

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



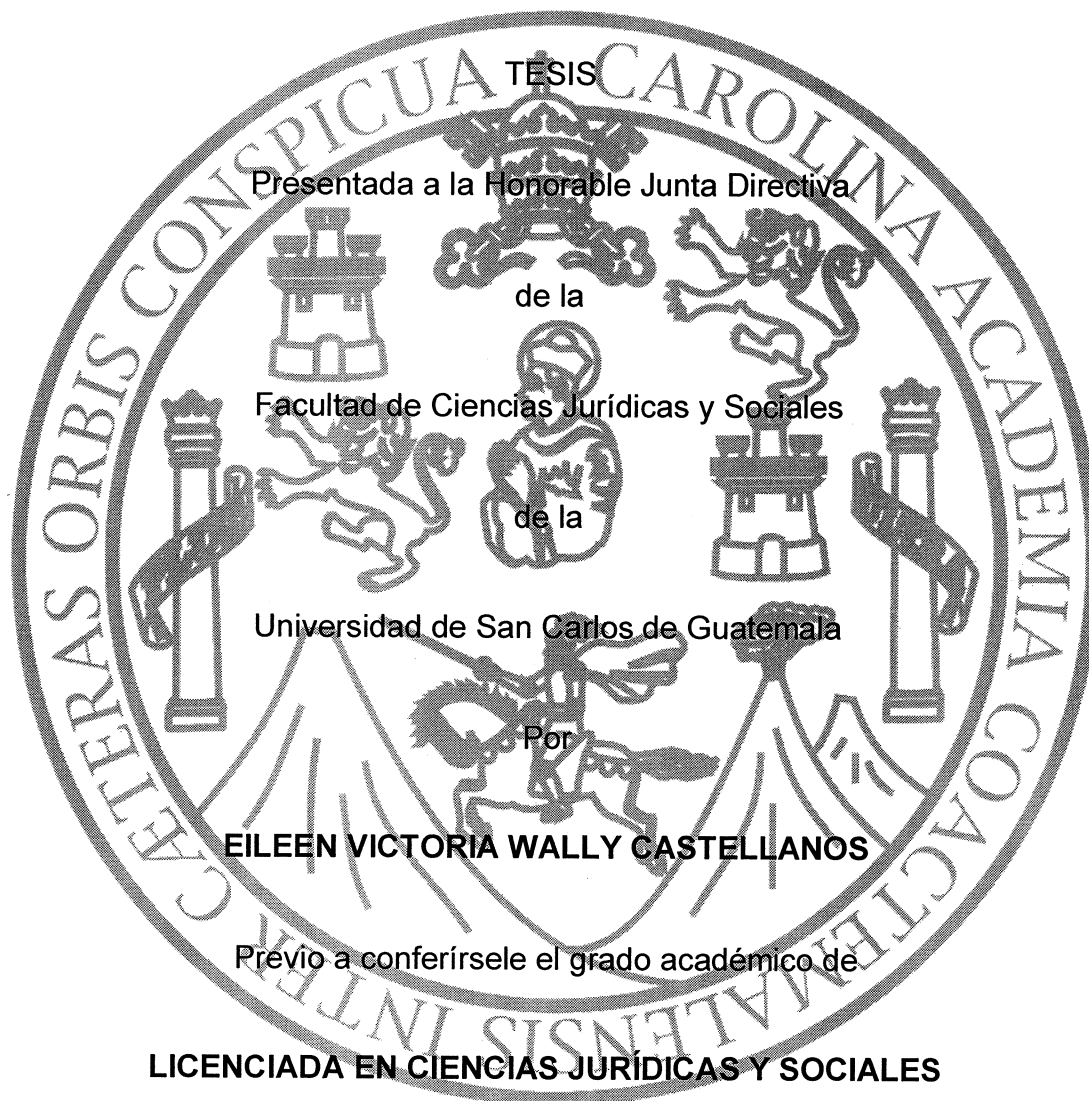
**DESARROLLO DIFERENCIAL ENTRE LOS PRINCIPIOS
CÓMPETENCE-CÓMPETENCE Y AUTONOMÍA DEL ACUERDO ARBITRAL EN LA
LEGISLACIÓN ARBITRAL DE GUATEMALA**

EILEEN VICTORIA WALLY CASTELLANOS

GUATEMALA, FEBRERO DE 2019

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

**DESARROLLO DIFERENCIAL ENTRE LOS PRINCIPIOS
CÓMPETENCE-CÓMPETENCE Y AUTONOMÍA DEL ACUERDO ARBITRAL EN LA
LEGISLACIÓN ARBITRAL DE GUATEMALA**



TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

EILEEN VICTORIA WALLY CASTELLANOS

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Y los títulos profesionales de

ABOGADA Y NOTARIA

Guatemala, febrero de 2019

**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:	Lic. Henry Manuel Arriaga Contreras
VOCAL III:	Lic. Juan José Bolaños Mejía
VOCAL IV:	Br. Jhonathan Josué Mayorga Urrutia
VOCAL V:	Br. Abidán Carías Palencia
SECRETARIO:	Lic. Fernando Antonio Chacón Urizar

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente:	Lic. José Luis de León Melgar
Vocal:	Licda. Dora Imelda Vásquez Díaz
Secretaria:	Licda. Gregoria Sánchez

Segunda Fase:

Presidente:	Lic. Adolfo Vinicio García
Vocal:	Licda. Gloria Esperanza García de León
Secretario:	Lic. William Elías López Paz

RAZON: "Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas y contenido de las tesis". (Artículo 43 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Publico).



USAC
TRICENTENARIA
Universidad de San Carlos de Guatemala



Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Unidad de Asesoría de Tesis. Ciudad de Guatemala,
11 de julio de 2017.

Atentamente pase al (a) Profesional, **MANUEL DE JESUS MEJICANOS JIMENEZ**
_____, para que proceda a asesorar el trabajo de tesis del (a) estudiante
EILEEN VICTORIA WALLY CASTELLANOS, con carné **201312290**,
titulado **DESARROLLO DIFERENCIAL ENTRE LOS PRINCIPIOS CÓMPETENCE-CÓMPETENCE Y AUTONOMÍA**
EL ACUERDO ARBITRAL EN LA LEGISLACIÓN ARBITRAL DE GUATEMALA.

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

dictamen correspondiente se debe emitir en un plazo no mayor de 90 días continuos a partir de
ncluida la investigación, en este debe hacer constar su opinión respecto del contenido científico y
cnico de la tesis, la metodología y técnicas de investigación utilizadas, la redacción, los cuadros
tadísticos si fueren necesarios, la contribución científica de la misma, la conclusión discursiva, y la
bliografía utilizada, si aprueba o desaprueba el trabajo de investigación. Expresamente declarará
e 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.

LIC. ROBERTO FREDY ORELLANA MARTÍNEZ
Jefe(a) de la Unidad de Asesoría de Tesis



Fecha de recepción 10 / 07 / 2017

f)

Asesor(a)

MANUEL DE JESUS MEJICANOS JIMENEZ
Abogado y Notario

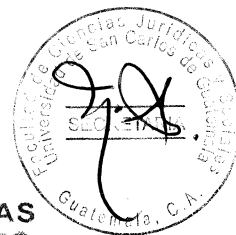
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

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



Manuel de Jesús Mejicanos Jiménez

Abogado y Notario



Guatemala, 5 de septiembre de 2018

Lic.

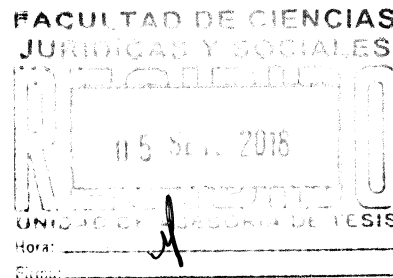
Roberto Fredy Orellana Martínez

Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Universidad de San Carlos de Guatemala

Presente.



En providencia fechada el once de julio de dos mil diecisiete, por la Unidad de Asesoría de Tesis de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, se nombró al suscrito como **ASESOR** del trabajo de tesis de **EILEEN VICTORIA WALLY CASTELLANOS**, carné **201312290**, quien estudia la carrera de abogacía y notariado en esta facultad. El trabajo se denomina "**DESARROLLO DIFERENCIAL ENTRE LOS PRINCIPIOS CÔMPETENCE-CÔMPETENCE Y AUTONOMÍA DEL ACUERDO ARBITRAL EN LA LEGISLACIÓN ARBITRAL DE GUATEMALA**". Habiéndose concluido la elaboración de aquel trabajo, el 15 de agosto de 2018, con plena observancia de lo regulado en el Artículo 31 del Normativo para la elaboración de tesis de licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, por este medio, se rinde el presente dictamen del asesor, en los términos siguientes:

1. La investigación realizada ostenta rigor científico y técnico del análisis comparativo que se desarrolló. En el trabajo se logró comprobar la hipótesis sustentada por la autora.
2. De común acuerdo con la sustentante, se utilizó una metodología que se resume en lo siguiente:
 - a. En cuanto su desarrollo analítico, la investigación se dividió en cuatro capítulos, en los que se abordó la temática del arbitraje desde sus orígenes, el acuerdo arbitral, el principio de autonomía de la voluntad, para concluir con la diferenciación que se pretendió destacar en el trabajo de tesis. La investigación tiene un componente histórico que permite entender de mejor manera la temática relacionada con el arbitraje.
 - b. Se hizo una labor de síntesis en cuanto a sus conceptos, que permite una integración de los subapartados de la investigación, para una mejor comprensión de las conclusiones a las que se arribó por parte de la autora.
 - c. En el trabajo de tesis se utilizaron los métodos inductivo y deductivo, según se podrá colegir de su lectura.
3. Las instituciones y conceptos analizados en la investigación permiten obtener una contribución de orden científico-académico a quien lo lee, sobre todo por el desarrollo

Oficina Profesional:

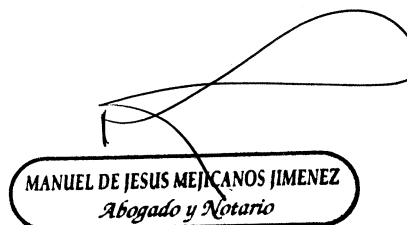
8ª. Avenida 10-24, zona 1; Oficina 304

Ciudad de Guatemala, Guatemala C.A.

Tels: (502) 2253-8908 y (502) 2253-8909

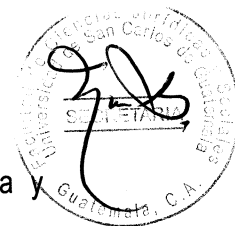
Fax: (502) 2251-8553

e-mail: manuelmejicanos@hotmail.com



Manuel de Jesús Mejicanos Jiménez

Abogado y Notario



diferencial propuesto por la autora. La redacción de la investigación es adecuada y comprensible.

4. Las conclusiones a las que arriba la autora del trabajo de tesis son congruentes con los objetivos propuestos, pues permiten evidenciar la aceptación de la hipótesis inicialmente propuesta. La conclusión discursiva es atinente y adecuada para este tipo de trabajos de investigación, por su rigor científico.
5. La bibliografía utilizada en la investigación fue escogida por la autora del trabajo de tesis, con la aquiescencia del asesor. Recoge opiniones de connotados autores, especialistas en la materia arbitral en el contexto mundial. La legislación aludida en la investigación es atinente.
6. En observancia del Artículo 31 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público utilizado por la Unidad de Asesoría de Tesis de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala, expresamente declaro que no soy pariente dentro de los grados de ley, de la autora del presente trabajo de tesis.

No me resta sino felicitar a la autora del trabajo de tesis, por el encomio, tesón y responsabilidad con el que realizó la investigación. Estoy seguro que esas cualidades, sumadas a otras que ella tiene, le permitirán obtener muchos éxitos en un futuro ejercicio profesional.

Con base en lo anterior, el suscrito aprueba el trabajo de investigación realizado, y emite el presente **DICTAMEN FAVORABLE** del trabajo denominado "**DESARROLLO DIFERENCIAL ENTRE LOS PRINCIPIOS CÓMPETENCE-CÓMPETENCE Y AUTONOMÍA DEL ACUERDO ARBITRAL EN LA LEGISLACIÓN ARBITRAL DE GUATEMALA**".

Con lo anterior, he cumplido con el cometido para el que fui nombrado como asesor del trabajo de tesis, y solicito de usted que se prosiga con el trámite administrativo correspondiente, que permita que la investigación aquí multicitada pueda ser discutida en examen general público, previo a que la autora se le concedan los títulos profesionales de abogada y notaria.

Atentamente,

Manuel de Jesús Mejicanos Jiménez
Abogado y Notario
Col. 5086

MANUEL DE JESUS MEJICANOS JIMENEZ
Abogado y Notario

MMJ/pc.

c.c. Srita. Wally Castellanos

Oficina Profesional:

8ª. Avenida 10-24, zona 1; Oficina 304

Ciudad de Guatemala, Guatemala C.A.

Tels: (502) 2253-8908 y (502) 2253-8909

Fax: (502) 2251-8553

e-mail: manulmejicanos@hotmail.com



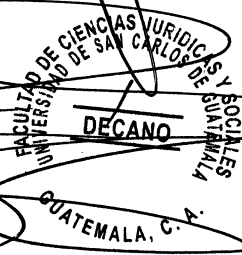
USAC
TRICENTENARIA
Universidad de San Carlos de Guatemala



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, 18 de enero de 2019.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis de la estudiante EILEEN VICTORIA WALLY CASTELLANOS, titulado DESARROLLO DIFERENCIAL ENTRE LOS PRINCIPIOS COMPETENCE-COMPETENCE Y AUTONOMÍA DEL ACUERDO ARBITRAL EN LA LEGISLACIÓN ARBITRAL DE GUATEMALA. Artículos: 31, 33 y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

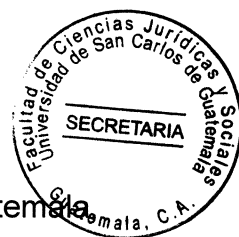
RFOM/darao.





DEDICATORIA

- A DIOS:** Por darme la fortaleza necesaria y fuerza de voluntad suficiente para cumplir exitosamente cada paso de este camino hasta llegar a la meta.
- A MI MADRE:** Por su compañía a lo largo de este tiempo e inspirarme a ser una mujer exitosa. Me dio las herramientas necesarias en el proceso de convertirme en una profesional.
- A MI PADRE:** Thomas Wally, por enseñarme a pesar de la distancia que no existen límites en lo que me propongo y que los sacrificios traen consecuencias positivas tanto en el presente como en el futuro.
- A OYSTEIN JOSEF:** Por el cariño y apoyo incondicional a través de estos seis años de carrera.
- A MIS ABUELOS:** Por la sabiduría que pude absorber a través de sus historias y anécdotas. La formación que me dieron desde pequeña, me ayudó a ser la mujer que soy ahora.
- A MI NOVIO:** Por la inspiración constante que provoca en mí y estar en las buenas y en las malas. Me reconfortó en los momentos necesarios y me motivó en cada momento. Gracias por darme la confianza en que haremos grandes cosas juntos trabajando por nuestra felicidad.
- A MI ASESOR:** Licenciado Manuel Mejicanos, por guiarme con su conocimiento y experiencia en el proceso de elaboración de esta tesis.



A: La tricentenaria Universidad de San Carlos de Guatemala por abrirme sus puertas. Me enseñó realidad y me sacó de la burbuja en la que vivía.

