

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



GUATEMALA, NOVIEMBRE DE 2013

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

**INEXISTENCIA LEGAL DE UNA EXCEPCION A LA CONFIDENCIALIDAD CUANDO EL
ESTADO DE GUATEMALA ES PARTE EN UN PROCEDIMIENTO ARBITRAL**



Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, Noviembre de 2013

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

DECANO: Lic. Avidán Ortiz Orellana
VOCAL I: Lic. Mario Ismael Aguilar Elizardi
VOCAL II: Licda. Rosario Gil Pérez
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. Carlos Erick Ortiz Gómez
Vocal: Lic. Armando Dagoberto Palacios Urizar
Secretaria: Licda. Ana Elveria Polanco Tello

Segunda Fase

Presidente: Lic. José Dolores Bor Sequen
Vocal: Licda. Wendy Isabel Rodríguez Aldana
Secretaria: Telma Judith Martínez Espinoza

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

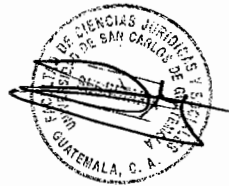


Licenciado Edgar Armindo Castillo Ayala

Colegiado #6220

Teléfono: 22327936

Dirección: 3ª avenida 13-62 zona 1 Ciudad de Guatemala



Guatemala 27 de Agosto de 2013

Doctor

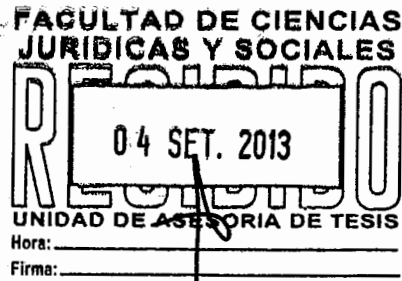
Boanerge Amilcar Mejía Orellana

Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Universidad de San Carlos de Guatemala

Ciudad Universitaria



Estimado Doctor Boanerge Mejía:

Reciba un cordial saludo acompañado del deseo de éxito en sus actividades diarias al frente de la Unidad de Tesis. De manera atenta me dirijo a usted para comunicarle que he cumplido con la función de ASESOR de Tesis del estudiante: MARCO TULLIO AVILA BARRERA, que me fuera asignado, titulada: **"INEXISTENCIA LEGAL DE UNA EXCEPCIÓN A LA CONFIDENCIALIDAD CUANDO EL ESTADO DE GUATEMALA ES PARTE EN UN PROCEDIMIENTO ARBITRAL "** para lo cual procedí a revisar y asesorar al estudiante en las ampliaciones y modificaciones que se estimaron pertinentes y el cual a mi criterio, ya cumple con todos los requisitos y formalidades que establece el normativo de esta Facultad, y para el efecto procedo a emitir el siguiente:

DICTAMEN

- i. Con respecto a la estructura formal de la tesis, esta fue realizada en una secuencia ideal para un buen entendimiento de la misma, así como la utilización de la metodología concerniente a los métodos: Deductivo, Inductivo, Analítico, Sintético y Jurídico. En lo que respecta a las técnicas de investigación, el sustentante aplicó las señaladas en el plan de investigación a su cabalidad, comprobándose además, el uso de bibliografía actualizada, nacional, e internacional, pertinente a un tema de tal importancia a nivel internacional, como lo es el Arbitraje.
- ii. De tal manera que la redacción utilizada reúne las cualidades exigidas en cuanto a la claridad y la precisión. El sustentante, brinda un valioso aporte jurídico enfocándolo fundamentalmente desde el punto de vista doctrinario, debido a la inexistencia legal sobre el tema, analizando la existente y determinando que el órgano facultado para legislar debe revisar y modificar la legislación que regula el arbitraje, con la finalidad de actualizarla y adecuarla a las necesidades de Guatemala, siendo con ello interesante la contribución científica que realizó con el presente trabajo.

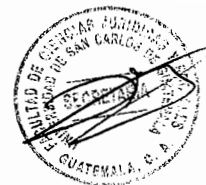


Licenciado Edgar Armindo Castillo Ayala

Colegiado #6220

Teléfono: 22327936

Dirección: 3ª avenida 13-62 zona 1 Ciudad de Guatemala



- iii. Las conclusiones y recomendaciones fueron redactas en forma clara y precisa para establecer las consideraciones de fondo sobre el tema objeto de Tesis, haciendo aportaciones concretas y valiosas para el estudio del Arbitraje.
- iv. La bibliografía empleada por el sustentante fue adecuada al tema investigado.
- v. Considero finalmente que el tema investigado por el Bachiller Marco Tulio Avila Barrera es de suma importancia respecto a su contenido científico y técnico, por lo que puede llegarse a la conclusión de que el mismo, no sólo reúne los requisitos por la reglamentación correspondiente, sino que además presenta una temática de especial importancia, en el sentido de que en su ponencia logró establecer que efectivamente, es necesario establecer excepción a la confidencialidad en el arbitraje cuando el Estado es parte en un procedimiento arbitral.

En relación a lo anterior, se pudo establecer que el trabajo de investigación se efectuó apegado a la asesoría prestada, habiéndose apreciado el cumplimiento de las modificaciones realizadas, tanto de fondo, como de forma, por parte del bachiller, y según lo establecido por el Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, Artículo 32.

Por lo ya expuesto, en mi calidad de ASESOR, concluyo que el trabajo de Tesis del Bachiller MARCO TULIO AVILA BARRERA, cumple satisfactoriamente con lo establecido en el Normativo, por lo que me permito aprobar el presente trabajo de Tesis, emitiendo, DICTAMEN FAVORABLE.

Sin otro particular, aprovecho la ocasión para reiterarle las muestras de mi más alta consideración y estima.

Edgar Armindo Castillo Ayala
Lic. Edgar Armindo Castillo Ayala Abogado y Notario
Colegiado #6220
Teléfono: 22327936

Dirección: 3ª avenida 13-62 zona 1, ciudad de Guatemala



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, 26 de septiembre de 2013.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis del estudiante MARCO TULLIO AVILA BARRERA, titulado INEXISTENCIA LEGAL DE UNA EXCEPCIÓN A LA CONFIDENCIALIDAD CUANDO EL ESTADO DE GUATEMALA ES PARTE EN UN PROCEDIMIENTO ARBITRAL. 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/sllh.

Lic. Avidan Ortiz
 DECANO





DEDICATORIA

- A DIOS:** Por darme la vida, por estar a mi lado en cada momento y darme la fortaleza para seguir adelante y cumplir esta meta.
- A MIS PADRES:** Rene Carlos Avila Gómez por ser ejemplo de paciencia, apoyo y amor incondicional y María Argelia Barrera Ramírez, por darme ejemplo de lucha incansable y perseverancia, les doy gracias por el sacrificio y esfuerzo de darnos a mis hermanos y a mí el apoyo para culminar nuestras metas profesionales.
- A MIS HERMANOS:** Ana Isabel, Carlos Rene por ser mis pilares de apoyo en cada etapa de mi vida y en especial a Allison Jeannette porque desde muy pequeño has velado por mí y me has apoyado, gracias este triunfo también es tuyo.
- A MIS CUÑADOS** Juan Antonio Contreras y Karina Pineda por su apoyo, por la felicidad que les generan a mis hermanos y darme los regalos más preciados de esta vida: Ángel Mario, Mariangel Isabel y María Rene a quienes amo y apoyare en todo momento.
- A MIS ABUELOS:** María Isabel Toledo, Ana García y Santiago Barrera por el gran amor que me brindaron, los amo y aunque ya no estén presentes los recuerdo cada día con una sonrisa,
- A LAS FAMILIAS:** Estrada Muralles, Cum Chavez, Alvarado Sandoval y Coronado Bustamante les doy gracias por cada consejo y por todo el apoyo que me brindan, siempre les guardo un cariño muy especial.



A MIS AMIGOS:

Con quienes he reído, aprendido y me han apoyado a todos ustedes gracias.

**AI COLEGIO
SALESIANO:
DON BOSCO**

Por los valores humanos y religiosos que me inculcaron y el modelo para ser un buen cristiano y honrado ciudadano

ESPECIALMENTE:

A la Gloriosa y Tricentenaria Universidad de San Carlos de Guatemala, a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales y en especial a la Jornada Matutina, porque sus aulas fueron testigos de mis de mis alegrías y de mi formación académica, de igual manera a mis catedráticos ya que gracias a ellos me forme una conciencia social y amor por esta alma mater, por lo que si volviera a nacer volvería a ser sancarlista.



ÍNDICE

	Pág.
INTRODUCCIÓN.....	i
CAPÍTULO I	
1. Arbitraje.....	1
1.1 Antecedentes.....	1
1.2 Etimología.....	4
1.3 Definición.....	5
1.4 Principios.....	5
1.5 Características.....	10
1.6 Clases de Arbitraje.....	10
1.7 Naturaleza Jurídica.....	12
1.8 Elementos del Arbitraje.....	14
1.9 Ventajas y Desventajas.....	21
CAPÍTULO II	
2. Confidencialidad.....	31
2.1 Etimología.....	31
2.2 Definición.....	31
2.3 Trilogía de la Confidencialidad.....	32
2.4 Características.....	36
2.5 Tiempo de duración de la confidencialidad.....	36
2.6 Protección Penal a la confidencialidad.....	37
2.7 Fundamento legal de la confidencialidad en la legislación ordinaria guatemalteca.....	39



CAPÍTULO III

	Pág.
3. Confidencialidad en el Arbitraje.....	41
3.1 Concepto.....	41
3.2 Objeto.....	43
3.3 Naturaleza.....	43
3.4 Ámbitos de aplicación de la confidencialidad.....	44
3.5 Legislación sobre confidencialidad del Arbitraje.....	45
3.6 Legislación sobre confidencialidad del Arbitraje en Guatemala.....	46
3.7 Confidencialidad en los reglamentos de los centros del Arbitraje.....	47
3.8 La confidencialidad en los procesos y laudos arbitrales.....	49

CAPÍTULO IV

4 Análisis de la necesidad de regular una excepción confidencialidad en el arbitraje cuando el estado de Guatemala es parte en un proceso arbitral.....	51
4.1 Ventajas y Desventajas.....	55
4.2 Legislación Comparada.....	56
4.3 Propuesta de excepción a la confidencialidad en el arbitraje guatemalteco.....	59
CONCLUSIONES.....	61
RECOMENDACIONES.....	63
BIBLIOGRAFÍA.....	65



INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de investigación titulado “Inexistencia legal de una excepción a la confidencialidad cuando el estado de Guatemala es parte en un procedimiento arbitral” el cual desarrolla la necesidad de regular una excepción a la confidencialidad en el arbitraje guatemalteco.

Para un mayor conocimiento sobre el arbitraje es necesario analizar la confidencialidad tanto como concepto general, sus campos de aplicación, sus características y como opera en el arbitraje. La confidencialidad es un beneficio implícito, en ocasiones expreso, de los procedimientos arbitrales, que debe conservarse y respetarse, pero este no es un principio absoluto pues debe velarse que este no esté por encima del interés público.

Las legislaciones de otros países ya están regulando aspectos sobre el alcance de la confidencialidad del arbitraje cuando el Estado es parte, esto como un medio de auditoria social y para garantizar el libre acceso a la información pública.

La ley de Acceso a la Información Pública, se constituyó como la herramienta o mecanismo legal como una herramienta de control directo por parte de la ciudadanía, sin embargo al no existir esta excepción, no existe una armonía entre la legislación que regula al arbitraje y la presente ley.

Por lo que en el presente trabajo de investigación se desarrollara la necesidad legislativa de establecer un parámetro de excepción a la confidencialidad.



