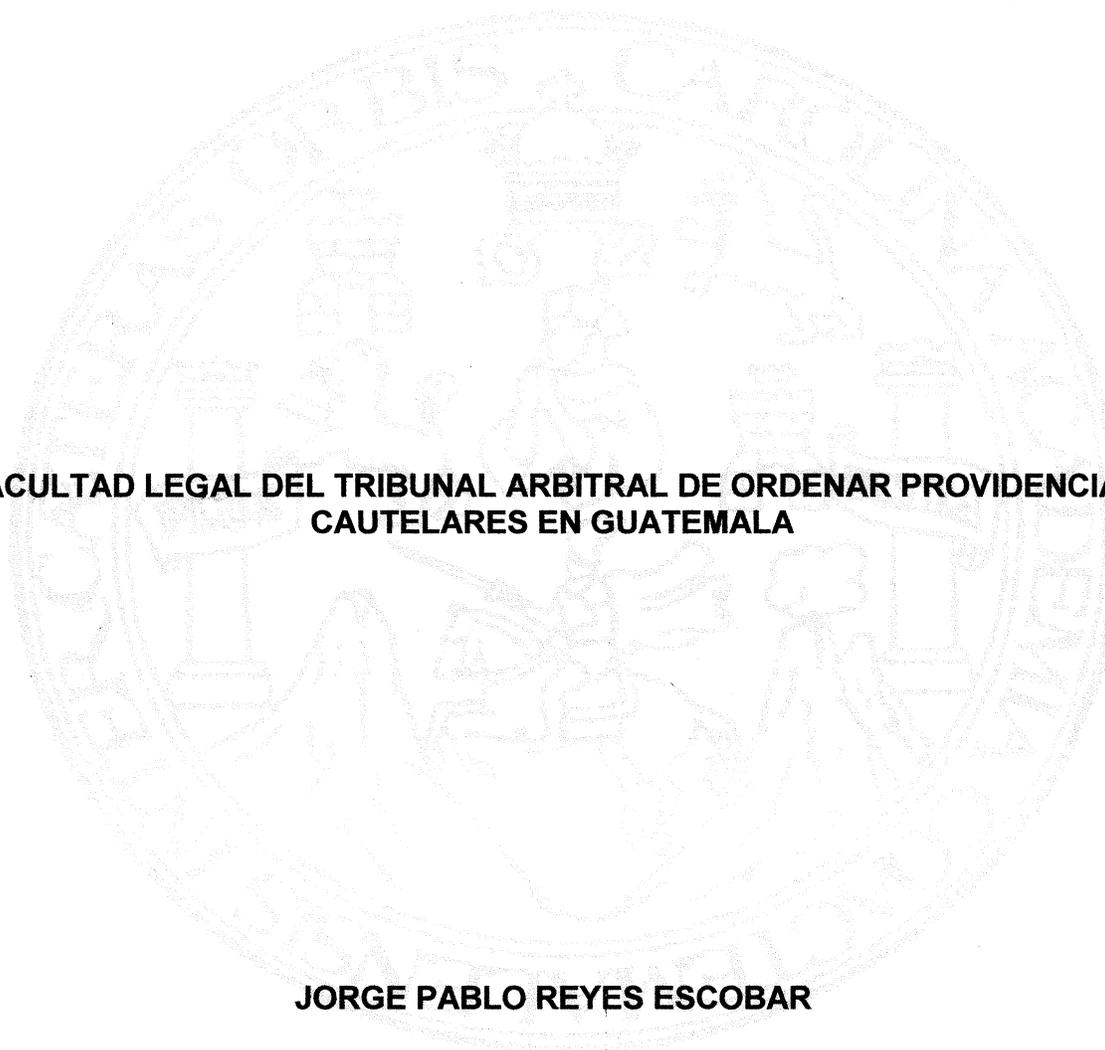


**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**



**FACULTAD LEGAL DEL TRIBUNAL ARBITRAL DE ORDENAR PROVIDENCIAS
CAUTELARES EN GUATEMALA**

JORGE PABLO REYES ESCOBAR

GUATEMALA, FEBRERO DE 2020

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

**FACULTAD LEGAL DEL TRIBUNAL ARBITRAL DE ORDENAR PROVIDENCIAS
CAUTELARES EN 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

