

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



**INVALIDEZ DEL CONVENIO ARBITRAL DERIVADO DE LA CESIÓN DE DERECHOS
DENTRO DE LA CONTRATACIÓN MERCANTIL GUATEMALTECA**

ENNIO PAOLO ARCHILA VALLE

GUATEMALA, MARZO DE 2017

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

**INVALIDEZ DEL CONVENIO ARBITRAL DERIVADO DE LA CESIÓN DE DERECHOS
DENTRO DE LA CONTRATACIÓN MERCANTIL GUATEMALTECA**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

ENNIO PAOLO ARCHILA VALLE

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, marzo de 2017

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

DECANO: Lic. Gustavo Bonilla
VOCAL I: Lic. Luis Rodolfo Polanco Gil
VOCAL II: Licda. Rosario Gil Pérez
VOCAL III: Lic. Juan José Bolaños Mejía
VOCAL IV: Br. Jhonathan Josué Mayorga Urrutia
VOCAL V: Br. Freddy Noé Orellana Orellana
SECRETARIO: Lic. Fernando Antonio Chacón Urizar

TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL

Primera Fase:

Presidente: Lic. Estuardo Abel Franco Rodas
Vocal: Licda. Rosa Amalia Cajas Hernández
Secretaria: Licda. Roxana Elizabeth Alarcón Monzón

Segunda Fase:

Presidente: Lic. Héctor Rolando Guevara González
Vocal: Lic. Luis Enrique Villela Rosas
Secretaria: Licda. Lily Mercedes Fernández Villatoro

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 de Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público).



USAC
TRICENTENARIA
 Universidad de San Carlos de Guatemala



Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Unidad de Asesoría de Tesis. Ciudad de Guatemala,
 08 de octubre de 2014.

Atentamente pase al (a) Profesional, CAROL ANGÉLICA QUIRÓS ORTIZ
 _____, para que proceda a asesorar el trabajo de tesis del (a) estudiante
ENNIO PAOLO ARCHILA VALLE, con carné 201014104,
 intitulado LA INVALIDEZ DE LA CLÁUSULA ARBITRAL DERIVADO DE LA CESIÓN DE DERECHOS DENTRO DE
LA CONTRATACIÓN MERCANTIL GUATEMALTECA.

Hago de su conocimiento que está facultado (a) para recomendar al (a) estudiante, la modificación del bosquejo preliminar de temas, las fuentes de consulta originalmente contempladas; así como, el título de tesis propuesto.

El dictamen correspondiente se debe emitir en un plazo no mayor de 90 días continuos a partir de concluida la investigación, en este debe hacer constar su opinión respecto del contenido científico y técnico de la tesis, la metodología y técnicas de investigación utilizadas, la redacción, los cuadros estadísticos si fueren necesarios, la contribución científica de la misma, la conclusión discursiva, y la bibliografía utilizada, si aprueba o desaprueba el trabajo de investigación. Expresamente declarará que no es pariente del (a) estudiante dentro de los grados de ley y otras consideraciones que estime pertinentes.

Adjunto encontrará el plan de tesis respectivo.


 DR. BONERGE AMILCAR MEJÍA ORELLANA
 Jefe(a) de la Unidad de Asesoría de Tesis



Fecha de recepción 26/05/2016


 Asesor(a)

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

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





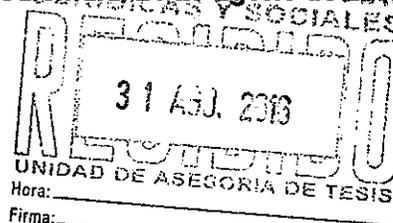
Carol Angélica Quirós Ortiz

MSc. Derecho Tributario; M.A. Administración Bancaria - Abogada & Notaria

Guatemala, 24 de agosto de 2016

Señor Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Licenciado Roberto Fredy Orellana Martínez
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala

Licenciado Orellana Martínez:



Atentamente me dirijo a usted con el objeto de informarle que de conformidad con el nombramiento de fecha ocho de octubre de dos mil catorce, en mi calidad de Asesor de Tesis del Bachiller ENNIO PAOLO ARCHILA VALLE, he procedido a asesorar al estudiante en el desarrollo de su tesis inicialmente titulada como: "LA INVALIDEZ DE LA CLÁUSULA ARBITRAL DERIVADO DE LA CESIÓN DE DERECHOS DENTRO DE LA CONTRATACIÓN MERCANTIL GUATEMALTECA", recomendando la modificación del mismo, al prescindir del artículo "la", y sustituir el término "de la cláusula" por "del convenio" quedando la tesis finalmente titulada como: "INVALIDEZ DEL CONVENIO ARBITRAL DERIVADO DE LA CESIÓN DE DERECHOS DENTRO DE LA CONTRATACIÓN MERCANTIL GUATEMALTECA"; y con el objeto de extender el dictamen favorable respectivo detallo lo siguiente:

- A. El contenido científico y técnico de la tesis se connota con la debida utilización de las doctrinas y teorías de actualidad con respecto al tema, mediante un estudio crítico de la normativa a nivel nacional e internacional relativa a la materia objeto de análisis, todo ello desarrollado a lo largo del capitulo del trabajo de tesis realizado.
- B. La metodología y técnicas de investigación utilizadas encuadran con las enumeradas en su plan de investigación, ya que se emplearon las técnicas de recopilación de información correctas, como se desprende de la bibliografía utilizada, asimismo es ajustada a la redacción que se utiliza, pues se puede deducir que la tesis presenta una estructura analítica y deductiva, ya que aborda el tema, desde su conceptualización, al igual que los principios que lo inspiran, como punto de partida, para luego proceder a la descomposición de sus elementos y estudio analítico, abarcando por último la problemática guatemalteca y el análisis específico del problema objeto de la investigación.
- C. Para lograr lo antes expuesto, se hace uso de la deducción, obteniendo la conclusión discursiva precisa, y los conocimientos derivados de la misma son aplicados sintéticamente al ordenamiento jurídico guatemalteco, así pues, a través de un análisis minucioso y crítico se logra enfatizar en la validez o invalidez del convenio arbitral derivada de la cesión de derechos dentro de la contratación mercantil guatemalteca.
- D. La redacción es concisa y se adecua con los requerimientos académicos de la Unidad de Tesis y al nivel académico que corresponde, pues se puede apreciar el uso constante de síntesis del contenido utilizado, el cual ha sido elaborado de manera adecuada y con la terminología correcta.
- E. La investigación mencionada se constituye en un aporte científico y doctrinario importante y de aplicación a la realidad del Estado guatemalteco, pues se hace un análisis de la regulación del tema en Guatemala, y, se proponen soluciones concretas para superar la problemática desarrollada.



Carol Angélica Quirós Ortiz

MSc. Derecho Tributario; M.A. Administración Bancaria - Abogada & Notaria

- F. La conclusión discursiva es acorde a lo expresado en el cuerpo capitular de la investigación, y es precisa en señalar la validez del convenio arbitral aún en caso exista la cesión de derechos dentro de la contratación mercantil guatemalteca.
- G. La bibliografía que se utiliza es la que corresponde para el tipo de investigación de carácter jurídica y cualitativa realizada, pues contiene la información que conduce directamente a la obtención de la conclusión expuesta en la tesis asesorada.
- H. La hipótesis fue rechazada, mediante los métodos inductivo y deductivo, debido a la descomposición de temas y análisis individual de cada uno de ellos, como resultado se refuto la hipótesis de la invalidez del convenio arbitral derivado de la cesión de derechos dentro de la contratación mercantil guatemalteca.

En virtud del estudio de la investigación realizada por el estudiante sustentante de la tesis, manifiesto que contiene aportes científicos y técnicos en materia de derecho arbitral y mercantil, analizando para ello la evolución histórica, naturaleza jurídica, y principios aplicables, para finalmente presentar una propuesta que coadyuve a superar la problemática desarrollada, por lo que considero que el contenido de la tesis tiene el nivel científico y técnico adecuado.

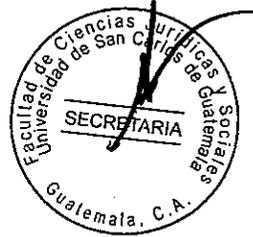
De conformidad con lo antes expuesto y por encontrarse el trabajo de tesis asesorado científica y técnicamente desarrollado en su contenido, y en virtud de que la metodología y técnicas de investigación utilizadas, la redacción, la conclusión discursiva y bibliografía, son congruentes con los requisitos del Artículo 31 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, APRUEBO el presente trabajo de investigación y emito el DICTAMEN FAVORABLE, para que el trabajo presentado pueda ser utilizado como base para el examen público correspondiente y declaro expresamente que no soy pariente en los grados de ley del sustentante ENNIO PAOLO ARCHILA VALLE.

MSc. Carol Angélica Quirós Ortiz
Abogada y Notaria - Col. 9417

Carol Angélica Quirós Ortiz
Abogada y Notaria



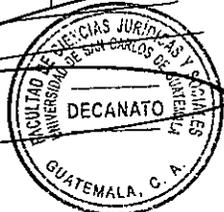
USAC
TRICENTENARIA
Universidad de San Carlos de Guatemala



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, 02 de febrero de 2017.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis del estudiante ENNIO PAOLO ARCHILA VALLE, titulado INVALIDEZ DEL CONVENIO ARBITRAL DERIVADO DE LA CESIÓN DE DERECHOS DENTRO DE LA CONTRATACIÓN MERCANTIL GUATEMALTECA. Artículos: 31, 33 y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

RFOM/srrs.





DEDICATORIA

A MIS PADRES:

Artificios de este éxito, quienes a lo largo de mi vida me han guiado por el sendero de la virtud y la verdad; con mucho amor se los dedico.

A MI HERMANA:

Modelo de sabiduría y humildad, refugio de grandes lecciones, gracias por tus afectuosas palabras y confortables consejos. A ti también con mucho amor.

A MI ABUELITO:

Mario Augusto Valle Robles, ejemplo de hombre, de padre y de amigo.

A:

Ana Lucía, por haberme brindado su apoyo y cariño; y también a mi tío José, a las familias García Valle y Guerra Valle.

A MIS MAESTROS:

Ernesto Viteri Echeverría, Ernesto Viteri Arriola y Juan Alvarado Hernández, paladines de la academia y profesionalidad; gracias por dignificarme con un empleo.

A LOS LICENCIADOS:

Alejandro Menegazzo, Pilar Ogarrío, Carol Quirós y Francisco Flores, por sus enseñanzas.



PRESENTACIÓN

La presente investigación de carácter jurídica y de índole cualitativa, que pertenece a la rama del Derecho Privado (al involucrar instituciones de carácter civil, mercantil y procesal), surgió a partir de la necesidad de restablecer un marco jurídico, doctrinario y legal del arbitraje en Guatemala. Su contexto se realizó en la ciudad de Guatemala en el período comprendido entre 2015 y 2016.

Este trabajo pretende aportar un parámetro de interpretación general de las normas arbitrales, ante la existencia de dudas de jurisconsultos, árbitros, abogados, jueces y partes procesales, a cerca de la invalidez y extensión del convenio o acuerdo arbitral a partes no signatarias del mismo.

Para el efecto, se abordó el origen y fundamento del arbitraje: el convenio o acuerdo arbitral, el cual es empleado con el propósito de obtener beneficios de carácter económico, temporal, procesal y confidencial. Ello obedece a la gran cantidad de operaciones y contratos mercantiles con alto grado de complejidad, que involucran una multiplicidad de partes o sujetos contratantes, como en el caso de la cesión de derechos.

Para dilucidarlo es necesario establecer la naturaleza jurídica del convenio arbitral, los principios que lo informan, el análisis de las distintas posturas respecto a su invalidez dentro de las relaciones jurídicas donde intervienen sujetos no firmantes y establecer el órgano encargado de conocer, tramitar y resolver dicha circunstancia.



HIPÓTESIS

Durante la presente investigación se planteó la necesidad teórica y práctica de determinar la invalidez del convenio arbitral derivado de la cesión de derechos dentro de un contrato mercantil que lo contiene, a favor de un sujeto no signatario del mismo.



COMPROBACIÓN DE HIPÓTESIS

Finalizada la presente investigación y realizada la evaluación de los aspectos jurídicos, axiológicos, legales y doctrinarios en relación al derecho arbitral, se puede determinar que existen determinados elementos que impiden la declaratoria de invalidez del convenio arbitral derivado de la transmisión de derechos dentro de un contrato mercantil a favor de un sujeto no signatario del mismo.

Ello en virtud que los principios pro-arbitraje y de autonomía que rigen y fundamentan al convenio arbitral, los cuales se encuentra contenidos en la Ley de Arbitraje, permiten su extensión a otros sujetos no signatarios que intervienen en la relación jurídica, como garantía de protección de los derechos de las partes contratantes, firmantes y no firmantes; y ajustándose así a las prácticas comerciales nacionales e internacionales. Por lo tanto, los planteamientos de la hipótesis no lograron ser comprobados.



ÍNDICE

	Pág.
Introducción	i

CAPÍTULO I

1 Nociones fundamentales sobre la contratación mercantil.....	1
1.1. Concepto de contrato	1
1.2. La relación entre contratos civiles y contratos mercantiles	2
1.3. Integración normativa entre contratos civiles y mercantiles	3
1.4. Distinción entre contratos civiles y mercantiles.....	4
1.5. Principios de los contratos mercantiles.....	6
1.6. Exégesis contractual	15

CAPÍTULO II

2. Transmisión de las obligaciones	19
2.1. Cesión de derechos.....	20
2.2. Cesión de deudas	29

CAPÍTULO III

3. Consideraciones básicas del arbitraje.....	35
3.1. El desarrollo del arbitraje en Guatemala.....	35
3.2. Concepto del arbitraje	37
3.3. Naturaleza jurídica del arbitraje	39
3.4. Génesis del arbitraje: el acuerdo o convenio arbitral	44

CAPÍTULO IV

4. Invalidez del convenio arbitral derivado de la cesión de derechos dentro de la contratación mercantil guatemalteca	61
4.1. Argumentos a favor de la invalidez.....	62
4.2. Argumentos en contra de la invalidez.....	66



	Pág.
4.3. Declaratoria de la invalidez.....	73
CONCLUSIÓN DISCURSIVA.....	77
BIBLIOGRAFÍA	79



INTRODUCCIÓN

El convenio o acuerdo arbitral es un negocio jurídico basado en la convergencia de voluntades de los sujetos contratantes, en donde deciden que oportunamente se abstendrán de acudir a los órganos jurisdiccionales en caso de presentes o futuras controversias, y en consecuencia se someterán a la decisión emanada de un tercero, llamado árbitro.

Para proveer una respuesta general que coadyuve con la regulación arbitral existente en Guatemala, se planteó la siguiente hipótesis: invalidez del convenio arbitral derivado de la cesión de derechos dentro de un contrato mercantil que lo contiene, a favor de un sujeto no signatario del mismo.