Este parámetro a la confidencialidad servirá para armonizar la legislación sobre arbitraje y la legislación sobre el libre acceso a la información pública y estar en bajo la nueva tendencia sobre arbitraje, cuando un Estado es parte de un proceso arbitral.

Para la realización de la presente se utilizó el método deductivo, mediante el o es posible pasar de afirmaciones de carácter general a hechos particular, el método inductivo en el cual se parte de casos particulares para ser elevados a conocimientos generales, el método analítico por el cual se descompone la confidencialidad en todas sus partes para estudiar cada una de ellas por separado con la finalidad de descubrir la excepción a la confidencialidad en el arbitraje.

En el capítulo I, se desarrolla los aspectos generales del arbitraje, sus elementos y sus características. En el capítulo II, se procede a realizar un análisis del concepto de la confidencialidad, sus ámbitos de aplicación y sus las modalidades de aplicación. El capítulo III, desarrolla el concepto de la confidencialidad ya aplicada en el ámbito del arbitraje y sus características en el procedimiento arbitral y por último el capítulo IV desarrolla el análisis de la excepción a la confidencialidad en al arbitraje guatemalteco y establece una propuesta de reforma.



CAPÍTULO I

1. Arbitraje

1.1 Antecedentes

Los antecedentes del Arbitraje tienen su origen desde los inicios de la civilización y es anterior a la justicia pública y a la aparición de los jueces, surge como una evolución en las en las sociedades primitivas los hombres se hacían justicia en base “Ley del Tali3n” en la cual existe una clara relación entre la ofensa y la pena. A partir de entonces, se aprecia la renuncia del uso de la fuerza para la aplicación de justicia y se recurre a una tercera persona para que 3sta decida la forma de composici3n.

Esta tercera persona pod3a ser el rey, el jefe del clan o una persona seleccionada por los individuos en conflicto. La intervenci3n de este tercero no era obligatoria, ten3a validez 3nicamente cuando las partes lo solicitaban de manera voluntaria.

Fue en Roma, donde la instituci3n arbitral fue reconocida en la Ley de las XII Tablas, cuyos postulados dispon3an que las partes en disputa debieran someter sus discrepancias ante terceros. Fue en la 3poca de Justiniano que por primera vez el laudo arbitral adquiri3 el car3cter de cosa juzgada.

En la etapa romana se definen tres elementos esenciales del arbitraje:

- a) El compromiso o acuerdo;
- b) La materia arbitrable, no pod3a resolverse por esta v3a aquellos asuntos que lesionaran el derecho p3blico.



c) La irrevocabilidad del laudo, no era susceptible de apelación pero tampoco la ejecución forzosa.

El Estado romano vio entonces la necesidad de crear su propio sistema de justicia, rechazando por tanto la jurisdicción arbitral e imponiendo la jurisdicción ordinaria por encima, creando un verdadero monopolio en la administración de justicia.

Una de las consecuencias de la caída del Imperio Romano, fue la desintegración del sistema jurídico vigente en esa época siendo sustituido por el derecho germánico.

La naturaleza del derecho romano que contenía un derecho civil universal y flexible, no dio lugar a la aparición de un derecho especial. En cambio la rigidez del derecho germánico no era el más conveniente para regular las relaciones mercantiles.

Ya en la edad media, el derecho eclesiástico se desarrolló también desde la base del arbitraje. Los primeros cristianos rehuyeron de la aplicación de la justicia ordinaria y sometían al conocimiento de los obispos la solución del conflicto, lo que dio origen a los tribunales eclesiásticos.

En Francia el Edicto de Francisco II, de agosto de 1560, confirmado por la Ordenanza de Moulins, impone el arbitraje forzoso en la diferencia entre mercaderes, las demandas de participación entre los parientes próximos, las cuentas de tutela y administración.

En estos casos se preveía que debían ser resueltas, sumariamente, por tres o más personas, elegidas por las partes, o en caso de no hacerlo, elegidas por el Juez.¹

¹ Feldstein de Cárdenas, Sara L. y Leonardi de Herbón Hebe M.- "El Arbitraje". Pag. 14



Posteriormente en 1964 inicia su vigencia el Decreto – Ley 107, Código Procesal Civil y Mercantil el cual regulaba el arbitraje en los artículos 269 al 293. Así mismo el Decreto Ley 106, Código Civil, regulaba el contrato de compromiso arbitral del Artículo 2170 al 2177. El 25 de noviembre de 1995, inicia su vigencia el decreto 67-95 del Congreso de la República de Guatemala, ley de arbitraje, la cual derogó casi en su totalidad las disposiciones referentes al arbitraje del Código Procesal Civil y Mercantil y del Código Civil.

La práctica del arbitraje en Guatemala había sido muy escasa, hasta 1995, con la aparición de la Ley de Arbitraje, con lo cual se empezó a desarrollar la práctica arbitral. A partir de 1984, año en el que Guatemala se adhirió a la Convención de Nueva York, se inició el proceso para adoptar una nueva normativa arbitral y se originaron nuevos centros de arbitraje y un aumento en la decisión de optar al arbitraje como medio alternativo para la solución de controversias

1.2 Etimología

Etimológicamente arbitraje proviene del latín arbiter-itri, que significa el que puede decidir o hacer una cosa sin dependencia de otros. Dentro de esta podemos encontrar la figura del arbiter quien era considerado un juez no permanente, esto es, entre los nombrados para cada caso y era un juez con amplia discrecionalidad.

Tanto para la apreciación de los hechos como para declarar el derecho que los litigantes invocaban y pretendían hacer valer, pues resolvía con base a la buena fe. Su sentencia no era obligatoria, salvo que las partes lo hubieran estipulado en el compromiso.



1.3 Definición

El arbitraje puede ser definido desde dos perspectivas, la legal y la doctrinaria. La definición legal, la establece el inciso número 2 de Artículo 4 del decreto 67 - 95 del congreso de la república, en cual define al arbitraje como “significa cualquier procedimiento arbitral, con independencia de que sea o no una institución arbitral permanente ante la que se lleve a cabo”.

Para poder definir doctrinariamente al arbitraje existen una amplia gama de autores. Jorge Gil Echeverría define el arbitraje e indica que el mismo consiste en un juicio de conocimiento que deriva de una relación jurídica contractual: “Arbitraje es un juicio de conocimiento, derivado de una relación jurídica contractual mediante el cual, cuando hay controversias, entre dos o más personas, empresas o estados, éstos recurren a personas no vinculadas con el poder judicial sino a particulares, o a una institución para que los designe, a las que reconocen autoridad y prestigio. A fin de que después de apreciar los argumentos pruebas y alegatos de las partes emitan un veredicto conviniendo previamente y en forma libre, a acatar el fallo, con características y efectos idénticos a una sentencia judicial denominada laudo arbitral”.³

1.4 Principios

La institución del arbitraje lleva consigo ocho principios fundamentales a través de los cuales la institución arbitral se fundamenta para la resolución de controversias y la realización del procedimiento arbitral. Los principios serán las directrices de apoyo para los árbitros en caso que las normas sean insuficientes para la resolución de una controversia.

³ Gil Echeverría, Jorge. **Curso práctico de arbitraje**. Pag. 22



Principio de Libertad

El principio de libertad implica el “reconocimiento de facultades potestativas a las partes para adoptar medios alternativos al proceso judicial para la resolución de sus controversias.”

Las partes tienen la libertad, de común acuerdo, a través del pacto arbitral suscrito entre ellas, someter sus litigios presentes o futuros al arbitraje. Sin embargo esta libertad es relativa, debido a que asuntos relativos a: cuestiones sobre las que haya recaído resolución judicial firme, salvo los aspectos derivados de su ejecución.

Las materias inseparablemente unidas a otras sobre las que las partes no tengan libre disposición y cuando la ley lo prohíba expresamente o señale un procedimiento especial para determinados casos, no podrán solventarse mediante arbitraje.

Las partes también pueden acordar el procedimiento arbitral que será aplicado por los árbitros durante el proceso. En los arbitrajes internacionales las partes pueden decidir la sede, el idioma, entre otras cosas, libremente, pero siempre de mutuo acuerdo.

Principio de Flexibilidad

Tanto el proceso como el procedimiento arbitral se caracterizan por ser dúctiles, en el sentido que puedan adaptarse de acuerdo a las necesidades de las partes. Las normas procesales que rigen el arbitraje tienen mayor funcionalidad y flexibilidad que las que se aplican en los procesos ante la justicia ordinaria, caracterizados por su lentitud y formalismo. Este informalismo y simplicidad permite mayor eficiencia, celeridad y adecuación a los casos concretos.



Principio de Confidencialidad

A través del arbitraje se resuelven litigios de carácter confidencial, y la relación entre las partes y los árbitros es también de confidencialidad, por lo tanto, el proceso arbitral y la decisión final de los árbitros se mantienen en reserva entre las partes y el tribunal.

Esto implica la obligación, tanto de los árbitros como de las partes, de mantener la necesaria reserva y confidencialidad de todo lo llevado a cabo en el proceso arbitral. Ofrece privacidad para las partes, ya que no implica el cumplimiento de requisitos de publicidad propios de los procesos judiciales.

Esto permite que el buen nombre de las partes intervinientes no se vea afectado por el hecho del litigio, lo que no acontece en la justicia ordinaria, especialmente cuando las partes son muy conocidas. Este principio es muy importante para las empresas comerciales en el sentido de que, en un juicio ordinario, como es público, puede llegar a dañar la imagen o reputación.

Principio de Idoneidad

El poder elegir el número de árbitros, que necesariamente deberá ser un número impar, las partes pueden tomar en cuenta los conocimientos de los árbitros en la materia objeto de arbitraje para recibir un mejor juicio por parte de los árbitros, o sea, las partes al designar al árbitro o tribunal arbitral encargados de llevar adelante el proceso arbitral, se fijaran en los conocimientos de ellas sobre la materia en contienda para que de ese modo tengan la confianza de que los árbitros elegidos son los más calificados para dirimir la contienda.



Al momento de elegir el o los árbitros, que necesariamente deberá ser un número impar, las partes pueden tomar en cuenta los conocimientos de los árbitros en la materia objeto de arbitraje para recibir un mejor juicio por parte de los árbitros.

De esta manera se asegura la calidad del fallo, esto significa que las partes al designar al árbitro o tribunal arbitral encargados de llevar adelante el proceso arbitral, se fijaran en los conocimientos de ellas sobre la materia en contienda para que de ese modo tengan la confianza de que los árbitros elegidos son los más expertos y calificados para dirimir la contienda.

Conocimientos técnicos y especializados de los que usualmente carecen los jueces, por tanto, el fallo de un árbitro idóneo equivale por lo general a un laudo justo, y equitativo.

En cuanto a los efectos del fallo arbitral, los laudos arbitrales producen los mismos efectos que las sentencias proferidas por los jueces de la Republica, con la ventaja de que no están sometidos a apelación y casación. El laudo adquiere por tanto el valor de cosa juzgada.

Principio de Celeridad

Consiste en la continuidad de los procedimientos para la solución de las controversias de manera ininterrumpida, sin trabas ni más dilaciones que acostumbramos presenciar en los juicios ordinarios.

El arbitraje es una opción rápida para resolver cualquier conflicto de intereses, si se tiene cuenta que el término para producir el fallo es el que las partes prevean; subsidiariamente, o el término establecido en la ley.



Esta ventaja se presenta tanto para asuntos sencillos o complejos, que perfectamente podrían agotar la vida útil de un abogado, como ocurre en algunos procesos ordinarios.