JORGE PABLO REYES ESCOBAR

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, febrero de 2020

**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: Licda. Astrid Jeannette Lemus Rodríguez
VOCAL II: Lic. Henry Manuel Arriaga Contreras
VOCAL III: Lic. Juan José Bolaños Mejía
VOCAL IV: Br. Denis Ernesto Velásquez González
VOCAL V: Br. Abidán Carías Palencia
SECRETARIO: Lic. Fernando Antonio Chacón Urizar

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente: Lic. Álvaro Hugo Salguero Lemus
Vocal: Licda. Delia Verónica Loarca Cabrera
Secretaria: Licda. Ninfa Lidia Cruz Oliva

Segunda Fase:

Presidenta: Licda. Delia Verónica Loarca Cabrera
Vocal: Lic. Romeo Antonio Martínez Guerra
Secretario: Lic. Héctor Osberto Orozco y Orozco

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



Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Unidad de Asesoría de Tesis. Ciudad de Guatemala, 20 de julio de 2018.

Atentamente pase al (a) Profesional, **MARVIN OMAR CASTILLO GARCIA**
 _____, para que proceda a asesorar el trabajo de tesis del (a) estudiante
JORGE PABLO REYES ESCOBAR, con carné **201211012**,
 intitulado **FACULTAD LEGAL DEL TRIBUNAL ARBITRAL DE ORDENAR PROVIDENCIAS CAUTELARES EN**
GUATEMALA.

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

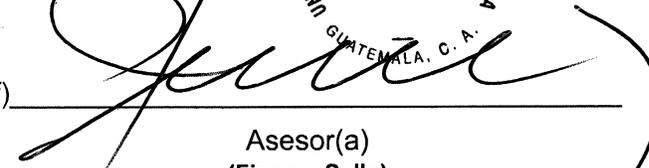
El dictamen correspondiente se debe emitir en un plazo no mayor de 90 días continuos a partir de concluida la investigación, en este debe hacer constar su opinión respecto del contenido científico y técnico de la tesis, la metodología y técnicas de investigación utilizadas, la redacción, los cuadros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

Adjunto encontrará el plan de tesis respectivo.


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



Fecha de recepción 06 / 05 / 2019. f) _____


 Asesor(a)
 (Firma y Sello)
Lic. Marvin Omar Castillo García
Abogado y Notario

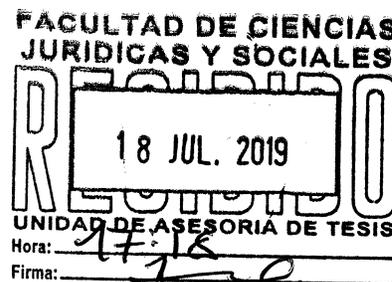


**LIC. MARVIN OMAR CASTILLO GARCIA
ABOGADO Y NOTARIO**



Guatemala 18 de julio del año 2019

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



Licenciado Orellana Martínez:

Respetuosamente me dirijo a su persona con el objeto de manifestarle que asesoré el trabajo de tesis del alumno **JORGE PABLO REYES ESCOBAR** según nombramiento de fecha veinte de julio del año dos mil dieciocho, intitulado: "**FACULTAD LEGAL DEL TRIBUNAL ARBITRAL DE ORDENAR PROVIDENCIAS CAUTELARES EN GUATEMALA**", para el efecto procedí a la realización de los cambios y modificaciones necesarias y declaro que con el sustentante no me une parentesco alguno dentro de los grados de ley, por lo que emito el siguiente dictamen tomando en consideración lo siguiente:

