

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

**ARBITRAJE DE INVERSIÓN Y SUS EFECTOS VIOLATORIOS PARA EL ESTADO
RECEPTOR**

SILVIA MARÍA MARTÍNEZ MUÑOZ

GUATEMALA, JUNIO DE 2013

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

**ARBITRAJE DE INVERSIÓN Y SUS EFECTOS VIOLATORIOS PARA EL ESTADO
RECEPTOR**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva
de la
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
de la
Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

SILVIA MARÍA MARTÍNEZ MUÑOZ

Previo a conferirsele el grado académico de

LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADA Y NOTARIA

Guatemala, junio de 2013

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

DECANO:	Lic.	Avidán Ortiz Orellana
VOCAL I:	Lic.	Mario Ismael Aguilar Elizardi
VOCAL III:	Lic.	Luis Fernando López Díaz
VOCAL IV:	Br.	Víctor Andrés Marroquín Mijangos
VOCAL V:	Br.	Rocael López González
SECRETARIA:	Licda.	Rosario Gil Pérez

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente	Lic.	Luis Rodolfo Polanco Gil
Vocal:	Licda.	Olga Aracely López Hernández
Secretario:	Lic.	José Luis Portillo Recinos

Segunda Fase:

Presidente	Licda.	Eloisa Mazariegos Herrera
Vocal:	Lic.	Luis Fernando González Toscano
Secretario:	Licda.	Reina Verónica Estrada Martínez

RAZÓN: “Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas en la tesis.” (Artículo 43 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales del Examen General Público).

Licda. Ana Raquel Aquino Bocanegra
6ta. Avenida 0-60 Zona 4, Guatemala
Teléfono: 23380246
Colegiada 9274



Guatemala 27 de agosto de 2012

Licenciado
Carlos Manuel Castro Monroy
Jefe de la Unidad de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala

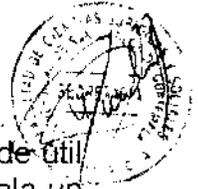
Licenciado Castro Monroy:

En cumplimiento y atención a la providencia de fecha veinticuatro de enero del año dos mil doce, procedí a asesorar el trabajo de la tesis de la Bachiller **SILVIA MARÍA MARTÍNEZ MUÑOZ**, intitulado: "**ARBITRAJE DE INVERSIÓN Y SUS EFECTOS VIOLATORIOS PARA EL ESTADO RECEPTOR**".

Con la bachiller Martínez Muñoz, sostuvimos varias sesiones de trabajo, durante las cuales se realizaron varios cambios y sugerencias pertinentes con el objeto de perfeccionarlo que fueron aceptadas por la bachiller; por lo que dictamino:

1. El contenido científico y técnico de la tesis es el adecuado y para su obtención, la sustentante aplicó la realidad social, la doctrina y legislación adecuada, redactándola correctamente y utilizando un lenguaje apropiado; desarrollando de manera sucesiva los distintos pasos del proceso de investigación.
2. Los métodos de investigación empleados, consistieron en: a) analítico, con el que se señaló a importancia del arbitraje de inversión; b) sintético, al dar a conocer los efectos violatorios del arbitraje de inversión; c) inductivo, al señalar las características; d) deductivo, al dar a conocer la regulación legal. Las técnicas de investigación utilizadas fueron: ficha bibliográfica, documental y virtual, con las cuales se recolectó la información actual suficiente.
3. La redacción empleada se ajusta perfectamente al desarrollo de la tesis. La hipótesis comprobó la importancia de garantizar los derechos del estado receptor dentro del arbitraje de inversión.
4. El contenido técnico y científico de la tesis, señala con datos actuales los problemas que el arbitraje de inversión ocasiona a los estados receptores. Los objetivos se determinaron y establecieron que el arbitraje de inversión viola derechos de los estados receptores.
5. Las conclusiones y recomendaciones fueron redactadas de manera sencilla, y constituyen supuestos certeros que definen los efectos violatorios del arbitraje de inversión para los estados receptores.

6. La bibliografía utilizada es la justificativa y de ámbito actual a nivel mundial.
7. La tesis contribuye de manera científica a la sociedad guatemalteca y es de útil consulta para profesionales y estudiantes. Y en la misma, la ponente señala un amplio contenido relacionado con la problemática del arbitraje de inversión; derivado de la necesidad de atraer inversiones extranjeras para solventar los problemas nacionales de países receptores.



La tesis desarrollada por la sustentante cumple con los requisitos establecidos en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, razón por la cual emito **DICTAMEN FAVORABLE**, a efecto de que, el mismo, le permita continuar con el trámite correspondiente para su posterior evaluación por el Tribunal Examinador en el Examen Público de Tesis, previo a optar al grado académico de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Sin otro particular me suscribo, atentamente.

Licenciada Ana Raquel Aquino Bocanegra
ASESORA
Colegiada 9274

Licda. Ana Raquel Aquino Bocanegra
ABOGADA Y NOTARIA



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES
Ciudad Universitaria, zona 12
GUATEMALA, C.A.



UNIDAD ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.
Guatemala, 24 de septiembre de 2012.

Atentamente, pase al LICENCIADO JORGE ERNESTO ARIAS TORRES, para que proceda a revisar el trabajo de tesis de la estudiante SILVIA MARÍA MARTÍNEZ MUÑOZ, intitulado: "ARBITRAJE DE INVERSIÓN Y SUS EFECTOS VIOLATORIOS PARA EL ESTADO RECEPTOR".

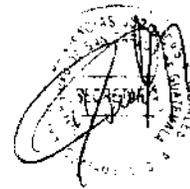
Me permito hacer de su conocimiento que está facultado para realizar las modificaciones de forma y fondo que tengan por objeto mejorar la investigación, asimismo, del título del trabajo de tesis. En el dictamen correspondiente deberá cumplir con los requisitos establecidos en el Artículo 32 del Normativo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

A large, stylized handwritten signature in black ink, appearing to read "Bonerge Amilcar Mejía Orellana".

DR. BONERGE AMILCAR MEJÍA ORELLANA
JEFE DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS

cc.Unidad de Tesis
BAMO/iy.





LIC. JORGE ERNESTO ARIAS TORRES

Av. Reforma 8-60, zona 9, Of.303, Edif. Galerías Reforma

Teléfono: 23613084

Colegiado 2603

Guatemala 10 de octubre de 2012.

Licenciado

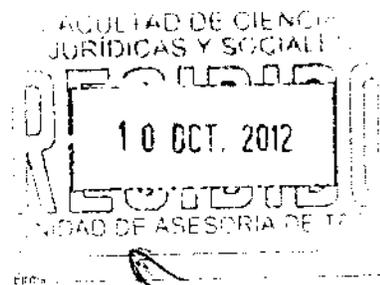
Bonerge Amilcar Mejía Orellana

Jefe de la Unidad de Tesis

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Universidad de San Carlos de Guatemala

Licenciado Mejía Orellana:



En cumplimiento de la providencia de fecha veinticuatro de septiembre de dos mil doce, procedí a revisar el trabajo de tesis de la Bachiller **SILVIA MARÍA MARTÍNEZ MUÑOZ**, titulado: "**ARBITRAJE DE INVERSIÓN Y SUS EFECTOS VIOLATORIOS PARA EL ESTADO RECEPTOR**", me permito manifestarle que el trabajo revisado:

- a) Desarrolla una investigación doctrinaria y legal del Arbitraje y Arbitraje de Inversión, que es el marco conceptual y normativo pertinente para poder comprender y analizar el tema del **ARBITRAJE DE INVERSIÓN Y SUS EFECTOS VIOLATORIOS PARA EL ESTADO RECEPTOR**. Así mismo se realizó un análisis de la normativa existente pudiendo determinar la vulneración de principios y derechos procesales para los estados receptores de la inversión.
- b) La estudiante **SILVIA MARÍA MARTÍNEZ MUÑOZ** para la realización del trabajo utilizó el método analítico así como sintético, los que facilitaron la adquisición de conocimientos y la producción de criterios válidos para llegar a conclusiones auténticas relativas a la vulneración de principios y derechos de los estados que reciben la inversión, la necesidad del arbitraje para los mismos y la necesidad de una reforma a la legislación vigente en materia arbitral de inversión.
- c) A lo largo del trabajo la estudiante se apoyó en la bibliografía apropiada como fuente de doctrina, contiene obras mayores y menores de acuerdo a la clasificación bibliotecológica vigente y es novedosa en relación a contenidos y autores, posibilitando un estudio completo y adecuado para la presente investigación.
- d) La investigación constituye un aporte científico para la sociedad guatemalteca al comprobar que el arbitraje de inversión infringe derechos para los países receptores, siendo un tema amplio de aplicación actual en la sociedad guatemalteca, por la necesidad de fomentar la economía nacional a través de inversiones extranjeras. Constituyendo un medio de consulta para estudiantes y profesionales.
- e) La redacción empleada se ajusta al desarrollo de la tesis permitiendo la comprobación de la hipótesis. Las conclusiones son válidas, firmes y permiten dar paso a las recomendaciones que son viables para aplicar en el ordenamiento jurídico guatemalteco.



La tesis en cuestión, cumple con los requisitos legales prescritos y exigidos en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, razón por la cual emito **DICTAMEN FAVORABLE**, a efecto de que, el mismo, le permita continuar con el trámite correspondiente para su posterior evaluación por el Tribunal Examinador en el Examen Público de Tesis, previo a optar al grado académico de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Sin otro particular me suscribo, atentamente.

JORGE ERNESTO ARIAS TORRES
ABOGADO Y NOTARIO
LIC. JORGE ERNESTO ARIAS TORRES
REVISOR
Colegiado 2603

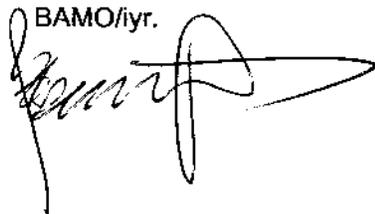


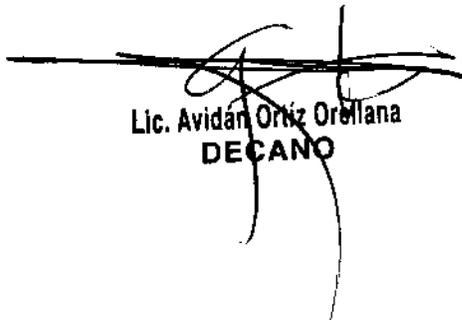
FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES
Ciudad Universitaria, zona 12
GUATEMALA, C.A.



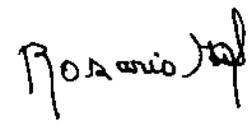
DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, 07 de marzo de 2013.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis de la estudiante SILVIA MARÍA MARTÍNEZ MUÑOZ, titulado ARBITRAJE DE INVERSIÓN Y SUS EFECTOS VIOLATORIOS PARA EL ESTADO RECEPTOR. Artículos: 31, 33 y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

BAMO/iyf.



Lic. Avidán Ortiz Orellana
DECANO







DEDICATORIA

- A DIOS:** Por brindarme sabiduría, valor y entendimiento para superar toda adversidad, y bendecirme con una familia unida.
- A MI MAMÁ:** Silvia Eugenia Muñoz Búcaro por su cariño, comprensión, invaluable esfuerzos y sacrificios, por ser un ejemplo para salir adelante, motivarme cada día a ser mejor y darme la oportunidad de culminar esta etapa de mi vida.
- A MI PAPÁ:** Luis Alejandro Martínez Búcaro (+) por sus enseñanzas, cariño e iluminar mi camino.
- A MIS ABUELITOS:** Laura y Alfredo con quienes comparto este triunfo por estar siempre presentes en los momentos importantes de mi vida, por su apoyo incondicional, esta tesis es el resultado de sus enseñanzas y valores transmitidos. Zoila y Mamatina por sus sabios consejos.
- A MIS HERMANOS:** Claudia Lili y Luis Alejandro.
- A MIS TÍOS:** Hilda, Mario, Oli, Tulio, Margarita, Edgardo, Vilma, Carolina, Werner, José, Jorge, Karla, Giovana y Osberto.
- A MIS PRIMOS:** Luis Pedro, Eduardo, Oscar Ignacio, Rocío, Michelle, Alfredo, Javier, Andrés, Ileana, Enrique, Valeria, José Pablo, Jorge Mario, Diego y Daniel.
- A MIS AMIGOS:** Compañeros de desvelos y triunfos. A Juan Alberto Garzona Leal por su cariño, paciencia y apoyo.
- A MIS ASESORES:** Licda. Ana Raquel Aquino Bocanegra.
Lic. Jorge Ernesto Arias Torres.
- A LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA:** Especialmente a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.

ÍNDICE



	Pág.
Introducción.....	i

CAPÍTULO I

1. El arbitraje	1
1.1. Antecedentes del arbitraje	1
1.2. Definición de arbitraje	6
1.3. Características del arbitraje	8
1.4. Principios generales del arbitraje	10
1.5. Clases de arbitraje	11
1.6 Arbitraje en Guatemala	14
1.6.1. Naturaleza del arbitraje	15
1.6.2. Árbitros y calidades	17
1.6.3. Proceso arbitral	19
1.6.4. Clases de arbitraje en Guatemala	23

CAPÍTULO II

2. El arbitraje de inversión.....	25
2.1. Antecedentes del arbitraje de inversión.....	25
2.2. Concepto de inversión	32
2.3. Concepto de arbitraje de inversión	36
2.4. Características del arbitraje de inversión.....	36
2.5. Sujetos del arbitraje de inversión.....	38

2.6. Principios del arbitraje de inversión	41
2.7. Procedimiento arbitral de inversion.....	45

CAPÍTULO III

3. Asimetría en el arbitraje de inversión	49
3.1. Análisis de la normativa	56
3.2. Determinación de la asimetría	63
3.3. Necesidad de superar las limitaciones del arbitraje de inversión y posible solución.....	64

CAPÍTULO IV

4. Efectos del arbitraje de inversión	69
4.1. Efectos positivos	69
4.1.1 Efectos positivos para el inversionista.....	72
4.1.2. Efectos positivos para el estado receptor.....	73
4.2. Efectos negativos.....	74
4.3. Guatemala como parte en procesos de inversión.....	77
4.4.1. Caso Railroad Development Corporation RDC vs Guatemala	77
4.4.2. Caso Iberdrola vs Guatemala.....	79

CONCLUSIONES.....	83
-------------------	----

RECOMENDACIONES	85
-----------------------	----

BIBLIOGRAFÍA	87
--------------------	----

INTRODUCCIÓN

El arbitraje es un método alternativo de solución de conflictos mediante el cual las partes someten una controversia presente o futura, contractual o no contractual, ante una tercera persona denominada árbitro, que puede o no ser abogado, quien resuelve la controversia a través de un laudo arbitral que es ejecutado por un juez, el arbitraje de inversión surge como una modalidad del arbitraje, producto de la globalización; esta rama del arbitraje, constituye una herramienta en la modernización de las actividades económicas internacionales, fomenta la cooperación internacional y promueve el desarrollo económico de los Estados, a través de una pacífica resolución de conflictos que puedan surgir durante un proceso de inversión, volviéndose un instrumento de aplicación necesaria para todos los Estados, motivo por el cual es necesario un estudio analítico y sistemático de dicho proceso para determinar su aplicación y eficacia para el Estado de Guatemala.

Mediante el presente trabajo de investigación se pretende esclarecer si el arbitraje de inversión constituye una herramienta justa y eficaz para los Estados receptores, enfocándose en Guatemala como Estado receptor de la inversión, y establecer los efectos que el proceso implicaba para los mismos. Sin embargo, a pesar de las ventajas antes mencionadas, se determina la existencia de una asimetría dentro del mismo; esta asimetría consiste en una desigualdad de derechos entre los sujetos del proceso, es decir, entre inversionistas y Estados receptores de la inversión, siendo el sujeto afectado con esta limitación de derechos los Estados receptores. Con base en lo anterior, el arbitraje de inversión no puede considerarse un proceso justo, ya que se infringen principios procesales del derecho internacional, y sus efectos positivos se ven opacados o reducidos por estas limitaciones, siendo necesario una reforma a la legislación actual en materia de inversión para optimizar los efectos del arbitraje de inversión.

Los objetivos de la presente investigación se cumplen a través del empleo del método analítico, para determinar la importancia del arbitraje, sus efectos violatorios y posible

solución; y método inductivo y deductivo al inferir las características y desarrollar el proceso y regulación del arbitraje de inversión. De la misma forma se utilizaron las fichas bibliográficas como técnica de investigación para reunir información del tema, logrando así el desarrollo del mismo. Lo anterior, como un aporte académico al derecho mercantil de nuestro país.

Para cumplir con el objetivo del presente trabajo el mismo se estructura en cuatro capítulos: el primero, contiene los antecedentes del arbitraje y las generalidades del proceso arbitral; el segundo capítulo contiene los antecedentes del arbitraje de inversión y, una descripción de sus características principales; en el capítulo tres se determina la asimetría de derechos entre las partes que existe dentro de el arbitraje de inversión, se realiza un análisis de la normativa legal que comprende la Convención de Resolución de Conflictos Relativos a la Inversión y la Ley de Inversiones Extranjeras de Guatemala; asimismo, se plantea una posible solución; finalmente, en el capítulo cuatro se describen los efectos del arbitraje de inversión, tanto para el inversionista como para el Estado receptor de la inversión y, se presentan casos reales de arbitrajes de inversión, teniendo como parte al Estado de Guatemala.

Por ser Guatemala un país en vías de desarrollo, es necesario para el desarrollo del mismo, el fomento de las inversiones extranjeras, y al mismo tiempo es necesario que exista un proceso justo para la solución de los conflictos, que se deriven de las inversiones extranjeras; siendo el proceso idóneo, el proceso arbitral de inversión; debe procurarse el perfeccionamiento de dicho proceso para que constituya un instrumento internacional que fomente la economía nacional de forma justa y eficaz.