Del principio de celeridad surge la economía del proceso arbitral, si se tiene en cuenta que resulta más oneroso para las partes el transcurso del tiempo que los costos y gastos procesales que se ocasionen con motivo del proceso arbitral. Es decir, generalmente los procesos judiciales ordinarios son menos costosos que los procesos arbitrales, sin embargo, dada la lentitud de la justicia ordinaria y sus complicaciones que genera en el transcurso del proceso, al final resultan más onerosas para las partes.

Principio de Igualdad

Implica dar a cada parte las mismas oportunidades de hacer valer sus derechos, evitando cualquier tipo de parcialidad asegurando por tanto la independencia en el juzgador.

Principio de Audiencia

El principio de audiencia se refiere a la oralidad de los procedimientos alternativos. Es decir, el procedimiento arbitral se caracteriza por ser oral, permitiendo una interacción más directa entre los árbitros y las partes.

Principio de Contradicción

Consiste en dar a cada parte litigante la oportunidad de confrontación entre ellas. Poder negar las afirmaciones de la otra parte, contradecir las alegaciones de manera que ambas partes puedan defenderse en igualdad de condiciones.

1.5 Características

Roque J. Caivano considera que las características del arbitraje son las siguientes:

- I. Mecanismo típicamente adversarial, cuya estructura es básicamente la de un litigio.**
- II. Presencia de un tercero imparcial que emite un veredicto vinculante y obligatorio sobre dos pretensiones controvertidas.**
- III. El rol del árbitro es similar al del juez: las partes le presentan el caso, prueban los hechos y sobre esa base decide la controversia.**
- IV. La decisión que pone fin al conflicto no emana de los jueces del Estado, sino de particulares libremente elegidos por las partes.**
- V. Se utiliza un procedimiento pensado para resolver el conflicto con la menor cantidad de interferencias formales.**
- VI. Al arbitraje se llega generalmente de forma voluntaria, a través de cláusulas mediante las cuales las partes las partes deciden someter determinadas cuestiones a resolución de árbitros en lugar de acudir a los jueces.**

1.6 Clases de Arbitraje

El arbitraje, atendiendo a aspecto específicos puede ser clasificado de las siguientes maneras:

a) Por el ámbito Jurídico-territorial:

Arbitraje Nacional es aquel en el que se discute dentro de un solo sistema jurídico con un ordenamiento jurídico específico. El arbitraje internacional es aquel en que las partes se someten a las leyes internacionales y a los tribunales extranjeros.



b) Por la voluntad de las partes

El arbitraje voluntario es aquel que se deriva exclusivamente de la voluntad de las partes, sin que antes existiese una convención en base al cual las partes podrían exigir su cumplimiento. El arbitraje forzoso proviene de la ley, ya que dependiendo de la determinada materia las partes deberán someterlo arbitraje.

c) Conforme a la forma que se va resolver

En el arbitraje con sujeción a derecho el árbitro decidirá la cuestión litigiosa, de acuerdo a las leyes de lugar donde se instale el Tribunal Arbitral o a las que las partes hayan pactado. Los arbitrajes de derecho, serán aquellos cuando el convenio arbitral señala de forma específica la aplicación de una norma conforme a un caso concreto.

En el arbitraje de equidad las partes deberán resolver de acuerdo a su saber y entender. Será aquel basado exclusivamente en la experiencia de las partes, de igual manera conforme a un caso concreto.

En el caso que las partes no hayan optado expresamente por el arbitraje de equidad, los árbitros deberán optar por el arbitraje de derecho.

d) Por la forma de su administración

El arbitraje ad hoc, es en el cual no existe ninguna institución que administre el sistema: son las propias partes las que suministran las normas sobre las que deben actuar y todo lo necesario para que el arbitraje proceda, la forma de nombrar y el número de árbitros, número de audiencias, la proporción de pago por el costo del procedimiento, lugar e idioma que deberán observar.



Así les proveen de los mecanismos de elección de los árbitros, indican el lugar, el idioma, los procedimientos a aplicar, métodos de coerción en caso de incumplimiento, plazo para establecer el laudo y los recursos pertinentes que cabrían contra el laudo.

La desventaja en este tipo de arbitraje está en que no habiendo intervenido una entidad que preste el servicio administre el sistema e intermedie entre las partes, cualquier diferencia que surja entre ellas será resuelta en sede judicial.

Si las partes no se ponen de acuerdo, sobre el árbitro tercero, si se produce una recusación contra un árbitro, se debe reemplazar, si procede reemplazar al árbitro: por renuncia, fallecimiento o irresponsabilidad al ejercer el cargo.

El arbitraje institucional es aquel que se sustancia conforme al reglamento de arbitraje de la institución elegida, y con la asistencia de la misma. Por otro parte, el arbitraje institucional por su parte es en el cual intermedia entre los árbitros una entidad especializada que administra y organiza el trámite y presta servicios útiles para resolver la controversia.

Al recurrir al arbitraje institucional por circunstancias específicas este aporta la doble confianza de que se puede confiar no solo en el reglamento del centro o institución arbitral elegidos, sino también en el personal de dicho centro para que lleve a cabo un seguimiento de los expedientes, de forma más o menos exhaustiva

1.7 Naturaleza Jurídica

Existe una diversidad de doctrinas que establecen la naturaleza jurídica del arbitraje, desde perspectivas contractuales, jurisdiccional y mixta.



a) Doctrina contractual:

Toma en cuenta la voluntad de las partes al constituirlo en la designación de los árbitros, se le asigna al arbitraje el carácter contractual y por ende privado. Se afirma que el compromiso arbitral tiene origen a priori o a posteriori en un contrato. El origen arbitral deriva del principio de la autonomía de la voluntad.

b) Doctrina jurisdiccional:

Esta expresa que el arbitraje tiene el carácter de juicio y por ende tiene naturaleza jurisdiccional. Expresa que si bien el arbitraje deriva de un contrato, los árbitros desempeñan funciones de juez y como tal son independientes y autónomos y sin otras consideraciones que su conciencia y la ley. Desempeñan los árbitros funciones jurisdiccionales y sus resoluciones tiene el carácter de verdaderas sentencias.

El arbitraje voluntario constituye una manifestación de la justicia privada. Por efecto de esa convención la jurisdicción de derecho común experimenta una prórroga convencional hacia los árbitros. Ello se traduce en una completa sustitución de la jurisdicción del Estado en otra jurisdicción creada por las partes pero reconocida y estimulada por el Estado.

c) Doctrina mixta:

Entre las dos doctrinas contractualista y jurisdiccionalista, se ha situado una tercera, que opone a la primera la objeción. Al no tomar en cuenta que el laudo sin el efecto ejecutorio no es sentencia, ya que le falta la eficacia ejecutoria, sino también y sobre la calidad de obligatoria.



Objeta a la segunda que no distingue entre intensidad y naturaleza de la función desplegada por los árbitros, ya que, de esa forma el poder de ellos sería menos que el de los jueces ordinarios.

Por lo tanto, los árbitros tienen la potestad como la ley lo reconoce de ejercer jurisdicción por una concesión muy especial y temporal del Estado, y por ende pueden emitir una resolución con efectos idénticos a una sentencia que se denomina laudo.

La composición de la Litis obtenida mediante el arbitraje no tiene carácter público, aunque puede adquirirlo mediante la ejecutoriedad del laudo pronunciado por el pretor, por eso el arbitraje se considera como un subrogado procesal.

De tal manera que, esta doctrina señala que el arbitraje es una institución que debe caer dentro de la órbita del derecho jurisdiccional, pero deriva de una relación contractual.

1.8 Elementos del Arbitraje

La institución del arbitraje está constituida por elementos subjetivos y objetivos. Dentro de los elementos subjetivos encontramos a:

a) Las partes

Son aquellas personas jurídicas o individuales, de naturaleza privada o pública, que han sometido voluntariamente la solución de sus controversias derivadas de una relación contractual o no contractual.



En cuanto a las partes, tanto en los convenios internacionales de los que Guatemala es parte, como en la Ley de Arbitraje, se permite que éstas puedan ser nacionales o extranjeras y que el Estado también pueda ser parte de un procedimiento arbitral.

Y dentro de los elementos objetivos se establecen los siguientes:

b) El procedimiento

El procedimiento arbitral es una serie de actividades procesales que están reguladas por la ley, por el reglamento que las partes han escogido para su arbitraje o por el propio acuerdo de las partes.

Las partes podrán pactar dentro de su propia cláusula los términos bajo los cuales se llevará a cabo el arbitraje o bien, podrán acordar si es su voluntad someterse al procedimiento establecido por alguna institución arbitral reconocida.

A través del sometimiento expreso las partes someten todo el procedimiento arbitral de a un reglamento específico en base a este se sustanciará todo lo relativo a cada etapa arbitral y aspectos relativos a los árbitros y costos del procedimiento.

c) La autonomía de la voluntad de las partes

En el acuerdo de arbitraje su elemento fundamental es la autonomía de la voluntad de las partes, esa facultad conferida por la ley, para sustraer de la jurisdicción ordinaria la solución de sus conflictos. Asimismo, Monroy Cabra dice: “Los negocios brotan en la vida social independientemente y fuera de la tutela por parte del derecho.



Solo después que se han desarrollado y obtenido la sanción de la práctica, el orden jurídico garantiza sus efectos con su tutela. Los actos de autonomía privada son actos de autodeterminación, autorregulación, autodisposición de intereses privados.

La mayoría de autores definen la autonomía privada como la actividad y potestad de autorregulación de intereses y relaciones propias, desplegadas por el mismo titular de ellas.

d) El acuerdo arbitral

El arbitraje es indispensable que sea voluntario. En el Artículo 4, numeral 1 de la Ley de Arbitraje se establece que: "Acuerdo de Arbitraje", o simplemente "Acuerdo", es aquel "por virtud del cual las partes deciden someter a arbitraje todas o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual."

El acuerdo arbitral, según el Artículo 10 de la Ley de Arbitraje, puede ser una cláusula compromisoria dentro de un contrato o un documento independiente. A esta cláusula se le denomina compromiso arbitral. La cláusula compromisoria es aquella que se incluye en contratos mercantiles para la solución de futuras controversias, usualmente se le llama también cláusula de solución de controversias y es anterior al surgimiento del conflicto.

El compromiso arbitral es posterior a la controversia y toma la forma de contrato de compromiso por medio del cual las partes acuerdan que un conflicto ya existente lo solucionarán por medio del arbitraje.

e) Los árbitros

En cuanto a los árbitros, encontramos en el arbitraje que la diferencia principal con el procedimiento ordinario es que los árbitros son personas particulares, mientras que los jueces son funcionarios públicos.

Patricio Aylwin Azocar establece algunas características que deben establecerse en la definición de árbitro:

a. Los árbitros son jueces: debido a que los árbitros tienen jurisdicción, es decir la facultad de administrar justicia. Son personas escogidas por las partes para juzgar un litigio.

b. Están instruidos por la ley y desempeñan funciones públicas, los árbitros están encargados de administrar justicia y desempeñar, por consiguiente una función pública.

c. Su nombramiento es privado. Aunque la función de los árbitros es pública, su investidura tiene carácter privado

El tribunal arbitral se integra normalmente por árbitros en número impar o por un árbitro único. La composición del tribunal arbitral se origina en el acuerdo de las partes, cada una de ellas podrá pactar que designará un árbitro y que entre los dos designados, se nombrará al tercero.

Las partes pueden también someterse al procedimiento de cualquier institución arbitral y aplicar las reglas de dicha institución. En algunas instituciones se realiza un sorteo para integrar el tribunal arbitral y en otras se hace la designación de manera discrecional por el órgano ejecutivo de dicha institución.