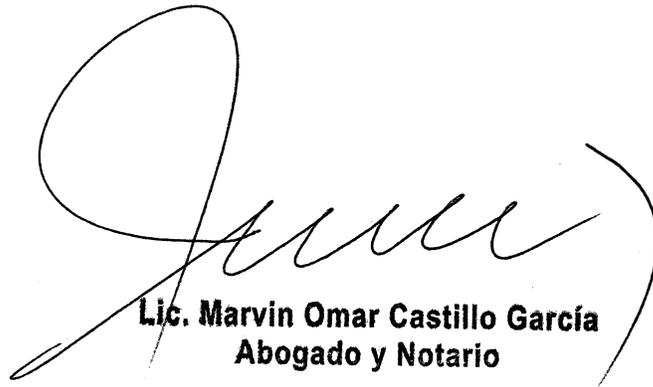
- a) Se llevó a cabo un trabajo que denota un valioso aporte tanto técnico como científico y abarca un extenso contenido doctrinario y legal, habiendo sido el objeto de estudio del tema la facultad jurídica del tribunal arbitral de ordenar providencias cautelares.
- b) La metodología empleada durante el desarrollo del trabajo llevado a cabo tiene relación con los capítulos de la tesis y con su respectiva presentación, hipótesis y comprobación de la hipótesis. Para redactar la introducción y conclusión discursiva, se utilizaron los métodos inductivo y analítico, así como la aplicación de los métodos deductivo y sintético.
- c) En cuanto a los objetivos de la misma se puede indicar que es fundamental la función legal del tribunal arbitral de ordenar providencias cautelares con la finalidad de asegurar, conservar y anticipar la efectividad de las resoluciones estimatorias que puedan dictarse.
- d) La hipótesis que se formuló originalmente quedó comprobada, debido a que el trabajo desarrollado por el sustentante muestra claramente los fundamentos jurídicos que informan las providencias cautelares en la sociedad guatemalteca.
- e) Los capítulos de la tesis permitieron la comprensión de los criterios técnicos y jurídicos que fundamentan las aseveraciones realizadas. El aporte científico del tema es fundamental y se basó en un contenido actual. En cuanto a la conclusión discursiva, se relaciona con el contenido del trabajo de investigación y señala el adecuado nivel de síntesis legal relacionado con el objeto del tema. Además, la bibliografía que se utilizó para la elaboración de la tesis ha sido la acorde y adecuada.

**LIC. MARVIN OMAR CASTILLO GARCIA
ABOGADO Y NOTARIO**



Doy a conocer que el trabajo de tesis del sustentante cumple de manera eficaz con los requisitos establecidos en el Artículo 31 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, por lo que **DICTAMINO FAVORABLEMENTE** para que pueda continuar con el trámite respectivo, para evaluarse posteriormente por el Tribunal Examinador en el Examen Público de Tesis, previo a optar al grado académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Atentamente.

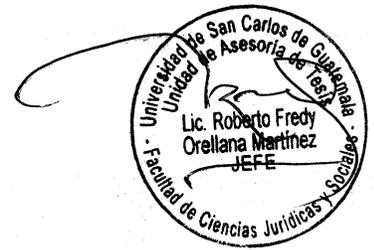


**Lic. Marvin Omar Castillo García
Abogado y Notario**

**Lic. Marvin Omar Castillo Garcia
Asesor de Tesis
Colegiado 9,784**



USAC
TRICENTENARIA
Universidad de San Carlos de Guatemala



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, 26 de noviembre de 2019.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis del estudiante JORGE PABLO REYES ESCOBAR, titulado FACULTAD LEGAL DEL TRIBUNAL ARBITRAL DE ORDENAR PROVIDENCIAS CAUTELARES EN 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/JP.

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
SECRETARIO
GUATEMALA, C. A.

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
DECANO
GUATEMALA, C. A.





DEDICATORIA

A DIOS:

Quien me ha fortalecido e iluminado durante esta etapa de mi vida, dotándome de sabiduría para afrontar cada prueba que se presentó durante la carrera.