Durante el desarrollo de la investigación se comprobó que la hipótesis arriba planteada, no se cumple, de acuerdo al análisis y evaluación de los aspectos doctrinarios, axiológicos y legales relacionados con el arbitraje; en virtud que los principios que rigen y fundamentan al convenio arbitral, contemplados en la Ley de Arbitraje, permiten su extensión a otros sujetos no signatarios que intervienen dentro de la relación jurídica, a efecto de garantizar un mínimo de protección de derechos de las partes contratantes; ajustándose a las prácticas comerciales a nivel nacional e internacional.

Dentro de los objetivos primordiales destaca el estudio y examen de la institución del convenio arbitral en Guatemala, resaltar la importancia que esta tiene dentro de la



contratación mercantil guatemalteca, así como brindar una guía teórica y sobre todo pragmática a los abogados, jueces, árbitros y partes procesales involucradas dentro de un procedimiento de arbitraje. Los cuales fueron alcanzados a través del análisis de la información cuantitativa y sobre todo cualitativa del tema, al exponerse criterios y teorías de estudiosos altamente calificados.

En la presente investigación, se abarcó la siguiente temática: en el capítulo I, se alude a las nociones fundamentales sobre la contratación mercantil; en el capítulo II, se aborda lo relativo al estudio de la transmisión de las obligaciones, que incluye la cesión de derechos; por su parte en el capítulo III, se desarrollan las consideraciones básicas del arbitraje, en las cuales se estudia a profundidad el convenio arbitral, las formas que este puede adoptar, las clases de convenios que existen y los principios que lo fundamentan; y en el capítulo IV, se dilucida la invalidez del acuerdo arbitral en relación a la cesión de derechos, las posturas o corrientes a favor y en contra de la invalidez, y un bosquejo del procedimiento para promover la invalidez dentro del proceso arbitral.

En el presente trabajo se utilizaron los métodos inductivo y deductivo, que facilitaron la producción de teorías y criterios válidos para llegar a desarrollar un análisis del derecho arbitral, dentro de la legislación nacional y extranjera. Además, se llevó a cabo un análisis sobre los sistemas y doctrinas que se utilizan en la actualidad para la promoción, desarrollo y afianzamiento de la cultura arbitral como mecanismo de resolución de conflictos contractuales y extracontractuales, dentro de la contratación mercantil.

CAPÍTULO I

1. Nociones fundamentales sobre la contratación mercantil

Previo a abordar el objeto principal del presente estudio, es necesario explorar de forma general algunas instituciones básicas y fundamentales del derecho de obligaciones y del negocio jurídico, específicamente aquellas que son propias de la contratación mercantil.

1.1. Concepto de contrato

Para algunos el contrato puede ser “un acuerdo de voluntades mediante el cual los interesados se obligan para los fines más diversos”.¹ Otros autores estiman al contrato en un sentido amplio como “toda convención o acuerdo de voluntades por el que se crean, modifican o extinguen relaciones jurídicas de contenido patrimonial y que se hallan al alcance de la autonomía de la voluntad”².

Por último, de forma precisa se considera que “la palabra contrato hace referencia al acuerdo de voluntades de dos o más partes por el que se crean, modifican o extinguen relaciones pertenecientes al Derecho de Obligaciones”.³(sic)

¹ Puig Brutau, José. **Fundamentos de derecho civil. tomo II vol. I. doctrina general del contrato.** Pág. 9

² **Ibid.** Pág. 10

³ **Ibid.** Pág. 11



Este concepto más moderno y delimitado ha sido incorporado a la legislación guatemalteca; a propósito, el Artículo 1517 del Código Civil establece: “Hay contrato cuando dos o más personas convienen en crear, modificar o extinguir una obligación”.

Para una mejor comprensión de lo que se debe de entender o interpretar como contrato, es necesario analizar dicho concepto de manera fraccionada. Por una parte, es un vínculo jurídico que se da entre dos o más personas, ya que se refiere a la convergencia o acuerdo de voluntades entre distintos sujetos, cuyos intereses particulares se yuxtaponen o integran para generar derechos y obligaciones; y por la otra, se da la creación, modificación o extinción de una obligación, o sea, la situación o estado de la obligación que es consecuencia o resultado de lo convenido.

1.2. La relación entre contratos civiles y contratos mercantiles

Como se ha mencionado anteriormente, la legislación guatemalteca regula y desarrolla el derecho de obligaciones y la teoría del negocio jurídico en el Libro V del Código Civil, tanto a nivel general, entiéndase la teoría general de las obligaciones y de los contratos, como en a nivel particular, es decir, la consideración individual de cada uno de ellos. Por otro lado, en el derecho mercantil, el Código de Comercio de Guatemala, les dedica un apartado para su estudio y regulación; esto se encuentra en su libro IV, de las obligaciones y contratos mercantiles. Como lo expone el Doctor Villegas “el Título I desarrolla las particularidades propias de las obligaciones mercantiles con el objeto de



singularizarlas frente a las obligaciones civiles; y el Título II, contiene la sistematización de los contratos típicamente mercantiles”.⁴

1.3. Integración normativa entre contratos civiles y mercantiles

No obstante, la regulación independiente de los contratos entre una y otra materia, estos cuerpos normativos se integran o complementan, pues el Código Civil, es el que se encarga de desarrollar y expone con mayor amplitud el derecho de obligaciones y la teoría general del negocio jurídico; mientras el Código de Comercio de Guatemala se limita a establecer disposiciones específicas relacionadas con vínculos jurídicos de carácter comercial.

En opinión del Doctor Tena, citado por Dávalos Mejía “el derecho de las obligaciones es sin duda el derecho común por excelencia, constituido por un vasto caudal de nociones fundamentales, de ideas directrices, de principios básicos que arrancan directamente de la esencia y naturaleza de la obligación. Por este motivo ningún Código de Comercio se ocupa en exponer, con amplitud, la teoría de las obligaciones mercantiles, puesto que sería una repetición superflua de normas establecidas en el Código Civil”.⁵

Es por ello que cualquier omisión o ausencia de una disposición de carácter específico en materia mercantil, de acuerdo a una norma de remisión, se puede acudir de forma

⁴ Villegas Lara, René Arturo. **Derecho mercantil guatemalteco –obligaciones y contratos- tomo III.** Pág.21

⁵⁵ Dávalos Mejía, Carlos Felipe. **Títulos y operaciones de crédito.** Pág. 458



supletoria o integradora a las normas del Código Civil.

Esto explica el contenido del Artículo uno del Código de Comercio de Guatemala, el cual establece "Los comerciantes en su actividad profesional, los negocios jurídicos mercantiles y cosas mercantiles, se regirán por las disposiciones de este Código, y en su defecto, por las del Derecho Civil que se aplicarán e interpretarán de conformidad con los principios que inspiran el Derecho Mercantil".

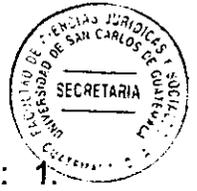
Y de manera más concreta el Artículo 694 del Código de Comercio de Guatemala dispone que "Solo a falta de disposiciones en este libro, se aplicarán a los negocios, obligaciones y contratos mercantiles las disposiciones del Código Civil".

Por lo que salvo algunas instituciones especiales y propias del ámbito comercial o mercantil, la mayoría de disposiciones legales del derecho de obligaciones, son fuente que inspiran tanto a las obligaciones civiles como a las mercantiles.

1.4. Distinción entre contratos civiles y mercantiles

Pese a la vinculación normativa existente entre derecho civil y derecho mercantil, en lo que a obligaciones y contratos se refiere, es necesario establecer las distinciones tanto objetivas como subjetivas entre ambos.

Acertadamente se comenta que en el Código de Comercio de Guatemala "el contenido



contractual del Derecho Mercantil se ha visto afectado por tres fenómenos: 1. Predominio del empresario sobre sus instrumentos contractuales; 2. Desaparición de la dicotomía de regulación civil y mercantil de un mismo contrato y su sustitución por un solo régimen jurídico para cada contrato; y 3. Permanencia como contratos mercantiles, de aquellos que presuponen necesariamente la condición de empresario mercantil o comerciante en ambas partes o sólo en una de ellas”.⁶

Como punto de partida, las obligaciones y contratos mercantiles se diferencian de las civiles, en cuanto son instrumentos o herramientas del tráfico o circulación mercantil, ya sea para el intercambio, el crédito o la asociación de mercancías y servicios, con una finalidad lucrativa. En cambio las civiles, regulan las relaciones jurídicas que vinculan a las personas, para el cumplimiento de una conducta determinada, llamada prestación, a efecto de obtener la satisfacción de un interés respectivo.

En congruencia con lo anterior, para que un vínculo obligacional sea encuadrado en el derecho mercantil, en él debe de intervenir una persona en su calidad de comerciante; es decir, se reputa obligación mercantil aquella constituida por una o ambas partes, que interactúan dentro del giro ordinario de su actividad comercial. Circunstancia que no se exige en el ámbito civil.

Cabe mencionar que el derecho mercantil “se ha extendido a todos los ámbitos de la sociedad, distanciándose enormemente de su primitivo contenido, cuando solo era el

⁶ Vásquez Martínez, Edmundo. *Instituciones de derecho mercantil*. Pág. 433



Derecho profesional de los comerciantes. A este fenómeno se le ha llamado "generalización u objetivación".⁷

Por lo que ha ido ampliando su alcance a ciertas áreas y materias, tales como: el derecho marítimo, la propiedad intelectual, la actividad bancaria y financiera, la aeronáutica, la competencia económica y el arbitraje. En cambio el derecho civil de tradición napoleónica aún mantiene la tendencia codificadora de las normas, englobando las instituciones en un solo cuerpo legal.

1.5. Principios de los contratos mercantiles

Existen ciertas pautas que constituyen las bases o pilares elementales para el desarrollo de las instituciones jurídicas. Dichas pautas reciben el nombre de principios jurídicos. Los contratos mercantiles se rigen por ciertos principios que marcan los parámetros de la contratación entre particulares; los que en el presente estudio, se dividen en generales y especiales.

1.5.1. Principios generales

Estos principios informan o instruyen a nivel universal a todos los contratos, sean de naturaleza civil o mercantil. Entre estos sobresalen: el principio de la autonomía de la voluntad, el principio de fuerza obligatoria y el principio de relatividad.

⁷ Arce Gargollo, Javier. **Contratos mercantiles atípicos**. Pág.2



1.5.1.1. Principio de la autonomía de la voluntad

La libertad es uno de los rasgos característicos y diferenciadores del ser humano con respecto a las demás especies. En sentido jurídico "es una "facultad optandi", ya que consiste en el derecho concedido al titular de la facultad independiente, de optar entre el ejercicio y el no ejercicio de ésta".⁸

En Guatemala, la libertad se encuentra consagrada en el Artículo quinto de la Constitución Política de la República de Guatemala, que se traduce en el aforismo jurídico de "lo que no está prohibido por la ley, está permitido".

Esa libertad de acción nos conduce al principio de la autonomía de la voluntad o autonomía privada; el cual faculta a las personas a la autolegislación o autodisciplina, es decir a la elección y creación de sus propios actos e intereses que derivan en la producción de consecuencias jurídicas.

La autonomía de la voluntad, en palabras del doctor Aguilar Guerra, "es el poder de dictarse uno así mismo la ley o el precepto, el poder de gobernarse así mismo. Es interpretada como libertad de crear, modificar o extinguir relaciones contractuales, estipular o pactar sin más límites que los fijados por la ley (...)".⁹

⁸ García Máynez, Eduardo. **Introducción al estudio del derecho**. Pág. 220

⁹ Aguilar Guerra, Vladimir Osman. **El negocio jurídico**. Pág.47

Asimismo, “cuando esa autonomía tiene por efecto crear negocios jurídicos bilaterales en el campo patrimonial, nos hallamos ante la libertad contractual y ante la libertad de contratar, o sea, ante la libertad de establecer el esquema del contrato y ante la libertad de vincularse o no a otros con un convenio”.¹⁰

Efectivamente cuando se habla de medios autoreguladores, por antonomasia se hace referencia a la libertad contractual. La cual permite a los sujetos contratantes usar su imaginación y creatividad para elegir de forma libre el tipo de contrato, sea típico o atípico; seleccionar sin ninguna clase de presión al o los sujetos con quienes se desea pactar; determinar la forma o apariencia del contrato; estipular el contenido del contrato, incluyendo derechos, obligaciones, renunciaciones, prohibiciones, sanciones, modo, lugar y tiempo de cumplimiento o ejecución; y por supuesto celebrar o no celebrar un contrato.

En otras palabras significa “que todo particular puede contratar cuando quiera, como quiera y con quien quiera”.¹¹

Aun así, la autonomía de la voluntad no es plena o total, ya que se le imponen ciertos límites, de carácter público (normas prohibitivas e imperativas y las costumbres) o de carácter privado (derechos de terceros e igualdad de partes), a efecto de impedir arbitrariedades y abusos de los sujetos contratantes.

¹⁰ Spota, Alberto G. **Instituciones de derecho civil, contratos vol. III.** Pág.354

¹¹ Brutau. **Op. Cit.** Pág.5

1.5.1.2. Principio de fuerza obligatoria

Partiendo de la idea de que el contrato es ley entre las partes, es preciso mencionar que “en lenguaje kelseniano, el contrato es una norma jurídica individual, formando parte de aquella pirámide invertida de Merkl y Kelsen, pero constituyendo, con los reglamentos de ejecución, la base de ese prisma jurídico”.¹²

El contrato obedece a la máxima jurídica “pacta sunt servanda”, al comprender dos aspectos “a) el acuerdo de voluntades que genera obligaciones, y b) la situación o estado de derecho resultante de lo convenido. En este segundo sentido, es el complejo de normas a las que los contratantes están sometidos y que ordenan sus conductas recíprocas, mediante el establecimiento entre ellos de derechos y obligaciones”.¹³

La obligatoriedad o fuerza obligatoria se encuentra contenida en artículo 1519 del Código Civil, el cual dispone “desde que se perfecciona un contrato obliga a los contratantes al cumplimiento de lo convenido (...)”.

Este principio responde a la necesidad de los contratantes de contar con la certeza y seguridad jurídica de que lo pactado y estipulado en el contrato será efectivamente ejecutado dentro del marco legal y según la finalidad para el cual fue creado.

¹² Spota. *Op. Cit.* Pág.331

¹³ Brutau. *Op. Cit.* Pág.15

1.5.1.3. Principio de relatividad

Ha quedado claro que el contrato como ley particular afecta a esfera privada de los sujetos que intervienen en su celebración, específicamente a aquellos que han manifestado su voluntad de obligarse. De esto se desprende que el contrato limita sus efectos a la órbita de las partes contratantes.

Como lo expone Díez Picazo, citado por Puig Brutau “Si el contrato se considera como una manifestación de la autonomía privada, en orden a la reglamentación de los propios intereses, resulta claro que dicha reglamentación ha de afectar, en línea de principio, tan solo a la esfera jurídica de sus autores, porque sólo respecto de ellos por hipótesis la autonomía existe”.¹⁴

Restringiendo los efectos del contrato a su elemento personal, o sea a las partes, implícitamente se comprende que estos no atañen a la esfera jurídica de los terceros. Así lo considera Díez Picazo “a los terceros lo convenido en el contrato no les ha de favorecer ni de perjudicar porque solo se trata de derechos y obligaciones de las partes contratantes o de quienes se hayan subrogado en su lugar: Res inter alios acta tertiis nec nocet nec prodest”.¹⁵

¹⁴ Brutau. *Op. Cit.* Págs.257-258

¹⁵ *Ibid.* Pág.258

1.5.2. Principios especiales

En el presente estudio, se denominan principios especiales, aquellos que fundamentan en mayor medida las relaciones jurídicas comerciales. Aunque esto no significa que tales principios están ausentes en la contratación civil, es en el ámbito mercantil en donde adquieren un valor superlativo.