Generalmente, las cualidades de los árbitros no están determinadas por las partes; sin embargo, en los reglamentos de algunas instituciones arbitrales se establece que cuando el arbitraje es de derecho los árbitros deben ser abogados, sin que éste sea un requisito en los arbitrajes de equidad.

a) Requisitos del árbitro

I. Independencia: es un criterio objetivo que consiste en el vínculo que puede existir entre un árbitro y las partes o el asunto objeto de la controversia, es decir calificara de independiente el árbitro que carezca de vínculos próximos, sustanciales, recientes y probados, ya que esta no puede ser absoluta pero si puede lograrse.

II. Imparcialidad: criterio subjetivo que indica el estado mental de un árbitro, en el cual se pretende describir la ausencia de preferencia o riesgo de preferencia de una de las partes en el arbitraje o una postura en el asunto. La imparcialidad consiste en que el árbitro no haya prejuzgado.

Que la opinión a la que arribe del caso sea construida una vez que las partes se han enfrentado intelectualmente y en base a la fuerza de sus argumentos. Es decir, desligue de las alusiones personales y se cimiente únicamente en el tema.

Poderes que poseen los árbitros

Debido a que su función es de naturaleza jurisdiccional, una vez han sido nombrados y se han declarado competentes, poseen determinados poderes jurisdiccionales.



— **Notio**: conocimiento de la controversia sobre la cual versa el proceso arbitral que ha sido puesto ante su persona para que evalúe de forma justa

— **Vocatio**: poder o facultad que tendrá el árbitro para hacer que las partes comparezcan ante él

— **Coertio**: el árbitro puede hacer cumplir sus mandatos, con ayuda de la justicia ordinaria, puede aún establecer medidas cautelares

— **Iudicium**: el árbitro dictará un laudo que decidirá sobre el litigio y le podrá fin el cual tendrá fuerza ejecutiva

El poder jurisdiccional que no posee el árbitro es el de ejecutar el laudo, ya que para ello, las partes deberán acudir a un juez de instancia estatal, con lo cual se da inicio a un juicio ejecutivo y se hace efectivo el derecho ya declarado y contenido en el laudo.

Obligaciones del árbitro

a. Conducción del Procedimiento

El árbitro lleva la guía del procedimiento. Pueden llevarlo de dos maneras, según el estilo del árbitro, la primera es dejar que el arbitraje fluya como las partes lo vayan llevando y que estas sólo intervengan cuando así lo requieren las circunstancias, la segunda es regular todo al pie de la letra y dentro de estos dos polos existen matices. Cualquiera que sea la manera que debe realizarlo conforme a las normas del reglamento si es institucional o lo que se acuerde por las partes si es ad-hoc.



Los árbitros, dentro de la conducción del proceso tienen que cumplir con:

- i. Debido proceso**
- ii. igualdad**
- iii. Tensión entre la autonomía de la voluntad y la facultad de dirigir el procedimiento**

b. Motivar el laudo

El árbitro debe motivar el laudo, es decir citar los preceptos jurídicos en los que basa su resolución y realizar un análisis de la consideración del hecho. La motivación tiene un papel justificativo, pedagógico, persuasivo y explicativo: explicar por qué ganan y por qué pierden las partes. Es la prueba de que la pretensión ha sido cuidadosamente considerada y por lo tanto se considera una garantía contra la arbitrariedad.

c. Emitir un laudo ejecutable

Esta obligación consiste en que el árbitro tiene el deber de emitir un laudo que pueda ser ejecutado. Puede ser imprevisible en qué jurisdicción se intentará su ejecución y las peculiaridades de la misma en cuanto a la validez del laudo se refiere, por lo será conveniente que este se realice tomando como referencia la Convención de Ejecución de Sentencias Extranjeras, lo cual no es obligatorio. El segundo motivo es que un laudo anulado podría implicar la responsabilidad de los árbitros.

El árbitro tiene la obligación de hacer sus mejores esfuerzos para que el laudo sea ejecutable en la jurisdicción sede del arbitraje.



d. Condena en costas

Las costas se entienden por el costo del arbitraje. Existe una práctica variada en relación con el resarcimiento de gastos legales, por lo general los reglamentos arbitrales no imponen el deber a la parte perdedora de pagar los gastos legales por ello el derecho arbitral deja regulado en forma abierta dando a los árbitros la discreción de determinar si los gastos deben ser restablecidos.

b) El laudo

El último elemento del arbitraje, lo constituye el laudo. El laudo es la decisión final que el tribunal arbitral emite para resolver la controversia.

El laudo arbitral es equiparado a la sentencia judicial, ya que tiene los mismos efectos: constituye cosa juzgada, es de obligatorio cumplimiento para las partes y es susceptible de ejecutarse por medio el juicio sumario en la vía de apremio.

1.9 Ventajas y Desventajas del Arbitraje frente a la jurisdicción ordinaria

El arbitraje siendo una vía alterna a la jurisdicción ordinaria va presentar una serie de ventajas y desventajas. Dentro de las ventajas podemos enumerar

I. Foro neutral

II. Especialización de los Árbitros

III. La disponibilidad de los árbitros

IV. La celeridad:

V. La Predictibilidad



VI. La confidencialidad

VII. El antiformalismo y la flexibilidad

VIII. La elección del número de árbitros

IX. El mantenimiento de las relaciones comerciales:

X. El carácter tasado del sistema de impugnación

XI. Ejecutabilidad:

Desventajas

I. El mayor coste inicial

II. Los riesgos de una cláusula arbitral mal redactada

III. El sometimiento a cortes o instituciones arbitrales poco recomendables

IV. La dificultad del nombramiento y constitución del tribunal arbitral:

V. La necesidad de la intervención de la jurisdicción

VI. El mayor coste inicial

VII. Los riesgos de una cláusula arbitral mal redactada

VIII. El sometimiento a cortes o instituciones arbitrales poco recomendables

IX. La dificultad del nombramiento y constitución del tribunal arbitral:

X. La necesidad de la intervención de la jurisdicción

XI. La dificultad de recurrir el laudo por una infracción material del ordenamiento

jurídico:

1.9.1 Ventajas

a) Foro neutral:

Cuando un contrato presenta elementos internacionales (porque las partes son de distintos países, por ejemplo), es muy habitual someter la resolución de cualesquiera disputas contractuales a arbitraje, para que ninguna de las dos partes se vea sometida a los tribunales de justicia del país del que es originaria una de las partes.

Así, el arbitraje ofrece sin duda un foro neutral para resolución de disputas, mucho menos vinculado a los órganos judiciales de un país en concreto.

b) La especialización de los árbitros:

Las partes pueden nombrar árbitros especialistas en la materia objeto de la disputa (construcción, seguros, energía, etc), asegurándose así una resolución de alta calidad técnica.

c) La disponibilidad de los árbitros:

Ante una situación de acumulación de asuntos en los tribunales ordinarios, con poca disponibilidad de tiempo por parte de los jueces, los árbitros tienen más disponibilidad para estudiar y conocer del asunto que les es sometido, por lo que su decisión podrá estar mejor fundada y ser de mejor calidad técnica.

d) La Predictibilidad:

En situaciones de internacionalidad, con elemento extranjero, el sometimiento a arbitraje ayuda a simplificar el método de resolución de disputas, que es conocido de antemano por las partes.

Esto sin necesidad de estudiar las particularidades del sistema judicial del concreto país al que las partes tendrían que dirigirse en ausencia del sometimiento a arbitraje.

e) La celeridad:

El arbitraje conduce generalmente a una resolución de la disputa en un periodo más breve que los procesos judiciales. Pues la carga de trabajo es más reducida en comparación con la carga de administración de justicia estatal, aspecto que desmotiva acudir a la jurisdicción estatal.

f) La confidencialidad:

Frente al principio general de publicidad de los procesos judiciales, en arbitraje las partes pueden optar por la absoluta confidencialidad de todo el procedimiento, por lo que la resolución de la disputa no tiene ninguna repercusión pública.

g) El antiformalismo y la flexibilidad:

Las partes tienen amplias facultades para diseñar el tipo de procedimiento que más se adapte a sus necesidades en función de las características de la disputa, lo que permite controlar los costes y la duración del mismo. Esta flexibilidad incluye libertad de elección del idioma del procedimiento.

h) La elección del número de árbitros:

Las partes pueden pactar un árbitro único o un tribunal arbitral compuesto por varios árbitros (habitualmente, en número de tres) en función de la complejidad de la controversia.

i) El mantenimiento de las relaciones comerciales:

Un proceso rápido y confidencial suele minimizar el enfrentamiento entre las partes, facilitando así el mantenimiento de presentes y futuras relaciones comerciales.

j) El carácter tasado del sistema de impugnación:

Los laudos no pueden ser objeto de recurso. Contra ellos solo cabe una demanda de anulación por motivos formales y tasados, y los jueces españoles, con carácter general, no revisarán la decisión que sobre el fondo de la disputa hayan tomado los árbitros.

k) Ejecutabilidad:

Los laudos son ejecutables de forma equiparable a una sentencia, y no solo en el país en que se dictan si no que esta la posibilidad de ejecutarse en el país del que es originario la otra parte o donde alguna haya establecido su domicilio.

Gracias al amplísimo número de Estados que son miembros de la Convención de Nueva York de 1958 sobre reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros, el laudo que se dicte podrá ser reconocido y ejecutado en cualquiera de estos Estados. Entendiendo esto que se podrá ejecutar en el Estado donde se realizó el arbitraje, en el Estado donde tenga su residencia la parte obligada o donde designen el cumplimiento las partes.

1.9.2 Deventajas

a) El mayor coste inicial

El coste inicial de un arbitraje puede ser elevado, sobre todo porque deben también abonarse los honorarios de los árbitros que van a decidir la disputa.



Si bien en el largo plazo el arbitraje puede ser más económico por la celeridad con la que se resuelve la disputa, y porque no existen sucesivas instancias judiciales

b) Los riesgos de una cláusula arbitral mal redactada

Las cláusulas arbitrales “patológicas” o mal redactadas pueden acarrear muchos problemas, por lo que toda cláusula debe ser negociada y redactada con atención.

En el siguiente apartado se hace referencia a los principales aspectos a tener en cuenta en dicha redacción, así como al uso de las “cláusulas modelo”, que pueden ser de gran utilidad.

c) El sometimiento a cortes o instituciones arbitrales poco recomendables:

No todas las cortes de arbitraje por las que pueden optar las partes para la administración del procedimiento son igualmente recomendables. En ocasiones puede haber instituciones arbitrales con poca experiencia, o creadas por intereses económicos espurios, o vinculadas a intereses sectoriales específicos.

En función de las características de la controversia, debe buscarse el asesoramiento adecuado para la elección de una corte que se adapte a las necesidades del caso y ofrezca las suficientes garantías de profesionalidad, independencia e imparcialidad.

d) La dificultad del nombramiento y constitución del tribunal arbitral:

Si la parte demandada en el arbitraje toma una actitud obstruccionista, pueden surgir dificultades en el nombramiento y constitución del tribunal arbitral, lo que haría perder al arbitraje buena parte de sus ventajas en términos de celeridad y costes.

Frente a este riesgo, la opción del arbitraje institucional, en el que la corte arbitral que las partes elijan nombrará a los árbitros si éstas no alcanzan un acuerdo, puede ser una buena alternativa.

e) La necesidad de la intervención de la jurisdicción:

Los árbitros carecen de poder coercitivo para hacer cumplir sus decisiones, lo que hace necesario que en situaciones de abierta rebeldía al cumplimiento se tenga que recurrir a los tribunales ordinarios para cuestiones como la formalización judicial del arbitraje (si una parte se niega a someterse e iniciar el procedimiento arbitral).