A MI MADRE:

Nineth Escobar Cabrera, quien con mucho amor y paciencia me inculco los principios que me definen como la persona que soy, quien con dulces palabras me guio durante la carrera, brindándome su apoyo incondicional con sus consejos y regaños.

A MI PADRE:

Jorge Estuardo Reyes del Cid, mi maestro, mi mentor, gracias por tus sabios consejos, por inspirarme a ser un hombre de bien, por guiarme en todo momento, por regañarme cuando lo merecía y cuando no lo merecía, por tener la paciencia para compartirme sus conocimientos jurídicos.

A MI HERMANA:

Por su apoyo, amor, motivación y darle alegría a nuestra familia.

A MIS ABUELOS:

Carlos Reyes, Olga del Cid e Ilda Cabrera, porque siempre me han animado y apoyado para esta meta. También a mi abuelo Juan Adolfo Escobar Ávila, a quien lo llevo en mi corazón y lo recuerdo con mucha alegría.



A LOS LICENCIADOS:

Juan Antonio Ramírez Sánchez, Manuel de Jesús Mejicanos Jiménez, Sergio Amadeo Pineda Castañeda y Marvin Omar Castillo, por su amistad y enseñanzas; también a Edgar Castillo, Omar Barrios y Wuelmer Gómez, por compartir sus conocimientos jurídicos y por prepararme para la vida.

A MIS AMIGOS:

Las benditas personas que Dios puso en mi vida, con quienes formamos un lazo fuerte de amistad y solidaridad.

A:

María José Sazo Lima, especialmente, por ser una bendición en mi vida, por su amor, cariño, incondicionalidad y paciencia, porque es y será una de las personas más importantes en mi vida.

A:

La Universidad de San Carlos de Guatemala, especialmente a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.



PRESENTACIÓN

El tema desarrollado indica la facultad legal del tribunal arbitral de ordenar providencias cautelares en la ciudad capitalina de la República de Guatemala durante los años 2015-2018. La investigación que se presenta se enmarca dentro de las investigaciones cualitativas y de naturaleza jurídica privada.

La Ley de Arbitraje, Decreto 67-95 del Congreso de la República de Guatemala establece que el juicio arbitral es un método alternativo de resolución de conflictos, por el cual las partes someten a decisión de un tercero, un asunto para que sea dirimido, debiendo las partes, sujetarse a la decisión tomada por el tribunal arbitral, sujetándose específicamente al principio de celeridad procesal, con el objeto de descongestionar la pesada carga a los tribunales jurisdiccionales y, resolver los asuntos sometidos a su conocimiento, en plazos cortos y no prolongados.

El objeto de la tesis señaló la importancia de las providencias cautelares. Los sujetos en estudio fueron los tribunales arbitrales. El aporte académico señaló los fundamentos jurídicos que informan las facultades legales de los tribunales arbitrales de ordenar providencias cautelares en la sociedad guatemalteca.



HIPÓTESIS

La facultad legal del tribunal arbitral de ordenar providencias cautelares en Guatemala permite garantizar el resultado de un proceso y las mismas pueden ser solicitadas a petición de parte como el medio alternativo para resolver los conflictos, otorgando al tribunal, facultades jurisdiccionales para ventilar los procesos en períodos o plazos cortos y descongestionando la carga de procesos a los órganos jurisdiccionales.



COMPROBACIÓN DE LA HIPÓTESIS

Se comprobó la hipótesis formulada al dar a conocer la importancia jurídica de la facultad del tribunal arbitral de ordenar providencias cautelares en Guatemala. El juicio arbitral, es un juicio cuyo fundamento se encuentra en el principio de celeridad, en virtud del cual, los asuntos que sean sometidos a conocimiento de un tribunal arbitral, se ventilan en plazos o períodos cortos de tiempo y se resuelve el conflicto con más rapidez.

Las técnicas de investigación utilizadas durante el desarrollo de la tesis fueron la documental y de fichas bibliográficas, así como también los métodos siguientes: analítico, sintético, inductivo y deductivo.