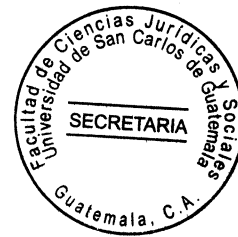
A: La Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, que a través de sus catedráticos me formó para culminar exitosamente esta honorable carrera.

PRESENTACIÓN

El arbitraje, como rama del derecho privado y método alternativo de resolución de conflictos continúa desarrollándose en Guatemala. Este es el caso en el cual, se desarrollarán diferencialmente como objeto de estudio, dos de los principios más importantes de la materia: *competence-competence* y autonomía del acuerdo arbitral. La clase de investigación es cualitativa y se basa en la doctrina, fundamento objetivo de legislación arbitral nacional e internacional, jurisprudencia y derecho comparado. Asimismo, el contexto diacrónico es Guatemala y el sincrónico se desarrolló a través del año 2018.

Tomando al árbitro como sujeto de estudio de la presente, se identifica que éste puede encontrarse en desventaja al no distinguir ni interpretar propiamente los anteriormente mencionados, por lo que, la presente tesis servirá como herramienta de integración interpretativa.

En un primer plano se evidenciará la equivocada y confusa forma de contemplar dichos principios arbitrales en la legislación arbitral de Guatemala y consecuentemente, constituya un aporte académico para los estudiantes y particularmente árbitros y abogados especializados en arbitraje comercial en su función como profesionales a los cuales se les somete a conocimiento una controversia pactada por las partes en una cláusula contenida en un contrato para interpretar determinada controversia relacionada a la existencia y validez del convenio arbitral, o ya sea la existencia y validez del contrato principal.



HIPÓTESIS

Existe diferencia entre los principios arbitrales *competence-competence* y autonomía del acuerdo arbitral en la legislación arbitral de Guatemala ya que tienen definiciones, características y supuestos de aplicación desiguales.

La anterior hipótesis es de tipo descriptivo, tomando como objeto de estudio a los principios arbitrales más importantes de la materia: *competence-competence* y autonomía del acuerdo arbitral. El sujeto de investigación lo constituye el árbitro, abogado, especializado en arbitraje comercial, en su función como profesional al que se le somete a conocimiento una controversia pactada por las partes en una cláusula contenida en un contrato, y debe interpretar determinada controversia relacionada a la existencia y validez del convenio arbitral, o ya sea la existencia y validez del contrato principal.



COMPROBACIÓN DE HIPÓTESIS

Es válida la hipótesis anteriormente desarrollada que determina que existe diferencia entre los principios arbitrales *competence-competence* y autonomía del acuerdo arbitral en la legislación arbitral de Guatemala ya que tienen definiciones, características y supuestos de aplicación desiguales. La comprobación se logró a través de los métodos de análisis, síntesis, inducción y deducción.

Por un lado, el principio *competence-competence* hace que un árbitro pueda determinar su propia competencia para resolver controversias relativas a la existencia y validez de un acuerdo arbitral; y por el otro lado, el principio de autonomía del acuerdo arbitral permite al árbitro resolver controversias relativas a la existencia y validez del contrato principal para determinar si éste es defectuoso, mas no tendría por qué desestabilizar la cláusula donde voluntariamente se pactó el arbitraje como vía idónea, ya que el acuerdo arbitral es autónomo del contrato.

ÍNDICE

Pág.

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

CAPÍTULO I

1. El arbitraje.....	1
1.1 Antecedentes y origen.....	1
1.2 Naturaleza jurídica del arbitraje.....	9
1.3 Definición de arbitraje.....	15
1.4 Clasificación del arbitraje.....	20

CAPÍTULO II

2. El acuerdo de arbitraje.....	25
2.1 Efectos sustanciales del acuerdo arbitral.....	26
2.2 Validez de un acuerdo de arbitraje.....	29
2.3 Modalidades del acuerdo de arbitraje.....	32

CAPÍTULO III

3. Principio de autonomía de la voluntad.....	41
3.1 Antecedentes.....	41
3.2 Conceptualización del principio de autonomía de la voluntad.....	43
3.3 Importancia del principio de autonomía de la voluntad en el arbitraje.....	46



3.4 Internacionalidad del arbitraje y ley aplicable	46
---	----

CAPÍTULO IV

4. Principios <i>competence-competence</i> y autonomía del acuerdo arbitral	53
4.1 Principios aplicables al arbitraje.....	54
4.2 Principio <i>competence-competence</i>	56
4.3 Principio de autonomía del acuerdo arbitral.....	59
4.4 Determinación de las principales diferencias.....	62
4.5 Relevancia de los principios en la legislación arbitral internacional.....	66
 CONCLUSIÓN DISCURSIVA.....	 73
BIBLIOGRAFÍA	75

INTRODUCCIÓN

La importancia del por qué la elección del tema objeto de la tesis radica en el constante desarrollo del arbitraje en el mundo del derecho y en particular, en la legislación de Guatemala en concatenación con los avances internacionales normativos de la materia.

El problema a desarrollar en las siguientes páginas es la distinción entre los principios arbitrales *competence-competence* y autonomía del acuerdo arbitral en la legislación arbitral de Guatemala, debido a que aunque su estudio se entrelaza, sus objetivos son sumamente distintos dentro de un proceso arbitral.

El objetivo general consiste en determinar el campo de aplicación de cada principio anteriormente mencionado, ya que no existe claridad al distinguir su aplicabilidad. Se logró alcanzar dicho fin en virtud que se desarrolló de forma diferencial.

Cada uno posee su particular valor agregado; por un lado, el principio de *competence-competence* hace que un árbitro pueda determinar su propia competencia para resolver controversias relativas a la existencia y validez de un acuerdo arbitral; por el otro lado, el principio de autonomía del acuerdo arbitral permite al árbitro resolver controversias relativas a la existencia y validez del contrato principal para determinar si éste es defectuoso, mas no tendría por qué desestabilizar la cláusula donde voluntariamente se pactó el arbitraje como vía idónea, ya que el acuerdo arbitral es autónomo del contrato.

Con base a lo anterior, la hipótesis versó en determinar que en efecto, existe diferencia entre los principios arbitrales *compétence-compétence* y autonomía del acuerdo arbitral en la legislación arbitral de Guatemala ya que tienen definiciones, características y supuestos de aplicación desiguales. Dicha hipótesis fue comprobada óptimamente y se desarrolla en los siguientes capítulos.

En el capítulo primero se desarrolla el arbitraje, estableciéndose antecedentes históricos, posiciones doctrinarias que explican la naturaleza jurídica del mismo, para luego definirlo desde distintas perspectivas; en el capítulo segundo se esboza el acuerdo arbitral en sus distintas modalidades; en el capítulo tercero se estudia al principio de autonomía de la voluntad en el arbitraje y por último, en el capítulo cuarto se le da la prioridad que merece el objeto fundamental de la presente tesis.

Se utilizó el método de análisis para lograr separar el contenido y permitir una división mental de los componentes objeto de estudio y consecuentemente fue utilizado el método de síntesis para lograr una unión mental con base a ese análisis previo permitiendo así determinar resultados claros. Estos métodos fueron complementados con el método de análisis histórico que estudia la trayectoria real de los fenómenos en concatenación con el método lógico que investiga las leyes generales de funcionamiento de los fenómenos de unidad de análisis.

El fin primordial es el desarrollo académico del arbitraje para resultados prácticos óptimos en la materia, como una rama que se cataloga como el futuro del derecho según las tendencias actuales.

CAPÍTULO I

1. El arbitraje

El arbitraje, como método alternativo de resolución de conflictos, será abordado en el presente capítulo, para su pleno entendimiento, desde una perspectiva metodológica histórica. Posteriormente se establecerán las posiciones doctrinarias que explican la naturaleza jurídica del arbitraje, para luego definirlo desde distintas perspectivas. Por último se esbozará una clasificación exhaustiva de dicha institución.

La problemática que se desarrollará consiste en la distinción entre los principios arbitrales: *cómpetence-cómpetence* y autonomía del acuerdo arbitral en la legislación arbitral de Guatemala, debido a que aunque su estudio se entrelaza, sus objetivos son sumamente distintos dentro de un proceso arbitral. Se establecerán las diferencias entre dichos principios, con base a doctrina, análisis objetivo de legislación arbitral nacional e internacional, jurisprudencia y derecho comparado.

1.1 Antecedentes y origen

Anterior al origen de las formas estatales de administración de justicia, surge el arbitraje. “En las sociedades remotas, solicitar a un tercero imparcial para la resolución de un conflicto era materialmente la única vía de resolverlo con ciertas garantías, por lo que el sometimiento de las controversias de particulares a otros sujetos, consintiendo

anticipadamente y de forma obligatoria la sentencia, fue un ejercicio preliminar al régimen judicial estatal.”¹

En el anterior orden de ideas, se determina que la vía original de resolución de conflictos, históricamente, fue la justicia privada. A través del tiempo, los seres humanos, en una lucha por vencer su naturaleza primitiva y transformarse una civilización que buscaba construir paulatinamente una sociedad, se acogen a las primeras pautas de comportamiento, determinando que probos y distinguidos individuos con preponderancia moral, tales como los sabios, ancianos o sacerdotes, resolviesen toda aquella controversia que surgía entre la población.

- **Grecia y el imperio romano: Evolución del arbitraje**

Se ha demostrado que la formulación del arbitraje como método, aparece en el año 520 A.C., específicamente entre los consejos de la confederación de pueblos y ciudades de élite que ostentaban influencia tanto militar como política de Atenas. “El arbitraje se denominó antifictionía y su fundamental propósito era solucionar toda aquella controversia entre grupos étnicos, siendo doce ancianos los representantes de las diferentes tribus. Asimismo, en la Grecia clásica existieron árbitros de índole público, seleccionados entre cuarenta patriarcas, los cuales se encargarían de juzgar cuestiones tanto públicas como también criminales.”²

¹ Battista Guzzetti, Giovanni. **Hombre y otros hombres**. Pág. 40.

² Cerón Coral, Jaime. **El arbitraje laboral**. Pág. 23.

Por otro lado, a través del derecho romano, la institución jurídica del arbitraje progresa exponencialmente. “Durante la república romana, debido al desarrollo de las relaciones mercantiles marítimas y terrestres, se hizo necesario crear una plataforma consistente en un conjunto de estipulaciones que facilitaran el tráfico comercial. Las partes se comprometían al pago de una multa si alguna de ellas incumplía el compromiso, dejando la decisión en manos de un árbitro elegido de común acuerdo. Este pacto arbitral se reprodujo rápidamente, fomentando credibilidad y certidumbre en la praxis de los hombres de negocios.”³

Posteriormente en el año 529 D.C., el emperador Flavio Pietro Sabbazio Justiniano, artífice del *Corpus Iuris Civilis*, incursiona en el ámbito del arbitraje. “Su principal logro fue dotar de fuerza ejecutiva a la decisión, si el pacto arbitral se encontraba documentado y acompañado de juramento solemne.”⁴

- **Época medieval**

Posterior a la desaparición del imperio romano, se produjo un inminente vacío de poder que originó poblaciones sin un efectivo poder estatal ni organización judicial. “Esto provocó que la iglesia católica impulsara el arbitraje, pero también por otro lado, surgieron agrupaciones de profesionales compuestos por comerciantes y artesanos, encaminados a encontrar vías alternas de resolución de conflictos.”⁵

³ Zimmermann, Reinhard. **Derecho de obligaciones: Los fundamentos romanos de la tradición civil.** Pág. 320.

⁴ *Ibid.* Pág. 390.

⁵ Gulizia, Luigi. **El anillo roto de la historia.** Pág. 121.

Lo anterior determina que conforme al derecho canónico, durante los siglos XII y XIII, cualquier persona podía presentar una demanda ante un tribunal eclesiástico ya que este sistema intervino con preceptos más apropiados, permitiéndole a las partes facultades más extensas como la elección del procedimiento y también el nombramiento de árbitros –incluyendo por primera vez a mujeres dentro de las opciones-.

Por otro lado, los estatutos medievales promovieron que las decisiones arbitrales tuviesen los mismos efectos que las judiciales.

- **Edad contemporánea: fluctuación del arbitraje**

Con la Revolución Francesa, el arbitraje se extiende al ámbito en donde la voluntad de las partes prevalece, conceptualizándolo como un derecho natural que funciona para contrarrestar abusos de la justicia del Estado. “Es en esta etapa en donde se determina que este método alternativo de resolución de conflictos tiene como núcleo el contrato social y se encuentra guiado por los principios liberales y republicanos.”⁶

Se determina que el derecho de los individuos de remitir sus controversias por la vía arbitral no puede ser objeto de impedimento por parte del poder ejecutivo ni descenso por parte de los legisladores, esto en virtud de la conciencia proveniente del principio fundamental de la autonomía de la voluntad en materia contractual, que claramente es aplicable al arbitraje.

⁶ Lew, Julian. **Comparativa del arbitraje comercial internacional**. Pág. 85.

- **Período moderno, arbitraje y globalización**

Posterior a la segunda guerra mundial, surge una sociedad postindustrial gracias al restablecimiento de la economía. “En esta etapa, el contrato entre particulares toma el lugar de la ley, como consecuencia de los intercambios y flujos de carácter mercantil, social y cultural a nivel mundial. La desatención de los legisladores y la inoperancia de los aparatos judiciales estatales provocó preocupación en el mundo del derecho mercantil, esto trajo como consecuencia una auto-organización de los individuos que se manifestó a través de una creatividad jurídica que integró contratos transnacionales que manifestaban satisfacción a necesidades reales del tráfico jurídico, incluyendo claramente a el pacto arbitral, posibilitando de esta forma, una vía alterna a la del Estado.”⁷

La globalización es un movimiento que se encuentra en constante progreso y movimiento ya que la ciencia, la tecnología, la información, la fuerza de trabajo, la producción, la industria y la economía en general no se limitan a sus fronteras nacionales. “En este contexto, el derecho constitucional y el derecho internacional, trabajan en constante concatenación, mientras el primero debe beneficiar las regulaciones comerciales y financieras; el segundo debe fomentar la uniformidad procesal del arbitraje internacional, para que de esta forma se pueda ordenar la coerción de los laudos arbitrales internacionales.”⁸

⁷ Quadrio Curzio, Alberto. **Globalización: perfil económico**. Pág. 41.

⁸ Álvarez Londoño, Luis Fernando. **Derecho y globalización**. Pág: 115.

Concatenado a lo expuesto anteriormente, el derecho mercantil y el derecho internacional, también fueron materias determinantes para la evolución del arbitraje en la actualidad. Prueba de ello, es el innegable hecho de que en últimas décadas, el arbitraje comercial internacional se transformó en la principal forma de resolución de conflictos mercantiles internacionales.

Es así como surge la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Extranjeras, también llamada Convención de Nueva York, cuyo órgano creador fue la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. Este instrumento es el antecedente directo más importante en materia internacional, concretándose como el principal tratado multilateral sobre arbitraje internacional.

La Convención de Nueva York se constituyó en 1958 como el modelo fundamental para los arbitrajes en el ámbito internacional, aun cuando solo estuviese destinada al reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales. Asimismo fue de suma trascendencia para la extensión e incentivo de la labor arbitral ya que permitió al arbitraje internacional adquirir un carácter vinculante de forma definitiva; definir concretamente el pacto arbitral o cláusula compromisoria, como también las condiciones de su perfeccionamiento.

Es preciso señalar que el Estado de Guatemala, comprometiéndose con el progreso del arbitraje en el país, aprueba dicha convención mediante el Decreto-Ley número 9-84, publicado en el Diario Oficial el 22 de mayo de 1984 y vigente para Guatemala desde el 23 de mayo de 1984.