1.5.2.1. Principio de libertad de forma

Como se ha establecido el contrato implica una convergencia de declaraciones de voluntad, las cuales necesariamente deben de ser manifestadas o exteriorizadas para su perfeccionamiento. Estas manifestaciones de voluntad que dan origen al contrato pueden plasmarse de diversas maneras o formas.

Por ello Spota sugiere que la forma consiste en “los medios por los cuales se exterioriza la voluntad jurígena, sin perjuicio de los supuestos en los cuales la ley o la convención haya exigido un específico medio de exteriorización de la voluntad”.¹⁶(sic)

En Guatemala, la forma de los contratos se encuentra regulada en el Código Civil. Destaca que la forma de los contratos puede ser: escrita u oral; y dentro de la primera forma, con un propósito “ad probationem”, encontramos: los documentos privados, las actas levantadas ante alcalde, la correspondencia y los enlaces electrónicos.

¹⁶ Spota. Op. Cít. Pág.102



Por otra parte, en el Artículo 1577 del Código Civil se encuentra regulada la forma “ad solemnitatem”; forma que se constituye en un requisito esencial del contrato, pues además de probar su existencia le confiere validez, por lo que en su ausencia el contrato deviene nulo. Entre los contratos calificados como solemnes en el Código Civil, se encuentran: el mandato (Artículo 1687), la sociedad civil (Artículo 1687), la renta vitalicia (Artículo 2122) y la donación entre vivos de un bien inmueble (Artículo 1862).

En materia mercantil la forma de los contratos se rige con base al principio de cuando la ley no declare una forma específica, los interesados pueden usar la que juzguen más conveniente. Principio consagrado en el Código de Comercio de Guatemala en su Artículo 671, el cual dispone “Los contratos de comercio no están sujetos para su validez, a formalidades especiales. Cualesquiera que sean la forma y el idioma en que se celebren, las partes quedarán obligadas de la manera y en los términos que aparezcan que quisieron obligarse (...)”.

Por lo anterior, es conveniente afirmar que la libertad de forma es un principio propio del derecho mercantil, que informa la contratación comercial, por lo que los contratantes se encuentran facultados a emplear cualquier medio o soporte para la celebración de un contrato, incluyendo los acuerdos en formato electrónico.

En consecuencia este principio logra favorecer el flujo o tráfico mercantil, ya que “la actividad mercantil es una actividad que debe de realizarse con la rapidez necesaria



de los negocios, de tal suerte que ello justifica la libertad de forma para contratar”.¹⁷

Cabe mencionar que el Artículo 671 impone ciertas excepciones a la libertad de forma, al indicar en su último párrafo “Se exceptúan de esta disposición los contratos que, de acuerdo con la ley, requieran formas o solemnidades especiales”.

Como ejemplos de solemnidad mercantil se encuentran, la constitución de las sociedades mercantiles (Artículo 16 del Código de Comercio de Guatemala) y el fideicomiso (Artículo 771 del Código de Comercio de Guatemala).

Ejemplo de las formas especiales es el convenio arbitral, ya que la Ley de Arbitraje en su Artículo 10 impone una forma determinada para su celebración. Tema que será profundizado en el Capítulo III del presente estudio.

1.5.2.2. Principio de verdad sabida

De la interpretación contractual se extrae el principio de verdad sabida. Este consiste en que los sujetos contratantes, ante la ausencia de normas jurídicas solemnes que resguarden la seguridad jurídica contractual, se comprometen bajo la certidumbre de la palabra dada por su contraparte, sustentando la relación jurídica en que lo expresado es auténtico y veraz.

¹⁷ Vásquez del Mercado. Óscar. **Contratos mercantiles**. Pág.161

Así el Artículo 669 del Código de Comercio de Guatemala establece que “Las obligaciones y contratos mercantiles se interpretarán, ejecutarán y cumplirán de conformidad con los principios de verdad sabida y buena fe guardada, a manera de conservar y proteger las rectas y honorables intenciones y deseos de los contratantes, sin limitar con interpretación arbitraria sus efectos naturales”.

De esta norma “se recoge por un lado, el valor de la fidelidad, del respeto a la palabra dada, que es el valor fundamental de la vida comercial; y de otro, el de la veracidad, que excluye el engaño de la vida obligacional”.¹⁸

1.5.2.3. Principio de buena fe

Etimológicamente esta expresión, elevada a la categoría de principio, “en la mayoría de lenguas occidentales, es un calco del latín “bona fide”, “con sinceridad”, en la cual “fides” (fe) se emplea en la acepción de “lealtad, sinceridad, fidelidad a la palabra dada”.¹⁹

Jurídicamente buena fe se traduce en confianza. “Tener fe o confianza quiere decir que una de las partes se entrega confiadamente a la conducta leal de la otra. Fía y confía en que ésta no la engañará”.²⁰ Este principio contenido en el Artículo 699, se refiere en concreto a la buena fe objetiva, que significa “la obligación de comportarse

¹⁸ Vázquez Martínez. *Op. Cit.* Pág.438

¹⁹ Couture, Eduardo. *Vocabulario jurídico.* Pág.157

²⁰ Garrigues, Joaquín. *Curso de derecho mercantil II.* Pág.31

honestamente”.²¹ Por consiguiente, la buena fe en la contratación mercantil, gracias a la fidelidad y seguridad que surge del ánimo de los sujetos contratantes, exige una presunción en favor del cumplimiento y ejecución del contrato.

1.6. Exégesis contractual

La interpretación es “la acción y efecto de interpretar, de explicar o de declarar el sentido de una cosa; principalmente el de los textos faltos de claridad”.²²

Entre las clases de interpretación que existen en el ámbito jurídico, encontramos la interpretación de los contratos. Esta es la que “trata de fijar el sentido de lo manifestado por las partes, y de averiguar los efectos que corresponden a la voluntad contractual”.²³

La interpretación del contrato, según Cano Mata, citado por Puig Brutau es “un proceso mental que conduce al intérprete, a través de las reglas dadas por el legislador, a declarar, el sentido y alcance de lo querido por las partes, y subsiguientemente las normas jurídicas y efectos que le son de aplicación”.²⁴

En ese sentido, ante la existencia de dudas o desacuerdos post contractuales respecto

²¹ Vázquez Martínez. **Op. Cit.** Pág.439

²² Ossorio, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales.** Pág.393

²³ Brutau **Op. Cit.** Pág. 236

²⁴ **Ibid.** Pág. 235



al contenido del contrato, el legislador estableció de forma anticipada un conjunto de parámetros interpretativos e integradores, que guían y orientan a las partes contratantes a descubrir, encontrar, desentrañar y fijar claramente el sentido de lo querido y manifestado en su oportunidad. Parámetros interpretativos que se encuentran comprendidos de forma general en el Código Civil.

Cabe señalar que la interpretación de los contratos, según Diez Picazo, se rige por tres principios fundamentales: El primero es el principio de búsqueda de la voluntad real de los contratantes; plasmado en el segundo párrafo del Artículo 1593 del Código Civil, el cual establece "Si las palabras fueren diferentes o contrarias a la intención evidente de los contratantes, prevalecerá ésta sobre aquellas". Esto significa que si la expresión no plasma la verdadera intención de los contratantes, prevalecerá ésta última sobre la primera.

El siguiente es el principio de conservación del contrato, regulado en el Artículo 1596 del Código Civil, el cual establece "Si alguna cláusula permitiese diversos o contrarios sentidos, deberá entenderse en el más adecuado para que produzca efecto, según la naturaleza del contrato"; y que se traduce que ante la existencia de alguna cláusula contractual con múltiples interpretaciones, se deberá aplicar aquella que permita la eficacia o ejecución del contrato.

Por último se encuentra el principio de buena fe en la aplicación, interpretación y ejecución contractual, regulado a nivel general en el Artículo 1519 del Código Civil y de



forma específica en el Artículo 699 del Código de Comercio de Guatemala. Tema que ya ha sido tratado con anterioridad, por lo que remitimos al lector al apartado correspondiente.





CAPÍTULO II

2. Transmisión de las obligaciones

El derecho de obligaciones ha abandonado la concepción "intuitu personae" del vínculo obligacional; y en la actualidad se sostiene la teoría patrimonial de dicho vínculo, que permite la llamada transmisibilidad de las obligaciones.

Al respecto, la doctrina viene considerando que "durante su existencia, la obligación no aparece configurada de una forma estática; al contrario, un dinamismo que emana de su propio ser hace que aquella pueda saltar de persona a persona, manteniéndose, no obstante, igual y firme en su originaria concepción".²⁵

Se entiende por transmisibilidad de las obligaciones "la aptitud de las mismas para ser derivadas a otro sujeto, sin alteración de su esencia, quedando –por consiguiente– unas y las mismas, antes y después de la transmisión, y pudiendo afectar tanto al sujeto activo como al pasivo".²⁶

La legislación guatemalteca, coincide con dicho concepto ya que el Código Civil contempla tres formas de transmisión de obligaciones: la cesión de derechos, la subrogación (que se refieren al polo acreedor de la obligación) y la transmisión de

²⁵ Puig Peña, Federico. *Compendio de derecho civil español* Tomo III. Pág. 237.

²⁶ *Ibíd.* Pág. 238.



deudas (orientada al polo deudor); de las cuales solo la primera y la última son de interés en el presente trabajo.

2.1. Cesión de derechos

Esta es una de las instituciones agrupadas por la transmisión de obligaciones dentro de la sistemática civil.

2.1.1. Concepto

A la cesión de derechos se le define como "el contrato por el cual un acreedor enajena su crédito u otro derecho legalmente cesible, en favor de una persona que lo adquiere para ejercerlo en su propio nombre, suo nomine".²⁷

Los franceses Henry y Léon Mazeaud consideran que "la cesión de crédito es la convención por la cual el acreedor (el cedente) transmite a otra persona (el cesionario) su derecho contra su deudor (el cedido)".²⁸

Según Rubén Contreras, la cesión de derechos es "la institución jurídica por la cual un nuevo acreedor (cesionario) por convenio con el anterior acreedor (cedente), por disposición de la ley o por sentencia de juez competente, adquiere un crédito

²⁷ Rezzónico, Luis María. **Estudio de los contratos**. Pág. 509.

²⁸ Mazeaud, Henry y Léon. **Lecciones de derecho civil, parte segunda, vol. III**. Pág. 497



(acreeduría) a cargo de determinado deudor (cedido), sin necesidad del consentimiento de éste y sin que la obligación deje de ser la misma”.²⁹

Por otra parte, el primer párrafo del artículo 1443 del Código Civil nos proporciona una directriz de lo que puede conceptualizarse como cesión de derechos, pues establece que “El acreedor puede ceder sus derechos sin el consentimiento del deudor (...)”.

De lo anterior, se puede decir que la cesión de derechos, es una forma de transmitir obligaciones también llamada cesión de créditos o de acreedurías, en virtud de la cual el acreedor de una relación jurídica transmite de forma voluntaria sus derechos a favor de un tercero, sin necesidad de consentimiento del deudor.

Configura pues, un cambio en las relaciones jurídicas desde el punto de vista del acreedor, ya que el deudor tiene una conducta pasiva al no participar directamente en la sustitución de un acreedor por otro; destacando que la obligación conserva su identidad y continúa siendo la misma, de modo que el nuevo titular del derecho o del crédito se coloca en una posición legítima para exigir del deudor el cumplimiento de la prestación aún no cancelada. Lo que la doctrina ha llamado “novación subjetiva, impropia, modificativa, no extintiva”.³⁰

Asimismo, se difiere de considerar a la cesión de derechos como un contrato, como lo

²⁹ Contreras Ortiz, Rubén Alberto. **Obligaciones y negocios jurídicos civiles (parte general)**. Pág.143.

³⁰ Ruiz Serramalera, Ricardo. **Derecho civil. derecho de obligaciones I**. Pág.157



hace el argentino Luis María Rezzónico, por las siguientes razones: en primer lugar, porque esta figura jurídica, es aplicable a cualquier relación jurídica, es por ello que en el Código Civil guatemalteco, se regula en el libro V, primera parte, de las obligaciones en general y no en el apartado de los contratos en particular.

En segundo término porque la cesión de derechos, se puede dar en cualquier negocio jurídico y no únicamente en los contratos, así lo preceptúa el segundo párrafo del Artículo 1443 del Código Civil “En la cesión se observarán las disposiciones relativas al negocio jurídico que le dé origen, en lo que no estuvieren modificadas en este capítulo.”

Ejemplo de ello, son los títulos de crédito o las acciones societarias que se rigen por lo dispuesto en el Código de Comercio de Guatemala de conformidad con el Artículo 1446 del Código Civil.

Por último, no se puede catalogar como un contrato, en virtud que no es una institución autónoma, que origine por si mismo derechos y obligaciones, si no que depende de la existencia anterior de un negocio jurídico para que la misma pueda constituirse.

Como lo expone Héctor Lafaille citado por el maestro Rezzonico “la cesión no es sino un episodio de la transmisión de los derechos, que puede obedecer a diversas causas o títulos, pero que no constituye un contrato autónomo, una figura jurídica autónoma (...)



Se identifica siempre con el contrato causal respectivo: venta, donación, permuta³¹.

2.1.2. Elementos

Los elementos de la cesión de derechos se dividen en: subjetivo, objetivo y formal. Los cuales a continuación se desarrollan.

2.1.2.1. Subjetivo

Este elemento viene dado por los tres sujetos o personas que participan en la cesión de derechos, a saber:

a) El transmitente, es el acreedor primitivo u originario de la relación jurídica que posee un derecho o un crédito exigible, el cual transmite a un tercero, abandonando dicho vínculo jurídico; es más conocido como cedente.

b) El adquirente, es el tercero que recibe el derecho o crédito por parte del transmitente, y que sustituye a éste como titular del derecho en una determinada relación obligatoria, pudiendo exigir la prestación debida en los mismos términos, también denominado cesionario.

c) El deudor, quien tiene una participación pasiva dentro de la cesión de derechos, pues

³¹ Rezzónico. Op. Cit. Pág. 512

continúa en la misma situación jurídica, y a quien se le puede denominar cedido.

El lector podrá advertir que los sujetos que participan en dicho acuerdo o negocio jurídico son: el cedente y cesionario, debido a que no se requiere la intervención ni el consentimiento del deudor, salvo pacto o convenio expreso.