La práctica de pruebas, la adopción de medidas cautelares, o el reconocimiento y ejecución forzosa de los laudos arbitrales. Las leyes de arbitraje de muchos países, incluyendo Guatemala, intentan que estos trámites judiciales sean ágiles y que los jueces respeten y favorezcan el sometimiento de la disputa a arbitraje.

Esto como una solución para liberar la carga de trabajo de los órganos de justicia sin que a su vez se pierda la noción de jurisdicción pura, la cual le corresponde al Estado.

f) La dificultad de recurrir el laudo por una infracción material del ordenamiento jurídico:

El hecho de que ante un laudo solo pueda interponerse una demanda de anulación, y que la misma solo se refiera a aspectos formales del arbitraje.

Esto no permitirá, en general, que los jueces entren a valorar el fondo de la decisión adoptada por los árbitros, es una ventaja en términos de celeridad y simplificación del procedimiento, como ya hemos visto.



Sin embargo, esta misma característica genera a veces una crítica por la falta de “previsibilidad” de la decisión de los árbitros. Éste es un riesgo que ambas partes asumen en el momento de someterse a arbitraje, si realmente quieren que las disputas que puedan tener queden resueltas con carácter definitivo de un modo rápido.

g) Tendencia a decisiones salomónicas:

Algunos expertos sostienen que los árbitros tienden a tomar decisiones que den en parte la razón a ambas partes, huyendo así de las decisiones completamente favorables a solo una de ellas. Esto podría ser perjudicial para la justicia material y los derechos de una parte que hayan sido claramente vulnerados.

Muchas veces, las decisiones de estimación o desestimación parcial son en realidad el reflejo de relaciones mercantiles complejas. Por otro lado, en la actualidad se señala que esta tendencia o “cultura” arbitral favorable a soluciones de compromiso entre las partes va desapareciendo.

Y cada vez más, los árbitros toman sus decisiones sin prestar atención a estas consideraciones y con base en discusiones puramente técnicas. En todo caso, estos efectos pueden evitarse o se limitan bastante cuando la disputa se somete a un árbitro único, en vez de a tres árbitros.

h) Disputas con varias partes implicadas:

Cuando una controversia implica a más de dos partes, el sometimiento a arbitraje puede ser complicado si no todas las partes han consentido expresamente o si no se ha previsto con claridad la posibilidad de acumular reclamaciones relativas a varios contratos o varias partes en un solo arbitraje.



No obstante, los reglamentos de procedimiento de muchas cortes de arbitraje se están modernizando para prever expresamente estas situaciones, de forma que la correcta elección de la corte de arbitraje, combinada con una cuidadosa redacción de la cláusula arbitral, puede ofrecer solución a este inconveniente.





CAPÍTULO II

2. Confidencialidad

2.1 Etimología

La palabra confidencialidad está formada con cuatro sufijos. En primer lugar encontramos el sufijo confidere, compuesto por el prefijo “con” que indica unión, todo, por completo y por el verbo “fidere”, que significa tener confianza que si analizamos más allá el verbo fidere está compuesto con fides (lealtad, nos dio fe y fiducia). Y por último el sufijo “dad” que indica cualidad, como en afinidad y puntualidad. Entonces es la cualidad (dad) de confidencial.

2.2 Definición

Confidencialidad es la cualidad de confidencial (que se dice o hace en confianza y con seguridad recíproca entre dos o más individuos). Se trata de una propiedad de la información que pretende garantizar el acceso sólo a las personas autorizadas.

La confidencialidad se puede definir en dos sentidos, uno positivo y otro negativo: en un sentido positivo, la confidencialidad consiste en mantener reserva sobre los hechos conocidos en las audiencias e arbitraje, sobre el desarrollo del procedimiento o también puede consistir en mantener en secreto la información que se trate en arbitraje.

En sentido negativo, la confidencialidad consiste en no divulgar o no revelar o utilizar ningún dato, hecho, documento que se conozca relativo al objeto del arbitraje, ni después del proceso, haya o no acuerdo.



Este sentido negativo de la confidencialidad se concreta en una obligación de no hacer (no revelar) por parte del sujeto obligado a ella.

2.3 Trilogía de la confidencialidad

La confidencialidad puede ser vista desde una visión tripartita, esto debido a que la confidencialidad es una cualidad que va ser distinta por el campo de aplicación, esto precepto se establece ya que la puede ser vista como un principio, como un deber, y como una obligación

I. Como un principio

La confidencialidad como un principio operara según su ámbito de aplicación, pero en el fondo la protección será igual, los ámbitos de aplicación de la confidencialidad son amplios sin embargo desarrollaremos los siguientes: Ético-Profesional, Militar, Religioso.

a) Como principio Ético-Profesional:

El secreto en las profesiones ha tenido un tratamiento desde antiguo en las diferentes costumbres y legislaciones. En el juramento Hipocrático se menciona – “todo lo que viere u oyere en mi profesión o fuera de ella, lo guardare con sumo sigilo”.

Desde los tiempos de Hammurabi, 2500 años antes de Cristo, las normas de ética han hecho referencia a la obligación de guardar secreto. Varios de estos enunciados surgen en esta época y se mantienen hasta la época contemporánea, esto se ejemplifica, en el acto de graduación de los médicos y cirujanos en el cual deben realizar un juramento.



El Juramento Hipocrático hace 24 siglos, recogía: “Guardaré silencio sobre todo aquello que en mi profesión, o fuera de ella, oiga o vea en la vida de los hombres que no tenga que ser público, manteniendo estas cosas de manera que no se pueda hablar”.

El secreto profesional es, por tanto, un deber asumido desde siempre por todos los médicos, independientemente de las características de su profesión. No sería hasta los siglos XVIII y XIX cuando se empezara a considerar el cumplimiento del deber de secreto como un derecho de las personas

El secreto profesional es la obligación legal que tienen ciertas profesiones de mantener en secreto la información que han recibido de sus clientes. Al contrario de lo que ocurre con tipos de deberes de confidencialidad, el secreto profesional se mantiene incluso en un juicio.

Entre estos profesionales, cabe citar como casos más típicos el abogado, el médico, el informático, el psicólogo, el periodista o el trabajador social. Sin embargo, también puede haber otros casos de asesores o servicios que tengan ese tipo de obligación, por ejemplo las compañías de seguros.

b) Como principio Militar

Dentro del servicio militar, se conocen una serie de asuntos de suma importancia pues estos comprometen la seguridad de un estado o de una operación militar pendiente, por lo que se le otorga una protección legal a la protección de datos conocidos en relación de un servicio militar. Por lo que el código penal establece el delito de revelación de secretos del Estado.



Este tipo penal establece que toda aquella persona que de cualquier forma, revelare secretos referentes a la seguridad del Estado, ya comunicando o publicando documentos, dibujos, planos u otros datos relativos al material, fortificaciones u operaciones militares.

c) Como Principio Religioso

Existen paralelos de la confidencialidad en ciertas figuras religiosas de los sacerdotes. Los sacerdotes tienen la obligación de mantener el secreto de confesión. Dicha obligación, sin embargo, es paralela a la ley, y deberá ser refrendada por el ordenamiento jurídico para que tenga validez ante el juez, lo cual ha planteado más de un problema que los sacerdotes no puedan ser citados como testigos.

El juramento hebreo de Asaf que data de los siglos III y VII reza “no revelarás secretos que se te hayan confiado”, la tradición católica da un lugar especial a la confidencialidad en el Sacramento de Reconciliación o Confesión.

La obligación de ese tipo, por lo tanto, es esencialmente moral, y no jurídica, y suele abarcar más de lo que abarca el secreto profesional propiamente dicho. Por ejemplo, el secreto de confesión impide a un sacerdote revelarlo incluso cuando esté en peligro su propia vida, lo cual no ocurre en el secreto profesional.

Esto ya que la promesa de confidencialidad no es de carácter profesional, sino tiene como base la fe de los creyentes, como medio del perdón de los pecados a través de la confesión. La institución de la confesión es de tal magnitud la confidencialidad que aun sabiendo la comisión de un delito, estos por juramento no pueden revelar esta situación pues el creyente la realiza en absoluta confidencialidad con el sacerdote.



II. Como un deber

La confidencialidad como un deber establece una serie de deberes:

- a) Prohibición de revelación.** Las personas deben abstenerse de revelar la información cubierta por su deber de confidencialidad, así como de entregar, exhibir o facilitar el acceso a los soportes materiales, electrónicos o de cualquier otro tipo que contengan dicha información y que se encuentran bajo su custodia.
- b) Deberes de cuidado.** Las personas deben adoptar medidas razonables para que las condiciones en las que recibe, obtiene, mantiene o revela información sujeta a deber de confidencialidad sean tales que cautelen el carácter confidencial de esa información; y
- c) Deber de cuidado respecto de acciones de colaboradores.** Las personas deben adoptar medidas razonables para que la confidencialidad debida a la contraparte sea mantenida por quienes colaboran con él.

I. Como una obligación

La confidencialidad vista como una obligación, podrá tener 2 tipos de naturalezas, la primera esencialmente moral, la cual no tiene ningún tipo de exigencia, sino más bien tiene como base la confianza y la segunda naturalmente la jurídica, y suele abarcar lo que abarca el secreto profesional propiamente dicho, pues esta goza de protección legal en caso sea vulnerada o divulgada a tercero, el cual no está autorizado para conocer.

En este caso la obligación es unilateral pues, no ha prestaciones recíprocas, pero como toda obligación su cumplimiento es exigible. Por lo que su incumplimiento tendría consecuencias jurídicas en el ámbito mercantil, civil o penal.



Esto se ve reflejado en el establecimiento de determinados delitos en el código penal guatemalteco aspecto que se desarrollara mas adelante.

2.4 Características

- i. Surge entre dos o más personas;
- ii. Nace por un acuerdo ya sea tácito o expreso;
- iii. Se confía determinada información personal o de cualquier índole;
- iv. Tiene como base la confianza ya se por razon de una relación laboral, contractual, profesional o religiosa;
- v. Nace una obligación ya sea moral o legal de no divulgar la información que la ha sido confiada
- vi. Dependerá del sustento legal de la confidencialidad, la persona divulgue parte o toda la información revestida del carácter de confidencial podrá ser demandada.

2.5 Tiempo de duración de la Confidencialidad

La confidencialidad es una propiedad que se le otorga a determinada información, la cual de hacerse pública puede dañar la honra de un persona, los intereses de una empresa o la seguridad y estabilidad de un Estado.

Por ello se puede se establece que el tiempo porque se constituye la confidencialidad sobre determinada información es indeterminado, a menos que las personas o partes lo establezcan expresamente.



Se indica esto debido a que, aunque cese la relación profesional y cliente o paciente, el primero no puede revelar información que haya obtenido en el ejercicio de su profesión, pues esto podría dañar el honor o la imagen ante la sociedad.

En el caso de las empresas, aunque haya cesado la relación empresa y empleado y otra empresa, la revelación de los datos obtenido en base a una relación laboral o comercial.

Podrían significar un golpe a la producción económica de la empresa y a libre competencia entre empresas.

Esto debido a que el conocimiento de conocimientos técnicos o procedimientos específicos por una revelación de información cubierta de la cualidad de confidencialidad, darían origen a una competencia no leal.

Y en el caso de relación, Estado y particular o militar, la revelación de datos obtenidos posteriormente al cese de su relación laboral o de servicio, pueden poner en riesgo operaciones militares, seguridad de una nación o la estabilidad política o económica, frente a enemigos de Estado o ante la comunidad internacional.

2.6 Protección penal a la confidencialidad

La confidencialidad es protegida por el decreto 17-73 del congreso de la república de Guatemala, Código Penal, mediante la tipificación de tres delitos: la publicidad indebida, revelación del secreto profesional y la revelación de secretos de Estado.