Posteriormente, en 1975 surge la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional, también conocida como Convención de Panamá siendo su órgano creador la Organización de Estados Americanos. A través de esta normativa, los países del continente en un entorno de globalización creciente pero aún incipiente, reconocieron la importancia del arbitraje como vía para la solución de controversias comerciales internacionales y buscaron otorgarle la categoría de derecho vigente frente al cual se encontraban obligadas.

Cabe mencionar que el Estado de Guatemala aprobó esta convención mediante el Decreto número 35-86 del Congreso de la República de Guatemala, publicado en el Diario Oficial el 8 de septiembre de 1986 y entró en vigor para Guatemala, de conformidad con el propio texto del instrumento, desde el 9 de septiembre de 1986.

Para culminar el esbozo histórico de la evolución del arbitraje, es preciso realizar un breve desarrollo sobre la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre Arbitraje Comercial Internacional, cuyo órgano creador es la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. Su creación tuvo como objetivo fundamental ayudar a los Estados a lograr reformar y modernizar sus leyes sobre el procedimiento arbitral para mantener una óptima actualización de las necesidades del arbitraje comercial internacional.

Dicha normativa regula todas las etapas del procedimiento arbitral y el alcance de la intervención del tribunal, hasta el reconocimiento y la ejecución del laudo arbitral. Equivale a un consenso mundial sobre características de mayor relevancia en la

práctica del arbitraje internacional aceptadas por Estados de todas las regiones y distintos ordenamientos jurídicos o sistemas económicos del mundo.

En los siguientes párrafos se desarrollará la importancia que esta normativa tuvo en Guatemala en concordancia con su actual legislación en material arbitral.

- **Desarrollo histórico significativo del arbitraje nacional en Guatemala**

Los primeros antecedentes del arbitraje en Guatemala se encuentran en el Código de Enjuiciamiento Civil y Mercantil, normativa que regulaba el arbitraje del Artículo 730 al 744. Pero, como parte de la historia reciente, el Código Procesal Civil y Mercantil, Decreto Ley 107, el cual se encuentra en vigencia desde el 1 de julio de 1964, regulaba el proceso arbitral en el Libro Segundo de procesos de conocimiento, Título IV, Capítulo I del Artículo 269 al 293. También, el Código Civil, Decreto Ley 106, en la Segunda Parte Título XXI, regulaba el contrato del compromiso de los Artículos 2171 al 2177.

El régimen legal aplicable al arbitraje antes indicado tenía una serie de normas y disposiciones que habían dejado de representar los avances más recientes en esta materia y, por ende, se habían transformado en verdaderos obstáculos para que las partes interesadas pudieran hacer uso efectivo y continuo del arbitraje.

El 25 de noviembre de 1995 entró en vigor el Decreto 67-95 del Congreso de la República de Guatemala denominado Ley de Arbitraje la cual derogó casi en su

totalidad las disposiciones referentes al arbitraje citadas del Código Civil y Código Procesal Civil y Mercantil. Esta se basó en la Ley Modelo de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre Arbitraje Comercial Internacional, promulgada en el año de 1985, por lo que se determina que constituye una respuesta a la comunidad jurídica internacional, comprometida con el desarrollo del arbitraje como medio alternativo para la resolución de conflictos, para el descongestionamiento de la carga de tribunales jurisdiccionales y además propiciar la resolución eficaz y celera de los mismos.

Asimismo esta ley es una muestra clara de la necesidad imperante de adecuar las normas internas con las de origen internacional, a la luz de los tratados y convenciones internacionales en materia de arbitraje que Guatemala ha suscrito y ratificado, y así obtener un sistema avanzado y renovado en materia de arbitraje.

1.2 Naturaleza jurídica del arbitraje

Las corrientes sobre la naturaleza jurídica del arbitraje permiten realizar un análisis integral de la institución arbitral para posteriormente definir sus alcances y modos en que se desarrolla el proceso, incluso para precisar el peso y efecto de la decisión de la autoridad arbitral, la cual se traduce en la emisión de un laudo o sentencia arbitral. En eso radica el análisis de la naturaleza jurídica del arbitraje, que se desarrolla a continuación.

- **Corriente procesalista**

Esta teoría también es denominada jurisdiccionalista, y sus fundamentos recaen en los principales propósitos del arbitraje y el trabajo del árbitro. “Según esta corriente, debe entenderse la función arbitral de manera implícita, concatenada y equiparada con la función jurisdiccional del Estado de administrar e impartir justicia. En otras palabras, la corriente procesalista identifica a los árbitros como administradores de controversias, impartiendo de esta forma, la denominada justicia privada.”⁹

Se trata, pues, de un proceso al cual debe de reconocérsele su naturaleza jurisdiccional. Frente a esta corriente, se encuentra la posición de la Corte Constitucional de Colombia en su sentencia C-242, que dentro de las consideraciones para aclarar la naturaleza procesalista del arbitraje, determinó que este es la manifestación de un mecanismo para impartir justicia, en donde también se hace efectiva la función pública del Estado.

Además que dicha institución goza de autorización constitucional evidente, a través de ciertas particularidades, en donde los árbitros ostentan la función de administrar justicia de forma transitoria, con las facultades, responsabilidades y poderes que la ley determina, en virtud de haber quedado habilitados por las partes para emitir laudos arbitrales de derecho o de equidad.

⁹ Talero Rueda, Santiago. **Arbitraje comercial internacional**. Pág. 40.

- **Corriente contractualista**

El principio de autonomía de la voluntad de las partes es la base fundamental de esta corriente, el cual funciona como el elemento que le da vida al arbitraje, en palabras precisas: la corriente explica que el arbitraje es la consecuencia directa de la celebración de un contrato. Es claro que este método alternativo de resolución de conflictos está regido por normas jurídicas para su correcto desenvolvimiento, pero el mismo se inicia y desarrolla en virtud de los lineamientos y límites que las partes hayan pactado expresamente.

Según esta teoría, la constitución formal del arbitraje da como resultado que la autoridad judicial no se encuentre facultada para conocer de la controversia, ya que el compromiso arbitral implica la renuncia expresa al procedimiento judicial. “En otras palabras, las partes se estarían sometiendo a un juicio ajeno, resuelto por árbitros cuyas facultades se derivan de la voluntad de las partes expresadas de acuerdo a las formalidades de la ley; en términos claros, el árbitro no es un funcionario estatal y tampoco ostenta jurisdicción.”¹⁰

A contraposición de la corriente procesalista, en esta teoría la característica categórica no es la forma en la que el árbitro ejerce su labor de resolver una controversia, sino la voluntad de las partes de fijar los extremos en los que la autoridad arbitral actuará.

¹⁰ Casais, José. **Principios de derecho procesal civil**. Pág. 43.

- **Teoría mixta**

Claramente, los doctrinarios en la materia no tardaron en generar discusión respecto a las dos corrientes anteriores, planteando distintos cuestionamientos. Ante ello, se llevaron a cabo pruebas para lograr conciliar dichas escuelas de pensamiento, surgiendo así la teoría mixta. De acuerdo con esta posición ecléctica, el origen del arbitraje es contractual, pero la labor de los árbitros debe homologarse por los jueces.

De manera que, no es posible inclinarse únicamente por la corriente procesalista, ni tampoco por la contractualista. “Es decir que, el arbitraje es en su origen un negocio de derecho privado, como creación de la voluntad de los particulares, pero de carácter procesal en virtud de las sujeciones y las limitaciones a que esta voluntad es sometida ante el auxilio del poder judicial por la carencia de coercibilidad, cuando de ejecución forzosa se trata.”¹¹

Por lo tanto, para esta teoría, el origen contractual del arbitraje, en concatenación con la labor jurisdiccional, goza de gran importancia en el arbitraje.

- **Teoría autónoma**

Esta teoría es una de las más novedosas, la cual afirma que el arbitraje se desarrolla bajo un régimen totalmente autónomo. Esto quiere decir que, dicho método no puede

¹¹ Gorjón Gómez, Francisco Javier. **Arbitraje comercial**. Pág. 3.

encajar desde un origen meramente contractual, jurisdiccional y mucho menos mixto. Esta teoría conceptualiza al arbitraje en cuanto a sus finalidades, funciones y forma en que lleva a cabo su labor como una rama autónoma. El derecho arbitral como rama emancipada, busca la conquista armónica de las relaciones comerciales internacionales reconociendo los elementos jurisdiccionales y contractuales del arbitraje, pero cambiando su núcleo de enfoque.

Un ejemplo de esta teoría es que en la actualidad, el arbitraje internacional se ha desarrollado exponencialmente, puesto que las partes han indagado hacia un sistema flexible y que no emule necesariamente los sistemas procesales nacionales para la resolución de sus conflictos. “El elegir el arbitraje como vía idónea, se traduce en la elección de árbitros justos e imparciales, y que el laudo arbitral que en su momento se emita, sea ejecutable y de carácter obligatorio.”¹²

- **Posición de la autora del trabajo de tesis, respecto de la naturaleza jurídica del arbitraje en Guatemala**

Posterior a un análisis propio de las teorías respecto de la naturaleza jurídica del arbitraje en Guatemala, la posición a inclinar como autora de la presente investigación es la corriente contractualista, en virtud de que es el carácter consensual de las partes la base que fundamenta la apertura a un procedimiento arbitral, permitiendo así la

¹² Rubellin-Devichi, Jacqueline. **El arbitraje, naturaleza jurídica**. Pág.17

intervención de los árbitros, trayendo como consecuencia la emisión de un laudo arbitral que posee efectos idénticos a los de una sentencia judicial.

Para fundamentar el criterio personal anterior, es pertinente tomar como enfoque inicial a la Ley de Arbitraje de Guatemala, Decreto 67-95, para determinar cómo se conceptualiza la naturaleza jurídica de esta institución. En efecto, el Artículo 4, numeral 2 de dicha normativa, lo define como: "Cualquier procedimiento arbitral, con independencia de que sea o no una institución arbitral permanente ante la que se lleve a cabo"; asimismo, es necesario acudir al numeral 1 del mismo Artículo, el cual define al acuerdo de arbitraje de la siguiente forma: "Es aquel por virtud del cual las partes deciden someter a arbitraje todas o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica contractual o no contractual."

Aunque el Artículo anterior establezca que la relación jurídica puede ser contractual o no contractual, la Ley de Arbitraje se inclina más por la tesis contractual, porque parte del compromiso arbitral para desarrollar toda su regulación.

Por otro lado, tomando en cuenta que las partes deben respetar lo pactado, la función del juez ordinario de conocer el fondo de una controversia se ve limitada; de esta forma se constata que la justicia privada prevalece, y la autoridad arbitral tiene la competencia para entrar a conocer propiamente del asunto. Es pertinente señalar que el camino establecido por la ley para sustraer del conocimiento judicial una controversia, es un acuerdo celebrado válidamente por las partes, tal compromiso, no únicamente obliga a

las partes interesadas a someter sus controversias a la autoridad arbitral, sino que también el juez ordinario debe abstenerse de conocer de la discusión.

En otras palabras, es de carácter contractual y consensual la base que fundamenta la apertura a un procedimiento arbitral, permitiendo así la intervención de los árbitros, trayendo como consecuencia la emisión de un laudo arbitral que posee efectos idénticos a los de una sentencia judicial.

1.3 Definición de arbitraje

Se demostró que la naturaleza jurídica del arbitraje ha generado discusión desde sus inicios. En este sentido, aunque aún no se encuentre una solución aceptada por la totalidad de expertos en la materia, existe una tendencia por definir el arbitraje a raíz de sus consecuencias prácticas; es por ello, que se abordará delimitando el término, disociando los elementos simples e irreductibles de los que se compone, a través del método lógico: especificando el género próximo y su diferencia específica.

- **Definiciones doctrinarias**

Desde una perspectiva de carácter general, es preciso definir al arbitraje como: “Una institución por la cual un tercero resuelve una diferencia que divide a dos o más partes, en ejercicio de la misión jurisdiccional que le ha sido confiada por ellos.” ¹³

¹³ Jarrosson, Charles. **Noción del arbitraje, derecho y jurisprudencia**. Pág. 281.

Abordando una definición más completa, se puede establecer que: “El arbitraje es un juicio de conocimiento o procedimiento contencioso que encuentra la posibilidad de llevarse a cabo en los principios de autonomía de la voluntad y la libertad de disposición de las partes, derivado de una relación jurídica contractual mediante el cual, cuando hay controversias entre dos o más personas, empresas o Estados, estos 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.”¹⁴

En otras palabras, el arbitraje es un procedimiento de carácter privado y desde un enfoque estructural, la relación jurídica del mismo es de forma triangular, en cuyo ápice superior se encuentra la autoridad arbitral.

Una definición que tiene la particularidad de identificar al arbitraje con la calidad de ser único en su especie, ya que la autoridad arbitral está investida de jurisdicción pero no pertenece al sector gubernamental ni tampoco actúa de oficio, es la siguiente: “El arbitraje es un procedimiento jurisdiccional sui generis, mediante el cual, por expresa voluntad de las partes, se refiere la solución de conflictos privados transigibles, a un cuerpo igualmente colegiado integrado por árbitros, por los que transitoriamente quedan

¹⁴ *Íbid.* Pág. 290.

investidos de jurisdicción para proferir un laudo con la misma categoría jurídica y los mismos efectos de una sentencia judicial." ¹⁵

- **Definición legal nacional**

La Ley de Arbitraje de Guatemala es el único cuerpo normativo que regula esta materia, mismo que entró en vigencia el 25 de noviembre de 1995. Surge como respuesta a la comunidad jurídica internacional, comprometida con el desarrollo del arbitraje como medio alternativo para la resolución de conflictos, para el descongestionamiento de la carga de tribunales jurisdiccionales y además propiciar la resolución eficaz y celera de los mismos. Así mismo esta ley es una muestra clara de la necesidad imperante de adecuar las normas internas con las de origen internacional, a la luz de los tratados y convenciones internacionales en materia de arbitraje que Guatemala ha suscrito y ratificado, y así obtener un sistema avanzado y renovado en materia de arbitraje.

La Ley de Arbitraje define la institución de arbitraje en su Artículo 4, numeral 2, de la siguiente forma: "Arbitraje significa cualquier procedimiento arbitral, con independencia de que sea o no una institución arbitral permanente ante la que se lleve a cabo."

Se hace imperante complementar la definición anterior, con la que proporciona la Comisión de Resolución de Conflictos de la Cámara de Industria: "El arbitraje es un procedimiento confidencial a través del cual las partes involucradas en un conflicto

¹⁵ Hernán, Jorge. **Curso práctico de arbitraje**. Pág. 11

de materia arbitrable, someten la controversia al conocimiento de un tribunal arbitral para su resolución a través de un laudo, el cual tiene carácter definitivo y con los mismos efectos de una sentencia judicial. Es una alternativa para solucionar controversias de manera ágil y eficiente.”¹⁶

- **Definiciones admitidas en la jurisprudencia arbitral internacional**

En este apartado se valorará el contenido jurídico de las resoluciones en materia de arbitraje, ya que son fuente de inspiración para jueces y abogados al ejercer sus responsabilidades.

En el caso *Collins contra Collins* de 1858, la Corte de Inglaterra, determinó que un arbitraje es una referencia a la decisión de uno o más árbitros sobre una controversia, elegidos voluntariamente por las partes.