Pero para que la cesión se lleve a cabo entre éstos, es necesaria la concurrencia de los requisitos generales de todo negocio jurídico, que son:

a) Capacidad legal, que es la aptitud de los sujetos para disponer por sí de sus derechos.

b) Consentimiento que no adolezca de vicio, es decir, que la voluntad de ambos (cedente y cesionario) se manifieste de forma libre, consciente y que no se encuentre menoscabada por error, dolo o violencia. Voluntad que se logra concretar en dos momentos diferentes: I) la voluntad de cambio o “animus novandi”, “que es la razón jurídica que ha de provocar después el cambio de acreedor”³², o sea, la obligación contraída por el cedente de transferir el derecho a un tercero; y II) la cesión “per se” que es de carácter consensual, “constituido por el acuerdo transmisivo propiamente dicho, que consiste en una actuación del cedente con ánimo de transmitir el crédito”.³³

³² Ruiz Serramalera. **Op. Cit.** Pág. 162

³³ **Ibid.** Pág. 163



c) El objeto o elemento real el cual se desarrolla a continuación.

2.1.2.2. Objetivo

Este elemento se mantiene inalterable en la relación obligacional, y consiste en el derecho o crédito exigible al deudor. Efectivamente, como regla general todos los créditos son susceptibles de ser cedidos, aunque necesario determinar su alcance al existir excepciones a la regla, como en los casos que se haya pactado la no transmisión del derecho, que previamente deba ser necesario el consentimiento del deudor, que la ley prohíba la transmisión de un derecho o que la naturaleza del derecho lo impida. Esto de acuerdo a lo establecido en el artículo 1443 del Código Civil.

En los primeros dos supuestos, no hay mayor discusión, ya que si existe un acuerdo entre los contratantes originarios, el mismo debe ser cumplido y respetado, y en caso de incumplimiento aparejaría consecuencias jurídicas.

En cuanto a la prohibición legal, esta claro que el ordenamiento legal busca garantizar ciertas obligaciones, tal es el caso de lo establecido en el Artículo 182 del Código Civil, en lo relativo al derecho de alimentos.

Según la naturaleza del derecho, es necesario hacer un análisis en cada caso concreto de los derechos y obligaciones derivados de las relaciones jurídicas; pero no pueden trasladarse aquellos derechos denominados personalísimos, ya "que pertenecen a la

categoría de derechos intuitu personae, es decir, aquellos en los que la consideración de la persona ha sido causa de su celebración o establecimiento”.³⁴ Es el caso de los derechos de uso o habitación, según el artículo 748 del Código Civil; o como algunos consideran el convenio arbitral contenido en un contrato, de conformidad con una interpretación sesgada de los Artículos 10 y 21 de la Ley de Arbitraje. Tema que es profundizado en el Capítulo IV de la presente investigación.

Continuando con la extensión o alcance de la cesión, el Artículo 1444 del Código Civil indica que “La cesión comprende todos los derechos accesorios cuando no se pacte lo contrario”. Para mayor claridad, derecho accesorio es “aquel que depende, en cierto modo, de otro, considerado principal; tal es el caso de los que surgen de las obligaciones accesorias”.³⁵

Producto de ello, la cesión de un derecho trae aparejada la transmisión de los derechos anexos o derivados de aquel. Por ejemplo las garantías del cumplimiento de la obligación, tanto personales: fianza (Artículo 2100 del Código Civil) o el aval (Artículo 400 del Código de Comercio de Guatemala), como reales: hipoteca (Artículo 822 del Código Civil) o prenda (Artículo 880 del Código Civil).

Asimismo, se debe de considerar transmitidos los convenios sobre intereses convencionales, las cláusulas de indemnización, la condición resolutoria y derechos de

³⁴ Contreras Ortiz. **Op. Cit.** Pág. 145

³⁵ Ossorio y Florit, **Op. Cit.** Pág. 230



preferencia en el pago de acreedores.

2.1.2.3. Formal

La cesión de derechos no está sujeta a ninguna formalidad especial para que la transmisión se considere válida, siguiéndose por las disposiciones del negocio jurídico que le de origen; salvo que el derecho cedido afecte o se relacione con bienes inmuebles, para lo cual será necesario que conste en escritura pública para efectos registrales, conforme al Artículo 1445 del Código Civil.

2.1.3. Efectos jurídicos

La cesión, en tanto disposición de voluntad de transmitir un crédito o un derecho es susceptible de producir consecuencias jurídicas en la esfera de los particulares. Estos son:

2.1.3.1. Entre cedente y cesionario

Entre estos sujetos, se celebra acuerdo y celebra la cesión en donde se transmite un derecho o un crédito pendiente de cumplimiento, incluyendo sus accesorios. Como manifiesta Rezzónico: "en las relaciones del cesionario con el cedente, por el solo efecto de la cesión, sin necesidad de ninguna otra formalidad o recaudo, por el solo consentimiento o contrato exteriorizado por escrito, el crédito o derecho objeto de la

cesión se transmite en propiedad al cesionario, quien debe recibir también el título, si existiere”.³⁶

Asimismo, el cedente se limita a responder de la legitimidad y existencia del derecho o crédito al momento de la cesión, según lo dispuesto en el Artículo 1451 del Código Civil; a no ser exista un compromiso para garantizar la solvencia del deudor, cuando la misma vaya a ser exigida por parte del cesionario, como lo estipula el Artículo 1452 del Código Civil.

2.1.3.2. Entre cesionario y cedido

Como el cesionario pasa a ser el titular del derecho o crédito cedido y la obligación en su objetividad persiste inalterable, el deudor tiene la obligación de satisfacer la prestación íntegramente a favor del cesionario. Por su parte, el cesionario como nuevo acreedor, tiene la obligación de dar a conocer al deudor, mediante notificación (ver Artículos 1448 y 1449 del Código Civil), la modificación de la relación jurídica, para que surta todos sus efectos. Estas normas aseguran la protección legal del deudor, como lo expone Mazeaud: “El deudor posee un interés mayor en conocer la cesión, debe saber quién es su acreedor, a fin de no estar expuesto a efectuar un pago que tuviera que reiterar por aplicación del adagio: quien paga mal, paga dos veces”.³⁷

³⁶ Rezzónico. *Op. Cit.* Pág. 603

³⁷ Mazeaud. *Op. Cit.* Pág. 501

2.2. Cesión de deudas

Otras de las figuras jurídicas que agrupa la transmisión de obligaciones es la cesión de deudas.

2.2.1. Concepto

Para Enneccerus, citado por Diego Espín Cánovas, la asunción de deudas es “el contrato por el cual un nuevo deudor asume una deuda existente en lugar del hasta entonces deudor, este deudor anterior se libera, se subroga un nuevo deudor y la obligación sigue siendo la misma”.³⁸

Según Rubén Contreras, la cesión de deudas es “la institución jurídica por la que, por convenio de las partes o por disposición de la ley, un tercero (asuntor o cesionario) sustituye al deudor (cedente) y asume frente al acreedor (cedido), con el consentimiento de éste, la deuda y los deberes del deudor sustituido, sin que la obligación deje de ser la misma”.³⁹

Por su parte, el doctor Vladimir Aguilar la define como “Un negocio jurídico por el que el nuevo deudor asume la deuda del primitivo. Requiere el consentimiento

³⁸ Espín Cánovas, Diego. **Manual de derecho civil español**. Pág.260

³⁹ Contreras Ortiz. **Op. Cit.** Pág.156



de ambos, naturalmente, y el del acreedor para que el deudor primitivo quede liberado”.⁴⁰

En el Código Civil esta recibe el nombre de: transmisión de deudas, y se encuentra regulada en el Artículo 1459, indica que “la sustitución del deudor en una obligación personal y su liberación, se verifica por convenio entre el acreedor y el tercero que se sustituye”.

Por lo tanto, la cesión de deudas es un modo de transmitir la obligación por medio de la cual un deudor traslada su deuda a un tercero por convenio entre ambos con el consentimiento del acreedor o por acuerdo entre el acreedor y el tercero.

A diferencia de la cesión de derechos, esta institución constituye una modificación en las relaciones jurídicas desde la perspectiva del polo pasivo o deudor, pero con la singularidad que es una transmisión imperfecta, en virtud que requiere como requisito “sine qua non” la aprobación del acreedor.

Como lo expresa Mazeaud, “para ser perfecta, la cesión de una obligación debe poderse realizar sin la intervención del obligado cedido. La realización de este requisito es posible en la cesión de créditos (...) Por el contrario, la consideración de la persona del deudor es esencial, no sólo cuando se enfoca la obligación como un vínculo de derecho, sino cuando se la considera como un valor patrimonial; el crédito vale lo que

⁴⁰ Aguilar Guerra, Vladimir Osman. **Derecho de obligaciones.** Pág.364

valga el deudor; depende de su solvencia, honradez, de su inteligencia en los negocios".⁴¹

2.2.2. Elementos

Al igual que la cesión de derechos, la transmisión de deudas posee ciertos elementos los cuales se dividen en: subjetivo, objetivo y formal.

2.2.2.1. Subjetivo

Los sujetos que participan en la cesión de deudas son:

- a) El cedente o deudor primario o primitivo, quien transmite la obligación a un tercero y se libera de la obligación.

- b) El cesionario o deudor sustituto, quien es el tercero que acepta y asume la deuda.

- c) El cedido, quien es el acreedor que permanece en la relación obligacional y presta su consentimiento para la sustitución del deudor, el cual es indispensable y puede surgir en dos formas: I) Por expromisión: es el convenio celebrado entre cesionario y cedido; el cual no requiere el consentimiento del deudor primitivo, situación contemplada en el artículo 1459 del Código Civil. II) Por delegación: es el acuerdo de voluntades existente

⁴¹ Mazeaud. Op. Cit. Pág. 521



entre el cedente, cesionario y cedido; circunstancia estipulada en el Artículo 1460 del mismo cuerpo legal "la sustitución también puede convenirse entre el deudor y el tercero, siempre que el acreedor consienta expresa o tácitamente".

2.2.2.2. Objetivo

Este elemento al igual que en la cesión de derechos, se mantiene en la relación obligatoria sin ningún cambio o alteración; por ende la carga o crédito exigible a favor del acreedor continúa siendo la misma. Pero, si la deuda tuviese una garantía de tipo personal, como la fianza, dicha relación accesoria se extingue, puesto que, todos los que pudieran resultar afectados por el cambio subjetivo también deben manifestar su consentimiento.

Esto de conformidad con lo establecido en el Artículo 1463 del Código Civil "El deudor sustituto queda obligado en los mismo términos en que lo estaba el deudor primitivo; pero si la deuda estuviere garantizada con fianza, esta garantía cesará con la sustitución del deudor, a menos que el fiador consienta expresamente en que continúe".

Al contrario, si la deuda tiene una garantía de tipo real, entiéndase prenda o hipoteca, este vínculo accesorio subsiste por mandato legal, solamente cuando el bien es objeto de transferencia (Artículo 1464 del Código Civil). En cuanto al convenio arbitral, algunos sostienen que su transferencia, de un deudor a otro, debe ser expresa y además consentida por el acreedor; dada su naturaleza autónoma.



2.2.2.3. Formal

La cesión de deudas tampoco está sujeta a ninguna formalidad propia para tener validez, quedando sujeta a las disposiciones del negocio jurídico que le de origen; en aplicación del artículo 1443 del Código Civil.

2.2.3 Efectos jurídicos

Al igual que la cesión de derechos, la cesión de deudas produce cambios o genera consecuencias jurídicas dentro de la esfera de los particulares, siendo los siguientes:

2.2.3.1. Entre cedente y cedido

En principio el vínculo existente queda disuelto en su totalidad al darse la sustitución de un deudor por otro; pero encontramos en el Artículo 1462 del Código Civil, la facultad que posee el acreedor de proteger su patrimonio, en el sentido de dispensar o no, al deudor primitivo de la garantía de cumplimiento de la obligación, en caso que el deudor sustituto se encuentre insolvente.

Así lo expone el Vladimir Aguilar: "como consecuencia del contrato de asunción de deuda puede resultar una liberación del deudor antiguo (asunción liberatoria) o bien la



vinculación de ambos deudores frente al acreedor (asunción cumulativa)⁴².

2.2.3.2. Entre cedente y cesionario

Si el convenio de cesión se lleva a cabo entre éstos sujetos con anuencia del acreedor, el cedente transfiere la deuda tal cual es al cesionario, quedando obligado en los mismos términos.

2.2.3.3. Entre cesionario y cedido

Al producirse la transmisión de deudas, sin importar la forma en que se manifestó el consentimiento del acreedor; el deudor sustituto debe de cumplir con la obligación según corresponda, pues el vínculo obligacional en el fondo continúa siendo el mismo.

⁴² Aguilar Guerra. Op. Cit. Pág.365



CAPÍTULO III

3. Consideraciones básicas del arbitraje

Para comprender la institución arbitral, es necesario abordar y explicar ciertos conceptos que constituyen los rudimentos del mismo; con un énfasis particular en el acuerdo o convenio arbitral.

3.1. El desarrollo del arbitraje en Guatemala

En Guatemala a lo largo de la historia, el arbitraje, ha sido incorporado dentro de los distintos cuerpos procesales. De hecho, en el antiguo Código de Enjuiciamiento Civil y Mercantil de 1934 se regulaba del Artículo 730 al 744, estableciendo un proceso ejecutivo en caso de no ser honrado compromiso arbitral, lo que produjo “un serio desánimo y desincentivó el uso del arbitraje ya que ante la falta de una normatividad que permitiera el respeto al pacto celebrado, por el contrario a hacer éste un debate judicial, la efectividad y celeridad del arbitraje, desde sus inicios estuvo siempre sujeta a cuestionamientos”.⁴³

En el Código Procesal Civil y Mercantil de 1965, el arbitraje se encontraba normado del Artículo 269 al Artículo 293, “sin que, en la práctica esta y otras reformas hubieran logrado incentivar el estudio y aplicación del arbitraje, que por otra parte, siguió siendo

⁴³ Bernal Gutiérrez. Rafael. *El arbitraje en Guatemala, apoyo a la justicia*. Pág.27

muy poco recomendada e incentivada por el gremio de abogados”.⁴⁴

Es en 1995 que entro en vigencia el Decreto 67-95 del Congreso de la República de Guatemala, denominado Ley de Arbitraje, que el cual derogó los preceptos contemplados en el Código Procesal Civil y Mercantil.

La referida ley se basa en la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil (CNDUMI), la cual contiene un conjunto de preceptos que mejoran la legislación arbitral. Así lo manifiesta Antonio Rivera: “realmente la práctica arbitral en Guatemala fue muy escasa hasta 1995 (...) es cuando realmente empieza a desarrollarse la práctica arbitral”.⁴⁵

Dicha ley, traza los siguientes propósitos: i) la función de contribuir al descongestionamiento de la carga de los órganos jurisdiccionales; ii) la alternativa a resolver conflictos de una manera más rápida y eficaz; iii) la modernización y actualización de la institución arbitral, por la importancia de la misma a nivel internacional; iv) la adecuación y armonía de los preceptos arbitrales con normas de otros países, y respecto a convenios o tratados internacionales.

Con el progreso de la cultura arbitral en Guatemala y su institucionalización, las cámaras empresariales de forma paulatina han facilitado y proporcionado centros de

⁴⁴ **Ibid.** Pág.27

⁴⁵ Rivera Neutze, Antonio. **Curso práctico de arbitraje comercial internacional.** Pág.17

administración de arbitraje con el objeto de fortalecer el sistema de justicia y la promoción de otras vías de solución de conflictos.