Sirva este esfuerzo académico, como un mínimo aporte a la ciencia del derecho mercantil internacional, por ser una disciplina tan amplia y de complicado accionar en las sociedades.



CAPÍTULO I

1. El arbitraje

1.1 Antecedentes del arbitraje

Durante todo el desarrollo y evolución de la humanidad han existido conflictos como parte del mismo proceso, al mismo tiempo surge la necesidad de buscar soluciones a dichos conflictos, soluciones que le han permitido al hombre armonizar sus relaciones sociales. Desde la antigüedad las personas han buscado un mediador en los conflictos, fuere un anciano, jefe de tribu o vecino; en América se han encontrado imágenes plasmadas en vasijas mediante las cuales se demuestra que incluso los mayas, incas y aztecas resolvían sus conflictos a través de sacerdotes y ancianos. Es esta práctica que al perfeccionarse con el transcurso del tiempo da origen a varias instituciones entre las cuales se encuentra el arbitraje, la conciliación, entre otros.

La figura del arbitraje aparece como un producto de la evolución de la justicia por mano propia, y es anterior a la organización formal de la administración de justicia, por lo que en sus inicios no constituyó una alternativa a la administración de justicia sino que fue el método de aplicar justicia. Es con el derecho romano que el arbitraje inicia su proceso de institucionalización pues las principales características del arbitraje provienen del mismo, en Roma se permitía que algunas controversias fueran resueltas por una autoridad no judicial.



Así mismo se distinguió entre jueces y magistrados, los magistrados eran las personas quienes poseían la jurisdicción y representaban el poder soberano del estado romano, y los jueces eran las personas encargadas de dictar sentencias y ejecutarlas, en el derecho romano se ubicaba a los árbitros dentro de esta clasificación y se les daba el carácter de jueces no permanentes pues eran nombrados para resolver un asunto determinado. Los árbitros carecían del poder necesario para hacer cumplir sus decisiones por lo que las mismas no siempre eran cumplidas por las partes, en base a esto los árbitros o jueces no permanentes recurrían a distintos métodos, como compromisos entre las partes o el depósito de bienes para garantizar el cumplimiento de sus decisiones.

Otro aspecto históricamente relevante sobre el arbitraje se da durante la edad media ya que en esta época los señores feudales absorbían el poder a expensas de los siervos, quienes carecían de protección de las autoridades judiciales de la época, situación que originó que sus conflictos se pusieran en conocimiento de entes de su confianza en lugar de dirigirse a las autoridades que los rechazaban. A finales de la edad media el arbitraje pierde fuerza, pero con la llegada de la época moderna el arbitraje es retomado por los estados, ya no únicamente en un ámbito interno sino aplicándolo al ámbito internacional convirtiéndose en uno de los procedimientos más utilizados.

En un plano general el arbitraje forma parte de los llamados métodos alternos de resolución de conflictos, que como su nombre lo expone, son métodos alternativos a la justicia ordinaria para resolver un conflicto. Estos métodos existen desde épocas



antiguas, y se ven reflejados en los consejos de familia, clanes o reuniones de vecinos.

A través de éstos se reflexiona sobre los límites de la acción del estado, específicamente sobre la posibilidad de la aplicación de justicia por una persona distinta al estado. Al respecto existen tres posiciones, dos radicales y una intermedia, siendo estas:

- a) La teoría del monopolio estatal judicial, a través de esta teoría se afirma la idea de el estado como único proveedor de bienes o servicios públicos, o bien la intervención del estado en toda empresa que presta un bien o servicio público; encontrándose dentro de estos servicios las administración de justicia, por lo que los particulares deben someter al estado todas sus controversias.
- b) La teoría de la judicatura como actividad únicamente privada, esta teoría considera que la justicia debe ser administrada por particulares y no por el estado, permitiendo a los particulares solucionar sus controversias en base a sus propias posibilidades, criterios, objetivos y necesidades, apegados a derecho.
- c) La teoría de la alternativa jurídica-estatal y privada, en base a esta teoría se establece la posibilidad de una administración de justicia paralela, es decir que puede existir administración de justicia por parte del estado así como justicia privada a través de los métodos alternos de solución de conflictos.

Es esta última teoría la que se aplica de mejor forma en la actualidad, ya que los métodos alternos de resolución de conflictos constituyen una forma de proporcionar respuestas rápidas y eficaces a las controversias de los particulares. Estos métodos



implican una serie de ventajas tanto para los particulares como para el estado ya que a través de los mismos se permite descongestionar la carga de los tribunales, constituyen un método de auxilio a la justicia ordinaria, se reduce el tiempo, permite mayor flexibilidad y confidencialidad.

Su objeto principal es buscar una solución distinta a un proceso judicial convirtiéndose en un recurso para resolver una controversia, a través del cual las partes pueden acordar por sí mismos una solución consensuada. Dentro de estos métodos alternos de resolución de conflictos existen tres principales, por su constante y eficaz aplicación, los cuales son: la mediación, la conciliación y el arbitraje.

a) La mediación

Es un método alternativo de resolución de conflictos mediante el cual las partes pueden, a través de un tercero, llegar a un acuerdo. La tercera persona es llamada mediador y es la persona encargada de recibir las propuestas de las partes, así mismo puede ofrecer asesoría, pero no puede proponer soluciones. A través de este método el mediador no decide ni resuelve el asunto, únicamente es un facilitador durante el proceso, puesto que su función se limita a escuchar a las partes y permitir que se comuniquen entre ellas para que lleguen a un acuerdo.

En Guatemala existen centros de mediación en los distintos juzgados, con el objeto de promover un acuerdo entre las partes previo a iniciar un proceso judicial. El documento



emitido por estos centros de mediación es homologado por un juez, dotándolo así de legalidad y dándole carácter ejecutivo evitando el incumplimiento del mismo.

b) La conciliación

Es aquel medio de resolución de conflictos, mediante el cual las partes acuden ante una tercera persona llamada conciliador para la solución de un conflicto. El conciliador es la persona encargada de escuchar y recibir las propuestas de las partes, pudiendo ofrecer una solución propia para la controversia que puede o no ser aceptada por las partes.

c) El arbitraje

Es un método alternativo de resolución de conflictos mediante el cual las partes someten una controversia presente o futura a una tercera persona, llamada árbitro, quien debe resolver el conflicto a través de un laudo arbitral, el cual las partes se obligan a cumplir. Es decir que a través de este método la persona que resuelve la controversia es el árbitro en base a las peticiones de las partes. En Guatemala uno de los centros de arbitraje más reconocidos es la comisión de resolución de conflictos de la cámara de industria, que si bien aplica todos los métodos alternos de resolución de conflictos, se especializa en arbitrajes por ser el método más utilizado.



1.2 Definición de arbitraje

La palabra arbitraje proviene del latín *arbitri*, que significa el que puede decidir o hacer una cosa sin dependencia de otros; es así que el arbitraje constituye una *jurisdicción privada*, establecida por voluntad de las partes o por decisión legal, mediante la cual se traspaşa la facultad de aplicar justicia a un órgano distinto de un tribunal ordinario. A través de este método se somete la resolución de una controversia a una tercera persona, llamada árbitro, quien debe tener conocimientos de derecho y de la materia específica, según el caso concreto. El árbitro debe decidir la controversia a través de una resolución llamada *laudo arbitral*, el cual tiene carácter obligatorio para las partes.

También puede definirse como un método alternativo a la justicia ordinaria que nace de la necesidad de buscar soluciones prontas y eficaces a los conflictos que logren mantener la paz dentro de una sociedad, evitando así el empleo de mecanismos violentos para resolver controversias. De la misma forma el tratadista Guillermo Cabanellas lo define como: “La solución justa de una controversia sin lesionar buenas relaciones entre las partes.”¹

Doctrinariamente se establece que el arbitraje es una forma de resolver un litigio sin acudir a la jurisdicción ordinaria. Es una estrategia de resolución de conflictos junto a la negociación, mediación y conciliación. Asimismo Rafael Gutiérrez establece: “El

¹ Cabanellas de Torres, Guillermo, **Diccionario jurídico elemental**, pág. 87.

arbitraje es la actividad tendiente a juzgar, fallar, determinar como árbitro o arbitrador, o proceder el juez según su leal saber y entender.”²

A través del proceso arbitral las partes dentro de una controversia deciden someter la misma, voluntaria y consensualmente, a la decisión de uno o varios jueces árbitros, tienen libertad para elegir la forma en que se tramitara el proceso, establecer medidas para garantizar el cumplimiento del proceso, para elegir a los árbitros y la legislación aplicable, determinar el lugar en que se celebrará el proceso y su duración. De esta forma las partes adaptan el proceso arbitral a sus necesidades, convirtiéndolo en uno de los procesos más utilizados en la actualidad.

Como se establece con anterioridad la adaptabilidad y el consensualismo son algunas características propias del proceso arbitral, pero su característica principal radica en que constituye una forma de justicia administrada por las partes dentro de el marco de sus derechos, permitiendo que las partes dentro de la controversia lleguen a una solución de común acuerdo y mantengan sus relaciones en buenos términos permitiendo que exista la posibilidad de realizar futuras transacciones entre ellas.

En conclusión el arbitraje es un procedimiento privado de solución de conflictos, auxiliar a la justicia ordinaria, por medio del cual se somete una controversia, por acuerdo de las partes, a un árbitro o a un tribunal de árbitros quienes resolverán la cuestión a través de un laudo arbitral logrando a través del mismo mantener una

² Gutiérrez, Rafael Bernal; **El arbitraje en Guatemala, apoyo a la justicia**, pág. 95.

relación amistosa entre las partes y evitando un proceso largo y una serie de formalismos.

1.3 Características del arbitraje

Después de definir el arbitraje es apropiado enumerar sus características y así conocer los aspectos que lo individualizan e identifican:

- a) Constituye un método alternativo de resolución de conflictos, es un método alternativo a la justicia ordinaria, que surge por la necesidad de descongestionar la carga de los tribunales jurisdiccionales.
- b) Es un proceso de conocimiento, ya que existe una contienda entre determinadas personas, y la misma se somete a un tribunal particular a efecto de obtener una resolución denominada laudo.
- c) Es un método adversarial, ya que a pesar de existir un conflicto entre las partes, no se busca la condena de ninguno de los sujetos que intervienen, sino que el objetivo principal es llegar a un acuerdo amistoso a través de la intervención de un tercero.
- d) Es un proceso voluntario, ya que las partes de común acuerdo deciden resolver una controversia presente o futura de naturaleza contractual o no contractual a través del arbitraje.
- e) Es consensual ya que un proceso de arbitraje únicamente puede tener lugar si ambas partes lo han acordado. En el caso de controversias futuras que pudieran derivarse de un contrato, las partes incluyen una cláusula de arbitraje en el contrato.

Una controversia existente puede someterse a arbitraje mediante un acuerdo de sometimiento entre las partes.

- f) Es flexible ya que le da libertad a las partes para elegir al árbitro, el número de árbitros, el lugar en que se debe celebrar y la ley aplicable entre otros.
- g) Es imparcial, ya que garantiza que ninguna de las partes del arbitraje goce de las ventajas derivadas de presentar el caso ante sus tribunales nacionales.
- h) La persona encargada de resolver dentro de un proceso arbitral de inversión es un árbitro no un juez; quien puede resolver en base a una legislación determinada o en base a su conocimiento en una materia específica.
- i) La resolución dentro del arbitraje es un laudo arbitral. Es la resolución que emite un árbitro dentro de un conflicto, tiene carácter obligatorio y debe ser ejecutada por un juez.
- j) El árbitro no puede ejecutar la sentencia por sí mismo, sino que debe recurrir a un juez, debido a que dentro de sus poderes carece de executio.
- k) Es un procedimiento confidencial, ya que protege específicamente la confidencialidad de la existencia del arbitraje, las divulgaciones realizadas durante dicho proceso, y el laudo.
- l) Permite mayor celeridad para resolver el conflicto, ya que los plazos son discretionales, según la voluntad de las partes, por lo que pueden ser más cortos.
- m) Otorga mayor legitimidad a la solución del conflicto, ya que la capacidad técnica de los árbitros les permite resolver justa, eficaz y positivamente casos concretos.

1.4 Principios generales del arbitraje

Los principios generales deben ser los rectores dentro de cualquier proceso, garantizando que se lleve a cabo en condiciones de igualdad y dentro de los límites de la ley, llevando así a una solución justa, real y positiva. Son estos los encargados de limitar la actividad jurisdiccional y establecer los parámetros dentro de los cuales deben actuar las partes en el proceso.

Entre ellos podemos mencionar los principios generales del arbitraje, que son los siguientes:

- a) **Principio de competencia:** Dentro del arbitraje el principio de competencia se refiere a que el árbitro o tribunal arbitral tiene la facultad para decidir acerca de su propia competencia, es decir que tiene la facultad para determinar si es la persona u órgano idóneo para conocer un asunto determinado. Permite al árbitro establecer su facultad para tramitar un proceso arbitral.
- b) **Principio de igualdad:** A través de este principio se establece que los árbitros no deben favorecer a ninguna de las partes dentro del proceso arbitral. Los árbitros deben tratar equitativamente a las partes buscando una solución justa para ambas partes dentro del proceso. El árbitro debe ser imparcial respetando los derechos de ambas partes.
- c) **Principio de neutralidad:** Mediante este principio se establece que los árbitros deben actuar imparcial e independientemente, sin tomar en cuenta el nivel

económico, social, creencias religiosas o políticas de las partes dentro del proceso.

El árbitro debe resolver únicamente tomando en cuenta las peticiones de las partes y su conocimiento sobre un asunto determinado, sin dejarse influenciar por las situaciones particulares de cada parte dentro del proceso.

- d) Principio de autonomía:** Mediante el principio de autonomía se establece que el acuerdo de arbitraje que conste en una cláusula que forme parte de un contrato se considera un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del contrato. Esto quiere decir que la cláusula que contiene el acuerdo arbitral no depende de otras estipulaciones dentro del contrato, y tiene validez por sí misma.
- e) Principio de certeza:** A través de este principio se establece que el laudo arbitral es inapelable, únicamente puede ampliarse o revisarse. La certeza hace presumir que el contenido del laudo arbitral es cierto, puesto que está basado en evidencia debidamente comprobada.
- f) Principio de seguridad jurídica:** Este principio se refiere a que en caso de que un laudo no se ejecute voluntariamente por las partes se puede acudir ante un juez para que lo ejecute y garantice así el cumplimiento de las obligaciones. La seguridad jurídica es la certeza que existe de que el laudo arbitral será cumplido, puesto que está respaldado por la ley.

1.5 Clases de arbitraje

Un arbitraje puede tener varias modalidades según el criterio de clasificación que se utilice, de forma general las clases de arbitraje que existen son las siguientes:

a) Arbitraje nacional

Este tipo de arbitraje se da cuando ambas partes dentro del conflicto tienen su domicilio dentro de un mismo Estado, el arbitraje se llevará a cabo dentro de ese territorio y las obligaciones que resulten del laudo arbitral se ejecutaran en el mismo territorio. Dentro de este arbitraje debe existir un acuerdo previo y el conflicto no debe tener señalado en la ley un procedimiento específico.

b) Arbitraje internacional

Este tipo de arbitraje se da en su mayoría en conflictos de carácter comercial, que surgen entre Estados o entre personas de distinta nacionalidad. En esta modalidad del arbitraje las partes del arbitraje tienen sus domicilios en Estados distintos, el lugar en el que debe celebrarse el arbitraje es en un estado distinto al de su domicilio o el lugar donde deben cumplirse las obligaciones que resulten del proceso arbitral es distinto al del domicilio de las partes.

c) Arbitraje institucional

Este tipo de arbitraje es aquel que se lleva a cabo a través de una institución especializada en arbitrajes. Las partes tienen libertad para elegir la institución que ha de administrar el proceso arbitral, la cual debe merecer en forma absoluta su confianza y debe contar con un reglamento interno para regular todas las disposiciones relativas al arbitraje. Este tipo de arbitraje implica el respaldo de una persona jurídica y el soporte especializado puesto a disposición de la administración del arbitraje. Otra característica de este tipo de arbitraje es que el proceso ya se encuentra regulado en el



reglamento de la institución por lo que es considerado uno de los arbitrajes menos flexibles pero dotado de mayor seguridad y certeza jurídica.

d) Arbitraje ad hoc

En este tipo de arbitraje las partes tienen plena libertad para decidir la forma en que deberá llevarse a cabo; pueden elegir a los árbitros, pactar las condiciones del proceso, elegir la legislación aplicable y la duración del proceso. Puede decirse que es un arbitraje contrapuesto al arbitraje institucional.

e) Arbitraje de derecho

En este arbitraje la administración del proceso está a cargo de árbitros, quienes tienen que ser abogados y deben resolver conforme a una legislación determinada. Es decir que en este tipo de arbitraje los árbitros deben de resolver una controversia con sujeción a la ley aplicando una normativa específica o principios generales del derecho; los árbitros deben ser estudiosos del derecho, quienes pueden aplicar la sana crítica de forma limitada y basándose en la ley.

f) Arbitraje de equidad

En este tipo de arbitraje los árbitros no necesariamente tienen que ser abogados, y resuelven según su leal saber y entender. Esto quiere decir que los árbitros en lugar de resolver aplicando el derecho se basan en lo que en su opinión es justo y razonable. Ello no quiere decir que los árbitros ignoren las normas jurídicas, ya que los árbitros

deben resolver en de forma justa y equitativa pero basándose en su conocimiento sobre una materia determinada.

1.6 Arbitraje en Guatemala

En Guatemala el arbitraje inicialmente se reguló en el Código de Enjuiciamiento Civil y Mercantil (Decreto Legislativo 2009) en sus Artículos del 730 al 734, emitido el 26 de mayo de 1934, posteriormente se reguló en el Código Procesal Civil y Mercantil Decreto Ley 107 en los Artículos 269 al 293, sin embargo estas disposiciones fueron derogadas por el Decreto 67-95 Ley de Arbitraje en el año de 1995; regulándose así de forma expresa e independiente el procedimiento arbitral con el objeto de descongestionar la carga de los tribunales jurisdiccionales y de modernizar las normas para ayudar a que los conflictos susceptibles de resolverse mediante arbitraje se resuelvan con celeridad y eficacia.