En el caso *General Motors*, el juez Dennis del Tribunal de Apelaciones de los Estados Unidos de América, determinó que el arbitraje es la referencia de una disputa particular a una tercera persona imparcial elegida por las partes en una disputa que acuerdan, por adelantado, ateniéndose al laudo del árbitro emitido después de una audiencia en la que ambas partes tienen la oportunidad de ser oídas. Las partes pueden acordar la sumisión al arbitraje de las controversias existentes, sin necesidad de que exista algún contrato previo para llevarlo a cabo.

¹⁶ <http://crecig.com.gt>. (Consultado: 13 de noviembre de 2017)

Por otro lado, en el caso de *Precision Drilling*, el juez Justice Mason del Tribunal de Alberta del *Queen's Bench*, basándose en la exposición multi-jurisdiccional del juez L'Heureux-Dubé en el caso *Sport Maska*, determinó los siguientes criterios para viabilizar la procedencia de un proceso arbitral: "Debe existir una disputa formulada o definida por las partes, no solo un problema no resuelto o asunto sobre el que no están de acuerdo, las partes deben pretender presentar sus respectivos argumentos sobre la disputa existente a un tomador de decisiones que, según los términos de su acuerdo, se ha encargado de tomar una decisión; por el otro lado, el responsable de la toma de decisiones debe ser un tercero neutral, es decir, una persona imparcial que base la decisión en evidencias."

Los fallos anteriormente señalados, que han servido de inspiración a través del tiempo, dejan claro que el arbitraje es un proceso utilizado por acuerdo de las partes para resolver disputas. Que en efecto, las controversias se resuelven con un resultado vinculante, por una autoridad arbitral que actúa en el ámbito de la justicia privada, en lugar de un tribunal nacional.

- **Definición de la autora del trabajo de tesis**

Es preciso concluir este apartado, construyendo una definición que englobe todos los elementos que forman parte del arbitraje junto con las características que se han venido desarrollando. Teniendo antes en cuenta que es una rama del derecho que en efecto continuará evolucionado a través de los años.

El arbitraje es una rama del derecho encaminada a la solución de controversias entre dos o más personas individuales o colectivas. Su naturaleza jurídica es de carácter contractual en virtud de que es el consenso de las partes, la base que fundamenta la apertura a un procedimiento arbitral, permitiendo así la intervención de los árbitros y trayendo como consecuencia la emisión de un laudo arbitral que posee efectos idénticos a los de una sentencia judicial debido a su carácter obligatorio.

1.4 Clasificación del arbitraje

A continuación se desarrolla una clasificación exhaustiva del arbitraje, tomando como base sus fines y propósitos en la sustanciación de una controversia.

- **Arbitraje de derecho y de equidad**

Como orientación etimológica, es necesario aclarar que la equidad y la justicia, se refieren conceptualmente a los principios generales del derecho; en contraposición, el derecho representa una realidad concreta. En este sentido, la actuación de la autoridad arbitral variará si es con base a la equidad o con base al derecho.

El arbitraje de derecho tiene como característica fundamental, estar a cargo de árbitros estudiosos del derecho que tienen la profesión de abogados. "Asimismo

deben resolver conforme a una legislación precisa, por lo que deben basarse obligatoriamente en la ley.”¹⁷

Por otro lado, en el arbitraje de equidad, los árbitros no están obligados a tener la profesión de abogados. En lugar de resolver aplicando derecho, se fundamentan en lo que en su opinión es justo y razonable, a su leal saber y entender. Normalmente son expertos en la materia objeto de la controversia, por lo que se espera que su forma de resolver el asunto, sea de forma justa y equitativa. “Lo anterior sin perjuicio de que el árbitro al fallar en equidad, pueda inspirarse en principios generales del derecho, en la medida en que él determine que los mismos guían a una resolución justa; cabe mencionar que, no es obligatorio basarse en una norma jurídica, pero puede hacerlo.”¹⁸

- **Arbitraje *ad hoc* e institucional**

El arbitraje *ad hoc* consiste en el acuerdo de las partes de optar por una forma de arbitraje específica para un contrato o disputa en particular, sin referirse a ninguna institución arbitral, y este se diseña a través del acuerdo o cláusula arbitral. Las partes pueden elegir idear y acordar un proceso de arbitraje personalizado o, alternatively, incorporar las reglas de procedimiento existentes. Esta clase de arbitraje hace referencia a un conjunto de procedimientos independientes a una institución, que

¹⁷ Valenzuela Urbina, Sonia Lucía. **Parámetros de decisión en el arbitraje de equidad en el ámbito del derecho privado**. Pág. 36.

¹⁸ **Íbid.** Pág. 40.

otorgan a las partes flexibilidad. Asimismo, tiene como característica que el tribunal es elegido por las partes y no existe una revisión del laudo por parte de una institución arbitral.

Por su parte, el arbitraje institucional, tal como su nombre lo señala, se refiere a los arbitrajes llevados a cabo de acuerdo con los procedimientos y reglas de una institución de arbitraje. Algunos ejemplos de instituciones arbitrales son: El Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Guatemala; la Comisión de Resolución de Conflictos de la Cámara de Industria y la Cámara de Comercio Internacional con sede en París. Las partes deben de examinar las reglas y estructuras tarifarias relevantes de cada institución, además de averiguar el grado de apoyo administrativo previo a decidir sobre una institución en específico.

- **Arbitraje nacional e internacional**

El arbitraje se considera nacional o también llamado domestico cuando el mismo tiene lugar entre nacionales de un mismo estado en el cual se está llevando a cabo o que tienen su domicilio en él, regulado entonces por sus leyes locales.

Ahora bien, en cuanto al arbitraje internacional, es preciso señalar que como método alternativo de resolución de controversias, ha adquirido en la actualidad un auge exponencial en las relaciones comerciales alrededor del mundo. Por lo que en materia de disputas mercantiles internacionales, en donde prevalece la autonomía de la

voluntad, las partes pueden decidir no someter sus controversias a la jurisdicción de un país, sino a la tutela de un tribunal arbitral privado.

Para ejemplificar, se entiende que hay arbitraje internacional, cuando el mismo tenga como objetivo una disputa que proviene de relacionales de comercio internacional; o cuando las partes o los árbitros sean de nacionalidades diferentes, o cuando el domicilio o residencia de las partes se encuentre en Estados distintos; o cuando así se derive de factores directamente relacionados con la controversial, tales como el lugar de celebración del contrato o el lugar de su ejecución.

- **Arbitraje voluntario y arbitraje forzoso**

El arbitraje voluntario tiene su razón de ser en un acuerdo que forma parte de un contrato a través del cual las partes se obligan a ventilar en el procedimiento arbitral la solución de controversias eventuales que puedan presentarse entre ambas, renunciando de esta forma a la vía de la jurisdicción ordinaria.

Por el otro lado, el arbitraje se considera forzoso cuando en determinadas materias, por disposición de la ley, las partes deben someter las controversias a la jurisdicción arbitral. "De tal forma que, es la ley la que impone a las partes la solución arbitral como única vía permitida para definir determinados conflictos." ¹⁹

¹⁹ Gonzalez de Cossio. **Sobre la naturaleza jurídica del arbitraje.** Pág. 102.



Cabe mencionar que en Guatemala el arbitraje forzoso en materia comercial internacional ha sido declarado inconstitucional, según el expediente 387-2010 de la Corte de Constitucionalidad. Lo anterior en virtud que se tergiversa la verdadera naturaleza del derecho privado que se caracteriza por la autonomía de la voluntad.

CAPÍTULO II

2. El acuerdo de arbitraje

El acuerdo arbitral, en cualquiera de sus modalidades, es la base del arbitraje porque obliga a las partes a la solución de controversias presentes o futuras, excluyendo a la jurisdicción estatal y asimismo remitiendo a expertos la decisión del conflicto. Ante su existencia, las partes y los tribunales del Estado, deben sujetarse a su cumplimiento.

Un acuerdo arbitral es un convenio, y como tal, crea o transfiere derechos y obligaciones entre los compromitentes. “Se trata de un convenio que incluye normas procesales, en lugar de sustantivas, o que designa normas procesales para solucionar un litigio.”²⁰

La Ley de Arbitraje de Guatemala en el Artículo 4, numeral 1, lo define de la siguiente forma: “El acuerdo de arbitraje es aquél por virtud del cual las partes deciden someter a arbitraje todas o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual.”

Asimismo, el Artículo 7 de la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, en sus siglas CNUDMI, lo define como “el acuerdo por el que las partes deciden someter al arbitraje todas las controversias o ciertas

²⁰ Silva, José Alberto. **Arbitraje comercial internacional en México**. Pág. 59.

controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual. Este podrá adoptar la forma de una cláusula compromisoria incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente.”

Lo anterior, confirma que el arbitraje tiene su origen en el acuerdo de las partes que, por un lado, determina qué asuntos deben resolverse a través de esa institución, y por otro, la previsión de un procedimiento como la vía necesaria para decidir el conflicto.

Asimismo, es pertinente señalar que el acuerdo arbitral tiene un efecto positivo y uno negativo. Por el primero se atribuye jurisdicción a los árbitros, mientras que por el segundo se genera la incompetencia de los jueces estatales para intervenir en la resolución de los conflictos sometidos a arbitraje. Tema que se desarrollará con mayor precisión en las siguientes páginas.

2.1. Efectos sustanciales del acuerdo arbitral

Se reconoce en el ámbito internacional, que un acuerdo de arbitraje genera dos efectos sustanciales, uno de carácter positivo y otro negativo. “El efecto positivo obliga a las partes a que con base a la buena fe, sometan sus controversias a arbitraje de conformidad con lo pactado, atribuyéndole de esta forma jurisdicción a los árbitros. El efecto negativo, por su parte, obliga a las partes a no perseguir la resolución del litigio

ante los tribunales nacionales o foros similares, de manera que al suscribir un acuerdo arbitral, las partes renuncian implícitamente a cualquier otra jurisdicción.”²¹

- **Efecto positivo**

El contenido del efecto positivo del acuerdo arbitral se traduce en el derecho a no ser demandado ante los tribunales del Estado y la obligación de no demandar ante los tribunales del Estado en virtud de la buena fe de las partes al haber sometido sus controversias a arbitraje, atribuyéndole así, plena jurisdicción a los árbitros para conocer de determinada disputa.

Asimismo, el efecto positivo de la cláusula arbitral constituye la facultad otorgada a los árbitros para decidir su jurisdicción, y como una relación jurídica entre las partes signatarias que se configura como una obligación a no demandar ante los tribunales judiciales y como un derecho a no ser demandado ante los tribunales judiciales sobre un asunto sometido a arbitraje. “Los efectos positivos del convenio arbitral se traducen en la obligación de las partes de estar y pasar por lo estipulado, por lo que si una controversia se encuentra cubierta por el convenio arbitral no puede una de las partes rechazar el arbitraje.”²²

Esto quiere decir que el efecto positivo genera obligaciones especiales para las partes.

²¹ Born, Gary. **Arbitraje comercial internacional**. Pág. 58.

²² Cremades, Bernardo. **Consolidación de la autonomía de la voluntad en España: El convenio arbitral**. Pág. 668.

Haciendo una integración con lo expuesto anteriormente, es pertinente afirmar que el efecto positivo de la cláusula arbitral, provee a los árbitros con la autoridad de determinar su propia jurisdicción para consolidar la eficiencia del proceso arbitral sin la interferencia judicial.

- **Efecto negativo**

El efecto negativo del acuerdo arbitral consiste en la prohibición a los tribunales estatales de conocer una controversia cuando su resolución ha sido sometida a arbitraje.

Se constituye tanto como una obligación del tribunal ordinario de abstenerse a conocer, como una facultad de las partes para impedir el conocimiento del conflicto por parte de órganos jurisdiccionales. “Por el efecto negativo del acuerdo arbitral, los jueces estatales son incompetentes para intervenir en la resolución de aquellos conflictos que hayan sido sometidos a arbitraje”.²³

Por lo tanto, se conoce como efecto negativo del convenio arbitral la obligación que tienen los tribunales estatales de abstenerse de conocer la controversia que ha sido sometida al foro arbitral, en virtud de que son incompetentes para intervenir y resolver posteriormente controversias cuyo único fuero viable es el arbitraje.

²³ Caivano, Roque. **La cláusula arbitral y la cesión del contrato que la contiene.** Pág. 2.

2.2 Validez de un acuerdo de arbitraje

Un acuerdo de arbitraje debe cumplir con un análisis de validez y arbitrabilidad en forma objetiva, subjetiva y formal, para que la jurisdicción arbitral sea aplicable y viable en determinado caso concreto.

- **Validez objetiva de un acuerdo arbitral:**

Para que un acuerdo de arbitraje sea válido objetivamente, la materia debe ser arbitrable. “La arbitrabilidad objetiva, establece que el sometimiento por las partes a la jurisdicción arbitral, sólo se puede dar en aquellos eventos en donde los derechos sean de libre disposición, y las partes puedan renunciar en todo o en parte a estos derechos, es decir, sean transigibles.”²⁴

En este mismo sentido, es pertinente establecer que, para que un arbitraje pueda llevarse a cabo, este acuerdo debe ser válido en sentido material: “las cuestiones sobre las que versa el arbitraje deben referirse a derechos que podrían, legalmente, someterse a arbitraje.”²⁵

El arbitraje debe versar sobre materias en las cuales las partes tengan libre disposición en virtud del principio de autonomía de la voluntad, lo que excluye cualquier asunto o conflicto en lo que se involucre el orden público. Para señalar un ejemplo sobre este

²⁴ Restrepo-Soto, Daniel. **La arbitralidad objetiva en el derecho de arbitraje**. Pág. 2.

²⁵ Caivano. **Op.Cit.** Pág. 7.

punto, el Artículo 3 del Decreto 67-95 del Congreso de la República de Guatemala, de Arbitraje, establece que constituye materia de arbitraje las materias en que las partes tengan libre disposición conforme a derecho.

- **Validez subjetiva del acuerdo arbitral**

Para que un arbitraje pueda llevarse a cabo, este acuerdo debe ser válido en sentido personal, es decir que las personas que otorgaron el acto deben haber tenido capacidad para someterse a juicio de árbitros, a esto se le conoce como arbitrabilidad subjetiva. "Capacidad es la aptitud para ser sujeto de derechos y hacerlos valer. Si una de las partes sufre de una incapacidad legal o carezca de las facultades necesarias, el acto jurídico puede ser invalidado." ²⁶

La capacidad, de acuerdo al estatuto personal de un ciudadano guatemalteco, se encuentra regulada en Artículo 8 del Código Civil, Decreto Ley 106, de la siguiente forma: "La capacidad para el ejercicio de los derechos civiles se adquiere por la mayoría de edad. Son mayores de edad los que han cumplido dieciocho años." Por otro lado, es preciso definir el término representación. "La representación ocurre cuando una persona celebra a nombre y por cuenta de otra un acto jurídico de manera que sus efectos se producen directa e inmediatamente en la persona y patrimonio del representado como si él hubiera celebrado el acto." ²⁷

²⁶ Cabanellas, Guillermo. **Diccionario enciclopédico de derecho usual**. Pág. 45.

²⁷ Quisbert, Ermo. **La representación**. Pág. 49.

En este sentido, las partes que celebran el acuerdo de arbitraje o sus representantes pueden someter la disputa futura a un procedimiento arbitral ya que cumplen con la validez subjetiva requerida para que la controversia sea arbitrable. Asimismo, siendo la presunción de buena fe un principio general del derecho, el poder para suscribir un acuerdo arbitral en nombre y representación de otro debe presumirse válido, y de conformidad con la legislación nacional vigente, la figura jurídica viable para que esto sea posible, es el mandato general o especial con representación, el cual requiere facultades especialmente conferidas al mandatario para someter los asuntos a decisión de árbitros, nombrarlos o proponerlos, lo anterior de conformidad con el Artículo 190 de la Ley del Organismo Judicial.