ÍNDICE

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

CAPÍTULO I

1. El arbitraje.....	1
1.1. Definición.....	1
1.2. Fundamento legal.....	3
1.3. Historia.....	4
1.4. Características.....	15
1.5. Naturaleza jurídica.....	16
1.6. Clasificación del arbitraje.....	20

CAPÍTULO II

2. Mecanismos alternativos de resolución de conflictos.....	23
2.1. El conflicto.....	24
2.2. Diversos enfoques para abordar los conflictos.....	25
2.3. Importancia de los mecanismos alternativos de resolución de conflictos..	26
2.4. Conceptualización.....	28
2.5. Justicia alternativa.....	29
2.6. La resolución y el manejo de conflictos.....	31

CAPÍTULO III

3. Providencias cautelares.....	35
3.1. Conceptualización.....	36
3.2. Características.....	36



3.3. Requisitos.....	42
3.4. Responsabilidad derivada del otorgamiento de una providencia cautelar.	51
3.5. Providencias cautelares y su consideración particular de determinados tipos de procesos.....	52

CAPÍTULO IV

4. La facultad legal del tribunal arbitral de ordenar providencias cautelares en la sociedad guatemalteca.....	53
4.1. Ámbito de aplicación del arbitraje.....	56
4.2. Materia arbitral.....	56
4.3. Acuerdo de arbitraje.....	57
4.4. Formas de acuerdo de arbitraje.....	60
4.5. Importancia jurídica de la facultad legal del tribunal arbitral de ordenar providencias cautelares en Guatemala.....	61
CONCLUSIÓN DISCURSIVA.....	69
BIBLIOGRAFÍA.....	71

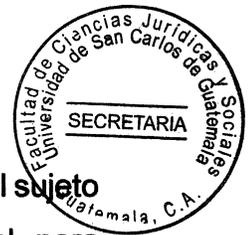


INTRODUCCIÓN

El tema fue elegido para dar a conocer la facultad legal del tribunal arbitral de ordenar providencias cautelares en Guatemala. La Constitución Política de la República de Guatemala garantiza que toda persona tiene libre acceso a los tribunales, dependencias y oficinas del Estado, para ejercer sus acciones y hacer valer sus derechos de conformidad con la ley. Es fundamental que se garanticen mecanismos legales y procesales por medio de los cuales las personas pueden accionar y hacer valer sus derechos, para así realizar las diligencias que sean necesarias para la resolución del conflicto, haciendo mención del principio dispositivo, a través del cual les corresponde a las partes la iniciación del proceso y a los órganos jurisdiccionales actuar de oficio y realizar las diligencias solicitadas.

La Constitución Política de la República de Guatemala establece en su parte conducente, que la justicia se imparte de conformidad a las leyes de la República, correspondiendo a los tribunales de justicia la potestad de juzgar y promover la ejecución de lo juzgado.

El juicio arbitral es considerado un método alternativo de resolución de conflictos, el cual tiene su esencia en el principio de celeridad, es decir, que las partes puedan someter a conocimiento de un tercero con facultades jurisdiccionales temporales o transitorias para la resolución del conflicto, ventilándose el mismo en períodos o plazos cortos y evitando la prolongación de los actos procesales, a fin que el derecho o pretensión sea declarado de forma rápida, siendo fundamental conocer las ventajas de aplicar las medidas cautelares dentro del juicio arbitral, así como los efectos que se producen para las partes y para el proceso, pero también, determinar qué medidas se deben tomar en el caso de que la parte a la que se le impusieron las medidas, se resista al cumplimiento de las medidas cautelares. El ordenamiento jurídico guatemalteco, adoptó el juicio arbitral, según la doctrina, para que exista regulado un método alternativo por el cual tanto personas individuales o jurídicas puedan resolver sus conflictos de una manera eficaz y eficiente, por medio de una serie de actos procesales que llevan a emitir un laudo arbitral con el cual se dará fin al asunto y se declarará un derecho o se hará valer una pretensión.