El proceso arbitral se da mediante la figura del acuerdo arbitral, que es la declaración de voluntad de dos o más personas mediante la cual convienen resolver a través del arbitraje una controversia actual o futura de naturaleza contractual o no contractual; este acuerdo debe constar por escrito. El acuerdo arbitral puede tener dos formas ya sea como cláusula compromisoria o como acuerdo de sometimiento.

En la cláusula compromisoria las partes acuerdan el arbitraje antes de que surja la controversia, es decir que la cláusula está incluida dentro del contrato, en el mismo

debe hacerse la salvedad de la incorporación de la cláusula arbitral; mientras que en el acuerdo de sometimiento la controversia es anterior al acuerdo arbitral.

En relación a la materia de arbitraje la legislación guatemalteca aplica dos criterios: el criterio positivo y el criterio exclusivo. Según el criterio positivo es materia de arbitraje los casos en que la controversia verse sobre materias en las que las partes tengan libre disposición conforme a derecho y casos en que por disposición de otras leyes se permita el procedimiento arbitral. Según el criterio exclusivo no pueden ser objeto de arbitraje las cuestiones sobre las que haya recaído una resolución judicial firme, las materias sobre las que las partes no tengan libre disposición y en los casos en que la ley lo prohíba expresamente o señale un procedimiento especial.

1.6.1 Naturaleza del arbitraje

Respecto a la naturaleza jurídica del arbitraje existen tres doctrinas, denominadas:

a) Teoría jurisdiccional: Esta doctrina afirma que las partes otorgan al árbitro facultades equivalentes a las de los jueces. Si bien es cierto que el arbitraje se deriva de un contrato, los árbitros desempeñan funciones de jueces por lo que el arbitraje se considera un juicio de naturaleza jurisdiccional. Así mismo establece que la facultad de aplicar justicia que tienen los árbitros es una facultad delegada por el Estado por lo que el árbitro desempeña una función jurisdiccional.

- b) Teoría contractual:** Esta teoría establece que el arbitraje es un contrato, que se basa en la voluntad de las partes, es un acuerdo escrito entre dos o más sujetos mediante el cual deciden someter la controversia ante un árbitro. En base a esta teoría el elemento principal del arbitraje es el consentimiento de las partes.
- c) Teoría Mixta:** Esta teoría establece que el arbitraje es una institución que debe estar enmarcada dentro del ámbito del derecho jurisdiccional, pero que deriva de una relación contractual. Esto quiere decir que los árbitros sí realizan una actividad jurisdiccional porque resuelven una controversia, pero la delegación de poder que hace el estado es mínima puesto que los árbitros carecen de poder público; por otra parte es indispensable el consentimiento de ambas partes para llevar a cabo un arbitraje, por tanto el arbitraje tiene características de ambas teorías pero no necesariamente encuadra únicamente en una de ellas.
- d) Teoría autónoma:** Establece que el arbitraje es una institución autónoma, independiente de cualquier otra y que no puede clasificarse como jurisdiccional o contractual. Establece que el arbitraje es un método flexible y adaptable a la voluntad de las partes por lo que su forma puede variar según cada caso determinado, siendo así imposible darle un carácter específico.

En relación a las doctrinas anteriores puedo establecer que la Teoría Contractual es la que tiene mayor aceptación y reconocimiento en la actualidad, es la aceptada por Guatemala, se encuentra regulada en el Artículo 10 de la Ley de Arbitraje que establece: "El acuerdo de arbitraje debe constar por escrito y podrá adoptar la fórmula de un compromiso o de una cláusula compromisoria...".

1.6.2 Árbitros y calidades

Dentro del arbitraje el árbitro es la persona encargada de resolver una controversia entre dos o más personas quienes deciden voluntaria y expresamente someter el asunto a su decisión. Es el encargado de la resolución de un conflicto mediante la emisión de un laudo arbitral, resuelve un conflicto o litigio sometido a su decisión por las partes interesadas. Desde un punto de vista imparcial, decide a través de un laudo la solución al conflicto, pronunciándose de acuerdo a las normas que las partes hayan acordado. Cabanellas establece: “Dentro del juicio arbitral el árbitro es el juez nombrado por las mismas partes, para decidir una diferencia o un asunto litigioso entre las mismas”.³

La calidad de los árbitros, es de suma importancia, para asegurar el éxito en la materia sobre la cual deben fallar o sobre el conflicto surgido. Doctrinariamente deben ser conocedores de las costumbres y prácticas diarias en relación al medio en que se desenvuelven. El Artículo 14 de la Ley de Arbitraje regula los requisitos para poder ejercer el cargo de árbitro, siendo estos:

- a. No ser miembro del Organismo Judicial
- b. Encontrarse en el ejercicio de sus derechos civiles
- c. No tener vínculos con ninguna de las partes
- d. No tener prejuicios sobre el proceso o las partes
- e. Ser neutral

³ Cabanellas, Guillermo, **Compendio de derecho procesal**, pág. 302.

La relación entre el árbitro y las partes es contractual, ya que la misma surge a través del acuerdo arbitral, es decir a través de un acuerdo escrito entre las partes. Dentro de esta relación contractual ambas partes tienen derechos y obligaciones, por su parte el árbitro está obligado a respetar la confidencialidad del proceso, diligenciar el proceso arbitral y dictar el laudo; mientras que los sujetos están obligados a presentarse en el lugar en el que se tramita el arbitraje y a cumplir el laudo arbitral. Así mismo el árbitro tiene derecho a una remuneración, y las partes tienen derecho a que se revise el laudo en caso de que estén inconformes con el resultado del arbitraje.

En relación al número de árbitros las partes pueden libremente determinar el número de árbitros que deban intervenir en el proceso, ya sea un único árbitro o un tribunal arbitral, formado por tres árbitros. En el caso de un único árbitro las partes pueden llegar a un acuerdo para la designación del mismo, de lo contrario será nombrado por un juez de primera instancia civil o mercantil del lugar donde se lleve a cabo el arbitraje o donde tuvo lugar la celebración del acuerdo arbitral.

En el caso de tribunal arbitral cada una de las partes nombra un árbitro y los dos árbitros designados conjuntamente nombran al tercer árbitro, entre los tres árbitros nombrados designan a quien fungirá como presidente del tribunal arbitral. En caso de no ponerse de acuerdo sobre quien debe ser el presidente, será elegido como presidente del tribunal el árbitro de mayor edad.

Una vez designados los árbitros los mismos deben manifestar por escrito su aceptación en un plazo de dos semanas a partir de la designación, de lo contrario se tiene tácitamente aceptada la designación. En el caso de que alguna de las partes esté inconforme con el nombramiento de uno de los árbitros por una razón determinada, fundada en ley, puede interponer una acción de recusación. La recusación es el acto procesal que tiene por objeto impugnar legítimamente la actuación de un juez en un proceso, cuando una parte considera que no es apto porque su imparcialidad, experiencia o conocimiento está en duda; esto quiere decir que un árbitro sólo puede ser recusado cuando existen circunstancias que den lugar a dudas justificadas respecto a su imparcialidad independencia, o si no posee las calificaciones convenidas por las partes.

1.6.3 Proceso arbitral

Un proceso es una serie de pasos concatenados para lograr un fin determinado. Actualmente las personas prefieren utilizar el proceso arbitral para solucionar las controversias porque permite la intervención de personas especializadas en la materia de que se trate y permite obtener mayor discreción del proceso por cualquier motivo. El arbitraje es un proceso por el cual se somete una controversia, por acuerdo de las partes, a un árbitro o a un tribunal de varios árbitros que dicta una decisión sobre la controversia que es de cumplimiento obligatorio para las partes; al escoger el proceso arbitral, las partes optan por un proceso privado de solución de controversias en lugar de acudir ante los tribunales ordinarios. Cabanellas define el arbitraje como: "La acción

o facultad de arbitrar el juicio arbitral. Toda decisión dictada por un tercero, con autoridad para ello, en una cuestión o un asunto”.⁴

La Ley de Arbitraje en su Artículo 10 regula que la acción para iniciar el proceso arbitral puede darse por dos motivos, por la existencia de una cláusula compromisoria previa o por la celebración de un compromiso. La demanda arbitral se presenta a través de un escrito, mediante el cual inicia el proceso, en el mismo se deben expresar todos los hechos en los que se funde la demanda, los puntos controvertidos y el objeto de la demanda; una vez recibida la demanda el árbitro o tribunal arbitral debe notificar al demandado para que oportunamente pueda responder a los extremos alegados en la demanda; dentro de las alegaciones las partes deben aportar todos los documentos que consideren pertinentes.

En caso de que el demandante no hubiese especificado los hechos controvertidos o individualizado los medios de prueba al presentar la demanda, el tribunal podrá dar por terminadas las actuaciones; de la misma forma si el demandado no presenta su contestación o alguna de las partes no comparece a una audiencia o a la presentación de pruebas el tribunal procederá a dictar el laudo.

Una vez presentada la demanda y la contestación el tribunal arbitral debe decir si han de celebrarse audiencias para la presentación de pruebas o para alegatos orales; estas audiencias deberán ser notificadas a las partes con un tiempo prudencial en el domicilio que las partes hayan señalado para el efecto. Una vez presentadas las

⁴ **Ibid**, pág. 495.

pruebas y los alegatos finales el tribunal procede a dictar el laudo arbitral de conformidad con las normas de derecho elegidas por las partes. Si las partes no indicaren la ley que debe regir, el tribunal arbitral, tomando en cuenta las características de caso, determinará el derecho aplicable.

El laudo se dictará por escrito y será firmado por el árbitro o los árbitros; debe ser motivado y debe constar claramente la fecha y lugar en que fue dictado. En el mismo se incluirán los honorarios y gastos debidamente justificados de los árbitros, los gastos derivados de las notificaciones y los que se originen de la práctica de las pruebas y el costo del servicio prestado por la institución que tenga encomendada la administración del arbitraje.

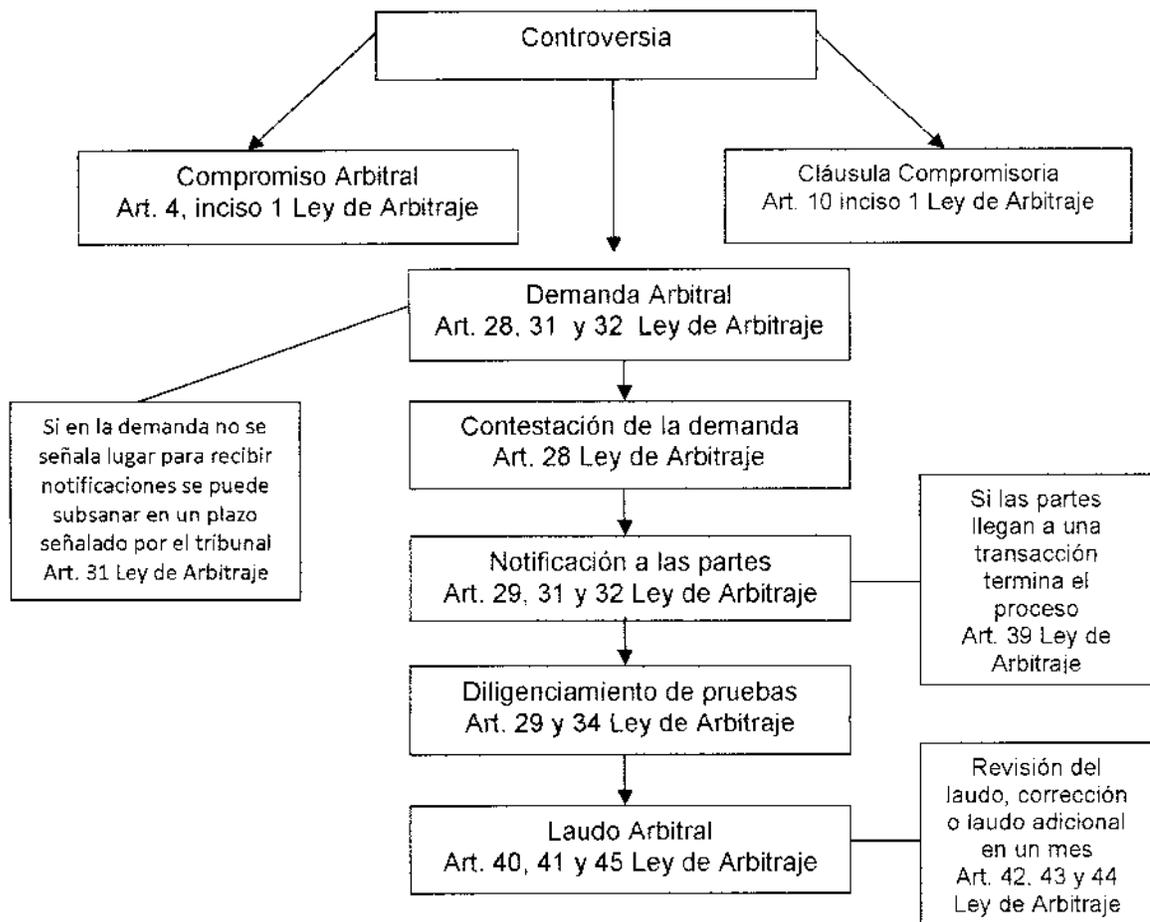
Dentro de los 30 días siguientes a la emisión del laudo puede pedirse la aclaración en caso de que existiera algún error de forma dentro del laudo arbitral, también puede pedirse la aclaración del mismo o en el caso de que existieren términos ambiguos o contradictorio, o puede pedirse la ampliación del laudo, en el caso de que se hubiese emitido algún punto de resolver.

Contra el laudo arbitral únicamente será admisible el recurso de revisión ante una Sala de la Corte de Apelaciones, con competencia territorial sobre el lugar donde se hubiere dictado el laudo. Este recurso se debe interponer dentro de los 30 días de emitido el laudo, una vez interpuesto el recurso la Sala deberá dar audiencia a las partes por el plazo común de dos días, posteriormente la Sala abrirá a prueba por el plazo de 10

días y deberá resolver dentro de los tres días de transcurrido el plazo de la audiencia de recepción de prueba. Si transcurridos 40 días a partir de la interposición del recurso de revisión, la Sala de la Corte de Apelaciones no se pronuncia sobre el laudo impugnado el mismo quedará legalmente confirmado y tendrá la calidad de ejecutoriado.

Esquema 1

Proceso Arbitral en Guatemala



Fuente: Cuadro aporte de la sustentante.

1.6.4 Clases de arbitraje en Guatemala

El arbitraje puede tener varias modalidades, la Ley de Arbitraje regula las siguientes clases de arbitrajes:

a) Conforme el lugar

La Ley de Arbitraje de Guatemala en sus Artículos uno y dos establece de forma expresa los casos en los que un arbitraje se considera nacional o internacional. Un arbitraje es nacional cuando ambas partes dentro del proceso son guatemaltecas, el arbitraje debe celebrarse en el territorio nacional o el laudo debe ejecutarse dentro del mismo. El arbitraje será internacional en base a dos criterios, el criterio subjetivo, que establece que el arbitraje es internacional cuando las partes tienen su domicilio en Estados distintos; o bien en base al criterio objetivo, mediante el cual se establece que el arbitraje es internacional cuando el lugar donde se celebre el arbitraje o el lugar donde deban cumplirse las obligaciones que resulten del mismo está situado fuera del Estado donde las partes tienen sus domicilios.

b) Por la forma de resolverse

La Ley de Arbitraje en su Artículo 36 contempla las disposiciones relativas a las normas aplicables al fondo del litigio, que constituye el arbitraje de derecho; y en su Artículo 37 regula la amigable composición, arbitraje ex aequo et bono, que constituye el arbitraje de inversión. El arbitraje será de derecho cuando el árbitro tiene la obligación de resolver en base a una legislación, y necesariamente debe ser abogado. El arbitraje



será de equidad cuando el árbitro resuelve conforme a los conocimientos que tiene de una materia específica, es decir conforme a su leal saber y entender; en este caso el árbitro no debe necesariamente ser abogado.

c) Según la persona que resuelve

La Ley de Arbitraje regula dos formas de arbitraje, el institucional y el ad hoc; el Artículo cuatro reconoce el arbitraje institucional al definir a la institución arbitral como aquella entidad legalmente reconocida a la cual las partes pueden libremente encargar, de conformidad con sus reglamentos, la administración del arbitraje y la designación de los árbitros. El arbitraje Ad hoc se da cuando las partes no acuden a una institución sino que ellas mismas nombran a los árbitros y determinan las condiciones y forma del proceso, se encuentra regulado de forma general en la Ley de Arbitraje.

Además de las clasificaciones anteriores existen otros tipos de arbitraje, en base a la materia, puede ser: civil, laboral y comercial entre otros. Dentro del arbitraje comercial internacional se encuentra el arbitraje de inversión, rama del arbitraje que a pesar de ser relativamente reciente es de frecuente uso en la actualidad.

CAPÍTULO II

2. Arbitraje de inversión

2.1 Antecedentes del arbitraje de inversión

El arbitraje internacional de inversiones es un mecanismo alterno de resolución de conflictos, entre estados e inversionistas extranjeros, que a pesar de ser un proceso relativamente nuevo, en la actualidad es uno de los procesos más utilizados para la solución de conflictos de inversión debido a la necesidad de los inversionistas de proteger sus capitales, los cuales trascienden las fronteras de sus países de origen en busca de oportunidades de negocios. Es este crecimiento de capital de las empresas privadas y la búsqueda de desarrollo por parte de las mismas que los lleva a invertir en países subdesarrollados, como lo es Guatemala.