- **Validez formal del acuerdo arbitral**

La forma hace referencia al conjunto de requisitos que la expresión de la voluntad de las partes debe cumplir en su manifestación exterior para que el derecho le otorgue los efectos jurídicos necesarios.

Desde una perspectiva internacional, la Convención de Nueva York en su Artículo 2, contempló este requisito de la siguiente forma: "Cada uno de los Estados Contratantes reconocerá el acuerdo por escrito conforme al cual las partes se obliguen a someter a arbitraje todas las diferencias o ciertas diferencias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto a una determinada relación jurídica, contractual o no contractual, concerniente a un asunto que pueda ser resuelto por arbitraje."

Asimismo, el Artículo 7 de la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, en sus siglas CNUDMI, establece en este aspecto: “El acuerdo de arbitraje podrá adoptar la forma de una cláusula compromisoria incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente. El acuerdo de arbitraje deberá constar por escrito.”

Ahora bien, desde una perspectiva nacional, la Ley de Arbitraje de Guatemala, Decreto 67-95, en su Artículo 10, numeral 1, contempla la forma de un acuerdo de arbitraje acorde a las exigencias internacionales en la materia, de la siguiente forma: “El acuerdo de arbitraje deberá constar por escrito y podrá adoptar la fórmula de un "compromiso" o de una "cláusula compromisoria", sin que dicha distinción tenga consecuencia alguna con respecto a los efectos jurídicos del acuerdo de arbitraje.”

En este sentido, tanto la normativa internacional como nacional expuesta anteriormente, apunta a una misma dirección, la voluntad de las partes de someterse al arbitraje debe cumplir con una validez formal del acuerdo de arbitraje, que se plasmará por escrito.

Lo anterior es de suma importancia para que tenga los efectos jurídicos necesarios, dotando de eficacia la instauración de un proceso arbitral.

2.3 Modalidades del acuerdo de arbitraje

La razón de ser del arbitraje, se contrae a su naturaleza jurídica y origen: la voluntad de las partes que se materializa a través de un acuerdo arbitral. Como ya se determinó

anteriormente, su objeto es la resolución de controversias futuras o que se están suscitando, excluyendo de esta forma la jurisdicción estatal y remitiendo a particulares la decisión de la controversia.

En esta última hipótesis hay dos tipos de acuerdos arbitrales, se tiene en primer lugar una cláusula compromisoria y posteriormente un compromiso arbitral. Se plasmará más adelante que la cláusula compromisoria pretende instituir una forma de solución de controversias a todas aquellas que se presenten a partir de la vigencia del contrato, en tanto que el compromiso arbitral pretende solucionar controversias ya originadas respecto de la interpretación y ejecución de un contrato.

Con ello, se pretende determinar que la celebración del compromiso arbitral siempre es posterior a la fecha de vigencia del contrato cuya interpretación y ejecución dio lugar a una controversia.

- **Cláusula Compromisoria**

La cláusula compromisoria es el convenio mediante el cual las partes, en un contrato, deciden someter algunos asuntos a arbitraje, sustrayéndolos de los jueces ordinarios. “Las divergencias a las que se refieren son, al momento de suscribir la cláusula, meramente eventuales, sin que siquiera se sepa si llegarán a producirse. El requisito específico de la cláusula arbitral, es la necesidad de que exista entre las partes un

vínculo jurídico más amplio, del cual puedan surgir controversias que son así la materia sobre la que recaerá el arbitraje.”²⁸

Con base en lo expuesto, se puede determinar que las características principales de la cláusula compromisoria, son las siguientes:

- La cláusula compromisoria es autónoma al contrato.
- Esta debe contener el diseño del procedimiento de forma clara y precisa.
- Le es aplicable el requisito genérico de los contratos: consentimiento válido.
- Que la materia que se determina como arbitrable tenga un objeto lícito.
- Que la materia objeto de la cláusula compromisoria sea arbitrable.

Por el otro lado, para lograr determinar la materia objeto de arbitraje, es preciso determinar el alcance material del acuerdo arbitral, el cual hace referencia a la identidad que debe existir entre las cuestiones que se someten o proponen someterse a arbitraje y aquellas para las cuales el arbitraje se pactó. Sobre esta hipótesis, existe tanto una interpretación amplia de la cláusula compromisoria, como también una interpretación restrictiva.

Las cláusulas de arbitraje amplias, en palabras concisas, son aquellas en las que se incluyen todas las disputas relacionadas con el contrato principal porque tienen vínculo con el mismo.

²⁸ Caivano, Roque. **El arbitraje: Nociones introductorias**. Pág. 4.

Explicándolo de otra manera, las cláusulas amplias, relativas a futuros litigios relacionados con obligaciones contractuales, son aquellas que abarcan también los litigios derivados de las obligaciones contenidas en acuerdos celebrados entre las partes, en la medida en que se refieren a la ejecución del contrato, tengan una conexión directa con el mismo o formen un unificado esquema contractual. “A menos que en la cláusula compromisoria se establezca lo contrario, la misma es aplicable a disputas que surgen de acuerdos adicionales o complementarios, siempre que los mismos tengan una estrecha relación con el contrato principal.”²⁹

En conclusión, “cualquier ambigüedad que exista respecto al alcance de la cláusula, ésta deberá ser interpretada de manera amplia, de modo que estén cubiertas no solo todas las controversias derivadas del contrato, sino que también se incluya aquellas que están relacionadas con el mismo.”³⁰

Por el otro lado, se encuentra la cláusula de arbitraje restrictiva, la cual hace referencia a un acuerdo arbitral en el que las partes determinaron expresamente las controversias que se someterán a arbitraje y, por lo general, esas diferencias se relacionan directamente con el contrato que contiene la cláusula arbitral. Esto quiere decir que, para que el arbitraje proceda, tendrá que ser una controversia en concreto, ya que lo que se limita es la admisibilidad a otros supuestos.

²⁹ Welser, Irene. **El alcance del arbitraje**. Pág. 16.

³⁰ Consejo Internacional para el Arbitraje Comercial. **Guía del ICCA para la interpretación de la Convención de Nueva York de 1958: Un manual para jueces**. Pág. 39.

La jurisprudencia fundamenta lo anterior. La Corte de Apelaciones de Estados Unidos de América, en el caso *Chelsea Family Pharmacy* contra *Medco Heath Solutions*, determinó que bajo una cláusula de arbitraje restringida, una disputa está sujeta a arbitraje sólo si se relaciona con una cuestión que está dentro de su ámbito.

En una cláusula compromisoria restrictiva, las facultades jurisdiccionales conferidas por las partes reconocen límites expresos a su competencia y ámbito de decisión dependiendo el alcance material de la misma.

Asimismo, la Corte de Apelaciones de Estados Unidos de América en el caso *Río Rubio*, estableció que: “La competencia arbitral constituye un supuesto de excepción frente a la competencia judicial, por lo que los términos de la cláusula que la establece deben ser interpretados restrictivamente, limitando su admisibilidad a los supuestos allí establecidos, con exclusión de otras hipótesis cuyo conocimiento se encuentra reservado exclusivamente a los jueces.”

Por tanto, a diferencia de la cláusula compromisoria amplia, la cláusula restrictiva delimita el ámbito material a cuestiones exclusivas que puedan suscitarse de conformidad con el contrato que la contiene. Esto quiere decir que, para que el arbitraje proceda, tendrá que ser una controversia en concreto, ya que lo que se limita es la admisibilidad a otros supuestos. Asimismo es preciso determinar la importancia de prever los elementos esenciales al redactar una cláusula arbitral para garantizar la clara voluntad de las partes y que de esta forma no se derive una patología.

Existen cuatro elementos esenciales de una cláusula arbitral. “El primero, es que produzca consecuencias obligatorias para las partes; el segundo, que excluya la intervención de los tribunales estatales en la solución de conflictos; el tercero, conferir facultades a los árbitros para resolver los litigios que puedan surgir; y el cuarto elemento, que permita la puesta en marcha de un procedimiento que conduzca en las mejores condiciones de eficacia y rapidez a la rendición de un laudo que sea susceptible de ejecución judicial.” ³¹

Es decir que, se utiliza la expresión cláusulas patológicas para hacer referencia a convenios arbitrales que no cumplan los requisitos esenciales y que por su contenido, resultan o pueden resultar incoherentes, ambiguos o inaplicables.

Tomando en consideración los elementos de las cláusulas arbitrales, existen cláusulas que son patológicas, en este sentido se ha manifestado que: “Nos encontramos ante una cláusula patológica cuando incluya una expresión equívoca de la voluntad de las partes de someterse al arbitraje, acerca de la identificación de la institución arbitral competente o respecto de la auténtica renuncia a la jurisdicción estatal.” ³²

La jurisprudencia refuerza lo anterior. La Corte Superior de Singapur, en el caso *TMT Co Ltd* contra El Real Banco de Escocia, luego de una revisión *prima facie* del acuerdo arbitral, consideró que una cláusula de arbitraje que designaba a un tribunal inaplicable

³¹ Eisemann, Frederic. **La cláusula arbitral patológica en el arbitraje comercial**. Pág. 30.

³² Fernández, José Carlos. **El convenio arbitral**. Pág. 710.

no es ejecutable y, en consecuencia, la jurisdicción arbitral no era procedente delegando el conocimiento del asunto a los tribunales judiciales.

Por lo tanto, la inaplicabilidad del arbitraje se deriva de la patología insubsanable de un convenio arbitral.

- **Compromiso arbitral**

Esta figura se cataloga como un convenio en virtud del cual, las partes detallan cuál es la cuestión a decidir mediante el arbitraje, determinan los requisitos del procedimiento y laudo, así como también designan a los árbitros. Es preciso tener claro que su fin es dilucidar una controversia que surgió a futuro sin que existiese una cláusula compromisoria pactada con anterioridad. El compromiso arbitral hace referencia a una controversia que ya sucedió y que se pretende solucionar a través de este, ya que no existe una cláusula compromisoria propiamente.

El compromiso arbitral hace las veces de una cláusula compromisoria pero no en un contrato, sino en una estipulación independiente. "Aunque no exista una disposición contractual o legal previa, las partes tienen la facultad de pactar de forma espontánea un compromiso arbitral, aunque el asunto que se procura someter a arbitraje haya sido deducido en juicio, sin importar el estando en que se encuentre." ³³

³³ Gozaini, Osvaldo Alfredo. **Formas alternativas para la resolución de conflictos**. Pág. 95.

Con base en lo expuesto, se puede determinar que las características principales del compromiso arbitral, son las siguientes:

- Es un acuerdo entre las partes, que posteriormente a la verificación del conflicto de intereses, se pactan los puntos precisos de funcionamiento del arbitraje.
- El compromiso arbitral se plasma en una estipulación independiente.
- Se refiere a asuntos que ya tienen lugar y deja a un lado posibles eventualidades.

- **Posición de la autora acerca de la diferencia entre cláusula compromisoria y compromiso arbitral**

La cláusula compromisoria pretende instituir una forma de solución de controversias a todas aquellas que se presenten a partir de la vigencia del contrato celebrado entre las partes en virtud del principio de autonomía de la voluntad, en tanto que el compromiso arbitral pretende solucionar controversias ya originadas pero no en un contrato, sino en una estipulación independiente.

Como análisis propio, es preciso afirmar que la cláusula compromisoria brinda mayor certeza y seguridad jurídica a las partes ya que funciona de manera preventiva a las posibles controversias futuras que pueden suscitarse, pero al mismo tiempo, el compromiso arbitral posibilita a las partes acudir a la vía arbitral para solucionar las controversias que se les presente, sin necesidad de que exista un contrato.

Cabe mencionar que no es apresurado afirmar que en la actualidad, existe una tendencia normativa de eliminar dicha distinción, optándose por la denominación genérica de acuerdo arbitral, cuyo propósito es permitir que determinadas disputas sean resueltas por árbitros.

Al respecto, la Ley de Arbitraje de Guatemala en su Artículo 10, numeral 1, aclara que el acuerdo de arbitraje deberá constar por escrito y podrá adoptar la fórmula de un compromiso o de una cláusula compromisoria, sin que dicha distinción tenga consecuencia alguna con respecto a los efectos jurídicos del acuerdo de arbitraje. Esto promueve el principio de sencillez que debe prevalecer en la materia. También la Ley Modelo de arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, en sus siglas CNUDMI, acepta el acuerdo de arbitraje en forma genérica, careciendo de relevancia si el mismo se concierta antes o después de haber surgido la controversia.

Sin dejar a un lado la jurisprudencia internacional, la Corte Constitucional de Colombia define ambos conceptos en su sentencia T-511, refiriéndose a la validez que cualquiera de ellos tiene si se plasma de una forma que se repute legalmente perfecta: “La cláusula compromisoria es el pacto contenido en un contrato o en un documento anexo a él, en virtud del cual los contratantes acuerdan someter las eventuales diferencias que puedan surgir con ocasión del mismo, a la decisión de un tribunal arbitral. Entretanto, el compromiso es un negocio jurídico por medio del cual las partes involucradas en un conflicto presente y determinado, convienen resolverlo a través de un tribunal de arbitraje.”

CAPÍTULO III

3. Principio de autonomía de la voluntad

La autonomía de la voluntad es un principio fundamental en torno al cual gira la institución del arbitraje como método alternativo de resolución de conflictos. Para su pleno entendimiento es pertinente partir de sus antecedentes históricos. Posteriormente, se abordarán las formas de conceptualizarlo desde distintas perspectivas; luego se determinará la relación directa que existe entre dicho principio con el arbitraje, principalmente el arbitraje internacional ya que es en tal esfera donde funge un papel fundamental al momento en que las partes, a través del acuerdo de arbitraje, fijan la ley aplicable al fondo y forma del proceso arbitral.

3.1 Antecedentes

La voluntad de las partes no siempre ha ocupado el lugar que el derecho moderno le asigna en la actualidad. Paulatinamente ha sido aceptada en el ámbito jurídico hasta ser un principio dominante en el campo del derecho privado.

Para alcanzar dicho grado de desarrollo que supone la autonomía de la voluntad, ha necesitado la labor de varios siglos para su proceso de formación, que se concretiza a continuación.

- **Derecho romano**

La etapa crucial del principio de autonomía de la voluntad en el derecho romano radica en el siglo VI. El carácter primitivo de los negocios jurídicos que se caracterizaba por numerosas formalidades desaparece y empieza a revestirse de mayor sencillez. “En este momento histórico se sancionó como contratos consensuales al arrendamiento, la compraventa, el mandato y la sociedad, definiendo así el comienzo de la carrera triunfal de la voluntad, en el ámbito jurídico.”³⁴

- **Derecho español**

Durante el reinado de Alfonso XI, las Cortes de Alcalá de 1348 promulgaron una normativa jurídica que posteriormente se denominó como el Ordenamiento de Alcalá. Gracias a su existencia, se estableció como principio, que el hombre puede obligarse en la forma que desee, marcando una nueva etapa en la autonomía de la voluntad en el ámbito privado.