En 1996 se creó el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Guatemala, conocida por sus siglas –CENAC- y un año después se instauró la Comisión de Resolución de Conflictos de la Cámara de la Industria de Guatemala, identificada por sus iniciales –CRECIG-. Ambas instituciones, cuentan con normas de carácter reglamentario que a su estilo establecen preceptos procesales en materia de conciliación y arbitraje, siguiendo la estela de la Ley de Arbitraje.

3.2. Concepto del arbitraje

Para el guatemalteco Antonio Rivera, el 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, acatar el fallo, con características y efectos idénticos a una sentencia judicial denominada laudo arbitral”.⁴⁶

Por su parte, Jorge Hernán Gil Echeverry citado por Rivera, define al arbitraje como “un

⁴⁶ Ibid. Pág.19

procedimiento sui generis, mediante el cual, por expresa voluntad de las partes, se difiere la solución de conflictos privados transigibles, a un cuerpo igualmente colegiado integrado por árbitros, los que transitoriamente quedan investidos de jurisdicción para proferir un laudo con la misma categoría jurídica y los mismos efectos de una sentencia judicial”.⁴⁷

La Ley de Arbitraje en el Artículo cuatro da una referencia de lo que se entiende por arbitraje “Arbitraje significa cualquier procedimiento arbitral, con independencia de que sea o no una institución arbitral permanente ante la que se lleve a cabo”.

Últimamente se considera al arbitraje como “un método de solución extrajudicial de controversias cuyo origen se sitúa en la voluntad de las partes, que mediante la conclusión de un negocio jurídico denominado <convenio arbitral>, confía la solución de un litigio a un tercero imparcial (árbitro) elegido, directa o indirectamente por ellas mismas”.⁴⁸ Criterio que comparte el autor del presente estudio.

En vista de lo anterior, se pueden establecer ciertos rasgos particulares para la existencia del arbitraje: a) debe de existir un convenio arbitral; b) puede versar sobre controversias surgidas entre los contratantes o entre estos y otros sujetos no signatarios del contrato pero que intervienen en el mismo; c) su trámite y resolución

⁴⁷ **Ibid.** Pág.19

⁴⁸ Collates González, Jorge Luis. **Diccionario terminológico del arbitraje nacional e internacional.** Pág.94



corresponde a terceros ajenos al poder judicial; y d) la decisión del asunto es de naturaleza vinculante para las partes.

De tal suerte, el arbitraje es un proceso de conocimiento que tiene su origen en la autonomía de la voluntad de las partes, pues de común acuerdo renuncian a las garantías del proceso judicial, para resolver una controversia existente o para resolver controversias que en el futuro puedan surgir en una determinada relación jurídica contractual o extracontractual.

Como corolario, las partes se comprometen a satisfacer los gastos del proceso y honorarios de los árbitros, gozando a su vez de ciertas ventajas, como lo son: una gestión mas expedita (etapas procesales desarrolladas rápida y eficientemente), un procedimiento sin tantas solemnidades y con un mayor grado de flexibilidad, y gozar de la garantía de confidencialidad del caso.

Tomando en cuenta que los sujetos que conocen, es decir los árbitros, suelen ser designados por su prestigio y notoriedad en el ámbito profesional, así como por los conocimientos que poseen en la materia.

3.3. Naturaleza jurídica del arbitraje

No se puede negar que el arbitraje es una de las instituciones más vinculadas a las distintas áreas del derecho; a ello se debe la complejidad de determinar su naturaleza.

Así lo afirma Humberto Briseño Sierra, citado por Rafael Bernal “el arbitraje es una estructura que se forma compuesta por cuatro cuerpos, que son: un acuerdo, un procedimiento, un laudo y una ejecución”.⁴⁹

De ahí que determinar la naturaleza del arbitraje constituya un punto relevante dentro del presente trabajo de tesis, porque de acuerdo al criterio que se adopte así se concebirá al arbitraje y los elementos que lo conforman.

González Cossio considera que “la actitud que el derecho y tribunales nacionales tomen en relación con los procedimientos y el laudo arbitral depende en gran medida de la concepción en la que se tenga la naturaleza jurídica del arbitraje”.⁵⁰

Diversas han sido las opiniones doctrinarias respecto a la esencia del arbitraje, siendo las más relevantes las siguientes:

3.3.1. La teoría jurisdiccional

Desde esta perspectiva, el arbitraje pertenece al ámbito del derecho público. Se considera que el árbitro es un funcionario público a quien se le delega de forma expresa o tácita la potestad de administrar justicia, ya que mediante el arbitraje resuelve controversias particulares, por lo que en sustancia su función es idéntica a la de un

⁴⁹ Bernal Gutiérrez. **Op. Cit.** Pág.29

⁵⁰ González Cossio, Francisco. **Arbitraje.** Pág.131

juez, con la diferencia que este último pertenece al poder judicial.

Así lo expone González Cossio “esta teoría postula una función pública, cuasi-judicial, del árbitro como una alternativa al juez local. El árbitro y el juez se parecen en varios sentidos. Ambos derivan sus facultades del derecho nacional. La regulación de las obligaciones de independencia e imparcialidad son semejantes y en ocasiones idénticas (...) el origen último es el mismo: la permisión de ello por el derecho”.⁵¹

Para reforzar esta postura, se sostiene que la resolución que emana del árbitro, llamada laudo arbitral, no difiere de lo que es una sentencia judicial; sumando que la fuerza ejecutiva de la que goza el laudo se debe al reconocimiento que hace el Estado, de lo contrario los particulares obligados a su cumplimiento podrían abstenerse de hacerlo al no gozar de poder coercitivo; en consecuencia por encima de la autonomía de la voluntad de las partes, se encuentra el orden público al que se deben sujetar.

3.3.2. La teoría contractual

A diferencia de la teoría jurisdiccional, esta tesis también llamada privatista, sostiene que el arbitraje es una institución que nace y depende exclusivamente de la voluntad de las partes, debido a que en el proceso arbitral de principio a fin se basa en acuerdos contractuales.

⁵¹ **ibid.** Pág.132



Por ello niega que el arbitraje pertenezca a la esfera pública, pues a las partes les corresponde disponer de forma libre de sus derechos y obligaciones, ya que son ellas quienes deciden celebrar un convenio arbitral con el compromiso de resolver sus diferencias a través de esta institución, afirmándose con rotundidad que no hay arbitraje si no hay contrato.

En relación a esta corriente el colombiano Rafael Bernal estima que "el derecho de los individuos para resolver sus diferencias como les resulte parecerles dentro de un marco jurídico en el que juega papel preponderante la autonomía de la voluntad mientras no se llegue a vulnerar intereses y orden públicos ni derechos de tercero. Por ello, no es pertinente asignar notas publicistas a los acuerdos de voluntades para resolver controversias cuando los titulares están dispuestos de antemano a acatar lo que un tercero resuelva".⁵²

3.3.3. La teoría sincrética

Esta corriente trata de orientar la naturaleza del arbitraje, extrayendo los aspectos positivos y fundamentales de las teorías anteriores, dado que el arbitraje depende tanto de elementos contractuales como procesales. Por estas razones, se le suele conocer como teoría mixta, híbrida, intermedia o ecléctica.

El distinguido profesor peruano, Mario Castillo Freyre, expone que "el arbitraje tiene

⁵² Bernal Gutiérrez. *Op. Cit.* Pág.31

ambas naturalezas jurídicas que se manifiestan y se aprehenden, cada una en su respectivo contexto. La contractual, en el momento del alumbramiento del arbitraje, cuando este nace, permitido por la ley, para el propósito ad hoc querido por las partes, esto es, poner fin a una controversia de Derecho. La jurisdiccional, de otro lado en el posterior desarrollo que permitirá realizar ese propósito ad hoc”.⁵³

Y el mismo autor, agrega que “únicamente se ventilará en esta institución una controversia en tanto exista un contrato que faculte la actuación de los árbitros (...) una vez nacido el arbitraje, este se desarrolla en un proceso que requiere que los actos de los árbitros sean considerados por las partes y los terceros, como actos de carácter jurisdiccional”.⁵⁴

Efectivamente, esta teoría es la que se más se adapta a la realidad arbitral, ya que describe de forma acabada lo que es dicha institución, al aceptar que la existencia del arbitraje se debe al acuerdo de voluntades entre las partes pero al mismo tiempo reconocer que la consecución de su fin, es decir, la solución de los conflictos, se alcanza mediante la vinculación, ejecución y respeto al laudo arbitral.

Esta corriente que hoy en día prevalece, es la que ha adoptado la Ley de Arbitraje guatemalteca, según los Artículos cuatro, 10, 11, 41 y 46; y la cual seguirá el autor del

⁵³ Castillo Freyre, Mario y Vásquez Kunze, Ricardo. **Arbitraje el juicio privado**. Pág.47

⁵⁴ **Ibid.** Pág.48

presente trabajo, pues la misma es necesaria para la explicación de los preceptos de: acuerdo arbitral, cláusula compromisoria, convenio arbitral y procedimiento arbitral.

3.4. Génesis del arbitraje: el acuerdo o convenio arbitral

El arbitraje tiene su origen en la convergencia de voluntades de los sujetos contratantes, quienes celebran un negocio jurídico en el cual deciden que oportunamente se abstendrán de acudir a los órganos jurisdiccionales en caso de surgir controversias y en su defecto se someterán a la decisión de un tercero; a esta convención y coincidencia de voluntades se le denomina acuerdo arbitral.

Cossio, quien considera al acuerdo arbitral como la piedra angular del arbitraje, lo define como “un contrato por virtud del cual dos o más partes acuerdan que una controversia, ya sea presente o futura, se resolverá mediante arbitraje”.⁵⁵

Otro autor define el acuerdo de arbitraje como “el acuerdo de voluntades en función del cual las partes deciden someter a resolución una controversia determinada por medio del arbitraje”.⁵⁶

La Ley de Arbitraje en su Artículo cuatro, aporta el concepto dado por la Ley Modelo de CNUDMI “1) “Acuerdo de Arbitraje”, o simplemente “Acuerdo”, es aquel por virtud del

⁵⁵ González Cossio. *Op. Cit.* Pág.56

⁵⁶ Bello Janeiro, Domingo. *Ponencias del congreso internacional de arbitraje 2007.* Pág.506



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”.

En conclusión el acuerdo arbitral es un contrato en toda regla, donde existe la concurrencia de elementos esenciales, que son: a) la sujeción al arbitraje producto de la voluntad de las partes; b) la posibilidad de someter una, varias o todas las controversias ante un tribunal arbitral; c) la determinación concreta de la relación jurídica que se pretende arbitrar; y d) que el acuerdo no se encuentra limitado a cuestiones contractuales sino que puede extenderse a los asuntos no contractuales relacionados con el contrato.

3.4.1. Clases de acuerdos o convenio arbitrales

Se aporta una clasificación meramente enunciativa de las instituciones que en la actualidad han quedado comprendidas dentro del concepto del acuerdo o convenio arbitral. Desde una perspectiva temporal se contemplan la cláusula compromisoria y el compromiso arbitral.

3.4.1.1. Cláusula compromisoria

Es el “contrato en que las partes se obligan inequívocamente a sustraerse de la jurisdicción del Estado, para someterse a una jurisdicción privada determinada por



ellas, con el fin de resolver un hipotético conflicto de intereses, que pudieran suscitarse de una relación jurídica entre ambas”.⁵⁷

Es una variación del acuerdo arbitral, en donde las partes contratantes deciden prever una estipulación, que puede asumir la forma de una cláusula contractual introducida o implementada como una estipulación más dentro de una escritura pública o en documento privado o de un acuerdo celebrado en otro documento que sea incorporado por referencia, con el propósito de dirimir un conflicto futuro mediante el arbitraje; pero que requiere de un acuerdo posterior, no siendo ejecutable automáticamente.

Por ende la cláusula compromisoria se considera como un pacto prudencial. Efectivamente su momento de celebración es “a priori”, en virtud de que las partes no dejan contemplar la posibilidad, aunque remota, de problemas o conflictos ulteriores.

3.4.1.2. El compromiso arbitral

Sánchez Medal citado por Ernesto Viteri, lo define como “el contrato por el que dos o más personas se obligan a dirimir una controversia jurídica por medio de la decisión de un árbitro, de acuerdo con el procedimiento permitido por la ley y a cumplir el laudo que emita”.⁵⁸

⁵⁷ Castillo Freyre y Vásquez Kunze. *Op. Cit.* Pág.60

⁵⁸ Viteri Echeverría, Ernesto. **Los contratos en el derecho civil guatemalteco (parte especial).** Pág.602



El compromiso como modalidad de acuerdo arbitral, debe constar en un documento nuevo e independiente al negocio jurídico originario; en su contenido se hará constar todo lo relacionado con la controversia acaecida.

Humberto Briseño comenta que “se comienza por indicar el conflicto ya suscitado, las partes intervinientes, el nombramiento de los árbitros, la facultad que se les otorga, etcétera, y también de una manera más o menos coincidente, los otros puntos que pueden aparecer en la cláusula, como son las leyes aplicables, las reglas de procedimiento, las facultades para decidir conforme a derecho”.⁵⁹

A diferencia de la cláusula compromisoria, el convenio arbitral sobreviene al conflicto o controversia suscitada entre las partes, lo que significa que el momento de su celebración es “a posteriori”. Mediante este último se configura de forma separada un nuevo contrato, en donde las partes asumen la obligación de someter la o las disputas vigentes al conocimiento de los árbitros.

3.4.1.3. Una distinción irrelevante para la legislación arbitral

De la lectura del Artículo 10 de la Ley de Arbitraje se desprende que el acuerdo arbitral se manifiesta a partir de una cláusula compromisoria o a través de un compromiso arbitral. Estas distinciones han dejado de tener relevancia alguna dentro de la legislación arbitral, puesto que el acuerdo se refiere en términos generales a las

⁵⁹ Briseño Sierra, Humberto. **El arbitraje comercial, doctrina y legislación**. Pág.27



controversias presentes y futuras, siempre que se haga constar la expresión definitiva y suficiente de la voluntad de las partes en pro de la materia arbitral.

En otras palabras “el resultado ha sido la admisión de que el compromiso y la cláusula compromisoria poseen unos mismos efectos en orden a la realización del arbitraje, con el consiguiente desplazamiento del sistema dual”.⁶⁰

Lo anterior, es ratificado por el Artículo 54 de la Ley de Arbitraje, que preceptúa “Por virtud de lo dispuesto en la presente ley, se reconoce el acuerdo de arbitraje como la forma para obligarse recíprocamente a resolver conflictos mediante la utilización del arbitraje. A partir de la fecha en que cobre vigencia la presente ley, todas las referencias que pudieren encontrarse en diversas disposiciones legales, tanto a la cláusula compromisoria o al compromiso arbitral, deberán entenderse que se refieren al acuerdo de arbitraje reconocido y definido en la presente ley”.

