre de 2002.

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional Nota explicativa de la secretaría de la CNUDMI acerca de la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985, en su versión enmendada en 2006.

Faya Rodríguez Alejandro, La nueva lex mercatoria: naturaleza y alcances, Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, Número 34, Sección de Previa, 2004.

International Institute for the Unification of Private Law (UNIDROIT), principios unidroit sobre los contratos comerciales internacionales.

Mesa-Moles Martel, María Paz, Génesis y formación del derecho internacional privado, España, 2007, Tesis Doctoral, Universidad Rey Juan Carlos.

ANEXOS.

Anexo 1.

Universidad Rafael Landívar

Campus Quetzaltenango

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Guía de Entrevista.

Título de Tesis: La aplicabilidad de la Lex Mercatoria en integración a las disposiciones del Derecho Mercantil guatemalteco.

- 1) ¿En cuánto a la Lex Mercatoria, podría comentar algo sobre sus antecedentes y la evolución?
- 2) ¿Según su criterio; cuales podrían ser las manifestaciones que comprende la Lex Mercatoria?
- 3) ¿Cómo considera el funcionamiento de la legislación guatemalteca en cuanto a las operaciones comerciales internacionales?
- 4) ¿Qué criterio le merece la legislación guatemalteca en materia de Derecho Mercantil, satisface ésta los aspectos necesarios para facilitar y asegurar las transacciones comerciales internacionales?
- 5) ¿Qué instrumentos sobre Derecho Mercantil, considera podrían adoptarse para fortalecer el ordenamiento jurídico guatemalteco.
- 6) ¿Cuales diría usted son las ventajas de la aplicación de nuevos sistemas jurídicos en materia de Derecho Mercantil?
- 7) ¿Qué ventajas considera que aportaría la integración de un grupo de convenios, tratados o condiciones comerciales más modernas al Derecho Mercantil guatemalteco?
- 8) ¿Qué opinión le merece, la propuesta de la aplicación de un sistema internacional de ley comercial en integración al Derecho Mercantil guatemalteco?

Anexo 2.

Cuadro de cotejo sobre los instrumentos elaborados por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional y su situación actual para el estado de Guatemala.

Instrumento.	Notas.	Firma.	Ratificación.	Adhesión.	Entrada en vigor.	Se ha promulgado una ley basada en el instrumento.
Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (Viena, 1980)						
Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Nueva York, 1958) (Convención de Nueva York*)	a, b.			21/03/1984	19/06/1984	
Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales (Nueva York, 2005)						
<p>(a) Guatemala sólo aplicará la Convención al reconocimiento y la ejecución de laudos dictados en el territorio de otro Estado Contratante.</p> <p>(b) Guatemala aplica la Convención sólo a las controversias derivadas de relaciones jurídicas, sean o no contractuales, consideradas como mercantiles por el derecho interno.</p>						

Instrumento.	Notas.	Firma.	Ratificación.	Adhesión.	Entrada en vigor.	Se ha promulgado una ley basada en el instrumento.
Convenio de las Naciones Unidas sobre el Contrato de Transporte Internacional de Mercancías Total o Parcialmente Marítimo (Nueva York, 2008) ("Reglas de Rotterdam")						
Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, 1985, con enmiendas adoptadas en 2006	*					1995
Ley Modelo de la CNUDMI sobre Conciliación Comercial Internacional (2002)						
<p>* Una ley modelo tiene la finalidad de ofrecer las directrices a los legisladores para realizar una ley aplicable al derecho interno, cuando un estado promulga una ley basada en una ley modelo.</p>						