- **Revolución Francesa**

La Revolución Francesa se caracterizó por tener una filosofía jurídica con una concepción claramente definida respecto a los derechos del hombre en su consideración individual. El individualismo jurídico toma al hombre como la base

³⁴ Gaudemet, Eugene. **Teoría de las obligaciones**. Pág. 27

fundamental para la construcción y organización de todo derecho, por lo que no solo le limitó a garantizarle su independencia, sino que también le reconoció la facultad de determinarse a sí mismo por los medios que elija, en dirección al objetivo que se desee.

Por lo que, es en la Revolución Francesa donde se materializa la evolución de la autonomía de la voluntad como un principio que domina todo el derecho privado, concretizándose como la manifestación más exacta en el ámbito jurídico de la libertad general, es por ello que también se le conoce como: libertad jurídica.

3.2 Conceptualización del principio de autonomía de la voluntad

Cuando se trata de conceptualizar al principio de autonomía de la voluntad, se manejan distintos criterios. Por un lado, se maneja una conceptualización de carácter restringida haciendo referencia a la autonomía de la voluntad únicamente en la esfera contractual; por otro lado está la conceptualización amplia en donde identifica dicho principio con la libertad del hombre. A pesar de ello, es inminente fijar lo que verdaderamente engloba dicho principio haciendo referencia a sus elementos. Esto se explicará a continuación.

- **Concepto restringido**

El concepto restringido de la autonomía de la voluntad consiste en tomar este principio desde una consideración limitada, abarcando únicamente el aspecto contractual. “Esto

quiere decir que, se confunde con otro principio que en la doctrina se le denomina libertad contractual.”³⁵

Con base a lo anterior es pertinente aclarar que la autonomía de la voluntad, que en esencia, es la libertad jurídica, se refiere a toda clase de negocio jurídico que opera en el ámbito del derecho. Mientras que la libertad contractual hace referencia a una especie de negocio jurídico: los contratos. En otras palabras, la autonomía de la voluntad es el género, mientras que la libertad contractual es la especie.

- **Concepto amplio**

Por el otro lado, se encuentran los autores que identifican el principio de autonomía de la voluntad con el concepto de libertad en general. Se determina que “el individuo tiene la elección y la responsabilidad de los medios por los cuales ha de desenvolverse su personalidad en busca de la dicha. Este es el principio de la libertad civil o de autonomía de la voluntad individual, limitada solamente por la obligación que cada uno tiene de no poner obstáculos al desenvolvimiento paralelo de los otros individuos y a los derechos del Estado, garantía común de las libertades individuales.”³⁶

En virtud de lo anterior, es pertinente determinar que la autonomía de la voluntad en esencia, no es la condición que se demanda de un hombre libre. Ello quiere decir que

³⁵ Lecompte, Henri. **Ensayo sobre la noción de facultad en el derecho civil**. Pág. 32.

³⁶ Capitant, Henri. **Introducción al estudio del derecho civil**. Pág. 31.

dicho principio debe interpretarse desde una perspectiva meramente jurídica, es decir, la autonomía de la voluntad en el campo del derecho propiamente.

- **Fijación del verdadero concepto del principio de autonomía de la voluntad**

Después de haber plasmado el concepto restringido y el concepto amplio del principio de autonomía de la voluntad, es preciso definirlo de tal forma que pueda englobarse tanto su verdadera naturaleza y función, como sus elementos.

La autonomía de la voluntad es un elemento de la libertad general; es la libertad jurídica y es, en suma, el poder del hombre de crear por un acto de voluntad una situación de derecho, cuando este acto tiene un objeto lícito.

En otros términos, la autonomía de la voluntad es el poder de querer jurídicamente, y por lo mismo, el derecho a que ese querer sea socialmente protegido.

En virtud de lo anterior se puede determinar que el principio de la autonomía de la voluntad tiene fuerza y valor en el ámbito del derecho privado, ya sea nacional o internacional, radicando allí su naturaleza jurídica, y sienta las bases de la actividad privada de los individuos. A continuación se plasmará cómo dicho principio ha sido utilizado como un instrumento básico que viabiliza la libertad de los sujetos para moldear negocios jurídicos, principalmente en el ámbito privado, es por ello que adquiere particular importancia en el arbitraje.

3.3 Importancia del principio de autonomía de la voluntad en el arbitraje

El principio de autonomía de la voluntad hace que el proceso arbitral sea flexible. Sin embargo, este principio tiene un significado más amplio en el arbitraje comercial internacional que en el arbitraje nacional ya que las partes en el acuerdo de arbitraje son libres no solo de elegir la ley aplicable sino también de conducir el proceso arbitral. Es así como el acuerdo de arbitraje es el instrumento fundamental para poder materializar y hacer posible la autonomía de las partes.

Claramente, en un arbitraje internacional, las partes son libres de elegir las leyes que determinan el proceso arbitral. Es la vía idónea para evitar todo proceso judicial que haga más lenta la resolución de un conflicto, optando por un arbitraje en el que las partes adoptan un sistema que les permita ejercer su voluntad y elegir las leyes que son más favorables para el desarrollo del mismo. Es un hecho que la autonomía de la voluntad de las partes ha ganado aceptación en el derecho internacional y ha recibido reconocimiento en la jurisdicción de varios países, como es el caso de Guatemala en la Ley de Arbitraje, Decreto número 67-95.

3.4 Internacionalidad del arbitraje y ley aplicable

Anteriormente se determinó que el principio de autonomía de la voluntad es ampliamente aceptado en el arbitraje internacional como elemento clave en todos los

acuerdos de arbitraje y como una herramienta efectiva para promover y proteger los intereses de las partes en el mismo.

A través de los años, la materialización progresiva y creciente transnacionalidad del arbitraje internacional, ha fomentado que adquiriera su propio rumbo y orientación, actuando en un marco global de seguridad jurídica. El desarrollo que viene a continuación, se enfoca especialmente en la internacionalidad del arbitraje, ya que es en este ámbito donde puede entenderse la importancia de la autonomía de la voluntad de las partes.

La especificación de pautas internacionales del arbitraje es fundamental al momento de determinar la ley aplicable. Es pertinente tener claro que las partes son libres de elegir las reglas de procedimiento que guían su disputa (*lex arbitri*) y reglas que rigen el fondo de su disputa (*lex causae*), aspectos determinantes que podrán hacer del arbitraje, uno internacional. Todo lo anterior se explicará con mayor precisión a continuación.

- **Ley aplicable al desarrollo del arbitraje: *lex arbitri***

La *lex arbitri* es un término corto para referir a las leyes no sustantivas aplicables al arbitraje. “Es el conjunto de normas externas al acuerdo arbitral y, en principio, externas a la voluntad de las partes, que regulan la conducta y desarrollo del arbitraje; y de manera primordial, la relación entre el tribunal arbitral y los tribunales de justicia

estatales.”³⁷ Cabe resaltar que la *lex arbitri* no solo se preocupa por cuestiones de procedimiento, sino también sobre aspectos de jurisdicción, arbitrabilidad, y la posible intervención de los tribunales estatales.

La *lex arbitri* puede ser determinada por las partes tanto de forma directa como indirecta. Cuando las partes manifiestan en un acuerdo la voluntad de arbitrar sus controversias, pueden determinar expresamente qué ley debe regir el arbitraje, esto se cataloga como una determinación directa de la *lex arbitri*, desplegando una amplia autonomía material al establecer el régimen de actuaciones procesales o incorporar reglamentaciones procesales concretas.

Por otro lado, cuando las partes deciden someter su controversia a arbitraje pero no determinan expresamente qué ley debería regirlo, debe considerarse como *lex arbitri* la ley procesal aplicable de la sede o lugar del arbitraje, por tener una mayor conexión o cercanía con el acuerdo arbitral suscrito. Esto entonces se cataloga como una determinación indirecta de la *lex arbitri*, es así como lo establece la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, en sus siglas CNUDMI, en su artículo 1 y 2.

Es decir que si las partes de una controversia establecen que sea Guatemala la sede del arbitraje, esto acarrea como consecuencia implícita y ante la ausencia de manifestación expresa en contrario, que la legislación de dicho país debe regir el arbitraje. Es así como lo establece el artículo 1 de la Ley de Arbitraje de Guatemala.

³⁷ Jijón, Rodrigo; Paez, Daniela. **La ley de arbitraje**. Pág. 302.

Por lo tanto, la explicación desarrollada anteriormente sobre la *lex arbitri*, deja claro que ésta se refiere a toda la normativa externa al acuerdo arbitral y a la voluntad de las partes que regulan el desarrollo y desenvolvimiento del arbitraje.

Por otro lado, si la ley que debe regir el procedimiento arbitral es la de la sede del arbitraje –Guatemala, por ejemplo-, no se menoscaba la decisión expresa de las partes de decidir qué normas rigen la administración del mismo. Si se pactó un arbitraje institucional, en Guatemala existen dos instituciones que sustancian procedimientos arbitrales, por un lado se encuentra la Comisión de Resolución de Conflictos de la Cámara de Industria de Guatemala, en sus siglas CRECIG, el cual es una institución privada y especializada en la administración de procesos arbitrales y otros métodos alternativos de resolución de conflictos.

Por el otro lado se encuentra el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Guatemala, en sus siglas CENAC, el cual es una institución privada creada con el propósito de fortalecer la justicia a través de la promoción, capacitación y prestación de administración eficaz del arbitraje y conciliación y el desarrollo de los métodos de solución pacífica de conflictos. Los objetivos que persigue esta institución son contribuir con la promoción y desarrollo de los métodos alternos de solución de controversias, resolver a particulares, empresas e instituciones sus controversias de manera pronta y eficaz y, contribuir sustancialmente a la integración y desarrollo del sistema de justicia en Guatemala.

Las materias reguladas por la *lex arbitri* se identifican con aspectos de carácter interno y externo al proceso arbitral. Los aspectos de carácter interno hacen referencia a cómo se lleva a cabo el arbitraje, estos pueden ser: potestades de los árbitros; forma y validez del laudo; normas relativas a la prueba; forma de los juramentos y comparecencia de testigos.

Los aspectos externos de las materias reguladas por la *lex arbitri*, se refieren a todas aquellas situaciones que involucran la intervención de un juez o de una corte de la justicia ordinaria dentro del proceso arbitral. Estos pueden ser: la elección de la *lex arbitri* determina de forma indirecta el reconocimiento y ejecución de los laudos a través de la acción de nulidad; selección de árbitros; remoción de árbitro; apoyo en diligencias probatorias; asistencia en el dictamen y ejecución de medidas cautelares.

- **Ley aplicable al fondo del arbitraje: *lex causae***

La *lex causae* es el término corto para referir a la ley aplicable al fondo de una relación jurídica. “Esta cumple con tres funciones principales: a) la función completiva, destinada a integrar las lagunas contractuales; b) la función interpretativa, que sirve para especificar el sentido de los acuerdos o cláusulas oscuras o ambiguas; c) y la función restrictiva, que se despliega para anular las disposiciones de las partes contrarias a reglas de imperativo cumplimiento.”³⁸

³⁸ Fouchard, Philippe y Goldman, Berthold. **Arbitraje comercial internacional**. Págs. 797-799.

La *lex causae*, se refiere a la facultad de las partes de elegir el derecho aplicable al fondo de la controversia. “Esta es una regla que se ha extendido globalmente en los sistemas jurídicos. La elección puede plasmarse en el mismo documento dentro del cual se encuentra el acuerdo arbitral, incluso inmerso dentro dicha cláusula compromisoria. También puede ser en un acuerdo por separado, en todo caso, se suele predicar la autonomía del mismo, en el sentido de que la nulidad del contrato no prejuzga la validez de la cláusula de elección de la ley aplicable y viceversa.”³⁹

La elección puede recaer en un específico derecho estatal, vinculado o no con la controversia, o en cualquier otro cuerpo normativo de naturaleza no estatal como por ejemplo los principios generales del derecho. En un arbitraje internacional, las partes pueden elegir libremente el derecho aplicable al fondo de la controversia, el cual puede ser estatal o no estatal.

Las partes pueden pactar como derecho aplicable al fondo de la controversia un determinado derecho estatal como fuente principal o subsidiaria, en combinación con fuentes de naturaleza no estatal. La elección subsidiaria por las partes de un derecho estatal tiene su utilidad en caso de laguna o ambigüedad en los términos contractuales. Las partes dentro del contrato deben preverlo, ya que normalmente la imprecisión del derecho estatal aplicable puede traer como consecuencia ciertos problemas de aplicación, propios del derecho internacional privado, en especial el arbitraje internacional.

³⁹ Quiroga, Gonzalo. **Orden público y arbitraje internacional**. Pág. 201.

Por el otro lado, en virtud de la autonomía de la voluntad, las legislaciones arbitrales más recientes, reconocen en el marco de la autonomía de la voluntad, la posibilidad de someter al arbitraje cuerpos de normas no estatales como ley aplicable al fondo y un ejemplo de ello serían los principios generales del derecho. “La aplicación de estos cuerpos normativos, como se ha dicho, resulta muy clara cuando las partes los designan específicamente como ley rectora que debe tomarse en cuenta para resolver el fondo de la controversia.”⁴⁰

En defecto de elección por las partes de la ley aplicable, el árbitro determinará el derecho aplicable al fondo según las reglas establecidas en la normativa institucional o en la legislación arbitral aplicable según la sede del arbitraje.

⁴⁰ Sánchez, Sixto. **Derecho aplicable al fondo de la controversia en el arbitraje comercial internacional**. Pág. 15.

CAPÍTULO IV

4. Principios *competence-competence* y autonomía del acuerdo arbitral

A manera de introducción, es preciso definir los principios objeto de estudio de la presente investigación, desde la perspectiva del método analítico para su óptima comprensión a lo largo de su desarrollo diferencial en las siguientes páginas.

El principio arbitral de *competence-competence*, permite a los árbitros resolver controversias relacionadas a la validez y existencia de una cláusula arbitral; el principio de autonomía del acuerdo arbitral, o también llamado principio de separabilidad, permite a los árbitros resolver controversias relativas a la existencia y validez del contrato principal.

Los principios *competence-competence* y autonomía del acuerdo arbitral, a pesar de encontrarse interrelacionados para garantizar a las partes vinculadas por un acuerdo arbitral que no sean desviadas a los tribunales estatales, tienen distintos conceptos, definiciones, supuestos, pero principalmente una aplicación distinta dependiendo la controversia que el árbitro conozca en su etapa de deliberación.

Previo a desarrollarlos con mayor precisión, en el siguiente apartado se expondrán los principios propios aplicables al arbitraje, en virtud de la autonomía de la voluntad, como un proceso autónomo que tiene sus propios principios.

4.1 Principios aplicables al arbitraje

En el capítulo anterior se determinó que la autonomía de la voluntad es un principio fundamental en torno al cual gira la institución del arbitraje como método alternativo de resolución de conflictos, en virtud de que funge un papel determinante al momento en que las partes, a través del acuerdo de arbitraje, fijan la ley aplicable al fondo y forma del proceso arbitral.

El arbitraje, como proceso autónomo tiene su clasificación de principios propios que se derivan de la autonomía de la voluntad, que sientan las bases de su desarrollo a través de la creación, interpretación y aplicación de normas jurídicas.

Según el jurista Marcial Rubio, los principios generales del derecho en materia arbitral, son conceptos o proposiciones de naturaleza axiológica o técnica, que informan la estructura, la forma de operación y el contenido mismo de las normas, grupos normativos, subconjuntos, conjuntos y del propio derecho arbitral. Pueden estar recogidos o no en la legislación, pero el que no lo esté, no es óbice para su existencia y funcionamiento.