Durante el proceso arbitral, las partes tienen derecho a solicitar, específicamente el sujeto activo, las medidas cautelares que sean necesarias a criterio del tribunal arbitral, para garantizar el resultado del conflicto que se pretende resolver, sujetándose a las disposiciones del Código Procesal Civil y Mercantil y, además que, según la Ley de Arbitraje, son diligencias que deben ser resueltas por un Juez de Primera Instancia Civil o Mercantil, y no directamente por el tribunal arbitral.

Se entiende por jurisdicción, la facultad de los órganos jurisdiccionales para la administración de justicia dentro de delimitación geográfica y, por competencia, la limitación que tienen los órganos jurisdiccionales para la aplicación de justicia. El arbitraje puede realizarse en el lugar donde se haya celebrado el acuerdo arbitral, así como también en el lugar donde las partes tengan su domicilio.

El arbitraje consiste en toda decisión dictada por un tercero, con autoridad para ello, en un cuestión de un asunto, integrando un sistema de obtener justicia, sin recurrir a las medidas extremas. Para obtener justicia, las partes se deben someter a un sistema y ese sistema, es el proceso del juicio arbitral, el cual es adoptado por el ordenamiento jurídico guatemalteco y tiene como objeto, garantizar celeridad en la resolución de conflictos sometidos a su conocimiento.

Los objetivos de la tesis fueron alcanzados y la hipótesis comprobada al indicar la importancia jurídica de las facultades legales del tribunal arbitral de ordenar providencias cautelares en la sociedad guatemalteca. Los métodos empleados fueron los siguientes: analítico, sintético, inductivo y deductivo, así como también la técnica documental y bibliográfica. Los capítulos que se desarrollaron fueron los siguientes: en el primer capítulo, se señaló el derecho arbitral; en el segundo capítulo, se indicaron los mecanismos alternativos de resolución de conflictos; en el tercer capítulo, se analizaron las providencias cautelares; y en el cuarto capítulo, se estudiaron las facultades legales del tribunal arbitral de ordenar providencias cautelares en la sociedad guatemalteca.



CAPÍTULO I

1. El arbitraje

El arbitraje es referente a una institución que tiene individualidad auténtica pero compleja y se encuentra integrado por diversas partes que forman un todo. Esas partes, son la cláusula compromisoria, el compromiso, el nombramiento de los árbitros, el procedimiento arbitral y el laudo.

El procedimiento arbitral es definido como un procedimiento *sui generis*, a través del cual, debido a voluntad expresa de las partes, se difiere la solución de conflictos de carácter privado transigibles, a un cuerpo igualmente colegiado e integrado por diversos árbitros, los cuales de manera transitoria quedan investidos de jurisdicción, para poder proferir un laudo con igual categoría legal y los mismos efectos que tiene una sentencia judicial.

1.1. Definición

Arbitraje es la solución de conflictos por medio de un tribunal compuesto de particulares, quienes no tienen la investidura de jueces del Estado, ni ninguna otra de carácter oficial, aunque adquieren la primera para efectos de adelantar y fallar el proceso que se someta a su jurisdicción, desplazando de manera natural a los jueces normales y ordinarios en el conocimiento de dicha situación, los cuales, sin embargo; conservan jurisdicción y competencia para actuar en otros conflictos.



“El arbitraje se define como al que concurren las partes de común acuerdo o bien por mandato del legislador y se tiene que verificar ante tribunales especiales, los cuales son distintos a los establecidos de manera permanente por el Estado, elegidos por los mismos interesados, o por la autoridad judicial en subsidio o por un tercero en determinados casos”.¹

Por arbitraje se entiende la jurisdicción que la voluntad de las partes o bien la simple legislación les otorga a los particulares, para pronunciarse en relación a una o bien a más controversias, siempre que no sean de aquellas que debido a su misma naturaleza no puedan someterse al compromiso.

También, se puede indicar que es un método o técnica por la cual se busca resolver de manera extrajudicial las diferencias que interceden en las relaciones entre dos o más partes, a cuya finalidad lo que se busca es la intervención de un tercero para su resolución.