El arbitraje de inversión es una modalidad de arbitraje todavía poco conocida. Antiguamente el arbitraje se clasificaba como nacional e internacional, no se hablaba propiamente de arbitrajes especializados. “Es con la evolución del comercio internacional y el proceso de globalización que deja de hablarse del arbitraje internacional como un todo general y empieza a hablarse de una gama de arbitrajes internacionales, entre ellos, el arbitraje comercial internacional; en sus inicios el arbitraje de inversión se consideraba parte del arbitraje comercial internacional”.⁵

⁵ Rivera, Fernando. **Principales antecedentes de la inversión extranjera.** <http://es.scribd.com/doc/Principales-Antecedentes-de-La-Inversion-Extranjera>. (21 de febrero de 2012).

El arbitraje de inversión era encuadrado como parte del arbitraje comercial internacional, constituía un mecanismo alternativo de resolución de conflictos que surgen de la práctica comercial internacional y se consideraba a las inversiones extranjeras como una de esas prácticas comerciales internacionales.

Sin embargo, al cobrar fuerza las inversiones extranjeras surgen una serie de problemas relativos a las mismas, conflictos que por su carácter complejo no encuadraban con las prácticas del arbitraje comercial internacional, siendo necesario buscar un mecanismo específico de resolución de conflictos provenientes de estas inversiones, constituyéndose así el arbitraje de inversiones como un tipo independiente de arbitraje.

Originariamente los conflictos relativos a las inversiones extranjeras eran resueltos por medio de acciones militares, ya que, cuando un Estado aceptaba inversiones de otro Estado y este último incumplía el acuerdo de inversión, el Estado afectado se consideraba con el deber de hacer justicia y al no existir un método pacífico de resolución de conflictos recurrían al uso de la fuerza contra el estado infractor, como era el caso de Roma, China, España, entre otros.

Otro aspecto relevante, anterior al surgimiento del arbitraje de inversión, es que los Estados estaban organizados en colonias, y la práctica común era que invertían su capital dentro de sus propias colonias, esto ocasionaba que los conflictos relativos a la inversión se resolvieran en base al derecho del Estado; es decir que no se recurría a la

legislación internacional, puesto que las colonias se consideraban parte del mismo Estado, se aplicaba el derecho interno a los conflictos de inversión lo que más que un método de resolver conflictos constituía un mecanismo político mediante el cual se buscaba únicamente el beneficio del Estado.

Esta situación evitaba que el arbitraje constituyera un proceso justo e imparcial, y dejaba a las colonias en una situación de desventaja, siendo el área mayormente afectada América, por estar dividida en colonias.

Esta situación hizo que brotaran tres ideas o doctrinas:

a) Doctrina de Calvo

Carlos Calvo, jurista latinoamericano, estaba en contra del pensamiento de la época que consistía en que era el Estado quien resolvía los conflictos de inversiones, dejando en desventaja a la contraparte; por lo que propone la idea de que debía ser un juez y no directamente el Estado quien resolviera las controversias de inversión. Este jurista buscaba que las partes del conflicto incluyeran en los acuerdos de inversión una cláusula especial mediante la cual se comprometían a someter los conflictos de inversión ante los jueces del lugar donde se realizara la inversión. A pesar de limitar la acción del Estado dentro del conflicto de inversión, esta doctrina dejaba en desventaja a los inversionistas extranjeros quienes se veía sometidos a la jurisdicción de los jueces locales del Estado donde realizaban la inversión, quienes en la mayoría de casos tendían a favorecer al Estado. Por lo tanto esta doctrina, que si bien fue puesta

en práctica, no tuvo mayor éxito ya que reducía las inversiones por miedo de los inversionistas a verse sometidos a un proceso poco justo.

b) Doctrina de Drago

La doctrina de Drago propone el no uso de la fuerza armada dentro de los conflictos de inversión. Este jurista se refería a que no era válido utilizar los conflictos de inversión como una excusa para tomar acciones militares en contra de otro Estado. Afirma que si bien debía buscarse un método que resolviera los conflictos de inversión, el uso de la fuerza no era el adecuado. Mediante esta doctrina no se propone un método de resolución de conflictos, más bien se hace énfasis en qué método no utilizar.

c) Doctrina de Cárdenas

La doctrina de Cárdenas establece que no existe la extraterritorialidad de la ciudadanía, esto quiere decir que los derechos que una persona tiene como ciudadano de un estado sólo son aplicables dentro de ese Estado, mas no se extienden si se encuentran en un Estado distinto del que son originarios. Afirma que a los extranjeros se les deben aplicar los mismos derechos de los locales del país donde se encuentren. Es así que cuando un inversionista extranjero invierte en un Estado, debe someterse a las decisiones de este Estado.

Las doctrinas mencionadas no son antecedentes directos del arbitraje de inversión, únicamente muestran el inicio del surgimiento de las ideas de un proceso pacífico para resolver conflictos de carácter económico entre Estados.

Con el desarrollo de los pensamientos anteriores, el crecimiento de la economía internacional y los conflictos constantes que surgían entre Estados e inversionista inicia la práctica del arbitraje de inversión. Cuando los inversionistas extranjeros invertían su capital en un Estado quedaban sujetos a la legislación del mismo, esta situación hizo que el número de inversiones disminuyera considerablemente, lo que ocasionó una crisis en la economía de los países pocos desarrollados, quienes se vieron obligados a recurrir a los préstamos internacionales; originando este sistema de préstamos internacionales, que los Estados en desarrollados quedarán en una situación de deuda y dependencia permanente con los estados desarrollados. Viéndose obligados a buscar otra solución para fomentar la economía interna los Estados adoptan el arbitraje de inversión, como un medio para darle seguridad a los inversionistas al momento de realizar una inversión, a través de este proceso se garantiza al inversionista el acceso a una jurisdicción imparcial y justa, otorgándole la confianza necesaria para invertir su capital dentro del Estado.

Con el surgimiento de esta nueva jurisdicción "arbitraje de inversión" se supera el paralelismo de la situación anterior, que dejaba a los inversionistas con dos opciones; la primera demandar al Estado ante los tribunales locales, quedando sometido el inversionista a la jurisdicción del estado receptor de la inversión; la segunda solicitar al Estado del que era originario el inversionista que interviniera, otorgándole protección diplomática, situación que ocasionaba el enfrentamiento entre dos estados. Ambas opciones planteaban una solución para el conflicto de inversión, pero ninguna de ellas se ajustaba a las necesidades de las partes, puesto que no constituían soluciones

justas o eficaces, dejando al inversionista en una situación de desventaja o confrontando a dos estados, ambas opciones ocasionaban pérdidas para las partes y con ninguna de ellas se fomentaba la inversión.

Es a través de organismos internacionales como las Naciones Unidas y la Organización Mundial de Comercio, surgen los tratados internacionales de inversión. Estos organismos consideraban que para mantener la armonía internacional era necesario que existiera una regulación escrita en materia de inversión, mediante la cual quedara plasmada la voluntad de las partes de buscar una solución pacífica a los conflictos de inversión, constituyendo una garantía para evitar el empleo de otros métodos que pudieran perjudicar el orden constitucional de cada estado. Los tratados internacionales de inversión, constituyen acuerdos escritos entre dos o más Estados, o entre uno o varios Estados y una institución internacional, mediante los cuales se pactan condiciones para realizar inversiones y para solucionar los conflictos que surjan de las mismas.

Como parte de estos tratados internacionales surge la convención de Nueva York y el convenio de Washington, tratados plurilaterales, y una serie de tratados bilaterales de inversión; instrumentos que dan origen al derecho de inversión. Este derecho puede definirse como un conjunto de normas jurídicas, principios, valores e instituciones que regulan las relaciones de inversión que traspasan soberanías, es decir entre Estados. Es una rama del derecho internacional que busca la integración de los Estados en materia de inversión, más que en normas positivas se basa en principios, pues es un

derecho que esta en constante evolución y se caracteriza por su adaptabilidad a las nuevas situaciones que puedan presentarse. Esta adaptabilidad por parte del derecho internacional de inversión permite que sea interpretado de distintas maneras, para los inversionistas es un mecanismo de protección que le permite el acceso a una jurisdicción internacional; para el Estado receptor de la inversión, constituye un método para fomentar el desarrollo de la economía nacional fortaleciendo su estructura interna.

Con el surgimiento de este derecho las relaciones internacionales de inversión cobran mayor importancia en el ámbito jurídico y se busca regular las inversiones según los principios de igualdad, justicia y transparencia, y logrando acuerdos o soluciones pacíficas y eficaces.

Otro aspecto relevante sobre los tratados internacionales de inversión se da con la Convención de Washington de 1966 instrumento mediante el cual se crea el Centro Internacional de Arreglos de Disputas de Inversiones, CIADI, institución especializada en la resolución de conflictos relativos a la inversión entre estados contratantes de la convención de Washington. Si bien en la actualidad existen otras entidades que regulan el arbitraje de inversión, la regulación del Centro Internacional de Arreglos de Disputas de Inversiones es la que tiene mayor aceptación a nivel internacional.

La convención de Washington fue firmada por Guatemala el 9 de noviembre de 1995, cumpliendo uno de los objetivos del Decreto 67-95 Ley de Arbitraje que regula la

suscripción de convenciones y tratados internacionales relativos al arbitraje; fue ratificada el 21 enero de 2003, y entró en vigencia el 20 de febrero de 2003.

En Guatemala puede considerarse como fundamento del arbitraje de inversión el Artículo 151 de la Constitución Política de la República, que regula lo siguiente: “El estado mantendrá relaciones de amistad, solidaridad y cooperación con aquellos estados, cuyo desarrollo económico, social y cultural sea análogo al de Guatemala, con el propósito de encontrar soluciones apropiadas a sus problemas comunes y de formular conjuntamente políticas tendientes al progreso de las naciones respectivas.” Entendiéndose como política, la celebración de convenios y tratados relativos al arbitraje de inversión para fomentar el desarrollo económico y facilitar la solución de conflictos.

2.2 Concepto de inversión

“La inversión es el acto mediante el cual se destina un capital a una actividad económica determinada, con el fin de obtener ganancias; es el empleo de un capital en algún tipo de actividad o negocio con el objetivo de incrementarlo”.⁶ También puede definirse como la acción mediante la cual un inversionista coloca su capital en un mercado nacional o internacional para obtener ganancias; es así que la inversión puede analizarse desde dos puntos de vista, la inversión nacional y la inversión internacional.

⁶ Cabanellas de Torres, **Ob. Cit.**, pág. 220.

La inversión nacional se refiere al acto mediante el cual una empresa o particular dirige todo su capital o parte del mismo a una actividad económica dentro del Estado del que es nacional, siempre con fines de lucro.

En Guatemala la Ley de Inversión Extranjera Decreto 9-98, en su Artículo uno, numeral uno establece: "Inversión significa cualquier actividad destinada a la producción, intermediación o transformación de bienes así como la prestación e intermediación de servicios mediante toda clase de bienes o derechos, siempre que ésta se haya efectuado de conformidad con las leyes y reglamentos respectivos, y comprenderá en particular, aunque no exclusivamente:

- a) Acciones y cuotas sociales y cualquier otra forma de participación, en cualquier proporción en sociedades constituidas u organizadas de conformidad con la legislación internacional.
- b) Derechos de crédito o cualquier otra prestación que tenga valor económico.
- c) Bienes muebles e inmuebles y demás derechos reales.
- d) Derechos de propiedad intelectual e industrial.
- e) Concesiones o derechos similares otorgados por ley en virtud de un contrato, para realizar actividades económicas o comerciales."

La inversión extranjera se refiere al acto mediante el cual una empresa o particular dirige todo su capital o parte del mismo a una actividad económica en un Estado distinto al de su nacionalidad, con el objeto de obtener ganancias. También se define

como la colocación de capitales a largo plazo en algún país extranjero, para la creación de una empresa o fomento de alguna actividad.

En Guatemala la Ley de Inversión Extranjera Decreto 9-98, en su Artículo uno, numeral dos regula lo siguiente: "Inversión extranjera es cualquier clase de inversión que implique toda clase de transferencia de capital a la República de Guatemala proveniente del exterior, efectuada por un inversionista extranjero. Queda comprendido así mismo dentro de este concepto la reinversión que pudiera hacer el inversionista extranjero en el territorio guatemalteco, de cualquier renta o capital generado en Guatemala a través de su inversión."

La legislación guatemalteca establece que el término inversión no se refiere únicamente a dinero sino que también abarca derechos, bienes y activos con valor económico; establece la existencia de dos clases de inversiones, la nacional y la extranjera, predominando en ambas el interés de lucro por parte de los inversionistas. Afirma que corresponde al Estado la obligación de proteger la formación del capital, ahorro e inversión creando las condiciones necesarias para promover la inversión de capital nacional y extranjero. Algunos de los métodos utilizados por el gobierno para promover la inversión extranjera consisten en ofrecer incentivos a los inversionistas, tales como, mano de obra barata, protección a la propiedad o exenciones tributarias; sin embargo el principal medio para promover la inversión extranjera es la aceptación del arbitraje de inversión por parte del Estado de Guatemala como mecanismo de

resolución de conflictos, para garantizar a los inversionistas el acceso a una jurisdicción imparcial.

Al hablar de inversión se hace referencia a dos sujetos, el inversionista y el Estado receptor de la inversión, siendo así que en los procesos de inversión siempre existirán intereses contrapuestos. Para el inversionista, la inversión es una forma de maximizar ganancias, expandir mercados o consolidar alianzas. Para el Estado receptor la inversión extranjera constituye un método para agenciarse de fondos para financiar mecanismos de desarrollo dentro del estado. Es esta diferencia de intereses la que ha sido históricamente una fuente de disputas para las cuales se han empleado diferentes instrumentos legales, algunos a nivel de doctrinas o teorías, otros a nivel de textos legales y actualmente se aplica el arbitraje de inversión.

En relación a lo anterior, la legislación guatemalteca a través del Decreto 9-98, Ley de Inversiones Extranjeras Artículo 11, que regula la solución de controversias, establece: "Sin un tratado o convenio internacional debidamente suscrito, aprobado y ratificado por el estado de Guatemala así lo permitiere, las diferencias que pudieren surgir en materia de inversiones entre un inversionista extranjero y el estado de Guatemala, sus dependencias y otras entidades estatales, podrán someterse a arbitraje internacional, u otros mecanismos alternos de solución según sea el caso concreto de acuerdo a lo previsto en dicho convenio y leyes nacionales aplicables." Siendo este Artículo el fundamento legal expreso para utilizar el arbitraje como método de resolución de conflictos de inversión.

resolución de conflictos, para garantizar a los inversionistas el acceso a una jurisdicción imparcial.

Al hablar de inversión se hace referencia a dos sujetos, el inversionista y el Estado receptor de la inversión, siendo así que en los procesos de inversión siempre existirán intereses contrapuestos. Para el inversionista, la inversión es una forma de maximizar ganancias, expandir mercados o consolidar alianzas. Para el Estado receptor la inversión extranjera constituye un método para agenciarse de fondos para financiar mecanismos de desarrollo dentro del estado. Es esta diferencia de intereses la que ha sido históricamente una fuente de disputas para las cuales se han empleado diferentes instrumentos legales, algunos a nivel de doctrinas o teorías, otros a nivel de textos legales y actualmente se aplica el arbitraje de inversión.

En relación a lo anterior, la legislación guatemalteca a través del Decreto 9-98, Ley de Inversiones Extranjeras Artículo 11, que regula la solución de controversias, establece: "Sin un tratado o convenio internacional debidamente suscrito, aprobado y ratificado por el estado de Guatemala así lo permitiere, las diferencias que pudieren surgir en materia de inversiones entre un inversionista extranjero y el estado de Guatemala, sus dependencias y otras entidades estatales, podrán someterse a arbitraje internacional, u otros mecanismos alternos de solución según sea el caso concreto de acuerdo a lo previsto en dicho convenio y leyes nacionales aplicables." Siendo este Artículo el fundamento legal expreso para utilizar el arbitraje como método de resolución de conflictos de inversión.

2.3 Concepto de arbitraje de inversión

“El arbitraje de inversión es aquel que se lleva a cabo entre un inversionista extranjero y el Estado receptor de la inversión en base a un acuerdo internacional de inversión firmado entre el estado receptor de la inversión y el estado del cual se origina el inversionista”.⁷ Es un método alternativo de resolución de conflictos en el cual voluntariamente las partes acuden ante un tercero imparcial cuando surge un conflicto en virtud de una medida en ejercicio de la soberanía del estado receptor de la inversión y que afecte a un inversionista.

También puede definirse como el medio pacífico de resolución de conflictos relativos al empleo de un capital que hace un Estado o nacional de un Estado, en algún tipo de actividad o negocio de otro estado con el objetivo de incrementarlo y percibir ganancias a futuro. De esta forma se entiende que el arbitraje de inversión es una modalidad del arbitraje internacional dentro del ámbito económico; el cual consta de varias fases, que se desarrollan de forma ordenada.

2.4 Características del arbitraje de inversión

En base a las definiciones anteriores se establece que los principales caracteres de este tipo de arbitraje son:

⁷ De Trazegnies Granda, **Ob. Cit**; pág. 5.

- a) Es un método alternativo de resolución de conflictos, pues evita acudir ante un juez para la resolución de conflictos de inversión, y permite el acceso a un mecanismo auxiliar a la justicia ordinaria.
- b) Es un proceso objetivo, ya que en el mismo debe predominar la igualdad e imparcialidad, por tratarse de sujetos de distinta nacionalidad y de distinto ámbito, público y privado.
- c) Es necesaria la existencia de un tratado internacional previo, en base al cual los Estados decidan someter los conflictos de inversión ante un órgano internacional. Es necesaria la existencia de un tratado previo para que se establezcan las bases y criterios para resolver las controversias que surjan en relación a inversiones entre estados.
- d) Debe existir una inversión previa, pues el conflicto relativo a una inversión es el supuesto principal dentro de este tipo de arbitraje.
- e) Constituye una forma de cooperación internacional para fomentar el desarrollo económico.
- f) Es un mecanismo que brinda estabilidad al sistema económico internacional, dotando de seguridad jurídica a las inversiones y brindando confianza a los inversionistas.
- g) Es un procedimiento eminentemente consensual, ya que las partes previo al surgimiento de la controversia deben haber aceptado utilizar el arbitraje como el método aplicable.