De esta manera se desarrollara de forma breve un análisis de la confidencialidad inmersa en cada tipo penal.



El primer delito que figura es el de publicidad indebida, y establece que lo cometerá “la persona que hallándose legítimamente en posesión de correspondencia, de papeles o de grabaciones, fotografías”, de lo cual se puede analizar que esta legitimación puede darse por un vínculo laboral, profesional o de servicio.

“Y estos documentos no destinadas a la publicidad”, y sin embargo “los hiciere públicos, sin la debida autorización, aunque le hubieren sido dirigidos”, se va configurar el delito siempre y cuando “el hecho cause o pudiere causar perjuicio”.

El segundo delito tipificado es la revelación de secreto profesional, el cual establece, al sujeto activo el cual va ser una persona que por razón de su “estado, oficio, empleo, profesión o arte” va a revelar o usar la información obtenida por esta razón, en beneficio propio o en perjuicio de la persona con la que se relacione.

Y por último encontramos el delito de revelación de secretos del estado, figura penal que protege o resguarda el bien jurídico tutelado del orden institucional de un Estado y la seguridad nacional.

El cual descansa sobre la confidencialidad y no divulgación de determinación relativa a asuntos de trascendencia nacional.

Este tipo penal lo cometerá, cualquier persona que por cualquier razón ya se dé servicio u obtenga información de forma ilícita y revele secretos sobre la seguridad del Estado, ya comunicando o publicando documentos, dibujos, planos u otros datos relativos al material, fortificaciones u operaciones militares.



Esta protección penal demuestra que la confidencialidad tiene una exigencia jurídica por parte del Estado, en aquellos bienes jurídicos tutelados revestidos de esta cualidad y los cuales no pueden ser divulgados a terceros, por poner en riesgo el honor de las personas, los interés económicos o la seguridad y el orden institucional de un Estado.

2.7 Fundamento legal de la confidencialidad en la legislación ordinaria guatemalteca

El Estado tiene mucha información que atañe a todas las áreas de la vida de la nación, como por ejemplo la salud, la educación, el medio ambiente, las inversiones públicas, la seguridad ciudadana, y la justicia, entre otras.

Por esta razón se hace necesario crear mecanismos para garantizar el derecho de todas las personas a obtener esta información para mejorar su calidad de vida y sus posibilidades de participación tanto en la actividad pública como en la actividad privada.

La ley de Acceso a la Información Pública, se constituyó como la herramienta o mecanismo legal como una herramienta de control directo por parte de la ciudadanía.

La cual fue aprobada mediante el decreto 57-2008 del congreso de la república de Guatemala y entro en vigencia en el año de 2009.

Dentro del cuerpo legal se establece una serie definiciones, las cuales podemos encontrar su fundamento en el Artículo 9, numeral 5.



La cual define a la información confidencial como “toda toda información en poder de los sujetos obligados que por mandato constitucional, o disposición expresa de una ley tenga acceso restringido, o haya sido entregada por personas individuales o jurídicas bajo garantía de confidencialidad”.

De la misma forma la presente ley establece que ese información es confidencial la que se encuentre inmersa en una serie de supuestos. Los supuestos de la información confidencial son los siguientes:

- a) La expresamente definida en el Artículo 24 de la Constitución Política de la República de Guatemala;**
- b) La expresamente definida como confidencial en la Ley de Bancos y Grupos Financieros;**
- c) La información calificada como secreto profesional;**
- d) La que por disposición expresa de una ley sea considerada como confidencial;**
- e) Los datos sensibles o personales sensibles, que solo podrán ser conocidos por el titular del derecho;**
- f) La información de particulares recibida por el sujeto obligado bajo garantía de confidencia.**



CAPÍTULO III

3 Confidencialidad en el Arbitraje

3.1 Concepto

La Confidencialidad en el arbitraje se instituye dentro de una trilogía, ya que se establece como un principio, como un deber, y como una obligación. Esta puede ser definida como el mantener en secreto la información que se trate en el procedimiento de arbitraje así como el deber de no revelarla por parte de aquel que ha sido el destinatario de dicha información; dos caras, pues, de un mismo principio.

A su vez, la confidencialidad es un derecho de la persona que ha proporcionado dicha información en el marco de un procedimiento de arbitraje, en el sentido de que tiene derecho a que cuanto ha manifestado o proporcionado documentalmente sea mantenga en secreto.

Desde la perspectiva subjetiva, la confidencialidad es un deber de toda persona que interviene en el procedimiento de arbitraje: las partes, los árbitros, los técnicos, los colaboradores, etc. En el caso de los terceros que intervienen, como profesionales, entonces se hallarán sujetos al deber del secreto profesional, cuyo contenido coincide, en esencia, con el de la confidencialidad.

Las partes deben preservar la confidencialidad de cuanto se ha tratado; los árbitros estarán sujetos por el deber de secreto profesional, que supone el deber de confidencialidad de la información revelada.



Al hacer un análisis doctrinario nos encontramos ante el hecho de que siendo la confidencialidad un elemento casi configurador de la institución arbitral, sin embargo al hacer un análisis legal, nos encontramos con que su reconocimiento legal y convencional no ha sido ni tan categórico ni universal como podría esperarse.

En el arbitraje la publicidad inherente al proceso jurisdiccional cede ante intereses propios del comercio, entendiéndose que puede ser un obstáculo para las partes en el litigio que pretenden publicitar cuestiones tales como secretos técnicos, estrategias empresariales o situaciones financieras; y a esto se añade la virtualidad de que las partes mantengan sus relaciones a pesar del litigio que les enfrenta.

A partir de aquí se reafirma el paradigma de la confidencialidad en el arbitraje, es uno de los beneficios que no concurre en los litigios ante la jurisdicción ordinaria. Junto a las obvias ventajas que ofrece desde la perspectiva de los intereses de las partes litigantes, el mantenimiento de la confidencialidad como rasgo característico del procedimiento arbitral no está exento de críticas.

Con ella se pierde la garantía que la obligada publicidad de la jurisdicción supone para las partes, mientras que el secreto del procedimiento puede encubrir fraudes y llevar a la decisión arbitral cuestiones que se desean ocultar a los tribunales por su naturaleza ilegal o ilícita, por ejemplo el propósito de asegurar una operación de corrupción.

La confidencialidad en el arbitraje tendrá una transcendencia siempre que esta no prevalezca sobre el interés público o general, pues conforme a nuestra norma suprema el interés general siempre priva sobre el particular.



3.2 Objeto

El objeto de la confidencialidad en el arbitraje, es de constituirse como una garantía de protección para las partes ante la posible divulgación de información producida en el marco de un procedimiento arbitral a una persona no implicada en el litigio o a la opinión pública y evitar dañar la imagen o el prestigio personal o de una empresa.

3.3 Naturaleza

Se ha sostenido que la naturaleza privada del arbitraje está íntimamente vinculada con el deber de confidencialidad en el sentido que la primera facilita a la última. Así, la privacidad sería inútil si luego de concluida la audiencia cualquier parte por propio interés pudiera hacer de conocimiento público la información relacionada al proceso.

Consecuentemente si la difusión a terceras partes es libremente aceptada, esto equivaldría a difundir todo lo ocurrido en el "confesionario" o como el Justice Colman indica "esto sería equivalente a abrir las puertas del despacho arbitral a terceras partes."⁴

Es decir, información sensible como técnicas comerciales, know how y estrategia de políticas de la empresa podrían estar a disposición de los competidores causando perjuicio a las partes del proceso arbitral.

Para poder explicar la naturaleza de la obligación de la confidencialidad del arbitraje, se establecen vertientes.

⁴ Hassneh Insurance of Israel vs Mew 2 Lloyd's Pag. 247



A. Naturaleza contractual:

Para esta teoría la confidencialidad es una obligación contractual, la cual deriva del contrato de arbitraje o cláusula compromisoria.

En esta vertiente se manifiesta de forma expresa la obligación de la confidencialidad en caso del surgimiento del arbitraje para solucionar un futuro conflicto que surgiera entre las partes.

B. Naturaleza reglamentaria:

Según esta teoría, la confidencialidad es un aspecto meramente reglamentario, esto debido a que aunque las partes no lo acordaron en la cláusula compromisoria, acordaron sujetarse al reglamento de un centro de arbitraje, y en este se establece la obligación de confidencialidad por parte de los árbitros y el acceso a las audiencias y al laudo únicamente a la partes.

3.4 Ámbitos de la aplicación de la confidencialidad en el arbitraje

Del análisis de la normativa se desprende que están sujetos a la confidencialidad, unánimemente, el árbitro y, en algunas legislaciones, las partes y otras personas intervinientes en el arbitraje.

Todos los participantes en el procedimiento de arbitraje. En esta última línea se pronuncia la normativa europea: la confidencialidad es un deber del árbitro, las partes y terceros. También la doctrina considera que el deber de confidencialidad consiste en algo más que la protección de las partes frente a la posible indiscreción del árbitro, que pudiera llegar a difundir la información obtenida en arbitraje.



La confidencialidad no se limita allí sino que ésta también alcanza a las partes, concretamente, para que no puedan utilizar en un proceso judicial posterior los datos que fueron revelados durante un procedimiento de arbitraje.

También el objeto sobre el que recae la confidencialidad se expresa de muy diverso modo se dice que es confidencial la información que se trate y sé que conozcan como consecuencia del proceso arbitral, la obtenida verbal o documentalmente en el transcurso del proceso, incluido el resultado o los hechos que hayan conocido a las audiencias del proceso, así como las entrevistas y los datos y documentos producidos en el proceso.

Desde un punto de vista material o documental, se entiende que la confidencialidad hace referencia al carácter reservado los documentos relativos al procedimiento o incorporados a este.

3.5 Legislación sobre confidencialidad del Arbitraje

Una clasificación apenas primaria de las legislaciones sobre arbitraje permite distinguir tres categorías de leyes:

- I. Aquellas que no contienen siquiera una mera mención de la confidencialidad.
- II. Aquellas que apenas enuncian un principio general, aunque sin mayor regulación
- III. Las que posee matices y avanzan en una reglamentación que pretende abarcar, al menos, los supuestos más usuales.



Dentro de la primera categoría encontramos las legislaciones sobre arbitraje de Alemania, Arabia Saudita, Argentina, Austria, Bélgica, Botswana, Bulgaria, Canadá, Chile, Colombia, Corea, Dinamarca, Egipto, Estados Unidos de Norteamérica, Gran Bretaña, Holanda, Honduras, Italia, Japón, México, Panamá, Paraguay, Portugal, Suecia, Suiza, Túnez, Uganda y Uruguay y otros.

La segunda categoría podemos situar a aquellas que, si bien se refieren a la confidencialidad, no avanzan más que en enunciados más o menos genéricos o regulaciones fragmentarias, pero carecen de un régimen que permita discernir claramente cuál es el alcance objetivo del deber de confidencialidad *ratione materiae* (qué aspectos del arbitraje son confidenciales) y *ratione personae* (quiénes están obligados a mantener la confidencialidad). Ejemplos de esta categoría son las legislaciones de Bolivia, Brasil, España, Francia y Venezuela.

Y la última categoría está compuesta por legislaciones más visionarias dentro de las que podemos encontrar a Nueva Zelanda, Perú, Escocia y Australia que, aun con lagunas, contienen un mayor grado de precisión en relación con el alcance del deber de confidencialidad.

3.6 Regulación Legal de la Confidencialidad del Arbitraje en Guatemala

En Guatemala ni la legislación ordinaria, ni los tratados internacionales ratificados por el Estado reconocen el elemento de confidencialidad en el arbitraje.