Arbitraje es un juicio de conocimiento derivado de una relación jurídica contractual mediante el cual, cuando hay controversias, entre dos o más personas, empresas o Estados, los mismos recurren a personas que no están vinculadas con el poder judicial, sino a particulares, o a una institución para que los designe, a las que reconocen autoridad y prestigio, con la finalidad de que después de apreciar los argumentos, pruebas y alegatos de las partes emitan una resolución conviniendo con anterioridad y de manera libre acatar el fallo, con efectos y características iguales a una sentencia judicial llamada regularmente laudo arbitral.

¹ Valtierra de la Roca, Mario Esteban. **Derecho arbitral y comercial**. Pág. 87.



1.2. Fundamento legal

El Estado guatemalteco no puede en ningún momento desconocer el derecho que tienen los individuos de disponer de manera libre de sus derechos y de someterlos a particulares que les merezcan amplia confianza.

Si una persona debido a sus actos de propia voluntad, puede renunciar un derecho propio y bien transigir las disposiciones que sobre el mismo tenga un tercero, es pues un derecho que le permite entregar la solución de sus disputas a la decisión de particulares o bien a una institución que le inspire confianza.

Cuando dos o más personas están de acuerdo en someter la controversia que les divide al fallo de los particulares o de los individuos que han sido nombrados por una institución debidamente especializada, no existe motivo alguno para que de esa manera el Estado pueda desconocer el principio legal de que lo convenido entre las partes que es ley entre las mismas.

Cualquier persona tiene derecho a poder ser juzgada por un tribunal que goce de su confianza y la jurisdicción no resta una facultad en beneficio del Estado, para la resolución de todos los litigios, sino que la misma es constitutiva de una función debidamente establecida de utilidad social que tiene que desempeñarse de oficio cuando un interés público se encuentre comprometido, pero en los demás casos únicamente puede ejercerse a petición de una de las partes.



El Artículo 203 de la Constitución Política de la República de Guatemala señala: “La justicia se imparte de conformidad con la Constitución y las leyes de la República. Corresponde a los tribunales de justicia la potestad de juzgar y promover la ejecución de lo juzgado.

Los otros organismos del Estado deberán prestar a los tribunales el auxilio que requieran para el cumplimiento de sus resoluciones.

Los magistrados y jueces son independientes en el ejercicio de sus funciones y únicamente están sujetos a la Constitución de la República y a las leyes. A quienes atentaren contra la independencia del Organismo Judicial, además de imponérseles las penas fijadas por el Código Penal, se les inhabilitará para ejercer cualquier cargo público.

La función jurisdiccional se ejerce, con exclusividad absoluta, por la Corte Suprema de Justicia y por los demás tribunales que la ley establezca.

Ninguna otra autoridad podrá intervenir en la administración de justicia”.

De esa forma, se puede indicar que el Decreto 67-95 del Congreso de la República de Guatemala reconoce claramente la jurisdicción arbitral, y la Constitución Política lo avala. También, el arbitraje ha estado regulado, desde los orígenes de la institución de la Nación, desde antes de la independencia de la República.

1.3. Historia

El ser humano necesita señalar el camino recorrido y formar un juicio auténtico relacionado con la orientación seguida. Para el conocimiento de la institución del arbitraje se necesita de la historia para documentar las experiencias pasadas, orígenes de la institución, y de esa



manera formar una perspectiva a cabalidad inclusive del origen de la terminología que conlleva la institución. Se sostiene que el arbitraje es una de las primeras formas de resolver los conflictos jurídicos que se presentan entre las gentes, ya que su origen se atribuye a la época primitiva.