2.5 Sujetos del arbitraje de inversión

El elemento subjetivo dentro del arbitraje de inversión se encuentra constituido por la o las personas individuales o jurídicas, sujetos de derecho y obligaciones, que participan en el proceso de inversión. Existen tres sujetos:

a) El inversionista

Quien puede ser una persona individual, empresa privada o un Estado. Puede definirse al inversionista extranjero como la persona natural o jurídica que no tiene la nacionalidad del Estado receptor de la inversión; puede entenderse como nacional de otro Estado a toda persona natural o jurídica que tenga, en la fecha en que fue registrada la solicitud de un arbitraje de inversión, la nacionalidad de un estado distinto del estado que recibe la inversión. Cuando se trata de personas jurídicas el criterio para definir la nacionalidad de éstas usualmente es el del lugar de registro.

La legislación guatemalteca en el Artículo uno numeral tres de la Ley de Inversiones Extranjeras establece: "El inversionista extranjero es toda persona individual o jurídica, así como entidades extranjeras sin personalidad jurídica, legalmente organizadas de conformidad con la ley del país de constitución, que realicen una inversión extranjera en el territorio guatemalteco, ya sea directamente o mediante cualquier forma de asociación o contratación con personas individuales o jurídicas guatemaltecas."

b) El receptor de la inversión

Quien únicamente puede ser un Estado, ya que la normativa establece que son los Estados quienes reciben las inversiones provenientes del extranjero.

c) Arbitro o tribunal arbitral

Es la persona o personas quienes se encarga la resolución de un conflicto mediante la emisión de un laudo arbitral.

Una vez establecidos los sujetos que participan en el proceso de inversión es necesario determinar los derechos y deberes de los mismos con el objeto de establecer las posibles causas de un conflicto de inversión. La legislación guatemalteca otorga a los inversionistas extranjeros los mismos derechos que a los inversionistas guatemaltecos, con esta igualdad de derechos se pretende garantizar un proceso de inversión justo y equitativo; sin embargo a pesar de esto los procesos de inversión no están libres de controversias o conflictos.

Conforme lo establecido en el Decreto 9-98, Ley de Inversión extranjera se considera que los derechos que deben respetarse dentro del proceso de inversión son los siguientes:

- a) Plena equiparación: Se refiere a la igualdad de derechos del inversionista con los nacionales del Estado donde realizan la inversión; implica un trato equitativo entre inversionistas nacionales y no nacionales.

- b) Participación: Este derecho puede interpretarse de dos formas, primero establece que los inversionistas extranjeros pueden participar en actividades económicas de Guatemala, siempre que su objeto sea lícito; y por otra, otorga la facultad a los inversionistas extranjeros de participar como accionistas o socios dentro de sociedades que estén debidamente constituidas conforme a la ley.
- c) Propiedad privada: Los inversionistas tienen derecho al goce, disfrute y dominio de la propiedad sobre su inversión. El Estado guatemalteco debe respetar la facultad de los inversionistas de adquirir bienes dentro del territorio nacional, con el producto de las inversiones.
- d) Expropiación: Pretende proteger al inversionista de arbitrariedades por parte del Estado que recibe la inversión, en este caso Guatemala, ya que evita que al inversionista se le expropien los bienes que haya adquirido dentro del territorio nacional, haciendo la salvedad en los siguientes casos: necesidad pública, caso en el que puede el Estado guatemalteco privar de su propiedad a los inversionistas, siempre que se otorgue una indemnización previa; y comiso de bienes a favor del Estado, cuando un inversionista se dedique a invertir, transferir, realizar cualquier otra transacción u ocultar el origen o naturaleza de bienes o dinero producto de su inversión sabiendo que los mismos se originan de un delito o sirvieron de instrumento en la comisión del mismo puede entonces el Estado guatemalteco obtener estos bienes en su favor.
- e) Libertad de comercio: Implica la libertad de los inversionistas para comprar o vender bienes o servicios, dentro o fuera del mercado nacional, siempre que sea necesario para la actividad que realiza el inversionista.

- f) Acceso a divisas: Es la facultad de los inversionistas de comprar y vender utilizando moneda extranjera.

2.6 Principios del arbitraje de inversión

Cabanellas establece: "Los principios son los dictados de la razón admitidos por el legislador como fundamento inmediato de sus disposiciones, y en los cuales se halla contenido su pensamiento".⁸ Constituyen una autorización o invitación de la ley para la libre creación del derecho por el juez; son el medio utilizado por la doctrina para librarse de los textos legales que no responden ya a la opinión jurídica dominante.

Los principios son el conjunto de valores, creencias y normas que orientan y regulan la vida de una organización, son estos los que dan origen a las normas positivas, y éstas a su vez al derecho. Deben ser los rectores dentro de cualquier relación de derecho; garantizan que las relaciones jurídicas, de cualquier tipo, se desarrollen en condiciones de igualdad y justicia, dentro de los límites de la ley, y son los encargados de limitar la actividad jurisdiccional y establecer los parámetros dentro de los cuales pueden actuar los sujetos.

Constituyen estándares internacionales mínimos, es decir modelos o pautas que deben seguirse en la práctica internacional, los cuales posteriormente dan origen a las normas jurídicas internacionales, en este caso, a las normas que regulan el arbitraje de inversión. En el arbitraje de inversión deben regir los siguientes principios:

⁸ Cabanellas de Torres. **Ob. Cit;** pág.320.



a) Buena fe: Se refiere a que no debe haber nada oculto entre los sujetos de la inversión, las intenciones entre inversionista y Estado receptor deben ser claras. La buena fe es un principio supremo que rige todas las relaciones jurídicas, se basa en la lealtad y respeto por la ley. A través del mismo se busca evitar simulaciones o fraudes en las relaciones de inversión, hace presumir que el Estado que recibe la inversión actuará de forma transparente, y el inversionista a su vez buscará objetivos apegados a la ley.

b) Principio de trato justo y equitativo: Permite dar a cada uno lo suyo, o dar a cada quien lo que le corresponde. En materia de inversión el Estado receptor de la inversión debe garantizar al inversionista extranjero que tendrá los mismos derechos que un inversionista nacional, la ley debe aplicarse en condiciones de igualdad a todos los inversionistas. Permite que las expectativas legítimas de los inversionistas sean respetadas por los Estados que reciben la inversión. “El trato justo garantiza una actuación transparente por parte del Estado receptor de la inversión, lo obliga a actuar apegado a la ley evitando arbitrariedades”.⁹

c) Transparencia: Relativo a la inexistencia de intenciones ocultas entre las partes, estrechamente relacionado con la justicia y equidad ya que la justicia dentro del proceso de inversión sólo puede lograrse a través de una actuación transparente por parte de los sujetos que intervienen en el proceso. Permite que la información entre las partes sea clara, que no existan secretos y condiciones ambiguas o contradictorias que puedan ocasionar confusión. Algunos autores afirman que

⁹ Villagran Kramer, Francisco, **Derecho de los tratados**, pág. 152

constituyen faltas de transparencia las respuestas que el Estado receptor da a las preguntas que le formula el inversionista a fin de decidir su inversión, si éstas son insatisfactorias y totalmente vagas.

- d) Estabilidad:** Implica la permanencia o duración de la relación entre inversionista y Estado receptor. “Los intereses de los inversionistas no pueden alterarse por intereses políticos o económicos del estado que recibe la inversión”.¹⁰ Las condiciones de la inversión no pueden ser cambiadas a menos que sea por una situación de interés público y que no medie mala fe; los cambios en las condiciones de inversión no pueden tener por objeto perjudicar los negocios de los inversionistas extranjeros en favor de los inversionistas nacionales.
- e) Respeto a los derechos privados:** Los derechos del inversionista deben ser respetados; la igualdad de derechos que otorga el Estado que recibe la inversión al inversionista extranjero en relación a los inversionistas nacionales debe mantenerse mientras dure la inversión. Todos los derechos que el inversionista tiene, como el derecho a la propiedad privada, a la libertad de comercio, entre otros, deben ser protegidos por el estado receptor; siendo la expropiación por utilidad colectiva o necesidad pública, previa indemnización, y comiso de bienes a favor del Estado en caso de lavado de dinero, una excepción a este principio.
- f) Principio de plena protección:** El Estado receptor de la inversión debe contar con una legislación que garantice las condiciones de la inversión, otorgándole seguridad

¹⁰ De Cossío, González, **Arbitraje de inversión**, pág. 7.



y confianza al inversionista sobre sus inversiones y posibles resultados. En Guatemala la legislación aplicable es la Ley de Inversiones Extranjeras y la Convención Internacional de Resolución de Conflictos Relativos a la Inversión, donde se establecen las condiciones, derechos y obligaciones que deben aplicarse en una inversión.

- g) Principio de trato nacional y tratamiento de nación más favorecida:** El trato nacional establece que los extranjeros tienen los mismos derechos que los nacionales del Estado donde vayan a invertir; y el principio de tratamiento de nación más favorecida implica que a todas las naciones deben dárseles el mismo trato o condiciones que se le otorgaron a otro estado, si las mismas son más favorables.
- h) Principio de prohibición de expropiación sin indemnización:** Este principio se refiere a que ningún caso puede el Estado receptor de una inversión apropiarse de lo realizado por el inversionista en el país sin una indemnización justa previa, salvo el comiso de bienes a favor del Estado en caso de lavado de dinero.
- i) Principio de libre transferencia de fondo:** “El receptor de la inversión debe garantizar el flujo económico de Estado a Estado para actividades económicas”.¹¹ Se debe fomentar el intercambio de bienes y servicios entre agentes económicos, que pueden ser personas físicas, empresas o gobiernos.

¹¹ **Ibid**, pág 8.

2.7 Procedimiento

El procedimiento arbitral de inversión más común es el regulado por el Centro Internacional de Arreglo de Disputas Relativas a la Inversión, CIADI, el cual se desarrolla conforme a las siguientes disposiciones:

En el inicio de un proceso arbitral de inversión las partes previamente deben ser parte de un tratado internacional de inversión mediante el cual acepten someter conflictos a la jurisdicción internacional, deben haber consentido por escrito someter un conflicto al procedimiento arbitral de inversión; una vez dado este consentimiento no puede ser unilateralmente retirado. A través de este consentimiento expreso las partes excluyen cualquier otro recurso.

El Estado contratante o nacional de un Estado contratante que quiera iniciar un procedimiento de arbitraje, dirigirá, a tal efecto, una solicitud escrita al Secretario General del Centro Internacional de Arreglo de Disputas Relativas a la Inversión quien enviará copia de la misma a la parte contraria, deberá registrar la solicitud y después de un examen de fondo y forma deberá notificar a las partes si la solicitud fue aceptada o rechazada.

Una vez registrada la solicitud se procederá a la constitución del tribunal de arbitraje, en un plazo no mayor de 90 días. El tribunal podrá componerse de un árbitro único o de un número impar de árbitros, nombrados según lo acuerden las partes; si las partes

no se pusieren de acuerdo sobre el número de árbitros y el modo de nombrarlos, el tribunal se constituirá con tres árbitros designados, uno por cada parte y el tercero, que presidirá el tribunal, de común acuerdo. Dentro del arbitraje de inversión los árbitros no pueden tener la nacionalidad del Estado contratante parte en la diferencia, ni la del Estado a que pertenezca el nacional del otro estado contratante, salvo que las partes pacten lo contrario.

Una vez formado el tribunal se procederá a decidir sobre la diferencia de acuerdo con las normas de derecho acordadas por las partes. A falta de acuerdo, el tribunal aplicará la legislación del Estado que sea parte en la diferencia. En cualquier momento del procedimiento el tribunal puede solicitar a las partes la presentación de documentos o cualquier medio de prueba que considere necesario para emitir su resolución. Podrá trasladarse el tribunal al lugar en el que se produjo la diferencia y practicar las diligencias de prueba que considere pertinentes.

Si una de las partes no comparece al procedimiento, esto no implica que se allane a las pretensiones del actor, media vez justifique su incomparecencia. Si una vez iniciado el proceso una parte deja de comparecer puede la otra parte, en cualquier momento, solicitar al tribunal que resuelva sobre los puntos controvertidos y dicte laudo.

Terminadas las diligencias que el tribunal considere necesarias procederá a la emisión del laudo arbitral. Decidirá todas las cuestiones por mayoría de votos de todos sus miembros, el laudo debe constar por escrito y debe llevar la firma de los miembros del



tribunal que hayan votado en su favor. Contra el laudo arbitral en materia de inversión solo proceden los recursos de aclaración, revisión y anulación. La petición de revisión deberá presentarse dentro de los 90 días siguientes al día en que fue descubierto el hecho y, en todo caso, dentro de los tres años siguientes a la fecha de dictarse el laudo. Las solicitudes de anulación deberán presentarse dentro de los 120 días siguientes a partir de la fecha de emisión del laudo.

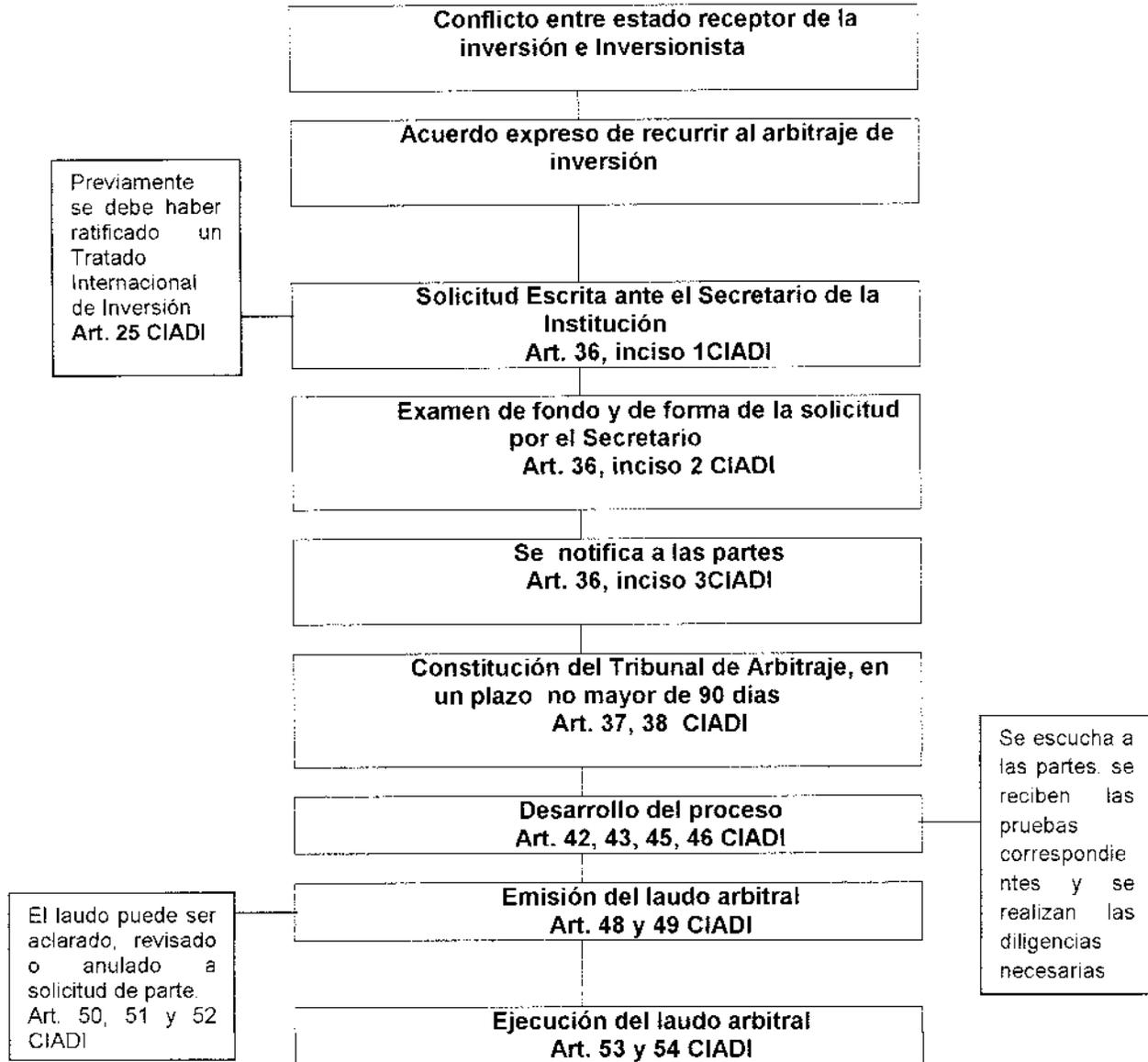
Una vez emitido el laudo se procederá a su ejecución tomando en cuenta que todo estado contratante debe reconocer el carácter obligatorio del laudo y hará ejecutar dentro de sus territorios las obligaciones pecuniarias impuestas por el laudo como si se tratara de una sentencia firme dictada por un tribunal existente en dicho Estado.

A continuación se presenta un esquema donde se desarrolla el proceso arbitral de inversión, según el reglamento del Centro internacional de arreglo de disputas relativas a la inversión, individualizando las distintas fases del mismo del mismo.



Esquema 2

Procedimiento Arbitral de Inversión



Fuente: Cuadro aporte de la sustentante.

CAPÍTULO III

3. Asimetría en el arbitraje de inversión

Para un inversionista la inversión representa la colocación de su capital a largo plazo en un país extranjero para la creación de una empresa o prestación de servicios y de esta forma internacionalizarse y expandir su mercado. Para el Estado que recibe la inversión, ésta constituye un medio y/o recurso para financiar el desarrollo interno del país, permite la creación de nuevos empleos o el fomento de actividades económicas logrando promover la formación de capital. Es así que dentro del proceso de inversión al existir dos sujetos siempre existirán intereses distintos, y en algunos casos contrapuestos.