3.4.2. La formalidad del acuerdo arbitral

El Artículo 10 de la Ley de Arbitraje señala “1) El acuerdo de arbitraje deberá constar por escrito y podrá adoptar la fórmula de un compromiso arbitral o de una cláusula compromisoria, sin que dicha distinción tenga consecuencia alguna con respecto a los efectos jurídicos del acuerdo de arbitraje. Se entenderá que el acuerdo consta por

⁶⁰ Fernández Rozas, José Carlos. **Estudios de arbitraje libro homenaje al profesor Patricio Ayiwin Azócar**. Pág.708



escrito cuando esté consignado en un documento firmado por las partes o en un intercambio de cartas, telex, telegramas, telefax, u otros medios de telecomunicación que dejen constancia del acuerdo, o en un intercambio de escritos de demanda y contestación en los que la existencia de un acuerdo sea afirmada por una parte sin ser negada por la otra. La referencia hecha en un contrato a un documento que contiene una cláusula arbitral constituye acuerdo de arbitraje siempre que el contrato conste por escrito y la referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato”.

Como ha quedado establecido el convenio arbitral, por disposición de la ley, debe de constar por escrito. En ese sentido el acuerdo se reputa celebrado desde el momento en que las partes han expresado su consentimiento de manera inequívoca e indubitable para someter sus diferencias a un tribunal arbitral.

Consentimiento que debe ser plasmado en un soporte material, físico o tangible, que permita constatar las cuestiones pactadas. El Artículo reproducido, además de indicar la necesidad de que acuerdo arbitral conste por escrito, también expresa las formas que el acuerdo puede adoptar. Siendo las siguientes:

3.4.2.1. Documento firmado por las partes

Como regla general la Ley exige que el documento, donde consta el acuerdo arbitral, se encuentre refrendado por las partes mediante su firma. Sin embargo, este requisito no constituye un supuesto de validez formal del acuerdo arbitral, sin el cual el mismo

deviene nulo; su objeto es demostrar o probar que las partes suscriptoras han manifestado su voluntad.

De tal cuenta que la interpretación prevaleciente es “que lo que importa no es tanto la presencia de una firma, sino la prueba de que la parte requerida al arbitraje emitió su consentimiento a la participación en tal procedimiento”.⁶¹

Y ahora que “la firma del acuerdo arbitral es ad “probationem” y no “ad validitem”, no existe obstáculo en este sentido para atraer a un no-firmante de la cláusula compromisoria dentro de un procedimiento arbitral”.⁶²

3.4.2.2. Cláusula contractual

“En este contrato las partes se obligan inequívocamente a sustraerse de la jurisdicción del Estado para someterse a una jurisdicción privada determinada por ellas, con el fin de resolver un hipotético conflicto de intereses que pudiera suscitarse de una relación jurídica existente entre ambas, esto es, casi para todos los efectos de la vida diaria, otro contrato del que el arbitral forma parte. De ahí lo de «cláusula», que en tanto estipulación de un contrato principal, siempre es accesoria.”⁶³

⁶¹ Pereznieta Castro, Leonel y Graham, James. **Tratado de arbitraje comercial internacional mexicano**. Pág.111

⁶² **Ibid.** Pág. 112

⁶³ Castillo Freyre y Vásquez Kunze. **Op. Cit.** Págs.60-61



Puesto que la cláusula arbitral es una manera de adquirir el compromiso de someter a la decisión de un tercero los conflictos venideros, su particularidad radica en ser introducida o implementada como una estipulación más dentro de una escritura pública o en documento privado.

3.4.2.3. Medios de telecomunicación

La Ley de Arbitraje de una forma ilustrativa cita el intercambio de cartas, télex y telegramas. Esta norma "numerus apertus" da cabida a otros medios de telecomunicación existentes tales como: la comunicación por fax, los correos electrónicos o e-mails, los mensajes web, las conversaciones privadas o "chats" de las redes sociales.

La inclusión de estos medios se debió al avance y desarrollo tecnológico de las comunicaciones; además de que su uso constante permite celebrar sin mayores solemnidades negocios jurídicos mercantiles que facilitan el comercio y el tráfico de bienes y servicios a nivel nacional como internacional.

Es de suponer que "los documentos que se intercambien a través de estos medios de comunicación no contengan una firma"⁶⁴, por lo que basta con que los mismos dejen constancia perceptible de un convenio arbitral.

⁶⁴ Bañuelos Rizo, Vicente. **Arbitraje comercial internacional**. Pág.124

3.4.2.4. Consentimiento tácito

Este se refiere a la falta oposición o cuestionamiento, en el momento procesal oportuno, realizada por una de las partes, en virtud de la notificación o noticia de una demanda o solicitud inicial de un proceso arbitral.

La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) evaluó “la cuestión de determinar si una parte que hubiese comparecido ante un tribunal arbitral sin impugnar su competencia, podía invocar posteriormente la falta de un acuerdo de arbitraje por escrito. Prevalciendo la opinión de que, en esas circunstancias, esa parte no podía invocar la falta de un acuerdo”.⁶⁵

3.4.2.5. Incorporación por referencia

“Es importante distinguir la “referencia” de la “incorporación por referencia”. En la primera solo se alude al instrumento pero no se hace parte del cuerpo de derecho y obligaciones que rigen la relación jurídica determinada. En la “incorporación por referencia” es justamente esto lo que sucede. Se convierte en otro más de los términos que rigen la relación”.⁶⁶

En caso que se haya omitido celebrar un acuerdo arbitral, este modo permite a las

⁶⁵ **Ibid.** Pág.125

⁶⁶ Cossio. **Op. Cit.** Pág.193

partes adherir en un momento ulterior, mediante una ampliación o un anexo, derechos y obligaciones relacionados con el contrato originario incluyendo lo pertinente de la materia arbitral, indicando de manera expresa de los mismos se integren o incorporen a la relación jurídica preexistente.

3.4.3. La arbitrabilidad

Como se ha visto a lo largo del presente estudio, la contratación mercantil y en consecuencia el convenio arbitral, encuentran su fundamento en la autonomía de la voluntad. No obstante, la misma autonomía posee ciertos márgenes para maniobrar, tales como las normas prohibitivas, el orden público y el derecho de terceros. En lo que al arbitraje se refiere, el concepto de arbitrabilidad es uno de ellos, pues precisa la validez del acuerdo arbitral.

En términos sencillos la arbitrabilidad es el examen liminar que recae sobre el convenio arbitral, en donde se persigue establecer la procedencia o improcedencia de incoar un proceso arbitral, conforme a dos categorías: a) subjetiva; y b) objetiva.

En la primera categoría el examen versa sobre aquellos que celebran el acuerdo arbitral, es decir, los sujetos. Específicamente alude a la capacidad legal de las partes contratantes y a la calidad que estos ostentan (de conformidad con la clásica distinción entre personas de derecho público y personas de derecho privado) según las prescripciones normativas.



En cuanto a la arbitrabilidad objetiva o “ratione materiae”, el análisis trata la materia o asunto que las partes pretenden arbitrar. Esta clase de arbitrabilidad requiere una labor más ardua, ya que se recurre a la “lex fori” o normas jurídicas vigentes de cada Estado.

En ese sentido la Ley de Arbitraje es taxativa al orientar las materias objeto de arbitraje; su Artículo uno preceptúa lo relativo al ámbito de aplicación territorial de la ley y el Artículo tres regula los supuestos de la materia “per se” objeto de arbitraje.

Cossio aporta cuatro criterios que coadyuvan al diagnóstico de la materia arbitrable: “(i) que no sea un área expresamente excluida; (ii) que verse sobre derechos que son de libre disposición; (iii) que no afecte el interés público; y (iv) que no involucre derechos de tercero”.⁶⁷

Por lo tanto, al comparar los criterios citados y la Ley de Arbitraje se desprende que: I) En Guatemala están excluidos por disposición de la ley los arbitrajes laborales, se exceptúan del arbitraje las cuestiones en donde haya recaído resolución judicial firme, así como aquellas materias que por su naturaleza sean inseparables y no se aplica cuando las normas señalan un procedimiento especial para un asunto determinado. II) Las partes pueden someter a arbitraje aquellas cuestiones sobre las que tengan libre disposición; tales como: los derechos y obligaciones originados de contratos civiles y mercantiles; y en los casos en donde la ley permita el proceso arbitral. III) La materia penal es inarbitrable al involucrar conductas socialmente relevantes para el interés

⁶⁷ Cossio. **Op. Cit.** Pág.249



público. IV) El arbitraje no puede extenderse a terceros en aplicación del principio "res inter alios acta", salvo su consentimiento expreso o tácito.

3.4.4. Axiología jurídica del convenio arbitral

El convenio arbitral al igual que muchas otras instituciones jurídicas, emana de principios elementales, los cuales no solo lo justifican y fundamentan sino además colaboran en su trabajo exegético o interpretativo.

3.4.4.1. Principio de autonomía del convenio arbitral

Es también llamado principio de separabilidad o independencia. Producto del desarrollo arbitral, este principio se ha ido afirmando tanto en la doctrina como en las legislaciones nacionales e internacionales. Su objetivo es claro, preservar el acuerdo arbitral de eventualidades que originen la nulidad (absoluta o relativa), la invalidez, la inexistencia o la transformación sustancial del contrato.

Ciertamente, la autonomía del acuerdo arbitral es una excepción a los principios de conservación de los contratos y que lo accesorio sigue la suerte de lo principal, en virtud que gravita en un estatus de independencia total respecto al contrato que lo origina.

Lo anterior se debe a que todas las cuestiones, tanto jurídicas como fácticas, que



afecten al conjunto contractual no necesariamente repercuten en la fracción relacionada con el acuerdo arbitral, ya que según la común intención de las partes la finalidad del acuerdo (que adopta la forma de cláusula) consiste en suministrar una alternativa procesal para la resolución de controversias contractuales o extracontractuales.

Por ello se considera que “el acuerdo arbitral, cuando de cláusula compromisoria se trata, es un acuerdo separado o, un “contrato dentro del contrato” como se le ha llamado y, a partir de allí, se ha concluido que no necesariamente los vicios que lleven a la nulidad del contrato o a su inexistencia, son extensivos al acuerdo arbitral”.⁶⁸

La aplicación de este principio supone las siguientes consecuencias jurídicas “(a) el acuerdo arbitral no se ve afectado por la suerte del contrato principal; (b) el acuerdo arbitral puede ser regido por un derecho distinto al contrato principal; y (c) el principio que el tribunal es el juez de su propia competencia”.⁶⁹

En relación con esta última, la autonomía del acuerdo de arbitraje deriva en la facultad que goza el árbitro de conocer y determinar, de oficio o solicitud de parte interesada, la procedencia o no del proceso arbitral; concesión que se denomina principio de “Kompetenz-Kompetenz”.

Estos se ven reflejados en el Artículo 21 numeral 1) de la Ley de Arbitraje, donde

⁶⁸ Bernal Gutiérrez. *Op. Cit.* Pág.104

⁶⁹ Cossio. *Op. Cit.* Pág.283

dispone "El Tribunal arbitral estará facultado para decidir acerca de su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o la validez del acuerdo arbitral. A ese efecto, un acuerdo que conste en una cláusula que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del contrato (...)".

De la interacción entre la autonomía del acuerdo arbitral y facultad que entraña al tribunal arbitral para disponer de su propia competencia, se extrae que: En primer lugar, el acuerdo, bajo la forma de cláusula contractual, es disgregable del resto del contrato.

Segundo, "a menos que el cuestionamiento sea dirigido específicamente a la validez de la cláusula, la validez del contrato debe ser juzgada por los árbitros".⁷⁰ En tercer lugar, producto de esta facultad de los árbitros para decidir sobre las cuestiones de validez, nulidad e inexistencia del contrato se limita el radio de intervención de los tribunales de fuero común a los casos expresamente establecidos en la norma.

3.4.4.2. Principio favorable del arbitraje

Este principio elemental del arbitraje se aborda desde dos perspectivas. En primer lugar, se hace alusión al llamado criterio negativo del arbitraje o efecto excluyente del convenio arbitral; y segundo en lo referente al alcance extensivo del acuerdo arbitral desde la perspectiva subjetiva o personal.

⁷⁰ Caivano, J. Roque. *La cláusula arbitral*. Pág.206

3.4.4.2.1. El efecto negativo del acuerdo arbitral

Se han mencionado ciertos efectos positivos del acuerdo arbitral, tales como: la facultad y/o la obligación de las partes de acudir ante un tribunal arbitral para dirimir controversia (arbitrables de conformidad con la ley); la posibilidad de que los conflictos derivados de la validez o inexistencia del contrato sean tramitados por la vía arbitral, dada la existencia de una cláusula arbitral; la determinación de la normas procesal que regirán el arbitraje; el nombramiento e integración del tribunal, etc.

Sin embargo, el Artículo 11 numeral 1) de la Ley de Arbitraje claramente establece que “el acuerdo arbitral obliga a las partes a respetar y cumplir lo estipulado. El acuerdo arbitral impedirá a los jueces y tribunales conocer de las acciones originadas por controversias sometidas al proceso arbitral (...)”.

A esto se le conoce como el efecto negativo del acuerdo arbitral, que aplica tanto para las partes contratantes como para aquellos que posean un interés directo en el negocio jurídico.

Deben renunciar y abstenerse de acudir ante los tribunales del Poder Judicial para que conozcan de los asuntos relacionados con la materia arbitral; de lo contrario “los propósitos que persigue el arribaje quedarían frustrados, ya que las partes tendrían que litigar el asunto por dos vías, la judicial y la arbitral, y aun después de hacerlo, la



eficacia del laudo arbitral sería discutible pues tendría que competir con la eficacia de una sentencia judicial".⁷¹

3.4.4.2.2. La extensión de la materia arbitral

Se dice que "ciertamente, no toda materia es arbitrable. La no-arbitrabilidad debe reputarse excepcional y ser interpretada restrictivamente, aplicándose sólo cuando se advierta que existe una definida política fundada en razones de tipo constitucional o legal destinadas a prohibir el arbitraje para resolver determinadas cuestiones".⁷²

De esta manera nos encontramos ante el alcance meta-contractual del convenio arbitral, puesto que la complejidad de las operaciones mercantiles implica una prolongación del acuerdo arbitral tanto en un panorama material como personal. Material, en el sentido que algunos asuntos antes restringidos al arbitraje ahora son arbitrables; y personal, en alusión a la variedad de sujetos involucrados en la ecuación contractual, cuyos conflictos pueden ser sometidos ante árbitros.

Es por ello que la aplicación del principio pro-arbitraje (llamado en inglés "pro-enforcement bias") lleva a que todos los asuntos relacionados con el contrato, incluyendo lo relativo a las partes no signatarias pero participantes del mismo, se incorporen a la esfera de la materia arbitral. De ahí la importancia de la redacción del

⁷¹ Bañuelos. *Op. Cit.* Pág.135

⁷² Caivano. *Op. Cit.* Pág. 358

acuerdo arbitral en términos generales, pues una palabra o una frase pueden limitar en gran medida su extensión.