A continuación se expondrán los principios: *pacta sunt servanda* y *exceptio non adimpleti contractus*, que por su importancia en materia de arbitraje, funcionan como fundamento de los principios *competence-competence* y autonomía del acuerdo arbitral.

- **Principio *pacta sunt servanda***

Pacta sunt servanda es una locución latina que significa: los pactos han de cumplirse. Tal frase manifiesta en forma sintética la máxima jurídica establecida por el derecho canónico *pacta quantnm cumque nuda, servanda sunt* que significa: Aún nudos los pactos, hay que cumplirlos.

Este principio se encuentra consagrado en el Artículo 1519 del Código Civil, Decreto Ley 106, de la siguiente forma: “Desde que se perfecciona un contrato obliga a los contratantes al cumplimiento de lo convenido, siempre que estuviere dentro de las disposiciones legales relativas al negocio celebrado, y debe ejecutarse de buena fe y según la común intención de las partes.”

Desde una perspectiva internacional, dicho principio se encuentra consagrado en el Artículo 1.3 de los principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales, de la siguiente forma: “Todo contrato válidamente celebrado es obligatorio para las partes.”

Según el laudo número 5485 de la Cámara de Comercio Internacional, en sus siglas CCI, el principio de *pacta sunt servanda* equivale a que el contrato es ley entre las partes, por lo que es ineludible la obligación de cumplir lo pactado de buena fe. Por lo tanto, con la celebración de un contrato, se consagra dicho principio por el cual se perpetua la obligatoriedad de todo lo pactado expresamente, atendiendo al imperativo de respetar la voluntad de las partes.

- **Principio *exceptio non adimpleti contractus***

Exceptio non adimpleti contractus es una locución latina que identifica el principio denominado por la doctrina como: excepción de contrato no cumplido o excepción de incumplimiento de contrato. “Se fundamenta en una lógica clara: nadie puede demandar el cumplimiento de un contrato sin haber cumplido su propia obligación. Con la oposición de la excepción, el demandado pretende posponer el cumplimiento de su obligación hasta que la parte demandante cumpla con la suya; el propósito es impedir una condena que le imponga cumplir la propia prestación dado que la contraparte tampoco lo hizo.”⁴¹

Por lo tanto, este principio hace referencia a la negativa de una parte a llevar a cabo su obligación establecida dentro de un contrato, ante la queja de la otra parte que no ha cumplido ni garantiza cumplir la suya, a efectos de lograr el simultáneo intercambio de prestaciones. Funciona como garantía de seguridad para impedir el reclamo de quien es a su vez incumplidor, legitimando la resistencia del demandado a cumplir sus obligaciones.

4.2 Principio *compétence-compétence*

En virtud del principio *compétence-compétence*, el tribunal arbitral que se conforma, es el único facultado para decidir sobre su propia competencia.

⁴¹ Nicolau, Lidia Noemí. **Fundamentos de derecho contractual**. Pág. 343.

- **Definición**

Para plasmar una definición más amplia y de mayor comprensión del principio arbitral *compétence-compétence*, es preciso determinar que este tiene dos efectos fundamentales en los cuales radica su razón de ser. “Este principio consiste en la posibilidad que tienen los árbitros de pronunciarse sobre su propia competencia frente a excepciones de las partes referidas a la existencia, validez o alcances del convenio arbitral. Esto se conoce como el efecto positivo del principio. El efecto negativo del principio, a su vez, permite que los tribunales judiciales limiten su revisión a una determinación *prima facie* de la existencia y validez del convenio arbitral para que los árbitros sean los primeros en examinar su competencia y luego los tribunales judiciales ejerzan un control con la anulación o ejecución del laudo.”⁴²

Es decir que, el tribunal arbitral al que se someta un litigio respecto del cual las partes hayan concluido un acuerdo arbitral, remitirá a las partes al arbitraje, a instancia de una de ellas, a menos que compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o inaplicable.

Por lo tanto, este principio esencialmente procesal, hace referencia a la competencia que tiene el tribunal para pronunciarse sobre su competencia en el ámbito de actuación del acuerdo de arbitraje que está en duda. “En otras palabras, tiene por objeto que para determinar la cuestión de la validez de un convenio arbitral, ésta debe plantearse ante

⁴² Gaillard, Emmanuel. **El efecto negativo del principio *compétence-compétence*: la regla de prioridad a favor de los árbitros en la aplicación de los acuerdos de arbitraje y los laudos arbitrales internacionales.** Págs. 259-260.

el propio tribunal arbitral que tiene competencia para decidir sobre su competencia, en su sentido literal.”⁴³

- **Naturaleza jurídica del principio**

En cuanto a la naturaleza jurídica del principio *compétence-compétence*, se determina que este es un principio general del arbitraje comercial internacional. Este estipula que el tribunal arbitral está facultado para tomar una determinación sobre su propia jurisdicción para tratar las reclamaciones sustantivas en disputa.

- **Establecimiento del principio en la Ley de Arbitraje de Guatemala**

Tal como se estableció anteriormente, de acuerdo al principio *compétence-compétence* el tribunal arbitral posee la facultad de decidir sobre su propia competencia frente a excepciones de las partes referidas a la existencia, validez o alcances del convenio arbitral.

Este principio general del arbitraje comercial internacional, se encuentra contemplado de forma tácita en el Artículo 21 de la Ley de Arbitraje, con el título: “Facultad del tribunal arbitral para decidir acerca de su competencia”, y establece lo siguiente: “1) 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 de arbitraje.”

⁴³ Kawhary, Amokura. **Jurisdicción arbitral**. Pág. 240

Por lo tanto, en virtud del consentimiento brindado por ambas partes en un acuerdo arbitral, y en consonancia con lo dispuesto en la Ley de Arbitraje de Guatemala, el tribunal arbitral tiene la competencia de decidir sobre su propia competencia para resolver controversias relativas a la existencia y validez de un acuerdo arbitral.

4.3 Principio de autonomía del acuerdo arbitral

El principio de autonomía del acuerdo arbitral, también llamado principio de separabilidad, establece que “el acuerdo arbitral es independiente y autónomo del contrato principal y por lo tanto, de cualquier vicio que lo afecte. De manera que, el cuestionamiento de la validez o existencia del contrato principal no genera un efecto inmediato sobre la validez o existencia del convenio arbitral. Como consecuencia, los árbitros tienen facultad para poder determinar la validez o existencia del contrato.”⁴⁴

- **Definición**

Con base en el principio de autonomía del acuerdo arbitral, se debe entender que el acuerdo de arbitraje es distinto y, por lo tanto, separado de la cuestión sustantiva de la controversia o disputa. “De tal manera que la validez o aplicabilidad de la materia del litigio, no afecta la validez y aplicabilidad del acuerdo arbitral. Este permite al árbitro resolver controversias relativas a la existencia y validez del contrato principal para

⁴⁴ Poudret, Jean-Francois. **Derecho comparado del arbitraje internacional**. Pág. 133.

determinar si éste es defectuoso, mas no tendría por qué desestabilizar la cláusula donde voluntariamente se pactó el arbitraje como vía idónea, ya que el acuerdo arbitral es autónomo del contrato.”⁴⁵

Por tanto, es pertinente dejar claro que la cláusula arbitral es autónoma e independiente del contrato. Al ser independiente, no basa su validez en la del contrato en sí, pues basta con que las dos partes hayan estado de acuerdo con la cláusula compromisoria, que, como se vio con anterioridad, se haga constar de forma clara su voluntad.

- **Naturaleza**

En cuanto a la naturaleza jurídica del principio de autonomía del acuerdo arbitral, se determina que este es un principio general del arbitraje comercial internacional. Este estipula que el objeto del contrato es, por su propia naturaleza, siempre diferente al del acuerdo de arbitraje.

De acuerdo con esta concepción de la autonomía, el acuerdo de arbitraje permanece sin afectarse, cualquiera sea el destino del contrato principal, es decir, la nulidad, resolución, terminación o cancelación de este último incluso su inexistencia. En consecuencia, el árbitro tiene jurisdicción para decidir sobre cualquier queja relacionada

⁴⁵ Follonier-Ayala, Alejandro. **Evolución latinoamericana de los principios de separabilidad y kompetenz-kompetenz**. Pág. 523.

a la existencia o la validez del contrato principal, siempre que no haya motivos para declarar el acuerdo de arbitraje en sí inválido.

- **Establecimiento del principio en la Ley de Arbitraje de Guatemala**

La autonomía del acuerdo arbitral está ampliamente reconocida en el mundo, constituyéndose en uno de los principios generales del arbitraje en los que se basan los árbitros internacionales, independientemente de su asiento y de la ley que rige el procedimiento.

El principio de la autonomía del acuerdo de arbitraje ha tomado una nueva dimensión dentro de su reconocimiento en los sistemas legales nacionales y Guatemala no es la excepción.

Este principio general del arbitraje comercial internacional, se encuentra contemplado de forma tácita en el Artículo 21 de la Ley de Arbitraje, con el título: "Facultad del tribunal arbitral para decidir acerca de su competencia", y establece lo siguiente: "1) 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. La decisión del tribunal arbitral declarando nulo un contrato, no entrañará por ese solo hecho la nulidad de la cláusula en la que conste el acuerdo de arbitraje."

A continuación se desarrollarán las principales diferencias.

4.4 Determinación de las principales diferencias

Ha quedado claro que entre ambos principios existe una interrelación para proteger y respaldar que las partes ligadas por un acuerdo arbitral no sean desviadas a los tribunales judiciales frente a una alegación ya sea sobre la validez del contrato o sobre la validez del convenio arbitral.

Se ha demostrado que sin la existencia de estos dos principios fundamentales, el desarrollo del proceso arbitral estaría entorpecido por una incertidumbre ya que bastaría que la parte renuente al arbitraje invoque la nulidad del contrato y de la cláusula arbitral que forma parte del contrato para cuestionar e impedir el desarrollo del arbitraje.

La falta de claridad al conceptualizar los principios *compétence-compétence* y autonomía del acuerdo arbitral, puede poner en desventaja al árbitro en su etapa de deliberación, al momento de conocer una controversia, al no distinguirlos ni interpretarlos propiamente por la vaga y ambigua conceptualización normativa dentro de la Ley de Arbitraje de Guatemala. Por lo que se desarrollarán diferencialmente.

No basta con que la Ley de Arbitraje en su Artículo 21 los regule de forma tácita, ya que el árbitro, dependiendo la controversia, necesitará aplicar con idoneidad y certeza el principio más adecuado al caso, y para lograr hacerlo, debe tener claro las definiciones, conceptos y supuestos para entender que no son lo mismo.

- **Definición diferencial de principios**

Derivado del desarrollo anterior, es preciso determinar que la aplicabilidad de ambos principios varía. “El principio de autonomía del acuerdo arbitral, también llamado de separabilidad, permite a los árbitros resolver controversias relativas a la existencia y la validez del contrato principal, mientras que el principio de *compétence-compétence* permite a los árbitros resolver controversias relativas a la existencia y a la validez del convenio arbitral.”⁴⁶

Entonces, dentro de un proceso arbitral pueden suceder dos variantes: la primera de ellas es, que la cláusula arbitral puede ser atacada por una de las partes, señalando una excepción que ataca la eficacia sobre la existencia y validez de la misma. En este momento el tribunal arbitral tiene la capacidad de decidir de forma lógica y jurídica sobre su propia competencia, y luego conocer y deliberar si la cláusula es válida o no.

La otra de las variantes es, cuando se intenta atacar la existencia y validez del contrato principal a través de una excepción, en este caso es necesario tomar en cuenta que aunque el contrato fuese declarado nulo por el tribunal arbitral, esto no hace que la cláusula arbitral contenida en el mismo también lo sea ya que es autónoma e independiente, por lo que la decisión de arbitrar la controversia no se vería afectada aunque el contrato fuese nulo.

⁴⁶ Silva Romero, Eduardo. **Breves observaciones sobre el principio kompetenz-kompetenz en el contrato de arbitraje.** Pág. 581.

- **Surgimiento de la competencia de los árbitros para aplicar los principios**

Es preciso señalar de dónde surge la competencia de los árbitros para aplicar ambos principios. Mientras la competencia para decidir sobre la existencia y validez del contrato surge del convenio arbitral, la competencia de los árbitros para decidir sobre la existencia y validez del convenio de arbitraje posee su fundamento en la ley, que reconoce el principio de *cómpetence-cómpetence*, en este caso, la Ley de Arbitraje.

- **Formulación de excepción**

Cuando una de las partes encausa el proceso arbitral, la excepción de incompetencia del tribunal arbitral deberá oponerse por la contraparte a más tardar en el momento de presentar la contestación de la demanda, o de la reconvención, en su caso. Es así como lo establece el Artículo 21 de la Ley de Arbitraje, en su numeral segundo.

Es un hecho que el Artículo 21 de la Ley de Arbitraje no denomina expresamente los principios de *cómpetence-cómpetence* y el de autonomía del acuerdo arbitral, pero sí los contempla de forma tácita.

Cabe mencionar, que no basta con que se encuentren implícitos en dicha regulación ya que se considera como una causal de desventaja para el árbitro en su etapa de deliberación, al momento de conocer una controversia o excepción y así no distinguirlos ni interpretarlos propiamente por la vaga y ambigua conceptualización normativa.

Por tanto, para aclarar dicha conceptualización normativa vaga, lo plasmado en el Artículo 21 de la Ley de Arbitraje como: “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 de arbitraje” debería interpretarse bajo un epígrafe imperceptible denominado principio *cómpetence-cómpetence*. Y para la continuación de ese mismo párrafo del referido Artículo, que prosigue: “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” debería entonces interpretarse bajo el epígrafe imperceptible denominado principio de autonomía del acuerdo arbitral.

- **Decisiones de Competencia**

La autoridad arbitral tiene total reserva para decidir las excepciones de modo preliminar o unido con los aspectos de fondo en un laudo concluyente, excepto si existe un pacto entre las partes que obligue a los árbitros a resolver en otro momento.

La norma preponderante para decidir esta cuestión es el grado de consonancia del objeto de la excepción con los temas de fondo, es decir que, si la excepción no compromete directamente temas de fondo puede resolverse luego de agotada la discusión sobre este aspecto; en caso contrario, es más prudente que la decisión se lleve a cabo al momento de emitir un laudo concluyente, por ejemplo: cuando una parte cuestiona la validez del convenio arbitral (como excepción) y la validez del contrato (como tema de fondo) amparándose en la misma causa.

El tribunal arbitral podrá decidir las excepciones que se planteen como cuestión previa o en un laudo sobre el fondo. Esto lo establece el mismo Artículo 21 de la Ley de Arbitraje en su numeral tercero.

4.5. Relevancia de los principios en la legislación arbitral internacional

Es preciso llevar a cabo un desarrollo acerca de la relevancia que poseen estos principios en la legislación internacional que los contempla, ya que constituye la base y razón de ser de los mismos dentro de la legislación nacional.

- **Convención de Nueva York**

El Estado de Guatemala, comprometiéndose con el progreso del arbitraje comercial internacional en el país, aprueba la Convención para el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales, también llamada Convención de Nueva York mediante el Decreto-Ley número 9-84, publicado en el Diario Oficial el 22 de mayo de 1984 y vigente para Guatemala desde el 23 de mayo de 1984.

Este instrumento es el antecedente directo más importante en materia internacional, concretándose como el principal tratado multilateral sobre arbitraje internacional. La Convención de Nueva York se constituyó así como el modelo fundamental para los arbitrajes en el ámbito internacional, aun cuando solo estuviese destinada al

reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales. Así mismo fue de suma trascendencia para la extensión e incentivo de la labor arbitral ya que permitió al arbitraje internacional adquirir un carácter vinculante de forma definitiva; definir concretamente el pacto arbitral o cláusula compromisoria, como también las condiciones de su perfeccionamiento.