El proceso de inversión extranjera es muy complejo, debido a que traspasa fronteras y se lleva a cabo en un periodo de tiempo prolongado, no es inmediato. Dentro de éste proceso el Estado receptor de la inversión tiene un doble papel, ya que por una parte será un contratante dentro de la inversión, y por otra es una autoridad con poder para autorizar o no las actividades a las que se dirigen las inversiones extranjeras y para autorizar una inversión nacional o extranjera en el país. Aparentemente este poder por parte del Estado deja al inversionista como el sujeto vulnerable de la inversión. Es a raíz de estos conflictos de intereses y poderes dentro de las inversiones que surge la necesidad de buscar una solución pacífica y eficaz, siendo ésta el arbitraje de inversión.

“Durante el proceso de inversión extranjera, los intereses entre el Estado y el inversionista pueden divergir dando origen a una disputa o conflicto de inversión”.¹²

Con el surgimiento del derecho internacional de inversiones extranjeras y del arbitraje de inversión, surge todo un sistema de solución de controversias de inversiones con principios propios, expresamente indicados en la Convención del Centro Internacional de Arreglo de Disputas de Inversión, y en los Tratados Bilaterales de Inversión o desarrollados jurisprudencial y doctrinariamente, entre los que se encuentran: igualdad, trato justo y equitativo, transparencia, trato de nación mas favorecida, entre otros.

El principal objeto del arbitraje de inversión es solucionar una controversia o conflicto en materia de inversión entre un estado y un inversionista tomando en cuenta los principios descritos. “Un conflicto puede definirse como una circunstancia en la cual dos o más personas perciben tener intereses mutuamente incompatibles, ya sea total o parcialmente contrapuestos y excluyentes, generando un contexto confrontativo de permanente oposición”.¹³ La teoría moderna de los conflictos sostiene que no son ni buenos ni malos en sí, sino que son sus efectos o consecuencias los que determinan que un conflicto sea bueno o sea malo. Por lo tanto un conflicto puede llegar a ser un mecanismo de cambio e innovación según su resultado.

La teoría general del conflicto de inversión establece que las partes dentro de un conflicto de inversión deben verlo como un desafío o como un proceso mediante el cual se pueden obtener nuevas posiciones o enfoques para satisfacer sus necesidades y

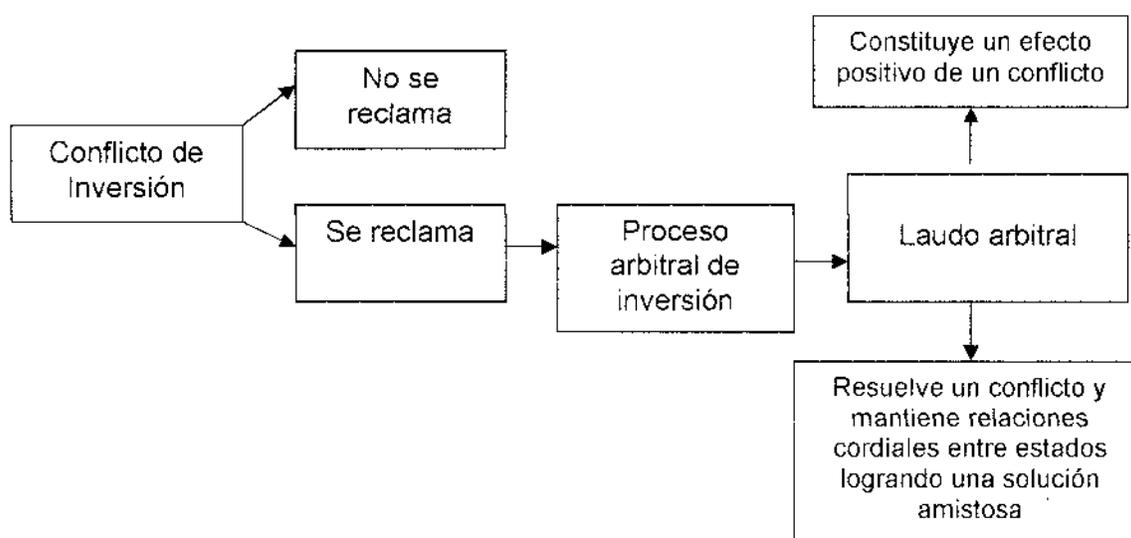
¹² Feldstein de Cárdenas, Sara, **Arbitraje e inversiones extranjeras: un delicado equilibrio**, pág. 8.

¹³ **Ibid.**, pág. 5.

objetivos; permitiendo así mejorar las relaciones internacionales y estableciendo nuevas perspectivas para la solución de conflictos, como el arbitraje de inversión.

Esquema 3

Teoría General del Conflicto Aplicada al Arbitraje de Inversión



Fuente: Cuadro aporte de la sustentante.

Tomando en cuenta lo establecido en la teoría general del conflicto de inversión se puede determinar que el proceso arbitral de inversión debería ser un método para solucionar sus controversias a través de un proceso justo y transparente, basándose en la equidad e igualdad entre las partes para lograr una solución positiva y eficaz, y de forma general promover la cooperación internacional. Sin embargo esta teoría no



se cumple en su totalidad, debido a que, si bien el proceso arbitral de inversión si resuelve conflictos entre inversionistas y Estados receptores la asimetría de intereses entre los sujetos impide que se satisfagan los objetivos de ambos, y este proceso puede llegar a limitar algunas facultades de las partes.

Por asimetría debe entenderse la diferencia o desigualdad de intereses que existe entre los sujetos de la inversión. Esta asimetría de intereses entre Estado receptor de la inversión e inversionista se ve reflejada en los objetivos de la inversión y es el origen de las demandas arbitrales.

En la búsqueda de desarrollo y progreso, los Estados han recurrido a las inversiones extranjeras, provocando que el movimiento de capital entre estados sea masivo, promoviendo la expansión de los mercados y el desarrollo de la economía internacional. Mediante la inversión extranjera los inversionistas buscan expandir su mercado llevando su capital a un estado extranjero, estado donde buscan no solo aumentar su capital sino un ámbito seguro en el que se protejan sus derechos y los productos de su inversión; llevando estas necesidades a la creación de tratados y acuerdos internacionales relativos a la inversión.

Es con la difusión de los acuerdos internacionales de inversión que cobra importancia el uso del proceso arbitral como método para solucionar conflictos de inversión. Sin embargo el desarrollo y aumento de los acuerdos internacionales de inversión tiene efectos contraproducentes para los Estados receptores de la inversión; ya que en un

inicio estos acuerdos tenían por objeto orientar la inversión y crear condiciones que permitieran la obtención de utilidades razonables, pero actualmente los mismos son utilizados por los inversionistas sin restricción alguna, lo que ocasiona un número excesivo y en muchos casos injustificado de demandas contra los Estados receptores, dejando a dichos estados en una posición vulnerable.

El arbitraje de inversión idóneamente debería constituir una herramienta que auxilia a la justicia ordinaria, permitiendo tramitar las demandas de inversión de forma eficaz y justa, sin embargo este proceso ha sido utilizado como un mecanismo de protección por parte de los inversionistas, ocasionando que los Estados receptores de la inversión se vean en la necesidad de recurrir a distintas estrategias de negociación con los inversionistas como único mecanismo de defensa.

Antiguamente el Estado receptor de una inversión no podía ser demandado por un particular ante un tribunal internacional; todo lo que podía hacer el inversionista era demandar a ese estado ante sus propios tribunales locales, lo que ocasionaba que el número de inversiones fuera mínimo debido al miedo de los inversionistas de verse sometidos a una jurisdicción poco objetiva; a través del arbitraje de inversión se da confianza al inversionista para que su capital sea garantizado sin el mínimo riesgo y al mismo tiempo permite que en el caso de surgir un conflicto éste pueda resolverse ante un tribunal internacional que garantice la imparcialidad del proceso.

El arbitraje de inversión permite al inversionista extranjero demandar al Estado en el cual realiza su inversión, por violaciones o actuaciones de este último, que hayan ocasionado algún daño o pérdida al inversionista. Otorga al inversionista el acceso a una jurisdicción internacional, distinta de los tribunales ordinarios del Estado, garantizando especialización, confidencialidad e imparcialidad en el proceso.

Por una parte el inversionista, que es la persona individual o jurídica que trae su capital a un Estado del que no es nacional, tiene objetivos eminentemente lucrativos, busca aumentar su capital invirtiéndolo en un estado extranjero con la condición de obtener ganancias a corto, mediano o largo plazo. El Estado que recibe la inversión busca atraer ese capital extranjero con el objeto financiar alguna actividad dentro del estado, utiliza las inversiones como recursos para realizar sus fines. A través del proceso arbitral de inversión el inversionista obtiene un mecanismo de protección a su inversión y el Estado receptor obtiene un medio para atraer inversiones.

Inversionista y Estado receptor representan una figura de derecho privado frente a una figura de derecho público, ya que el inversionista siempre tendrá el fin particular de obtener ganancias, mientras que el Estado actúa como ente soberano con fines colectivos ya que busca obtener recursos para satisfacer necesidades sociales dentro del mismo.

En base a la premisa anterior muchos autores resaltan el hecho de que en las relaciones entre el inversionista extranjero y el Estado receptor, el Estado no sólo es

sujeto de la inversión, además es la autoridad encargada de regir las actividades del inversionista. De esta forma el Estado podría entorpecer las actividades del inversionista, dificultar las autorizaciones necesarias, favorecer a inversionistas nacionales o de cualquier otra forma afectar la propiedad o derechos de los inversionistas extranjeros; por lo que a través de la protección que se da al inversionista con el arbitraje de inversión se compensa este doble papel del Estado en la inversión.

Otros argumentos a favor del rasgo de protección al inversionista extranjero que domina en el arbitraje de inversión se basan en el hecho de que el Estado puede en cualquier momento aplicar el derecho nacional al inversionista, por lo que es al inversionista a quien debe otorgársele un mecanismo de protección.

En base a estos argumentos, doctrinariamente se busca justificar el carácter tutelar del arbitraje de inversión hacia el inversionista. Sin embargo la realidad es otra, ya que si bien el Estado puede aplicar su legislación interna al inversionista que invierte en el Estado, éste tiene que hacerlo dentro de los límites de la ley, sin perturbar al inversionista en sus derechos y garantizando el respeto de los mismo para fomentar así inversiones futuras que promuevan el desarrollo económico del estado. Los Estados receptores no gozan de privilegios en el proceso de inversión, buscan evitar conflictos dentro del mismo proceso para evitar arbitrajes que implicarían una inversión grande de recursos y al mismo tiempo sientan bases para nuevas inversiones.

Los Estados receptores buscan que las inversiones se lleven a cabo en un ámbito de legalidad y legitimidad, apoyados por una legislación internacional justa e imparcial; sin embargo estos rasgos del arbitraje de inversión son cuestionados en la actualidad debido a que los Estados receptores se ven tácitamente obligados a aceptar los procesos arbitrales de inversión y a que los laudos emitidos en estos arbitrajes son inapelables, los medios de impugnación son escasos y se encuentran sujetos a determinadas condiciones, tomando en cuenta que casi en la totalidad de casos son los Estados los sujetos pasivos de los arbitrajes de inversión, quedan estos en una posición menos favorable.

En base a los hechos anteriores surge la necesidad de analizar la normativa aplicable al arbitraje de inversión, para determinar la imparcialidad y justicia dentro del proceso a pesar de la asimetría de intereses que existe entre los sujetos parte, o si se infringe algún principio del derecho internacional; y los efectos que un arbitraje de inversión tiene tanto para estados como inversionistas.

3.1 Análisis de la normativa

Tomando en cuenta las dificultades en el estudio de las controversias relativas al arbitraje de inversión por su escasa regulación, a continuación se presenta una serie de Artículos de la Convención del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a la Inversión, CIADI, en los cuales se verifica e interpreta la aplicación de sus principios rectores.

El Artículo 25 (1) regula: “La jurisdicción del centro se extenderá a las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión entre Estados Contratantes (o cualquiera subdivisión política y organismo público de un Estado Contratante acreditados ante el Centro por dicho Estado) y entre un Estado Contratante y el nacional de otro Estado Contratante y que las partes hayan consentido por escrito en someter al Centro.”

En este artículo se utiliza de forma general el término “estado contratante” para designar a estados que hayan ratificado la Convención del CIADI y que actúen ya sea como estados inversionistas o estados receptores de la inversión. La generalización del término evidencia el principio de igualdad de derechos propios del arbitraje de inversión.

Esta normativa utiliza términos generales debido a que en ella sólo se establecen pautas que deben seguirse dentro de un arbitraje de inversión, previo al proceso arbitral de inversión debe existir un contrato de inversión en el que se establezcan de forma específica la materia del arbitraje, las facultades y limitaciones de cada sujeto.

Sin embargo este uso de términos generales en todas las disposiciones hace difícil la interpretación de la normativa ya que en ninguna parte se establecen las condiciones para que procedan las demandas de inversión, por lo que al ratificar la Convención del CIADI se otorga un consentimiento demasiado amplio pues no se puede determinar el

alcance del proceso arbitral, ni la inversión de tiempo o recursos que serán necesarios por parte de los sujetos.

El Artículo 36, (1) regula: "Cualquier Estado Contratante o nacional de un Estado Contratante que quiera incoar un procedimiento de arbitraje, dirigirá, a tal efecto, una solicitud escrita al Secretario General quien enviará copia de la misma a la otra parte."

A través de esta disposición se otorga a ambos sujetos de la inversión el derecho de iniciar un proceso de inversión, evidenciándose el principio de trato justo y equitativo entre los sujetos parte.

A pesar de que dentro de un proceso arbitral tanto inversionista como Estado receptor tienen la facultad de iniciar el proceso ante la autoridad competente, en la actualidad casi la totalidad de demandas tramitadas ante el Centro de Resolución de conflictos Relativos a la Inversión, CIADI, son planteadas contra Estados receptores. Esto se debe a que son los Estados quienes son mas susceptibles de incumplir las condiciones de la inversión; mediante la inversión extranjera el Estado receptor puede explotar o producir bienes y servicios con la condición de entregarle utilidades al inversionista después de un plazo determinado. Esta situación hace que los Estados acepten condiciones gravosas para obtener inversiones, el conflicto de inversión surge cuando el estado receptor se ve imposibilitado para entregar las utilidades pactadas al inversionista por utilizar el capital de la inversión para fines distintos a los convenidos, utilizarlos para los fines establecidos en el contrato pero no pudiéndose prever



catástrofes naturales, o cuando las condiciones de la inversión se vuelven demasiado onerosas debido al tiempo e intereses pactados.

El Estado queda en esta posición desventajosa debido a que las inversiones extranjeras pasan a formar parte de la llamada "deuda externa" de los Estados, viéndose en una situación de múltiples deudas y poca capacidad de pago por una mala administración de recursos.

Por su parte la actividad del inversionista se limita a disponer en que actividad invertirá su capital y bajo que condiciones, únicamente puede ser demandado en caso de incumplir con alguna de las obligaciones pactadas en el contrato o pedir utilidades antes del vencimiento del plazo estipulado.

Posteriormente a la entrada en vigencia de la Convención del CIADI se emite el Informe de los Directores Ejecutivos acerca del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativa Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, el cual en su disposición número 33, Reclamaciones por parte del estado inversionista, establece: "Cuando un Estado Receptor consiente en someter al centro la diferencia con un inversionista, otorga al inversionista acceso directo a una jurisdicción de carácter internacional..."

A través de esta disposición se manifiesta el carácter voluntario del arbitraje de inversión evidenciando el principio de consentimiento de parte. Sin embargo recurrir al

arbitraje de inversión en la realidad pareciera ser mas una obligación contractual para el Estado receptor con el objeto de obtener una inversión.

El arbitraje de inversión es considerado como un proceso eminentemente consensual, por ser necesaria la manifestación expresa de voluntad de las partes dentro de un conflicto de inversión de someter dicha controversia a un arbitraje, sin embargo este consentimiento para el Estado que recibe la inversión no es siempre voluntario, ya que los Estados receptores se ven obligados a aceptar el proceso arbitral como el mecanismo de solución de conflictos en el caso de inversiones extranjeras por ser el medio que brinda mayor seguridad y confianza a los inversionistas extranjeros para realizar sus inversiones dentro del estado receptor.

En caso de negarse a aceptar los procesos arbitrales los Estados receptores verían afectada su economía interna pues las inversiones disminuirían, su capacidad de comercio se vería reducida y su imagen en el mercado internacional perdería credibilidad. Es así que para los Estados receptores la manifestación de voluntad para aceptar el arbitraje de inversión no es totalmente libre y voluntaria, se ve influenciada por necesidades económicas y políticas conocidas por los inversionistas.

El Artículo 53 (1) de la Convención: "El laudo será obligatorio para las partes y no podrá ser objeto de apelación ni de cualquier otro recurso, excepto los casos previstos en este convenio. Las partes lo acatarán y cumplirán en todos sus términos salvo en la



medida en que se suspenda su ejecución, de acuerdo con lo establecido en las correspondientes cláusulas de este Convenio.”

Los únicos recursos regulados en la convención del CIADI son la aclaración, revisión y anulación del laudo; y el artículo anterior hace la salvedad de que únicamente serán procedentes en los casos y condiciones permitidos por el mismo. La aclaración solo procede en el caso que existan dudas sobre el sentido del laudo, pero este recurso no modifica el contenido del mismo. La revisión únicamente procede cuando exista un hecho, que era desconocido para las partes y el tribunal, que hubiera podido influir en el laudo. Por su parte la anulación procede en el caso de que el tribunal se hubiese constituido incorrectamente, hubiese extralimitado sus funciones, hubiere corrupción en el mismo, se hubiere quebrantado una norma de procedimiento o no se hubieren expresado los motivos del laudo. De esta forma se plasma que los recursos aplicables al arbitraje de inversión no permiten un examen de fondo del laudo constituyendo mecanismos de defensa poco eficaces.