Sobre esto, Cossio declara que "en el contexto del acuerdo arbitral el principio por-arbitraje puede observarse como una agudización del principio de validez o conservación de los actos jurídicos al establecerse, por un lado, el deber de reconocer y ejecutar los mismos mediante la remisión al arbitraje, y, por el otro, lo escueto de las causales de no remisión".⁷³

El mismo autor agrega que "al interpretar un acuerdo arbitral no debe tomarse a la ligera la posibilidad de que sea inválido. Las causales de invalidez deben de interpretarse como excepciones a la regla de validez del acuerdo arbitral".⁷⁴

⁷³ Cossio. **Op. Cit.** Pág.294

⁷⁴ **Ibid.** Pág. 295

CAPÍTULO IV

4. Invalidez del convenio arbitral derivado de la cesión de derechos dentro de la contratación mercantil guatemalteca

No cabe la menor duda, que cuando el acuerdo arbitral (bajo la forma de cláusula arbitral) es expresamente delegada a un tercero dentro de la cesión de derechos, y a su vez, es aceptada por todas las partes (cedente, cesionario, cedido) el mismo surte todos sus efectos. El problema surge cuando el acuerdo arbitral no ha sido contemplado por las partes dentro de la cesión de derechos.

O como indica Cossio "no existe un acuerdo arbitral ortodoxo que vincule al tercero: que esté por escrito y firmado. Por otro lado, existen motivos bajo la *lex specialis* para argumentar que el acuerdo arbitral contenido en el acto jurídico es oponible al tercero: en todos estos casos el autor del acto jurídico nutrió la relación jurídica con un acuerdo arbitral, y esta sería parte del régimen aplicable al acto".⁷⁵

De esa cuenta, procede determinar si la cesión de derechos de un contrato mercantil, a favor de una parte no signataria, incluye de manera implícita la transmisión del acuerdo arbitral (bajo la forma de cláusula arbitral contenida en el contrato), y en consecuencia decidir acerca de su validez o invalidez.

⁷⁵ *Ibid.* Pág.374



Dicho problema no es teórico, al contrario, es una situación que se ve reflejada de forma creciente dentro de la contratación mercantil nacional e internacional; en contubernio con el aumento del uso y valor del arbitraje como proceso de resolución de conflictos privados, dentro de relaciones jurídicas complejas, multi-partes o extensivas a terceros.

Como se verá, la Ley de Arbitraje guatemalteca, no se pronuncia en relación a dicho tema, surgiendo una laguna legal, y agravando las circunstancias contractuales. Por ello, es necesario recurrir a la doctrina, a la axiología jurídica, a la interpretación de los contratos y de las normas así como al derecho comparado para dilucidar dicho problema.

4.1. Argumentos a favor de la invalidez

Existen una gran variedad de argumentos y posturas que promulgan por la invalidez del convenio arbitral; no obstante ello, a continuación se evalúan y analizan aquellas que a criterio del autor son las más relevantes.

4.1.1. Los derechos que no puede cederse según su naturaleza

Según la doctrina existen ciertos derechos que no pueden ser transmitidos, al revestir una particularidad natural. Dentro de este grupo se encuentran los derechos denominados "intuitu personae", que son creados a partir de la calidad del sujeto.



En el caso del acuerdo o convenio arbitral cabe recordar que el arbitraje tiene una génesis convencional, producto de la convergencia de voluntades de los sujetos contratantes, quienes deciden "motu proprio" someter sus controversias a la decisión de un tercero llamado árbitro. Por estas características diferenciales, el acuerdo arbitral se encuadra dentro de los derechos personalísimos.

El doctor Bañuelos Rizo es categórico al decir que "el acuerdo arbitral es únicamente eficaz respecto de quienes lo celebran y no surte efectos respecto de terceros. A diferencia de otros ordenamientos como el norteamericano, en el que a veces los efectos del acuerdo arbitral se hacen extensivos a personas ajenas al mismo".⁷⁶

Aunado a lo anterior, el convenio arbitral (bajo la forma de cláusula arbitral), en tanto contrato dentro de otro contrato, le es aplicable el principio contractual de relatividad, explicado en el capítulo I del presente trabajo. Dicho de otra manera los derechos y obligaciones de un contrato solo producen efectos entre las partes otorgantes, y excluyen a las personas que no han concurrido a su otorgamiento. A esto, se denomina como el alcance subjetivo del acuerdo arbitral.

Por tanto, se considera que la cesión tácita del convenio arbitral reviste de invalidez, dada la naturaleza personalísima del acuerdo, pues según su "ADN" existe una convergencia exclusiva de voluntades entre los sujetos que la crearon, y en virtud de que su alcance y aplicación se ciñe a las partes originalmente contratantes, haciendo

⁷⁶ Bañuelos. Op. Cit. pág.137

imposible su traspaso a una parte no signataria del mismo. Esta postura es la que ha prevalecido durante el siglo XX y los primeros años del siglo XXI, aunque en la actualidad ha ido perdiendo peso como se verá más adelante.

4.1.2.El principio de interpretación estricta del convenio arbitral

Respecto a esta teoría conservadora, se indica que “el derecho de acudir a la justicia estatal para resolver una controversia constituye la regla general del cual puede apartarse quien desee resolver mediante arbitraje una controversia. En la medida en que dicho pacto es una excepción a una regla general, le aplica el principio *exceptio est strictissimae interpretationis*”.⁷⁷

La visión centrista del poder judicial, plasmada en los Artículos 28, 29 y 203 de la Constitución Política de la República de Guatemala, respecto a la exclusividad de la función jurisdiccional o el monopolio de la impartición justicia a favor de la Corte Suprema de Justicia y los demás tribunales expresamente establecidos en la ley, repercute en el arbitraje en tanto mecanismo de resolución de conflictos; y en consecuencia en detrimento del alcance del acuerdo arbitral, al impedir su utilización libre y plenamente en conflictos o controversias contractuales o extra-contractuales, y entre partes y extra-partes.

Según esto, la cesión de un acuerdo arbitral como parte integrante de un contrato, no

⁷⁷ Cossio. *Op. Cit.* pág.295

es válida, por cuanto ese acuerdo solamente vincula a los sujetos que lo celebraron, puesto que a su vez renunciaron implícitamente a su derecho y/o garantía de acudir a la justicia común.

Por ende las partes no signatarias del contrato y del acuerdo arbitral que entran a formar parte en una relación jurídica preexistente, a menos que desistan explícitamente, mantienen intacta su garantía de libre acceso a tribunales y de acudir ante los órganos jurisdiccionales del Organismo Judicial, en caso de litigio.

Esta postura escasamente convincente se ha superado. A ello obedece que el arbitraje ha ganado adeptos entre los contratantes, abogados, árbitros y jueces. Hoy se considera al arbitraje como el proceso por excelencia para resolver disputas mercantiles nacionales e internacionales o solucionar problemas vinculados con materias técnicas, complejas y delicadas; además de coadyuvar en la labor de descongestionamiento de los tribunales.

4.1.3. Teoría solemne del convenio arbitral

Algunas interpretaciones formalistas de las leyes arbitrales, hacen alusión a la firma como requisito "ad solemnitatem" del convenio arbitral, santificación que obedecía a la concepción de la firma como único medio de manifestación de la voluntad.

Estas ideas, hacen alusión a que si las partes contratantes deciden someterse a la



competencia de un tribunal arbitral, el acuerdo arbitral, para que surta todos sus efectos, debe constar por escrito y contener su firma. Requisitos sin los cuales el mismo deviene inválido.

Por lo tanto el convenio arbitral transmitido a una parte no signataria, como resultado de una cesión, carece de valor alguno, por cuanto el mismo no se encuentra ajustado a los cánones de validez formal, es decir, no se encuentra firmado por las nuevas partes contractuales: el cedido y el cesionario; desprendiéndose la inexistencia de voluntad de las partes para someter sus controversias al arbitraje.

En la actualidad, la firma ha pasado a ser un requisito secundario ya que la Ley de Arbitraje permite otras formas de celebración del acuerdo arbitral (ver Artículo 10 de dicho cuerpo normativo). Por lo tanto, la solemnidad del acuerdo no es del todo necesaria ante la existencia de multiplicidad de medios que permiten probar el consentimiento de las partes, sean signatarias o no.

4.2. Argumentos en contra de la invalidez

Asimismo existen ciertas posturas que postulan la validez de acuerdo arbitral en el caso de su transmisión o extensión a partes no signatarias del mismo. Las cuales se abordan y estudian las de mayor impacto o relevancia para el presente trabajo.



4.2.1. La transmisión automática del convenio arbitral

Existen autores que consideran que "en la mayoría de los casos, no se analiza el consentimiento de las partes, porque la transmisión de la cláusula arbitral en estos casos (de cesión, asunción, subrogación, sucesión, etc.) se opera, generalmente, en base a una presunción legal o jurisprudencial, que en realidad ha codificado un consentimiento general".⁷⁸

Esto se debe a que el acuerdo arbitral contenido en un contrato es catalogado como una parte dentro del todo; en otras palabras, se le considera como una estipulación más del cuerpo contractual, por lo que la transmisión del todo (contrato) acarrea automáticamente la transmisión de la parte (acuerdo arbitral), de tal suerte que se cumple el axioma jurídico de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal.

El fundamento de la cesión automática del acuerdo arbitral lo encontramos contenido de modo general en el Artículo 1444 del Código Civil, perdiendo desde esta perspectiva toda clase de autonomía o independencia del contrato que la origina.

A la luz de esta postura, la cesión de derechos de un contrato a favor de otra parte no signataria, el cual incluye un acuerdo arbitral (bajo la forma de cláusula), es válida ya que la cesión trae aparejada la transmisión de los derechos anexos o derivados de aquel.

⁷⁸ Marguerat, Jean. *Arbitraje comercial internacional en Europa*. Pág. 116

El principio de la autonomía del acuerdo arbitral objeta esta postura, al sostener que todas las cuestiones, tanto jurídicas como fácticas, que afecten al conjunto contractual no necesariamente repercuten en la fracción relacionada con el acuerdo arbitral; ya que según la común intención de las partes la finalidad del acuerdo (que adopta la forma de cláusula) consiste en suministrar una alternativa procesal para la resolución de controversias contractuales o extracontractuales, que involucren a las partes originarias o las subsiguientes, tales como los no signatarios.

En oposición al fundamento legal de la transmisión automática del acuerdo arbitral, está lo regulado por el Artículo 21 numeral 1) de la Ley de Arbitraje. Norma de contenido especial que prevalece sobre las de carácter general, como el caso del Código Civil; ello al tenor del Artículo 13 de la Ley del Organismo Judicial.

En consecuencia, la teoría de la autonomía prevalece sobre la teoría de la cesión automática de derechos y así, la cesión de los derechos contenidos en un contrato no apareja la transmisión automática del pacto autónomo que contiene, haciendo que dicha postura sea insostenible.

4.2.2. Preponderancia de los principios del convenio arbitral

Se ha dicho que el arbitraje ha alcanzado un cierto grado de madurez (que se traduce en estabilidad) en las legislaciones nacionales e internacionales. En gran parte se lo



debe a los principios que informan al acuerdo o convenio arbitral, o sea a la autonomía o separabilidad del acuerdo y el "favor arbitrandi" o principio favorable del arbitraje.

Julian Lew, citado por Caivano, reflexiona que "la expansión del elenco de materias susceptibles de llevarse a decisión de árbitros o de las facultades de éstos, la reducción de la intervención y control judicial sobre el arbitraje, y la creciente eficacia de los laudos, son fenómenos que pueden enmarcarse en una clara tendencia a la mayor vigencia del arbitraje como método para resolver controversias y a su mayor autonomía respecto de la jurisdicción estatal".⁷⁹

Estos principios han permitido que los efectos del convenio arbitral se extiendan a sujetos que se integran "ex post facto" a un contrato, y que no han convenido inicialmente en dicho acuerdo, tal es el caso de la cesión de derecho de un contrato a favor de otra persona.

Cesión que si bien no transmite automáticamente el convenio arbitral cuenta con el respaldo de los principios pro-arbitraje y de autonomía, por lo que cualquier conflicto relacionado con la validez, nulidad, aplicación, interpretación, ejecución, extensión y terminación del contrato se deberá encauzar en la vía arbitral.

Aunado a lo anterior, se debe de tomar en cuenta las circunstancias particulares de cada relación comercial, pues, si existe un acuerdo o consentimiento tácito de los sujetos

⁷⁹ Caivano. *Op. Cit.* Pág.372



involucrados dentro del contrato, es sencillo deducir que todos de alguna u otra forma se encuentran vinculados desde la perspectiva procesal, a promover, participar o intervenir como partes dentro de un arbitraje.

Cossio es claro en manifestar que "si se adopta la teoría "quien toma el botín toma la carga" los problemas desaparecen, pues es una solución lógica, consistente y natural. Es además defendible tanto bajo derecho arbitral como derecho civil. Bajo derecho arbitral, la incorporación por referencia puede dar la solución. Pero además, si el acto jurídico contiene una cláusula arbitral típica (...), la hipótesis normativa abarcará los derechos del beneficiario que fluyen con la estipulación. El motivo: *ex hypothesi*, la cláusula arbitral abarca todo -cualquier disputa-. Además, la estipulación deriva del contrato y se relaciona con el mismo. Bajo derecho civil (...) el acto origen de la "stipulatio" no es frente al beneficiario un "res inter alios", si desea aprovechar un derecho que se le ofrece en un acto jurídico del cual no es parte, el beneficiario ya no es ajeno a la relación. Y si lo que se le ofrece trae aparejado que las disputas que con ello se relacionen deben ser ventiladas en arbitraje, ello es parte del paquete que aceptó al manifestar su voluntad de querer aprovechar el derecho (...)"⁸⁰

Es por todo esto que, el argumento de la naturaleza personalísima del contrato ha perdido eficacia, dado que la finalidad de concertar un convenio de arbitraje, sean las partes signatarias o no signatarias, es el ahorro de procesos engorrosos y agotadores ante los tribunales de Justicia, y el aprovechamiento de los beneficios arbitrales, tales

⁸⁰ Cossio. *Op. Cit.* Pág.418



como: medidas más flexibles, procedimientos económicos en tiempo y recursos, la garantía de confidencialidad, el aseguramiento de un mayor grado de imparcialidad, así como la certeza de la capacidad y aptitud de árbitros.

Conforme lo expuesto, en el derecho mercantil de una manera más habitual, claro que dependiendo de las características y particularidades de cada caso, existe una tendencia de los árbitros de involucrar a los sujetos que originariamente no aparecen como concertantes de un acuerdo arbitral, pero que de alguna u otra manera gozan de ciertas prerrogativas, derechos u obligaciones que hacen suponer su participación activa o pasiva dentro de la dinámica de un contrato.

Tal es el caso de la cesión de derechos de un contrato, a favor de una parte no signataria, en donde el convenio arbitral en principio es válido, ya que mantiene intacto el derecho de las partes de optar al arbitraje (cedente y cedido) y a su vez lo expande a otros sujetos no signatarios del mismo (cesionario).

4.2.3. La panacea arbitral, el ejemplo del Perú

Uno de los pocos países que se ha adaptado a las nuevas corrientes del arbitraje ha sido la República del Perú, que por medio de Decreto Legislativo número 1071 de fecha 27 de junio de 2008, emitió su nueva Ley de Arbitraje.