- **Relevancia del principio *compétence-compétence* en la Convención de Nueva York**

La vertiente negativa del principio *compétence-compétence*, encuentra su antecedente directo en el Artículo II.3 de la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras firmado en Nueva York en 1958, el cual establece: “3. El tribunal de uno de los Estados Contratantes al que se someta un litigio respecto del cual las partes hayan concluido un acuerdo en el sentido del presente Artículo, remitirá a las partes al arbitraje, a instancia de una de ellas, a menos que compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o inaplicable.”

Es decir que, conforme a lo establecido por la Convención de Nueva York, los tribunales judiciales de los Estados contratantes de la misma, deben remitir a las partes al arbitraje cuando exista un convenio arbitral, a excepción de cuando se encuentren ante un convenio arbitral nulo, ineficaz o inaplicable. Lo anterior en virtud que, no tienen la competencia para conocer y resolver de una controversia cuyo fuero idóneo es el arbitraje.

Es claro que la Convención de Nueva York no muestra gran discusión acerca de lo que se quiere decir por nulo, ineficaz o inaplicable. La intención fue clara al plasmar que el juez estatal carece de competencia para ventilar el fondo de la controversia que se pretende arbitrar, dejando así cierta jurisdicción parcial y de carácter subsidiario para cuestiones relacionadas con el acuerdo arbitral.

En cuanto al tema de la validez del acuerdo arbitral, solo deberá ejercerse dicha excepción en casos extremos, en los que definitivamente no existía un convenio arbitral o el mismo era ostensiblemente ineficaz.

Ahora bien, la vertiente positiva del principio *cómpetence-cómpetence* no se encuentra precisamente en la Convención de Nueva York, sino en el Convenio Europeo sobre Arbitraje Comercial Internacional, firmado en Ginebra en 1961, el cual establece en su Artículo V.3: “3. A reserva de que se pueda ulteriormente apelar conforme a la *lex fori* contra el indicado laudo del tribunal arbitral ante un tribunal estatal competente, el tribunal de arbitraje cuya competencia fuese impugnada no deberá renunciar al conocimiento del asunto y tendrá la facultad de fallar sobre su propia competencia y sobre la existencia o validez del acuerdo o compromiso arbitral o del contrato transacción u operación de la cual forma parte dicho acuerdo o compromiso.”

En conclusión, la normativa anteriormente señalada establece que el tribunal arbitral no deberá renunciar a su competencia de conocer sobre determinada controversia, y podrá fallar sobre la validez del convenio arbitral, lo cual es una muestra de la característica garantista que posee el principio de viabilizar el arbitraje sin problema alguno.

- **Relevancia del principio autonomía del acuerdo arbitral en la Convención de Nueva York**

La Convención de Nueva York, no recoge de forma expresa ni tácita el principio de separabilidad, ya que el mismo se encuentra fuera de su objetivo inmediato de consolidar la efectividad internacional en materia de laudos arbitrales extranjeros.

Es hasta con la labor integradora de la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, en sus siglas CNUDMI, cuando se facilita la conceptualización e interpretación del principio de separabilidad. Este se encuentra regulado en el Artículo 16, numeral 1, mismo que se abordará a continuación.

En la actualidad, el principio de autonomía del acuerdo arbitral, goza de un consenso mundial entre los profesionales del arbitraje, aceptado también por legislaciones nacionales de Estados.

- **La Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre Arbitraje Comercial Internacional –CNUDMI- sobre Arbitraje Comercial Internacional**

La Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre Arbitraje Comercial Internacional está creada para apoyar a los Estados a modernizar y reformar sus leyes en materia de arbitraje, con la finalidad de

que se incluya en las legislaciones nacionales las características particulares y las exigencias del arbitraje comercial internacional.

Esta contempla todas las etapas del procedimiento arbitral, reflejando un consenso mundial sobre los aspectos más importantes de la práctica del arbitraje internacional aceptados por Estados de todas las regiones y los diferentes ordenamientos jurídicos o sistemas económicos del mundo. Entró en vigencia en 1985 y existe una versión con enmiendas del año 2006.

La Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre Arbitraje Comercial Internacional, establece de forma expresa el significado del principio *cómpetence-cómpetence*, en su Artículo 16, que establece en su parte conducente: “El tribunal arbitral estará facultado para decidir acerca de su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del acuerdo de arbitraje.”

Esta definición engloba los elementos necesarios para diferenciarlo con el principio de autonomía del acuerdo arbitral, el que si bien es cierto se encuentra plasmado en el mismo artículo, su definición es distinta: “Una cláusula compromisoria que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del contrato. La decisión del tribunal arbitral de que el contrato es nulo no entrañará ipso jure la nulidad de la cláusula compromisoria.”

De lo anterior, se evidencia que el Artículo 16 de la Ley Modelo, abordó los componentes fundamentales para describir ambos principios de forma conjunta, pero dejando claro que no son los mismos. La intención de la normativa de esta ley, muestra una esclarecida idea y propósito de dar las herramientas a los árbitros para poder distinguir dichos principios y que de tal forma fuesen utilizados como las herramientas interpretativas y de aplicación que en sí mismos son.

La misma norma citada, continúa señalando, que dentro del proceso de interposición de la excepción de incompetencia del tribunal arbitral dentro de un arbitraje internacional deberá oponerse a más tardar en el momento de presentar la contestación. El tribunal arbitral podrá, en cualquiera de los casos, estimar una excepción presentada más tarde si considera justificada la demora.

Así mismo, el tribunal arbitral podrá decidir sobre la viabilidad de dicha excepción ya sea como cuestión previa o en un laudo arbitral sobre el fondo.

Si es resuelta como cuestión previa y el tribunal arbitral se declara competente, las partes dentro de los treinta días siguientes al recibo de la notificación de esa decisión, podrá solicitar formalmente al tribunal competente que resuelva la controversia principal, y la resolución de este tribunal será inapelable; pero si el tribunal decide sobre la excepción dentro de un laudo de fondo, podrá proseguir sus actuaciones hasta obtener una resolución arbitral final de fondo, incluyendo su decisión sobre la excepción de incompetencia.

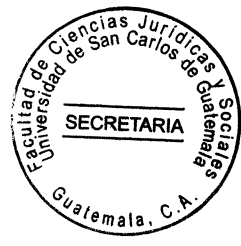
Entendido el procedimiento anterior relativo al principio *compétence-compétence*, es preciso señalar a manera de conclusión, que mientras éste va dirigido a la facultad del tribunal arbitral para decidir sobre su propia competencia, el principio de autonomía del acuerdo arbitral, o también llamado de separabilidad, conceptualiza que un acuerdo de arbitral es distinto y, por lo tanto, separado de la cuestión sustantiva de la controversia derivada de un contrato nulo.

De tal manera que la validez o aplicabilidad de la materia del litigio, no afecta la validez y aplicabilidad del acuerdo arbitral.

CONCLUSIÓN DISCURSIVA

La problemática objeto de la investigación radica en la falta de claridad al conceptualizar los principios *compétence-compétence* y autonomía del acuerdo arbitral en la legislación arbitral de Guatemala ya que pone en desventaja al árbitro en su etapa de deliberación, al momento de conocer una controversia y no distinguirlos ni interpretarlos propiamente. El fundamento legal en donde se manifiesta dicha problemática es en el Artículo 21 de la Ley de Arbitraje de Guatemala. Al no separar de forma explícita la variación entre sus definiciones, características y supuestos de aplicación desiguales, conduce a la amenaza de vulneración del principio de autonomía de la voluntad, que consiste en el derecho que tienen las partes de elegir dentro del ámbito privado, un método alternativo de resolución de conflictos.

Para que el desarrollo del proceso arbitral no sea entorpecido por una incertidumbre, ya que bastaría que la parte renuente al arbitraje invoque la nulidad del contrato y de la cláusula arbitral que forma parte del contrato para cuestionar e impedir el desarrollo del arbitraje, es preciso que los árbitros y abogados lleven a cabo una integración de doctrina, jurisprudencia y principalmente legislación internacional de la materia para realizar una interpretación correcta de dichos principios en virtud que la Ley de Arbitraje de Guatemala no es clara. El principio de autonomía del acuerdo arbitral permite a los árbitros resolver controversias relativas a la existencia y la validez del contrato principal, mientras que el principio de *compétence-compétence* permite a los árbitros resolver controversias relativas a la existencia y a la validez del convenio arbitral.



BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ LONDOÑO, Luis Fernando. **Derecho y globalización**. Bogotá, Colombia: Ed. Pontificia Universidad Javeriana, 2009.

BATTISTA GUZZETTI, Giovanni. **Hombre y otros hombres**. 2ª ed. Roma, Italia: Ed. Marietti, 1965.

BORN, Gary. **Arbitraje comercial internacional**. Estados Unidos: Ed. Kluwer Law International, 2000.

CAS AIS, José. **Principios de derecho procesal civil**. Madrid, España: Ed. Reus, 1922.

CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario enciclopédico de derecho usual**. 16ª ed. Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta S.R.L, 1979.

CAIVANO, Roque. **El arbitraje: nociones introductorias**. Publicación: Revista Electrónica de Derecho Comercial. Argentina, 2014.

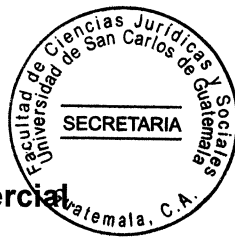
CAIVANO, Roque. **La cláusula arbitral y la cesión del contrato que la contiene**. México: Ed. Universidad Autónoma de México, 2010.

CAPITANT, Henri. **Introducción al estudio del derecho civil**. 2ª ed. Medellín, Colombia: Ed. Universidad Nacional de Colombia, 1940.

CERÓN CORAL, Jaime. **El arbitraje laboral**. Bogotá, Colombia: Ed. Temis S.A., 2007.

Consejo Internacional para el Arbitraje Comercial. **Guía del ICCA para la interpretación de la Convención de Nueva York de 1958: Un manual para jueces**. La Asociación de Congresos y Convenciones Internacionales, 2013.

CREMADES, Bernardo. **Consolidación de la autonomía de la voluntad en España: el convenio arbitral, Vol. 1**. España: (s.ed), 2011.



EISEMANN, Frederic. **La cláusula arbitral patológica en el arbitraje comercial**. Francia: Ed. Fenixxx, 1979.

FOLLONIER-AYALA, Alejandro. **Evolución latinoamericana de los principios de separabilidad y kompetenz-kompetenz**. Ecuador: Ed. Universidad Andina Simón Bolívar, 2017.

FOUCHARD, Philippe y GOLDMAN, Berthold. **Arbitraje comercial internacional**. (s.l.i) Ed. Kluwer Law International, 1999.

GAILLARD, Emmanuel. **El efecto negativo del principio compétence-compétence: la regla de prioridad a favor de los árbitros en la aplicación de los acuerdos de arbitraje y los laudos arbitrales internacionales**. Nueva York, Estados Unidos de América: Ed. Cameron May, 2008.

GAUDEMET, Eugene. **Teoría de las obligaciones**. México: Ed. Porrúa, 1984

GONZALEZ DE COSSÍO, Francisco. **Sobre la naturaleza jurídica del arbitraje**. México: Ed. Universidad Autónoma de México, 2004.

GORJÓN GÓMEZ, Francisco Javier. **Arbitraje comercial**. México: Ed. Universidad Autónoma de México, 2001.

GOZAINI, Osvaldo Alfredo. **Formas alternativas para la resolución de conflictos**. Ciudad de México, México: Ed. Depalma, 1995.

GULIZIA, Luigi. **El anillo roto de la historia**. Italia: Ed. Caravaggio, 2008.

HERNÁN, Jorge. **Curso práctico de arbitraje**. Bogotá, Colombia: Ed. Librería del Profesional, 1993.

JARROSSON, Charles. **La noción del arbitraje, derecho y jurisprudencia**. Francia: Ed. Librería General de Derecho y de Jurisprudencia, 1987.

JIJÓN Rodrigo; PAEZ, Daniela. **La ley de arbitraje**. Ecuador: Ed. Editorial Ecuatoriana de Derecho, 2016.



KAWHARY, Amokura. **Jurisdicción arbitral**. Nueva Zelanda: Ed. Universidad de Auckland, 2006.

LECOMPTE, Henri. **Ensayo sobre la noción de facultad en el derecho civil**. París, Francia: (s. ed), 1994.

LEW, Julian. **Comparativa del arbitraje comercial internacional**. 2ª ed. Amsterdam: Ed. Springer, 2001.

NICOLAU, Lidia Noemí. **Fundamentos de derecho contractual**. Argentina: Ed. La Ley, 2009.

POUDRET, Jean-Francois. **Derecho comparado del arbitraje internacional**. Londres, Inglaterra: Ed. Sweet & Maxwell, 2007.

QUADRIO CURZIO, Alberto. **Globalización: perfil económico**. México (s.e.) (s.f.)

QUIROGA, Gonzalo. **Orden público y arbitraje internacional**. Madrid, España: Ed. Dykinson, S.K., 2003.

QUISBERT, Ermo. **La representación**. Bolivia (s.ed), 2012.

RESTREPO-SOTO, Daniel. **La arbitralidad objetiva en el derecho de arbitraje**. Medellín, Colombia: Ed. Universidad EAFIT, 2014.

RUBELLIN-DEVICHI, Jacqueline. **El arbitraje, naturaleza jurídica**. Francia: Ed. Librería General de Derecho y de Jurisprudencia, 1965.

RUBIO GUERRERO, Roger. **El principio compétence-compétence en la nueva Ley Peruana de Arbitraje**. Lima, Perú: Ed. Círculo Peruano, 2012.

SÁNCHEZ, Sixto. **Derecho aplicable al fondo de la controversia en el arbitraje comercial internacional**. Publicación: Revista de Derecho Internacional. España, (s.e), 2009.



SILVA ROMERO, Eduardo. **Breves observaciones sobre el principio Kompetenz-Kompetenz en el contrato de arbitraje.** Colombia: Ed. Instituto Pacífico Actualidad Civil, 2015.

TALERO RUEDA, Santiago. **Arbitraje comercial internacional.** 3ª ed. Bogotá, Colombia: Ed. Universidad de Los Andes, 2008.

VALENZUELA URBINA, Sonia Lucía. **Parámetros de decisión en el arbitraje de equidad en el ámbito del derecho privado.** Guatemala: Ed. Universidad Rafael Landívar, 2003.

WELSER, Irene. **El alcance del arbitraje.** Viena, Austria: (s.ed), 2016.

ZIMMERMANN, Reinhard. **Derecho de obligaciones: los fundamentos romanos de la tradición civil.** Inglaterra: Ed. Oxford University Press, Oxford, 1996.

Legislación:

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

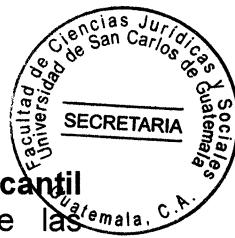
Código Civil. Decreto Ley 106. Enrique Peralta Azurdia, Jefe de Gobierno de la República de Guatemala, 1964.

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

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

Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras. Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, 1958.

Convención Interamericana Sobre Arbitraje Comercial Internacional, Convención de Panamá. Organización de Estados Americanos, 1975.



Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre Arbitraje Comercial Internacional. Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, 1985.