De esta forma se limita el derecho de defensa del sujeto pasivo del arbitraje, que es casi en todos los casos es el Estado receptor; los medios de impugnación son mínimos y su uso está condicionado a las disposiciones de la convención, obligando al Estado receptor a ejecutar el laudo. El Estado no sólo se ve forzado a aceptar el proceso arbitral sino que también debe acatar las decisiones que del mismo resulten sin tener más mecanismos de defensa que su capacidad de negociación para con el inversionista y de esa forma hacer menos gravoso el proceso arbitral y su resultado.

Esta disposición podría considerarse violatoria de los principios internacionales de justicia y defensa.

El Artículo 54 de la Convención regula: “Todo Estado Contratante reconocerá al laudo dictado conforme a este convenio carácter obligatorio y hará ejecutar dentro de sus territorios las obligaciones pecuniarias impuestas por el laudo como si se tratara de una sentencia firme dictada por un tribunal existente en dicho Estado...”

En esta disposición se plasma la obligatoriedad de cumplimiento del laudo arbitral, el cual debe hacerse cumplir dentro de un estado por los tribunales locales; esta disposición otorga certeza jurídica al proceso arbitral por la obligatoriedad de ejecutar el laudo. Sin embargo si la ejecución del laudo deviene de un laudo que fue emitido infringiendo los principios de defensa y justicia podría llegar a constituir una disposición violatoria de principios del derecho internacional.

El arbitraje de inversión es un proceso moderno y adaptable, que constituye una herramienta para la solución eficaz de conflictos de inversión, sin embargo por ser un proceso relativamente nuevo y contar con poca regulación aún tiene aspectos que deben modificarse, como los señalados anteriormente, para así cumplir plenamente con los principios y derechos internacionales de trato justo y equitativo, igualdad de derechos y derecho de defensa establecidos en la Convención de Viena Sobre el Derecho de los Tratados y en la misma Convención Sobre Arreglos Relativos a la Inversión.

3.2 Determinación de la asimetría

La técnica jurídica es una serie de procesos que tienen por objeto la creación de las fuentes formales del derecho, es decir la creación de leyes, doctrinas y jurisprudencia. A través de la misma se establecen cuatro instrumentos para regular, siendo estos las reglas, los principios, los conceptos y los estándares.

El arbitraje de inversión se regula en base a principios y estándares, y no en base a reglas, debido a la variedad de situaciones que pueden darse. Las inversiones internacionales constituyen una materia que está en constante desarrollo por lo que únicamente pueden establecerse ciertos criterios o parámetros para regular, ya que las condiciones de inversión, si bien pueden ser parecidas, nunca serán las mismas. Permite a los legisladores aplicar su razonamiento e interpretar los estándares o principios para adecuarlos los casos concretos.

La regla constituye un concepto cerrado, establece una relación causa y efecto, pues la realización de un hecho regulado en la regla implica como consecuencia la aplicación de una sanción, dentro de esta hipótesis no siempre pueden encuadrarse los conflictos que se deriven de las inversiones, pues estos son muy variados y con el constante avance de la globalización los estados y formas de las inversiones son cambiantes. Un estándar constituye un parámetro donde pueden encuadrarse varias conductas y se les puede dar un sentido distinto a cada una de ellas según sus características particulares; constituye un criterio en base al cual se establecen lineamientos que

sirven de base a los legisladores en sus actuaciones, es un concepto abstracto que puede adecuarse a las circunstancias.

Los estándares de trato justo y equitativo, y de defensa son algunos de los diversos tipos de estándares que los tratados de inversión contienen; otros son trato nacional, trato de nación más favorecida y plena protección, entre otros. El estándar de trato justo y equitativo y el estándar de defensa se encuentran estrechamente relacionados, ambos buscan que las relaciones internacionales o, en éste caso, que las relaciones dentro del arbitraje de inversión sean igualitarias, que no se haga diferencia alguna entre sujetos y que se les otorguen las mismas oportunidades de acción y defensa.

Ambos sujetos dentro del proceso arbitral de inversión pueden cometer y ser objeto de violaciones a sus derechos por lo tanto ambos deben contar con mecanismos de defensa. El estándar de defensa se encuentra comprendido dentro del trato justo y equitativo, implica dar a cada quien lo que corresponde. No se le pueden limitar al sujeto pasivo de la inversión sus mecanismos de defensa, especialmente tratándose de los estados, quienes ya se ven obligados a aceptar el proceso arbitral.

3.5 Necesidad de superar las limitaciones del arbitraje de inversión y su posible solución

El arbitraje surge como un sistema novedoso y moderno, cuyo objetivo es beneficiar a la comunidad internacional a fomentar sus relaciones de cooperación a través de la

resolución justa y pacífica de conflictos entre los mismos, pero al limitarse derechos a cualquiera de las partes se restringen los propósitos para los que fue creada esta institución; convirtiéndose en una institución viciada, que si bien, conceptualmente forma una idea positiva y de grandes méritos, al concretarse materialmente y llevarse a la practica no cumple con sus principios rectores.

Es necesario superar las limitaciones del arbitraje de inversión, permitiendo así su correcta aplicación y constituyendo una forma de justicia internacional eficaz y auxiliar a la justicia ordinaria.

El proceso arbitral es un mecanismo nuevo y adaptable, constituye un medio para desarrollar la cooperación pacífica entre las naciones, a través de la resolución de controversias internacionales, teniendo como fundamento los principios del libre consentimiento, igualdad, justicia y buena fe, y la norma pacta sunt servanda de los tratados. Es un proceso necesario, producto de la evolución y desarrollo del comercio y de las relaciones internacionales, por lo que se debe buscar perfeccionarlo ya que es un proceso que permanecerá con el trascurso del tiempo y si se permite que sea un proceso violatorio de derechos no podrá considerarse útil o eficaz y perdería su carácter de instrumento internacional de cooperación.

Para hacer del arbitraje de inversión un mecanismo justo y eficaz aplicable en la actualidad es necesaria una enmienda a las disposiciones antes mencionadas, con el objeto de garantizar el respeto al derecho de defensa y justicia.



Debemos tomar en cuenta que Guatemala es un Estado, y como tal, tiene capacidad para formar parte de un arbitraje de inversión, ya sea como inversor o como estado receptor de la inversión; por lo tanto esta limitación de derechos no debe pasar desapercibida para la sociedad guatemalteca ya que eventualmente podría verse afectada por la misma. Al haber Guatemala ratificado la Convención Internacional de Arreglo de Disputas Relativas a la Inversión el derecho lo asiste para proponer enmiendas a la misma.

El procedimiento para solicitar una enmienda a la Convención por parte del estado de Guatemala sería el siguiente: el estado de Guatemala debe dirigir la solicitud de enmienda al Secretario General del Centro Internacional de Arreglo de Disputas Relativas a la inversión; el Secretario informará al Consejo Administrativo de la existencia de la solicitud, en un plazo no menor a 90 días, antes de la celebración de la asamblea. Una vez reunida la asamblea se somete a consideración el asunto; si el Consejo aprueba la enmienda propuesta, será transmitida a todos los estados contratantes para su ratificación; dicha enmienda deberá entrar en vigencia en el plazo común de 30 días después de la fecha en que se notifica que todos los estados contratantes han ratificado la enmienda.

A pesar de que existe la posibilidad de una enmienda para lograr equiparar los derechos que limita el arbitraje de inversión y lograr así un proceso eficaz y justo, el trámite de la enmienda es un proceso que requiere de tiempo, por la obligatoriedad de ser ratificada por todos los Estados contratantes; a pesar de esta inversión de tiempo,



la enmienda a la convención es necesaria por lo que, no sólo el estado de Guatemala sino, todos los Estados contratantes deberían estar a favor de la misma y tomar la iniciativa para proponerla.

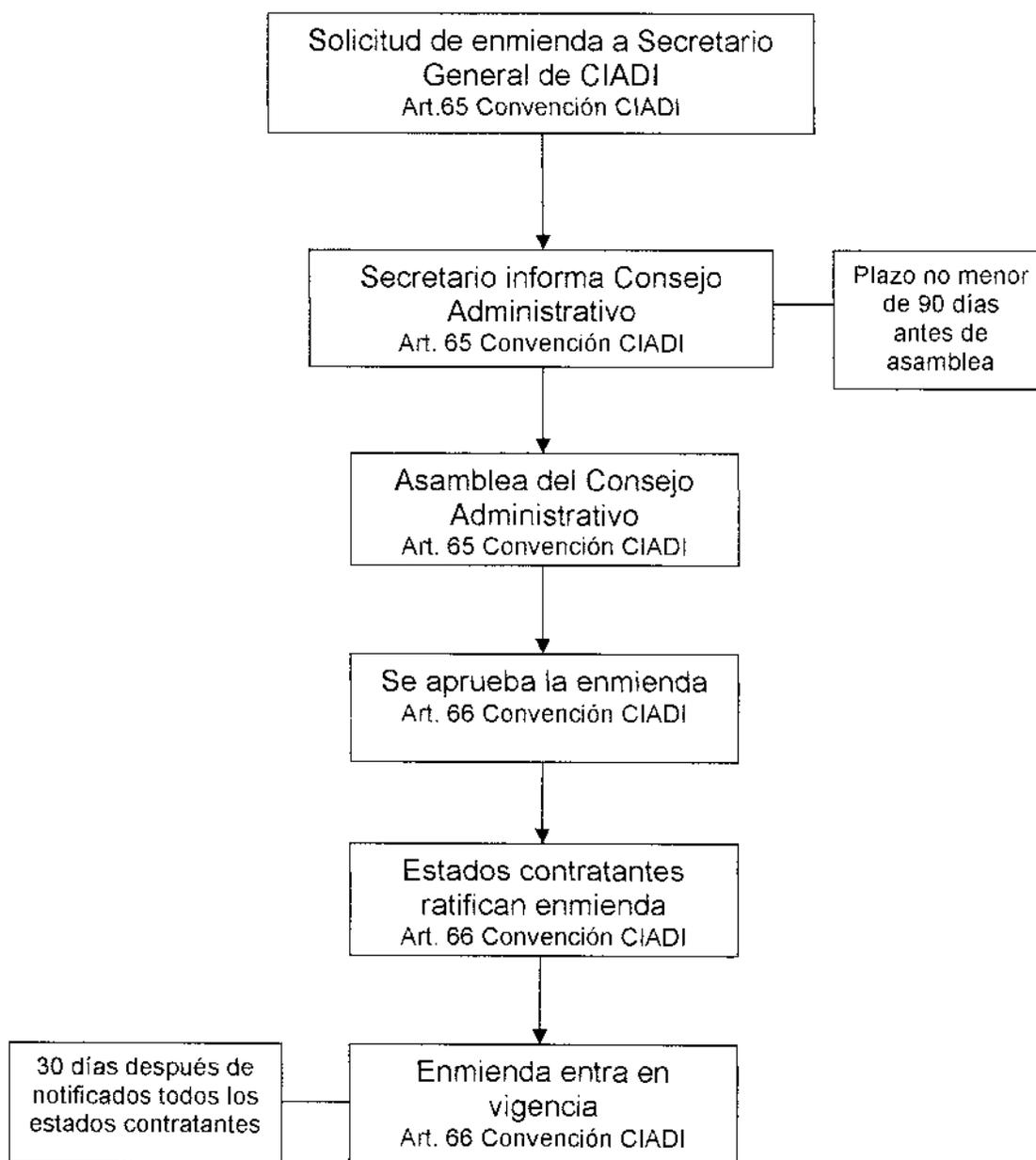
Es una obligación y necesidad de los estados contratantes proteger sus intereses, el arbitraje de inversión debe llegar a ser un medio de solución de conflictos justo y equitativo para lograrlo se deben iniciar las acciones antes mencionadas.

A través de la enmienda se debe garantizar que los mecanismos de impugnación del laudo arbitral sean eficaces y permitan una adecuada defensa para los sujetos pasivos del arbitraje. Se deben prever los riesgos a los que están sujetos los Estados receptores de la inversión en caso de catástrofes naturales y se deben establecer cláusulas alternas que permitan fianzas a los estados receptores, pudiendo así constituir una garantía que haga menos gravoso el resultado del arbitraje.

A continuación se desarrolla el esquema del proceso de enmienda que el Estado de Guatemala debería tramitar ante la secretaría del CIADI, para reformar la legislación vigente.

Esquema 3

Proceso de Enmienda ante CIADI



Fuente: Cuadro aporte de la sustentante.

CAPÍTULO IV

4. Efectos del arbitraje de inversión

Los efectos son las consecuencias o resultados que tiene el proceso arbitral de inversión para los sujetos involucrados, en este caso, inversionista y Estado receptor de la inversión. Estos efectos pueden ser positivos o negativos, dependiendo del motivo del proceso y de su ejecución.

El proceso arbitral de inversión tiene efectos positivos y negativos tanto para inversionistas como receptores de la inversión, en distinta medida, según sean sujetos activos o pasivos dentro del proceso.

4.1 Efectos positivos

Un efecto positivo es el resultado de un acto o hecho que beneficia, favorece o contribuye en una situación a un sujeto o sujetos determinados. Algunos de los efectos positivos que resultan en la actualidad de la aplicación del arbitraje de inversión se describen a continuación.

Antes que un mecanismo de resolución de conflictos el arbitraje de inversión constituye un mecanismo de prevención, ya que, busca que las partes adecúen su conducta durante los proceso de inversión para así evitar el arbitraje de inversión. Esto quiere



decir que antes de llevar a cabo la tramitación del proceso arbitral el mismo tiene por objeto evitar que las partes dentro de la inversión incumplan con sus obligaciones, haciendo consientes a los sujetos de las obligaciones contraídas en el contrato de inversión, en caso contrario se verán sometidos a una jurisdicción internacional especializada, lo que implicaría una significativa inversión de tiempo y recursos.

Al tener un carácter adaptable el arbitraje de inversión beneficia tanto a inversionistas como estados receptores, por ser un proceso que se basa en estándares sus disposiciones son generales y flexibles lo que permite que su aplicación e interpretación se adapte a los casos concretos. “A través del proceso arbitral de inversión se crea un estándar mínimo internacional aplicable a todas las inversiones extranjeras en cualquier país del mundo, esto quiere decir que se crean una serie de parámetros de carácter general para regular el proceso de inversión, en base a los mismos se supone la restricción de los nacionalismos respecto de ciertas medidas económicas con el objeto de captar capitales de inversión”.¹⁴

Otorga a las partes el acceso a un medio alternativo a la justicia ordinaria internacional permitiéndoles así la posibilidad de solventar sus controversias en base a los ideales de justicia e igualdad, pudiendo en algunos casos adecuar condiciones del proceso a sus necesidades.

La intervención de árbitros conocedores de la materia permite que el arbitraje de inversión sea un proceso especializado, en el que se resuelve a través de un laudo

¹⁴ Carvaco, **Ob. Cit.**; pág. 50.



debidamente respaldado por la capacidad técnica de quien lo emite, dotándolo así de legitimidad y juridicidad. Es así que el laudo emitido por un tribunal arbitral de inversión tiene mayor aceptación por ser un instrumento legal, con fuerza ejecutiva.

Permite una solución pacífica de las controversias, lo que beneficia a ambos sujetos de la inversión. A través del mismo se mantienen relaciones cordiales entre los sujetos partes del proceso, ofreciendo al estado receptor la posibilidad de recibir nuevas inversiones por parte del inversionista, y dándole seguridad al inversionista para realizar futuras inversiones dentro del mismo Estado.

Este tipo de arbitraje presenta a las partes una opción confiable que otorga celeridad y confidencialidad al proceso. Otorga celeridad en virtud de que los plazos se encuentran previamente establecidos y las partes no buscan entorpecer el proceso para evitar el aumento de los costos, y brinda mayor confidencialidad debido a que este proceso no es público únicamente comparecen las partes dentro del mismo, los árbitros y aquellos a quienes éstos den participación para dilucidar el proceso.

El proceso arbitral constituye un medio para garantizar el cumplimiento de una obligación, y en caso de que se emita un laudo, tiene fuerza ejecutiva; ya que al acordar las partes someter un conflicto a un proceso arbitral tiene prioridad el principio de pacta sunt servada, es decir que lo pactado es ley entre las partes por lo que ninguna de ellas podría negarse al proceso arbitral o a cumplir el laudo.



4.1.1 Efectos positivos para el inversionista

Mediante el proceso arbitral de inversión se da seguridad a los inversionistas extranjeros para invertir dentro de un Estado, constituyendo un mecanismo de defensa en caso de que el estado receptor infrinja algunas de las cláusulas pactadas.

Este proceso permite al inversionista acudir ante una jurisdicción imparcial, desprovista de nacionalismos o cualquier otro interés que pueda favorecer al estado receptor. De esta forma se reduce el temor del inversionista a la posible parcialidad que se suele atribuir a los tribunales estatales a favor de sus propios nacionales.

De igual forma si los inversores extranjeros perciben que el Estado anfitrión, receptor de la inversión, intenta cambiar de forma unilateral, arbitraria o discriminatoria la legislación aplicable a la inversión extranjera pueden acudir ante un tribunal arbitral para exigir que se hagan cumplir las estipulaciones pactadas en el contrato de inversión, pues lo pactado es ley entre las partes.

A pesar de ser el Estado receptor un ente soberano con capacidad para crear o modificar su legislación debe cumplir con las obligaciones contraídas en base a las condiciones acordadas según la legislación vigente en ese momento, tomando en cuenta la temporalidad de la ley y el contrato realizado.

Así mismo el Estado receptor de la inversión se cuidará particularmente de no incurrir en acción alguna que afecte su imagen en el mercado de capitales, ya que le interesa ser elegido por los inversionistas a fin de promover su propio desarrollo económico; y, por otra parte, estará consiente de que en caso de cometer alguna infracción contra el inversionista deberá someterse a una jurisdicción internacional, en la cual sus mecanismo de defensa se verán limitados.