Este cuerpo normativo, ha incorporado cuestiones novedosas y audaces, tales como la



de ausencia de formalidades estrictas y limitativas del acuerdo arbitral o lo relativo a la transmisión del convenio arbitral, contemplado en su Artículo 14, el cual establece “el convenio arbitral se extiende a aquellos cuyo consentimiento de someterse a arbitraje, según la buena fe, se determina por su participación activa y de manera determinante en la negociación, celebración, ejecución o terminación del contrato que comprende el convenio arbitral o al que el convenio esté relacionado. Se extiende también a quienes pretendan derivar derechos o beneficios del contrato, según sus términos”.

En relación al tema Cossio estima que “dicho precepto sí exige consentimiento, per determinado de una manera distinta a la clásica: por escrito y firmado. Al hacerlo, posibilita un análisis sofisticado y comprensivo que tome en cuenta todas las circunstancias del caso- no solo un análisis formal (firma plasmada en un documento escrito). Se trataría del tipo de consentimiento que el derecho de las obligaciones tilda como tácito: mediante actos que lo presupongan”.⁸¹

Alfredo Bullard expresa que “desde el punto de vista legislativo el artículo 14 es una novedad mundial”.⁸² Y agrega que “el artículo 14 permite la incorporación de partes no signatarias, es decir, de alguien que es parte del convenio, pero que por alguna razón no lo firmó o no aparece mencionado en el mismo. Sin embargo, basándose en distintas conductas o circunstancias, anteriores, coexistentes o posteriores a la celebración del convenio, es posible presumir su consentimiento al mismo, todo ello

⁸¹ Cossio. *Op. Cit.* Pág.425

⁸² Bullard González, Alfredo. *Litigio arbitral, el arbitraje desde otra perspectiva.* Pág.102

bajo una lectura de los hechos bajo el ámbito del principio de buena fe”.⁸³ (sic)

Sorprende saber que de un “plumazo jurídico”, este país ha logrado zanjar la incertidumbre relacionada con la transmisión o extensión del convenio arbitral a partes no signatarias del mismo, y determinar de forma expresa su validez, sin necesidad de recurrir a interpretaciones o valoraciones subjetivas de las normas. Ello posibilita que tanto jueces, abogados y en especial los árbitros puedan conocer y resolver en favor y beneficio del arbitraje.

En ese sentido se considera que Guatemala debe seguir los buenos ejemplos de las legislaciones comparadas, para actualizar y reformar la Ley de Arbitraje existente, y así fortalecer y afianzar la institución arbitral.

4.3. Declaratoria de la invalidez

Concluida la duda sobre la validez o no del convenio arbitral derivado de la transmisión de derechos dentro de un contrato a partes no signatarias del mismo, queda claro que el órgano encargado de conocer sobre dicho asunto es tribunal arbitral, en base al principio de “kompetenz-kompetenz” establecido en el Artículo 21 de la Ley de Arbitraje, ya que el tribunal tiene la potestad para decidir sobre su propia competencia y para conocer, tramitar y resolver asuntos relacionados de forma directa o conexa con un contrato que contenga un acuerdo arbitral.

⁸³ *Ibid.* Pág. 102



4.3.1.Momento para promover la invalidez

A pesar que las partes tienen la libertad de determinar el procedimiento por el cual se va regir el arbitraje, o en su defecto, elegir el contemplado por los reglamentos de arbitraje de los centros, la Ley de Arbitraje esboza el procedimiento para oponerse y promover la invalidez del convenio arbitral.

Las partes inconformes que consideren que el acuerdo arbitral es inválido puede plantear su oposición, materializada en una excepción de incompetencia, al momento de contestar la demanda arbitral o la reconvención, si fuere el caso.

Así lo preceptúa claramente el numeral 2) del Artículo 21 de la Ley de Arbitraje “La excepción de incompetencia del tribunal arbitral deberá oponerse a más tardar en el momento de presentar la contestación de la demanda, o de la reconvención, en su caso (...)”.

Por otra parte, “el hecho de que las partes participen en la constitución del tribunal arbitral, ya sea nominado o designando un árbitro, no implica una renuncia a su derecho a oponer la excepción de incompetencia. De esta manera, no es necesario que las partes hagan una reserva cuando participan en la constitución del tribunal arbitral”.⁸⁴ Salvedad que se encuentra regulada en el mismo Artículo 21 numeral 2) del mismo cuerpo legal.

⁸⁴ Bañuelos Rizo. Op. Cit. pág.222



En vista de la excepción de incompetencia promovida, el tribunal arbitral tiene la discreción de decidir el momento procesal oportuno para adoptar la decisión correspondiente, siendo este: 1) en el inicio a través de una resolución preliminar o interlocutoria; o 2) al final del proceso arbitral por medio de un laudo.

Situación prevista en el Artículo 21 numeral 3) que establece "el tribunal arbitral podrá decidir las excepciones a que se hace referencia en los párrafos 1) y 2) del presente artículo como cuestión previa o en un laudo sobre el fondo".

4.3.1.1. Una cuestión de previo y esencial pronunciamiento

El tribunal arbitral puede considerar la excepción de incompetencia como una cuestión de previo y esencial pronunciamiento; por ello puede suspender la tramitación del arbitraje hasta resolverla.

El tribunal puede de oficio o a solicitud de parte interesada entrar a resolver dicha excepción, y si de la evaluación de la relación jurídica y de las constancias procesales se declarase competente, las partes dentro de un plazo de quince días a partir de recibida la notificación o de conocer la resolución emitida, pueden solicitar el auxilio de un Tribunal del orden común, que de acuerdo con el Artículo nueve de la Ley de Arbitraje serán los jueces de Primera Instancia del ramo Civil y Mercantil.

Ello con el propósito de que el Juez examine la competencia de los árbitros y decida lo



que corresponda. Dicha cuestión se tramitará de acuerdo con el procedimiento de los incidentes establecido en los Artículos 135, 138, 139 y 140 de la Ley de Organismo Judicial; y el auto que lo resuelva será definitivo, no susceptible de impugnación alguna.

En el supuesto de decidir su abstención de conocer el caso sometido producto de la excepción de incompetencia, el tribunal arbitral deberá de razonarlo en su resolución e informará a las partes, para que estas comparezcan ante la autoridad correspondiente.

4.3.1.2. Resolución final

Si la ocasión lo amerita y a juicio del tribunal es pertinente y necesario, la excepción de incompetencia podrá ser definida en el laudo final. En virtud de esta decisión, el procedimiento arbitral continuará su cauce hasta llegar a la etapa de resolver.

Dictado el laudo arbitral y la parte concerniente a la excepción de incompetencia, si esta fuere denegada, la parte excepcionante o inconforme podrá interponer, dentro del plazo de un mes a partir de la fecha de recepción del laudo, recurso de revisión ante las Salas de la Corte de Apelaciones del ramo Civil y Mercantil, de conformidad con lo prescrito en el Artículo 43 de la Ley de Arbitraje.

En caso de ser admitida la excepción de incompetencia, dentro del laudo arbitral, la Ley de Arbitraje no establece nada al respecto, pero se estima que la parte excepcionante puede pedir el reembolso de los gastos incurridos durante el proceso.



CONCLUSIÓN DISCURSIVA

El arbitraje tiene su génesis en el convenio arbitral. Dicho convenio es producto de la manifestación de voluntades de los sujetos contratantes, que decide libremente someter sus controversias a la decisión de un tercero llamado árbitro. En Guatemala esta institución jurídica se encuentra desarrollada en la Ley de Arbitraje.

Sin embargo, hoy en día la legislación arbitral se ha visto superada por las circunstancias prácticas y complejas de la contratación mercantil, tanto a nivel nacional como a nivel internacional. Una de ellas es la determinación de la invalidez del convenio arbitral derivado de la cesión de derechos de un contrato a favor de una parte no signataria del mismo. Suscitándose debates jurídicos a favor y en contra de la invalidez.

Una corriente moderna, que provee una solución general y satisfactoria al problema planteado, es la que interpreta los principios que fundamentan al convenio arbitral. El convenio arbitral al ser independiente del contrato que le origina, permite que los conflictos de validez, nulidad, aplicación, interpretación, ejecución, extensión y terminación contractual o extra-contractual, se encausen en la vía arbitral. Por lo que la transmisión y extensión del acuerdo arbitral derivado de la cesión de derechos, es válida y plausible como garantía de protección de los derecho de los sujetos firmantes y no firmantes de un contrato; siendo el tribunal arbitral el encargado de conocer, tramitar y resolver dicho asunto, de acuerdo con lo regulado en el Artículo 21 de la Ley de Arbitraje.



BIBLIOGRAFÍA

- AGUILAR GUERRA, Vladimir Osman. **Derecho de obligaciones**. 2ª. ed. Guatemala: Ed. Serviprensa, S.A., 2005.
- AGUILAR GUERRA, Vladimir Osman. **El negocio jurídico**. 4ª.ed. Guatemala: Ed. Serviprensa, S.A., 2004.
- ARCE GARGOLLO, Javier. **Contratos mercantiles atípicos**. 15ª. ed. México: Ed. Porrúa, 2012.
- BAÑUELOS RIZO, Vicente. **Arbitraje comercial internacional**. México: Ed. LIMUSA, S.A. de C.V., 2011.
- BERNAL GUTIÉRREZ, Rafael. **El arbitraje en Guatemala apoyo a la justicia, CENAC**. Guatemala: Ed. Serviprensa, S.A., 2000.
- BRISEÑO SIERRA, Humberto. **El arbitraje comercial doctrina y legislación**. 2ª. ed. México D.F. México: Ed. LIMUSA, S.A. de C.V., 2001.
- BULLARD, Alfredo y otros. **Litigio arbitral: el arbitraje desde otra perspectiva**. Perú: Palestra Editores S.A.C., 2016
- CAIVANO, Roque J. **La cláusula arbitral**. Colombia: Ed. Universidad del Rosario, 2011.
- CASTILLO FREYRE, Mario y Ricardo Vásquez Kunze. **Arbitraje el juicio privado: la verdadera reforma de la justicia**. Lima, Perú: Palestra Editores S.A.C., 2006
- COLLATES GONZÁLEZ, Jorge Luis y otros. **Arbitraje comercial internacional en Europa**. Lima, Perú: Palestra Editores S.A.C., 2013
- COLLATES GONZÁLEZ, Jorge Luis y otros. **Diccionario terminológico del arbitraje nacional e internacional**. Lima, Perú: Palestra Editores S.A.C., 2011
- CONTRERAS ORTÍZ, Rubén Alberto. **Obligaciones y negocios jurídicos civiles (parte general)**. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Rafael Landivar. Guatemala: Ed. Serviprensa, S.A., 2010.
- COUTURE, Eduardo J. **Vocabulario jurídico**. Buenos Aires, Argentina: Ediciones De Palma. 1976

- DÁVALOS MEJÍA, L. Carlos Felipe. **Títulos y operaciones de crédito.**, 4ª.ed. México: Ed. Oxford University Press, (s.f.)
- ESPPÍN CÁNOVAS, Diego. **Manual de derecho civil español. Vol. III.** 4ª. ed. España: Ed. de Derecho Reunidas, 1975.
- GAILLARD, Emmanuel. **Teoría jurídica del arbitraje internacional.** Colección, Mediación-Arbitraje. México: Ed. LIMUSA, S.A. de C.V., 2012.
- GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo. **Introducción al estudio del derecho.** 65ª. ed. México: Ed. Porrúa, 2015.
- GARRIGUES GARRIGUES, Joaquín. **Curso de derecho mercantil.** 3ª. ed. México: Ed. Porrúa, 1981.
- GONZÁLEZ DE COSSIO, Francisco. **Arbitraje.** 4ª. ed. México: Ed. Porrúa, 2014.
- MARGADANT S., Guillermo F. **El derecho privado romano.** 13ª. ed. México: Ed. Esfinge, S.A., 1985.
- MESSINEO, Francesco. **Manual de derecho civil y comercial. Vol. IV.** Obligaciones Parte General. Ed. Jurídicas Europa-América, 1971.
- MAZEAUD, Henri y Léon, y Maseaud, Jean. **Lecciones de derecho civil. Vol. III,** Argentina: Ed. Jurídicas Europa-América, 1969.
- OSSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales.** Argentina: Ed. Heliasta S.R.L., 1984.
- PEREZNIETO CASTRO, Leonel y Graham James. **Tratado de arbitraje comercial internacional mexicano.** Colección Mediación-arbitraje. 2ª. ed. México: Ed. LIMUSA, S.A. de C.V., 2013.
- PUIG BRUTAU, José. **Fundamentos de derecho civil. t. II, doctrina general del contrato.** Barcelona España: BOSCH, Casa Ed. S. A., 1978.
- PUIG PEÑA, Federico. **Compendio de derecho civil español. Vol. III. obligaciones y contratos.** 3ª. ed. Madrid, España: Ed. Pirámide, S.A., 1986.
- REZZÓNICO, Luis María. **Estudio de los contratos en nuestro derecho civil.** Buenos Aires, Argentina: Ed. Depalma, 1967.
- RIVERA NEUTZE, ANTONIO. **Curso práctico de arbitraje comercial internacional.** Guatemala. Ed. Edifolsa. 2001

RUIZ SERRAMALERA, Ricardo. **Derecho civil. derecho de obligaciones I.** Madrid, España: Universidad Complutense. Facultad de Derecho. Sección de Publicaciones. Artes Gráficas Benzal, 1981.

RUIZ SERRAMALERA, Ricardo. **Derecho civil, el negocio jurídico.** Madrid, España: Universidad Complutense. Facultad de Derecho. Sección de Publicaciones. Artes Gráficas Benzal, 1980.

SPOTA, Alberto G. **Instituciones de derecho civil. contratos. Vol. III.** Buenos Aires, Argentina: Ed. Depalma, 1983.

VASQUEZ DEL MERCADO, Oscar. **Contratos mercantiles.** 16ª. ed. México: Ed. Porrúa, 2014.

VÁQUEZ MARTÍNEZ, Edmundo. **Instituciones de derecho mercantil.** 3ª. ed. Guatemala: Ed. IUS, 2012.

VILLEGAS LARA, René Arturo. **Derecho mercantil guatemalteco. t. III;** 6ª. ed. Guatemala: Ed. Universitaria- USAC-, 2011

VITERI ECHEVERRÍA, Ernesto Ricardo. **Los contratos en el derecho civil guatemalteco (parte especial).** Guatemala. (s.e) Instituto de Investigaciones Jurídicas. 2005.

Legislación:

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

Convención interamericana sobre arbitraje comercial internacional. Convención de Panamá, 1975.

Convención sobre el reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras. Convención en New York, E.E.U.U., 1958.

Código Civil. Decreto Ley 106 del Jefe de Gobierno de la República de Guatemala, 1963.

Código de Comercio de la República de Guatemala. Decreto número 2-70 del Congreso de la República. 1970.



Código Procesal Civil y Mercantil. Decreto Ley 107, Enrique Peralta Azurdia, Jefe de Gobierno de la República de Guatemala, 1971.

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

Ley del Organismo Judicial. Decreto número 2-89 del Congreso de la República de Guatemala, 1989.