Un ejemplo de este precepto son las legislaciones arbitrales internas de Francia, Italia, Reino Unido o Suecia, ni la Ley Federal de Arbitraje ni la Uniform Arbitration Act de Estados Unidos, contienen reconocimiento explícito de la confidencialidad

Sin embargo la ausencia del reconocimiento expreso de la confidencialidad en las legislación no impide que ésta condición se presente.

En un procedimiento arbitral, la obligación de confidencialidad protege la producción e intercambio de documentos entre las partes, las audiencias, las reuniones de los árbitros y las comunicaciones, órdenes o laudos que éstos emitan.

La referencia a un reglamento institucional en un acuerdo arbitral incorpora sus disposiciones al contrato celebrado por las partes. Por lo que todo lo relativo al proceso arbitral será llevado conforme al reglamento de la institución designada para administrarlo.

3.7 La Confidencialidad en los reglamentos de los Centros de Arbitraje

a) Comisión de Resolución de Conflictos de la Cámara de Industria de Guatemala -

CRECIG-

Es una institución privada especializada en la administración de Métodos Alternos de Solución de Conflictos (MASC), creada en el año 1997 por Cámara de Industria de Guatemala con el interés de ofrecer una herramienta útil para resolver controversias.

Su ideal es resolver los controversias manera rápida, eficiente y económica, como alternativa de justicia en favor del desarrollo económico nacional, dentro del concepto marco de, Cultura de Paz, la CRECIG trabaja en la prevención, transformación y solución de conflictos.



Tiene como objetivo la promoción, capacitación y difusión de la resolución de conflictos de forma pacífica, mediante el Arbitraje y otros Métodos Alternativos de Solución de Conflictos (MASC).

El Reglamento de Arbitraje de Comisión de Resolución de Conflictos de la Cámara de Industria de Guatemala -CRECIG-, establece en su Artículo 52 que el Laudo original permanecerá en la CRECIG y solamente las partes podrán obtener copias certificadas, previo el pago de gastos y honorarios respectivos.

Si establece que el proceso arbitral se regirá por el Reglamento de CRECIG. Esto establece un parámetro de confidencialidad y de acceso exclusivo para las partes dentro del procedimiento arbitral al acceso del laudo

Este por ser un arbitraje institucional, el proceso se sujeta a los estatutos de la institución los cuales establecen la obligación a los árbitros, conciliadores, mediadores, amigables componedores, negociadores, expertos y secretarios, de actuar de conformidad con los reglamentos respectivos, garantizando imparcialidad, confidencialidad, ecuanimidad a las partes.

b) Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Guatemala –
CENAC –

En el año 1994 fue creado el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Guatemala. Desde su inicio participó activamente en las gestiones para la aprobación de la Ley de Arbitraje.

El Centro de Arbitraje y Conciliación se posicionó como un ente autónomo, apolítico, estatutos y junta directiva propia, y una administración independiente de la Cámara de Comercio de Guatemala.

El reglamento de Arbitraje hace alusión a la confidencialidad cuando define al arbitraje como un medio privado y confidencial, vinculante para las partes, mediante el cual se resuelven controversias por una o más personas especializadas, a través de procedimientos rápidos, prácticos y económicos.

3.8 La confidencialidad en los procesos y laudos arbitrales

La confidencialidad también va tener un alcance en los laudos arbitrales por lo que se hace necesario un análisis de este documento. Si se mantiene la regla de confidencialidad al proceso a sus documentos y actuaciones, es lógico que las decisiones que se desprenden de él también lo sean.

Esto determinara el acceso a los laudos tanto al finalizar el proceso arbitral, como años después solo tendrar acceso a el las personas que hayan sido partes de un proceso, limitando asi el acceso a tercero o personas ajenas a la controversia.

Ésta es la posición que defiende el principio de confidencialidad como característica inherente al arbitraje, pues sólo mediante un pacto expreso podrían las partes permitir la publicación de los actos procesales, incluyendo el laudo arbitral. Sin embargo, otras corrientes determinan que si bien el arbitraje es una manifestación de la voluntad de las partes que deciden someter sus controversias a este tipo de proceso, los laudos son una extensión del sistema jurisdiccional, respecto asuntos determinados, para garantizar el orden social.



Por lo tanto, estos deben ser públicos o al menos potencialmente públicos, en el caso de que posteriormente sea necesario acudir a vías jurisdiccionales ordinarias para hacerlos efectivos.

El laudo al ser publico puede tener fines de auditoria o fines académicos, este ultimo de suma importancia para las facultades de Ciencias Jurídicas y Sociales de las distintas universidad que operan en el país.

El numeral 5 del Artículo 32 del Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil muestra una clara protección a la confidencialidad del laudo, pues establece que “Podrá hacerse público el laudo sólo con el consentimiento de ambas partes.”



CAPÍTULO IV

4. Análisis de la necesidad de regular una excepción confidencialidad en el arbitraje cuando el estado de Guatemala es parte en un proceso arbitral

La confidencialidad es una de las ventajas más notables del arbitraje, ya que protege la reputación de las partes frente a terceros, convirtiéndose en una de las razones que motivan a muchos inversionistas y comerciantes para acudir al proceso arbitral.⁵ El Estado de Guatemala está facultado para poder resolver conflictos controversias relativas al cumplimiento, interpretación, aplicación y efectos de los contratos de compra, venta y contratación de bienes, suministros, obras y servicios que requieran los organismos del Estado, sus entidades descentralizadas y autónomas, unidades ejecutoras, las municipalidades y las empresas públicas estatales o municipales, mediante un método alternativo de resolución de conflictos, entendiendo esto como la facultad para poder establecer una cláusula compromisoria en los contratos antes mencionados.

Teniendo como fundamento legal de esta facultad, el decreto 57-92 del Congreso de la República de Guatemala, Ley de Contrataciones del Estado, en su Artículo 103. Resulta lógico que estos prefieran acudir a arbitraje, pues la confidencialidad garantizaría que aquellos no involucrados en el conflicto desconozcan su existencia y así no se vea afectado su posicionamiento en el mercado por las distintas disputas a las que se enfrentan.

⁵ Cfr. Noussia, Kyriaki. Confidencialidad en Arbitraje Comercial Internacional. un análisis comparativo. Pág. 177



El Arbitraje se llevara de acuerdo al reglamento de la institución que designen en la cláusula arbitral, este determinara los aspectos específicos del procedimiento.

Ya se estableció en los anteriores capítulos que el Arbitraje como institución que no es reconocida legalmente como confidencial ni por leyes ordinarias ni por tratados ratificados por Guatemala.

Sin embargo se estableció que aunque no estuviere reconocida dicha cualidad no impide que esta se presente, esto debido a que en el nacimiento de esta institución se fue instaurando la confidencialidad de forma doctrinaria para posteriormente establecerse en la idiosincrasia de la cultura arbitral y en los reglamentos institucionales de los centros de arbitraje.

Como se estableció los contratos tienen como origen compra, venta y contratación de bienes, suministros, obras y servicios que requieran los organismos del Estado, sus entidades descentralizadas y autónomas, unidades ejecutoras, las municipalidades y las empresas públicas estatales o municipales, por lo que el sustento económico de estos contratos es Gasto Publico.

Al ser erogado de las arcas estatales, se encontrar inmersa de ser gasto público, toda la naturaleza del contrato, se torna desde una perspectiva diferente a la de un contrato entre particulares. Esto debido a que la fiscalización de cómo erogara estos recursos, la calidad del bien o el precio producto adquirido, a quien se le adjudicara o concesionara el bien o servicio será objeto de vigilancia.

Esta vigilancia la realizara tanto por parte del órgano estatal encargado del control de gasto público, como por parte de instituciones no gubernamentales y la ciudadanía.

Por lo que la auditoria gubernamental y social, se vuelven herramientas para la transparencia de la utilización de las arcas estatales. Las arcas estatales se van a fiscalizar de distintas maneras, ya sea por un plan anual auditoria, por una denuncia, por medio del uso la ley de acceso a la información.

El decreto 57-2008 establece varios supuestos sobre los que se puede aplicar a la contratación por parte organismos del Estado, sus entidades descentralizadas y autónomas, unidades ejecutoras, las municipalidades y las empresas públicas estatales o municipales.

El primero de ellos, regulado en el Artículo 6, sujetos obligados estableciendo como sujeto obligado toda persona individual o jurídica, pública o privada, nacional o internacional de cualquier naturaleza, institución o entidad del Estado, organismo, órgano, entidad, dependencia, institución y cualquier otro que maneje, administre o ejecute recursos públicos, bienes del Estado, o actos de la administración pública en general.

Dentro de los cuales se encuentran regulados todos los organismos del Estado, sus entidades descentralizadas y autónomas, unidades ejecutoras, las municipalidades y las empresas públicas estatales o municipales.

Así mismo encontramos reguladas a las entidades de cualquier naturaleza que tengan como fuente de ingresos, ya sea total o parcialmente, recursos, subsidios o aportes del Estado y a las empresas privadas a quienes se les haya otorgado mediante permiso, licencia, concesión o cualquier otra forma contractual la explotación de un bien del Estado.

Por lo que este supuesto les dar un carácter de sujetos obligados a brindar información a todos aquellos sujetos de la ley de contrataciones del Estado. El segundo supuesto sobre el cual se fundamenta la excepción a la confidencialidad cuando el Estado de Guatemala es parte en un proceso arbitral. Se encuentra regulado en el Artículo 22 del decreto 57-2008 en el cual establece que información es confidencial siendo estos los siguientes supuestos:

- g) La expresamente definida en el Artículo 24 de la Constitución Política de la República de Guatemala;
- h) La expresamente definida como confidencial en la Ley de Bancos y Grupos Financieros;
- i) La información calificada como secreto profesional;
- j) La que por disposición expresa de una ley sea considerada como confidencial;
- k) Los datos sensibles o personales sensibles, que solo podrán ser conocidos por el titular del derecho;
- l) La información de particulares recibida por el sujeto obligado bajo garantía de confidencia.

Debido a que la información que suscite de un proceso arbitral por conflictos relativos al cumplimiento, interpretación, aplicación y efectos de los contratos de compra, venta y contratación de bienes, suministros, obras y servicios que requieran los organismos del Estado, sus entidades descentralizadas y autónomas, unidades ejecutoras, las municipalidades y las empresas públicas estatales o municipales, no cumple con los requisitos de para ser catalogada como confidencialidad.

La misma ley establece una obligación legal de proporcionar información a los sujetos que manejan, administran o ejecutan recursos públicos. Debe prevalecer la publicidad de lo que se dilucide en el proceso arbitral ante la confidencialidad del proceso arbitral.

4.1 Ventajas y Desventajas

a) Ventajas

Entre las ventajas que conllevaría la regulación de una excepción a la confidencialidad en el arbitraje sería:

- 1. Mayor transparencia en la gestión de gobierno**
- 2. Fiscalización para la defensa de las arcas nacionales**
- 3. Armonización con la legislación relacionada con el acceso a la información pública**
- 4. Se podría impedir un posible fraude, mediante una mala defensa del interés estatal.**
- 5. Guatemala se estaría actualizando con la tendencia internacional sobre las excepciones a la confidencialidad en el arbitraje cuando el Estado es parte de un proceso arbitral.**
- 6. Incentivara la confianza en la población de la contratación de servicios por parte del Estado.**
- 7. Una herramienta más a la auditoria social.**



b) Desventajas

- 1. Podría contrarrestar el interés por solucionar las controversias mediante arbitraje al ya no incluir una cláusula compromisoria en los contratos relativos a la compra, venta y contratación de bienes, suministros, obras y servicios que requieran los organismos del Estado, sus entidades descentralizadas y autónomas, unidades ejecutoras, las municipalidades y las empresas públicas estatales o municipales.**
- 2. Saturación de los órganos de justicia estatal.**
- 3. Resolución de conflictos relativos a compra, venta y contratación de bienes, suministros, obras y servicios que requieran los organismos del Estado, sus entidades descentralizadas y autónomas, unidades ejecutoras, las municipalidades y las empresas públicas estatales o municipales, llevarían más tiempo en resolverse en procesos ordinarios.**

4.2 Legislación comparada

a) Nueva Zelanda

La Ley de Arbitraje de Nueva Zelanda de 200713, ha incorporado pormenorizadas normas sobre la confidencialidad.