4.1.2 Efectos positivos para el estado receptor

Para el Estado receptor de la inversión la aplicación del proceso arbitral de inversión es necesaria, porque le beneficia al evitar una disminución de inversiones extranjeras y un aumento de presión política y diplomática. Es un proceso necesario que el Estado receptor de la inversión debe aceptar para evitar mayores perjuicios.

Como parte de los aspectos positivos arbitraje de inversión para el Estado receptor puede establecerse que es un instrumento para fomentar la economía nacional. Le permite al Estado receptor atraer capitales extranjeros, pues este proceso constituye una medida de seguridad para los inversionistas, quienes al ver garantizado un proceso imparcial en caso de controversias invierten su capital dentro del estado.

Permite el surgimiento y desarrollo de relaciones internacionales de cooperación entre Estados pues el arbitraje de inversión implica la creación de tratados internacionales mediante los cuales se establecen las pautas generales del proceso y materializa el

consentimiento unánime de los Estados de acudir al mismo en caso de surgir conflictos de inversión; este proceso se convierte así en un instrumento que les permite a los Estados enfrentarse a un mundo globalizado en constante desarrollo.

En caso de emitirse un laudo en contra del Estado receptor de la inversión, el arbitraje de inversión podría considerarse positivo, si mediante el cumplimiento del laudo el estado aumenta su credibilidad en el mercado internacional, dejando constancia de su compromiso con las obligaciones contraídas en los contratos de inversión, atrayendo así capitales extranjeros. De esta forma el Estado receptor cuida y fomenta su imagen internacional ante los inversionistas, garantizándoles que en caso de surgir un conflicto el Estado receptor cumplirá debidamente con el laudo; producirá así efectos beneficiosos para la sociedad guatemalteca en virtud de que genera expectativas de inversiones futuras y mayor crecimiento del país.

El beneficio principal del arbitraje de inversión para el Estado receptor es que permite incrementar su desarrollo económico al atraer inversiones, dotando así al estado de recursos para satisfacer las necesidades sociales dentro del mismo.

4.2 Efectos negativos

Son las consecuencias o resultados que tiene el proceso arbitral de inversión para los sujetos involucrados, en este caso, inversionista y Estado receptor de la inversión, que perjudican, limitan o violan sus derechos.

En el caso específico del arbitraje de inversión los efectos negativos que son comunes a ambos sujetos implican la inversión de tiempo y recursos que tienen que hacer ambos. Sin importar el papel que desempeñen dentro del proceso arbitral tanto inversionistas como Estados receptores deben pagar los costos del proceso, los cuales implican la retribución del tribunal, los gastos del proceso, los gastos de transporte y viáticos de las personas que representen a cada parte, pues la sede del CIADI se encuentra en Washington, lugar donde se tramita el proceso. Este proceso arbitral también implica una gran inversión de tiempo debido a que los montos de las inversiones que se tramitan ante el CIADI son cuantiosas, de montos millonarios, por lo que ninguna de las partes quiere que se emita el laudo hasta haber agotado todos los recursos posibles dentro del proceso.

Para el inversionista, el arbitraje de inversión representa mayores beneficios que perjuicios puesto que el mismo tiene carácter tutelar para el inversionista; es para el Estado receptor que el arbitraje implica una serie de riesgos por ser casi en la totalidad de casos sujeto pasivo del proceso.

El arbitraje de inversión es un proceso que limita los derechos de defensa y trato justo y equitativo para el sujeto pasivo del proceso arbitral de inversión, puesto que sus mecanismos de defensa contra el laudo son limitados, únicamente son permitidos la aclaración, ampliación y anulación, en las condiciones que establece la ley. Enfocándonos en los estados receptores como sujetos pasivos del mismo, el proceso arbitral deja al Estado receptor en una situación vulnerable.

El Estado receptor está obligado a aceptar este proceso, no por su utilidad o eficacia, sino para no ver afectada su economía interna al no recibir inversiones extranjeras, además se ve obligado a cumplir con las resoluciones que emanen del mismo a pesar de que sus derechos se vean limitados. En este proceso los mecanismos de defensa contra el laudo arbitral son limitados por lo que el Estado receptor se ve obligado a negociar con el inversionista durante el proceso para evitar un resultado demasiado gravoso; en caso de emitirse el laudo y no poder impugnar el mismo el Estado receptor se ve obligado a cumplirlo, a pesar de ser el resultado de un proceso que infringe principios del derecho internacional, pues en caso de no hacerlo produciría inseguridad para los inversionistas extranjeros reduciendo el número de inversiones

En relación a los altos costos que tiene el procedimiento, el problema que se deriva de ello consiste en que este factor puede convertirse en una poderosa herramienta de coerción destinada a forzar a que los estados receptores, generalmente los más pobres, prefieran llegar a un arreglo o transacción anticipada, antes que acudir al proceso arbitral de inversión, debido a que el mismo resultaría más oneroso para el Estado receptor. De esta forma el arbitraje de inversión podría llegar a constituir un mecanismo de presión para los Estados receptores para que ajusten su política a los intereses de los inversionistas extranjeros.

Si bien este mecanismo actualmente constituye una valiosa herramienta al momento de enfrentar los conflictos suscitados a partir de las inversiones internacionales, es también cierto que es un proceso que limita derechos, que se puede perfeccionar y la

labor debe ser precisamente hacia ello con el objeto de obtener un proceso justo e imparcial cuya aplicación lleve a la emisión de un laudo que permita mantener relaciones cordiales entre los sujetos de la inversión.

Mientras no se modifique la normativa actual, el arbitraje de inversión constituye un proceso limitativo de derechos de los Estados receptores de las inversiones y al aceptar su trámite actual también se acepta tácitamente esa limitación de derechos.

4.3 Guatemala como parte en procesos de inversión

4.3.1 Caso Railroad Development Corporation RDC vs Guatemala

El Estado de Guatemala celebró contrato de usufructo oneroso, con la Compañía Desarrolladora de Ferrovías Sociedad Anónima (CDF) por 50 años, que es una agencia o rama de la empresa extranjera Railroad Development Corporation (RDC) propietaria del 82% de las acciones de Ferrovías.

En el año 2003 el Presidente Alfonso Portillo inicia un proceso de lesividad contra el contrato mencionado, alegando que Ferrovías (CDF) mantenía en malas condiciones el equipo ferroviario y que el mismo podía considerarse patrimonio nacional. El proceso de lesividad finaliza en 2006 durante el gobierno del Presidente Oscar Berger mediante un acuerdo gubernativo donde se declara la lesividad del contrato; sin embargo este acuerdo fue emitido tres meses después de la entrada en vigencia del Tratado de Libre



Comercio entre la República Dominicana, Centro América y Estados Unidos, DR-CAFTA.

Una vez declarado lesivo el contrato de usufructo oneroso la Procuraduría General de la Nación inicia el proceso contencioso administrativo para que se deje sin efecto dicho contrato, no obstante el día 15 de octubre del 2008 RDC interpone una demanda arbitral ante el CIADI en contra del Estado de Guatemala; dando apertura al caso número ARB/07/23 el día. El monto de esta demanda ascendió a los sesenta y cinco millones de dólares por indemnización por parte del gobierno, quince millones de dólares por la inversión realizada y cincuenta millones de dólares por los ingresos dejados de percibir, alegando RDC que perdió muchos clientes y se les negaban créditos.

Los argumentos de RDC se basan en el capítulo 10 de las normas del Tratado de Libre Comercio DR CAFTA, alega que el asunto no debe resolverse a través del derecho interno, ya que RDC tiene el 82% de acciones de Ferrovías y el capítulo 10 del DR-CAFTA puede ser aplicado en cualquier sociedad anónima nacional que tenga más del 51% de capital extranjero, como era el caso de Ferrovías.

Este caso se declaró cerrado el 25 de junio de 2011, mediante el fallo del CIADI en contra del Estado de Guatemala, condenándolo al pago de entre once y quince millones de dólares. El laudo afirma que Guatemala infringió cuatro normas del TLC que se resumen en la violación al trato justo y equitativo, principio rector del derecho



internacional, pues CDF había cumplido con lo pactado en el contrato de inversión y se le expropió de los bienes sin compensación alguna. Aun no se ha fijado el plazo para que el Estado de Guatemala realice el pago, pero una vez efectuado el mismo los bienes dados en usufructo regresaran al poder del Estado de Guatemala.

4.4.2 Caso Iberdrola vs Guatemala

La Empresa Eléctrica de Guatemala, SA (EEGSA) fue sometida a una licitación internacional el 30 de julio de 1998, en lo referente a distribución. Se planeó vender primero el 80% de la empresa, cuyo valor total estimado estaba entre doscientos cincuenta y trescientos millones de dólares. Entre los interesados se encontraban Electricidad de Caracas en sociedad con Houston Industries, AES Americas Inc. de Arlington, Coastal Power Co. de Houston e Iberdrola de España.

La adquisición del 80%, equivalente a unos 17.2 millones de acciones, de EEGSA la hizo Iberdrola de España junto a la estadounidense Teco Power Services (TPS) y Electricidad de Portugal. El grupo pagó quinientos veinte millones de dólares, mientras que el gobierno estaba esperando sólo un poco más de doscientos millones.

Desde 1972 EEGSA pertenecía al Estado en un 96.1%, mientras la que diferencia de 3.9% estaba en manos privadas. Al momento de la venta EEGSA tenía una deuda de cuarenta y tres millones de dólares y distribuía el 70% de la energía eléctrica de Guatemala, teniendo el resto otra empresa. La deuda debía ser absorbida por el



comprador. La empresa había operado con pérdidas en 1995 y 1996, pero a raíz del aumento de las tarifas para 1997 tuvo ganancias netas de tres millones de dólares.

La Comisión Nacional de Energía Eléctrica (CNEE) fijó desde el 1 de agosto del 2008 el VAD (impuesto de distribución) para la EEGSA, el cual pasó de US\$11.36 por kilovatio (kW) al mes en el quinquenio 2003-2008 a US\$4.24 por kW al mes para el 2008-2013, para los usuarios de media tensión (pequeñas empresas). Para la baja tensión (residencial) bajó US\$8.22 por kW al mes para el quinquenio en curso, frente los US\$9.19 por kW al mes del anterior.

La EEGSA había propuesto un VAD de \$24.80 por kilovatio al mes para las pequeñas y medianas empresas y de \$17.45 para los usuarios residenciales. Estas tarifas no fueron aceptadas por la CNEE, por lo cual se conformó una Comisión Pericial para que se pronunciara. Pero, tras recibir el informe de dicha comisión, la CNEE emitió el VAD antes citado, sin tomar en cuenta el dictamen pericial, por lo cual la EEGSA consideró que se violó la Ley General de Electricidad.

Este caso se llevó ante un Juzgado de Primera Instancia Civil, el cual amparó a la EEGSA. La Comisión Nacional de Energía Eléctrica, recurre dicha decisión ante la Corte de Constitucionalidad la cual falló a favor de la CNEE. La sentencia de la Corte de Constitucionalidad indicaba que, la Comisión Nacional de Energía Eléctrica se encontraba en uso de sus facultades legales para emitir la Resolución CNEE-144-2008 por la cual se fija el pliego tarifario, sin estar sujeta a escuchar a los peritos propuestos por EEGSA.

Sin embargo existen dos votos razonados que en esencia dicen el primero que se debía dejar la sentencia vigente del Juzgado de Primera Instancia Civil, debido a que el camino escogido por la CNEE fue el incorrecto y que se aplicó mal la ley, por lo cual, debe retrotraerse el procedimiento hasta la conformación de la comisión pericial, sin embargo deja sentado que es la CNEE la que en ley debe fijar los pliegos tarifarios.

El segundo voto razonado, toma un camino diverso al decir que efectivamente se tuvo que tomar en cuenta el informe pericial ofrecido por la EEGSA, pues al no hacerlo la CNEE violó derechos constitucionales de la EEGSA, por lo cual debía respetarse la sentencia del Juzgado Civil.

Previamente a que la Corte de Constitucionalidad emitiera su sentencia, Iberdrola, que es socio mayoritario de EEGSA, interpone demanda arbitral en contra del Estado de Guatemala por el monto de seiscientos setenta y dos millones de dólares. Iberdrola argumenta que la medida tomada por la CNEE limita el goce y ganancias de su inversión, los frutos de sus acciones, considerados dentro de nuestra legislación como bienes muebles; iniciándose así el caso número ARB/9/5.

En este caso Guatemala alega la incompetencia del CIADI, estableciendo que Iberdrola no es nacional del DR CAFTA, sin embargo el CIADI manifiesta que debido a un tratado bilateral entre Guatemala y España el CIADI si es competente para conocer el caso, ya que en este tratado se contempla expresamente al CIADI como medio de resolución de controversias.



El CIADI resolvió a favor del Estado de Guatemala, mediante el laudo de fecha 18 de agosto de 2012, afirmando que la República de Guatemala no incurrió en denegación de justicia, y condenó a Iberdrola al pago de cinco punto tres millones de dólares, que corresponden a los costos legales del caso. Siendo este laudo una resolución memorable para el país pues es la primera que falla a favor del estado de Guatemala.



CONCLUSIONES

1. El arbitraje de inversión constituye un método alternativo de resolución de conflictos, que si bien, auxilia a la justicia ordinaria y permite mayor celeridad, representa una inversión de recursos muy grande para los Estados receptores, quienes deben cubrir los gastos de representación y viáticos a lo largo de todo el proceso, el cual se lleva a cabo en Washington.
2. El arbitraje de inversión tiene un carácter tutelar hacia el inversionista, por ser los Estados receptores de la inversión quienes tienden a ser los sujetos pasivos de este proceso; debido a este carácter tutelar los inversionistas utilizan el arbitraje de inversión como un mecanismo de presión en contra de los Estados receptores.
3. La escasez de normativa en materia arbitral de inversión, constituye un obstáculo en el desarrollo de esta institución, convirtiéndose en una de las causas de la limitación de derechos dentro del mismo.
4. El arbitraje de inversión limita los principios y derechos procesales internacionales de defensa, justicia e igualdad a los Estados receptores de la inversión, y al aceptar su trámite actual también se acepta esa limitación de derechos.





RECOMENDACIONES

1. Es necesario que el Estado guatemalteco, como parte de la Convención del CIADI, proponga ante su secretaría, la creación de una cede en Guatemala o Centroamérica, para reducir costos durante el proceso.
2. Inversionistas y Estados receptores, deben pactar contratos de inversión que estipulen claramente las condiciones, que deben concurrir para que el inversionista pueda actuar en contra del Estado receptor, ante la jurisdicción internacional; evitando así, los mecanismos de presión y logrando una resolución pacífica del conflicto de inversión.
3. Los Estados parte, de la convención, deben fomentar la creación de una normativa internacional más amplia y específica sobre el arbitraje de inversión, ya sea, suscribiendo nuevas convenciones, o creando reglamentos; evitando así confusiones al momento de surgir controversias dentro de los procesos arbitrales de inversión.
4. Es necesaria una enmienda a la normativa vigente en materia arbitral de inversión, para lograr un proceso justo e imparcial, que garantice el derecho de defensa para los sujetos pasivos del arbitraje de inversión; dicha enmienda puede ser propuesta por el Estado de Guatemala ante la secretaría del CIADI, para que sea ratificada por los demás Estados parte.





BIBLIOGRAFÍA

- BERNAL GUTIÉRREZ, Rafael. **El arbitraje en Guatemala, apoyo a la justicia**. Guatemala, Guatemala: Ed. Universitaria, Universidad de San Carlos de Guatemala, 2000.
- CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. **Diccionario enciclopédico de derecho usual**. 1t; 25ª. ed.; Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta, 2003.
- CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. **Diccionario jurídico elemental**. 18ª. ed.; Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta, 2006.
- CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. **Compendio de derecho procesal**. 2ª ed.; Buenos Aires, Argentina: Ed. Bibliográfica Omeba, 1968.
- CARVACO, Calvo. **Globalización y derecho**. Madrid, España: Ed. Colex, 2003.
- DE LA CUEVA, Mario. **El arbitraje comercial en Iberoamérica**. Madrid, España: Ed. Margerit, 1982.
- FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara Lidia. **Arbitraje e inversiones extranjeras**. Buenos Aires, Argentina: Ed. del Centro Argentino de Estudios Internacionales, 2006.
- FERNÁNDEZ MASIÁ, Enrique. **Arbitraje en inversiones extranjeras**. Santiago, Chile: Ed. Tirant lo Blanch, 2001.
- FERNÁNDEZ MASIÁ, Enrique. **Arbitraje de inversión y protección a los inversionistas**. Santiago, Chile: Ed. Tirant lo Blanch. Santiago, 2004.
- GAITAN LARA, Gustavo Adolfo. **El arbitraje comercial internacional**. Guatemala, Guatemala: Ed. Universitaria, Universidad de San Carlos de Guatemala, 1990.
- GONZÁLEZ DE COSSIO, Francisco. **Arbitraje de inversión y América Latina**. Distrito Federal, México: Ed. Porrúa, 2008.
- GRIÑÓ, Miguel. **El arbitraje internacional, cuestiones de actualidad**. Bogotá, Colombia: Ed. Bosch, 2005.
- RIVERA, Fernando. **Principales antecedentes de la inversión extranjera**. Encuentro Jurídico. (República Dominicana) No. 75. (21 de febrero de 2012).
- SEGURA GRAJEDA, Rolando. **El arbitraje comercial**. Guatemala, Guatemala: Ed. Universitaria, Universidad de San Carlos de Guatemala, 1975.



OSSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**. 28ª. ed., Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta, 2001.

PALLARES, Eduardo. **Diccionario de derecho procesal civil**. 8va. ed. Distrito Federal, México: Editorial Porrúa S.A. 1975.

VILLAGRAN KRAMER, Francisco. **Derecho de los tratados**. 2da. Ed; Guatemala, Guatemala: Ed. F & G, 2003.

Legislación:

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

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

Ley de Inversiones Extranjeras. Congreso de la República de Guatemala Decreto 9-98, 1998.

Convenio sobre arreglo de disputas relativas a la inversión entre Estados y nacionales de otros Estados. Banco Mundial, 1966.