No solo consagra, como principio general, que el tribunal arbitral debe conducir el procedimiento en privado sino que también establece que el acuerdo arbitral hace presumir una prohibición, para las partes y para los árbitros, de divulgar información confidencial.

También se ocupa de detallar cuáles son los casos en que la confidencialidad cede, y una de las partes o el tribunal arbitral pueden divulgar información referida a un proceso arbitral.

Inclusive, la ley avanza en establecer un régimen para los procedimientos judiciales relacionados con la Ley de Arbitraje, estableciendo algunas excepciones a la publicidad de los procedimientos arbitrales llevados a cabo entre las particulares y entre particulares y el Estado de Nueva Zelanda.

b) Escocia

También la nueva Ley de Arbitraje de Escocia, sancionada en 201015, regula de manera pormenorizada el régimen de confidencialidad. Por un lado, define que la expresión "información confidencial".

Dicha expresión significa, en la norma, toda información relativa a la controversia, al procedimiento o al laudo, siempre que no esté, o hubiese estado, en el dominio público.

Se establece que la divulgación de la información confidencial relativa a un arbitraje, por los árbitros o por una parte, implicará una violación al deber de confidencialidad, salvo las excepciones permitidas por la ley.

Por el otro, impone al tribunal arbitral y a las partes, el deber de tomar todas las medidas razonables para impedir divulgaciones no autorizadas de la información confidencial y al tribunal arbitral el deber de informar a las partes, al inicio del proceso, de los deberes impuestos por esta norma.



La reciente reforma a la legislación australiana aplicable a arbitrajes internacionales incorporó una pormenorizada regulación del deber de confidencialidad que tienen las partes y los árbitros.

Regula con precisión qué debe entenderse por “información confidencial”, y dispone que el concepto de “revelación” incluye “la entrega o comunicación” de esa información.

Y la prohibición de revelar la información “por cualquier medio”, entendiendo esto como medios electrónicos, materiales, sonoros y medios gráficos. Prescribe el deber de las partes y de los árbitros de no revelar información confidencial relativa al arbitraje salvo en los propios casos que la ley determina, o cuando sea permitida en virtud de una orden del tribunal arbitral o de un tribunal judicial, cuando éstos están autorizados a emitirla.

Luego detalla cuáles son las circunstancias en que la información confidencial puede ser revelada, tanto por las partes como por el tribunal arbitral. Esta normativa avanza todavía más en reglar cuándo el tribunal arbitral puede emitir una orden permitiendo la revelación y en qué casos un tribunal judicial puede prohibir a las partes revelar información confidencial o, en sentido contrario, permitir la revelación de información confidencial de un arbitraje.

c) Perú

La Ley de Arbitraje peruana (Decreto Legislativo N° 1071 de 2008) también contiene normas sobre este tema, al que dedica el extenso Artículo 51, y una referencia al carácter privado de las audiencias, en el Artículo 42.3.



Conforme esta última disposición, “salvo acuerdo distinto de las partes o decisión del tribunal arbitral, todas las audiencias y reuniones serán privadas”.

El Artículo 51 ofrece una regulación que pretende ser integral sobre el régimen de confidencialidad imperante en el arbitraje.

En primer lugar, dispone que “salvo pacto en contrario, el tribunal arbitral, el secretario, la institución arbitral y, en su caso, los testigos, peritos y cualquier otro que intervenga en las actuaciones arbitrales. Todos ellos están obligados a guardar confidencialidad sobre el curso de las mismas, incluido el laudo, así como sobre cualquier información que conozcan a través de dichas actuaciones, bajo responsabilidad.

Luego aclara que “este deber de confidencialidad también alcanza a las partes, sus representantes y asesores legales, salvo cuando por exigencia legal sea necesario hacer público las actuaciones o, en su caso, el laudo para proteger o hacer cumplir un derecho o para interponer el recurso de anulación o ejecutar el laudo en sede judicial”

Finalmente, establece que “en todos los arbitrajes regidos por este Decreto Legislativo en los que interviene el Estado peruano como parte, las actuaciones arbitrales estarán sujetas a confidencialidad y el laudo será público, una vez terminadas las actuaciones.”

4.3 Propuesta de excepción a la confidencialidad en al arbitraje guatemalteco.

En el presente trabajo se propone una reforma a la legislación guatemalteca, en específico a las siguientes leyes: Ley de Contrataciones del Estado, Decreto 57-92, Ley de Arbitraje, Decreto 67-95, La ley de Acceso a la Información Pública, Decreto 57-2008.



a) Ley de Contrataciones del Estado, Decreto 57-92

En el Artículo 103, se debe establecer que las controversias que surjan por la interpretación, aplicación y efectos de los contratos de compra, venta y contratación de bienes, suministros, obras y servicios que requieran los organismos del Estado, sus entidades descentralizadas y autónomas, unidades ejecutoras, las municipalidades y las empresas públicas estatales o municipales, podrán ser resueltos mediante arbitraje, pero la confidencialidad no privara sobre este tipo de procedimientos.

b) Ley de Arbitraje, Decreto 67-95

Debe establecer dentro de los procedimientos arbitrales una excepción a la confidencialidad, cuando el Estado de Guatemala se parte de un procedimiento arbitral, aunque esta esté establecida en el reglamento de la institución, de la cláusula compromisoria o de las reglas que establezcan en el caso del arbitraje ad-hoc.

Establecer que la excepción a la confidencialidad en este caso específico tiene el alcance de los documentos que se originen en el procedimiento y del laudo.

c) La ley de Acceso a la Información Pública, Decreto 57-2008

Debe establecer la obligación de la publicidad de los documentos que se originen en el procedimiento y del laudo que surgen en procedimientos arbitrales por controversias que surjan en ocasión de interpretación, aplicación y efectos de los contratos de compra, venta y contratación de bienes, suministros, obras y servicios que requieran los organismos del Estado, sus entidades descentralizadas y autónomas, unidades ejecutoras, las municipalidades y las empresas públicas estatales o municipales.



CONCLUSIONES

1. La confidencialidad se trata de un principio, de un deber, de una obligación que se puede definir como el mantener en secreto la información que se trate en el procedimiento de arbitraje así como el deber de no revelarla por parte de aquel que ha sido el destinatario de dicha información.
2. La confidencialidad puede ser estudiada como una trilogía, ya sea como un principio, como un deber o como una obligación.
3. La confidencialidad cuando no se establezca por un tiempo determinado se considerara por tiempo indefinido.
4. La ausencia del reconocimiento expreso de la confidencialidad en las legislación no impide que ésta condición se presente en un procedimiento arbitral.
5. Es recomendable una reforma a la Ley Contrataciones del Estado y la Ley de Arbitraje, en la que se incluya disposiciones en materia de confidencialidad del arbitraje, para establecer una excepción a la confidencialidad cuando el Estado forme parte de un procedimiento arbitral como medio para resolver relativas al cumplimiento, interpretación, aplicación y efectos de los contratos de compra, venta y contratación de bienes, suministros, obras y servicios que requieran los organismos del Estado, sus entidades descentralizadas y autónomas, unidades ejecutoras, las municipalidades y las empresas públicas estatales o municipales.



0



RECOMENDACIONES

1. El Congreso de la República de Guatemala debe reformarla Ley Contrataciones del Estado, la Ley de Arbitraje y la Ley de Acceso a la Información en la que se incluya disposiciones en materia de confidencialidad del arbitraje, para establecer una excepción a la confidencialidad cuando el Estado forme parte de un procedimiento arbitral.
2. El Estado debe armonizar la legislación para garantizar el derecho de los ciudadanos al libre acceso a la información pública.
3. Los organismos del Estado, sus entidades descentralizadas y autónomas, unidades ejecutoras, las municipalidades y las empresas públicas estatales o municipales deben establecer mecanismos para garantizar mediadas para garantizar la transparencia en el gasto público que realicen.
4. Los centros de arbitraje del país, deben modificar sus reglamentos y hacer saber a las partes, en caso de ser contratista-Estado, acerca de la existencia de una excepción a la confidencialidad del arbitraje, en su caso.
5. Informar a la población sobre la excepción a la confidencialidad para que se instituya como una herramienta de auditoria social.



BIBLIOGRAFÍA



1. AGUIRRE GODOY, MARIO. **Derecho Procesal Civil**. Tomo III, volumen I. Guatemala. Editorial Vile. 1998.
2. RIVERA NEUTZE ANTONIO, **El proceso práctico arbitral: modelos, comentarios, doctrina, legislación, procedimientos**. Guatemala. Editorial Llerena. 1996.
3. RIVERA NEUTZE ANTONIO Y RAINER ARMANDO GORDILLO RODRÍGUEZ. **Curso Práctico Del Arbitraje Comercial Internacional**. Guatemala. Edifolsa. 2001.
4. RIVERA NEUTZE ANTONIO GUILLERMO. **Amigable Composición**. Editorial Óscar de León Palacios, Primera Edición, 2001.
5. BELIO JANEIRO DOMINGO. **Principios del Contrato de Arbitraje. El Arbitraje Internacional**. Ponencias del Congreso Internacional de Arbitraje 2007, Estudio Mario Castillo Freyre, 2008.
6. LUQUE GAMERO RICARDO. **El arbitraje y el control de la constitucionalidad**. Revista Peruana de Arbitraje, Magna Ediciones 2007.
7. CAIVANO ROQUE. **Arbitraje**. Villela Editor, Segunda Edición, 2000.
8. CAIVANO, ROQUE. **Retos del Arbitraje frente a la administración de justicia**. Ponencias del Congreso Internacional de Arbitraje 2,007, Estudio Mario Castillo Freyre, 2008.

9. SILVA ROMERO, EDUARDO. **El Contrato de Arbitraje**. Legis Editores, Primera Edición, 2005.



10. FELDSTEIN DE CÁRDENAS, SARA L. Y LEONARDI DE HERBÓN HEBE M.- "**El Arbitraje**". Ed. Abeledo Perrot. Buenos Aires. 1998

11. CFR. NOUSSIA, KYRIAKI. **Confidencialidad en Arbitraje comercial internacional. un análisis comparativo** Hamburg, Germany

12. **Reglamento de Arbitraje de Comisión de Resolución de Conflictos de la Cámara de Industria de Guatemala -CRECIG-**

13. **Estatutos de la Comisión de Resolución de Conflictos de la Cámara de Industria de Guatemala -CRECIG-**

14. **Reglamento de Arbitraje Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Guatemala – CENAC -**



LEGISLACIÓN:

1. **Constitución Política de la República de Guatemala.** Asamblea Nacional Constituyente, 1986.
2. **Ley de Arbitraje.** Congreso de la República de Guatemala, de la República de Guatemala Decreto 67-95.
3. **Ley de Contrataciones del Estado.** Congreso de la República de Guatemala, Decreto 57-92.
4. **Ley de Acceso al Información Pública.** Congreso de la República de Guatemala, Decreto 57-2008.
5. **Ley del Organismo Judicial.** Congreso de la República de Guatemala, Decreto 2-89.