- a) **Sociedades primitivas:** “La doctrina señala que el arbitraje consiste en una de las primeras formas de resolver conflictos jurídicos que se presentan entre las gentes, debido a que su origen se atribuye a aquella época primitiva de la sociedad en que la evolución cultural imponía diferir a terceros la solución de las disputas, abandonando al mismo tiempo otros sistemas elementales de justicia privada. Cuando los contendientes deciden someter sus diferencias a otras personas, aceptando de antemano con carácter obligatorio las distintas decisiones, se encuentra en presencia de una solución arbitral”.²

Dicho mecanismo dio lugar con el correr del tiempo y el perfeccionamiento de la organización a la formación de la institución judicial como una función esencial del Estado que se encuentra establecida justamente para impartir justicia por medio de un sistema que fuera permanente y estable.

Lo indicado, con la adopción al mismo tiempo de una serie de pautas necesarias para el ejercicio de su actividad, sistema que se encuentra disponible para tutelar los derechos.

² Yanes Castellanos, Rosa María. **Introducción al derecho arbitral**. Pág. 26.



La circunstancia referente de asumir el Estado la función de administrar justicia, **no** puede sustituir el arbitraje, el cual observa claramente en casi todos los sistemas legales, por ser referentes a una institución que cuenta con una vigencia prolongada en el tiempo.

La organización de la familia ha traído consigo una forma del pensamiento diferente. La armonía de la convivencia, la interrelación y los afectos, son los que han permitido valorar de manera adecuada la conveniencia de implementar una sociedad que no cuente con perturbación alguna.

De esa forma, el patriarca con sus consejos, ha sugerido nuevas formas de conciliación y avenimiento debido a que cada uno en su ocasión y destino han procurado no afectar la pacífica vida de las personas.

Pero cuando la concordia no se podía obtener, era natural que a causa o motivo de la contienda fuera sometido el juicio de un tercero, que de acuerdo a su leal conocer y comprender, buscara la resolución de diferencias.

Es suficiente con detenerse un instante en los hechos que se llevan a cabo en la sociedad, en la forma en la cual se acostumbran a tratar entre sí los individuos, y terminar de esa manera las divisiones que los separan, para así comprender que el arbitraje ha debido ser una de las primeras necesidades y de las primeras prácticas de la humanidad.



“Durante la antigua China la mediación consistía en el principal recurso para la resolución de desavenencias. La resolución óptima de una desavenencia se lograba mediante la persuasión y el acuerdo y no bajo ningún tipo de coacción. Existía una armonía natural en las relaciones humanas, que no tenía que interrumpirse. La ayuda unilateral y la intervención de un adversario ponen fin a una relación armoniosa, y por ende, serían la antítesis de la paz y la comprensión, que constituyen la esencia del pensamiento”.³

La costumbre de reunir una asamblea, o junta ha constituido durante un largo tiempo un mecanismo informal para la resolución de una serie de problemas interpersonales. Se tiene la creencia que los mismos sistemas tienen mucho tiempo de vigencia, y que han evolucionado de manera conjunta con el ser humano desde sus orígenes.

De las pocas investigaciones que se han llevado a cabo del derecho precolombino, los mayas contaban con sistemas de mediación y de arbitraje, ejercidos en muchos casos por los ancianos y los sacerdotes. Vestigios de esos sistemas aún se conservan en las comunidades guatemaltecas del altiplano, sur de México, Honduras y regiones de descendencia maya. Se han encontrado vestigios de estelas donde se determinaron procesos de mediación y arbitraje.

- b) Hebreos: en el antiguo testamento se encuentran infinidad de ocasiones la utilización del arbitraje, y la mediación. La conciliación y el arbitraje son parte central de los

³ Ibid. Pág. 58.



valores del perdón, la reconciliación y la comunión. Existen infinidad de bases en relación de esos valores. Existe aprobación del creador para aquellos mediadores capaces de propiciar la coexistencia pacífica.

- c) Grecia: "El arquetipo de hombre ecuánime, es conocido por una descripción hecha por Aristóteles. Ser ecuánime es ser indulgente con las debilidades humanas, es considerar no la ley, sino el legislador; no la letra de la ley, sino el espíritu del que ha dictado; no la acción, sino la intención; no la parte, sino el todo; no lo que el sujeto es actualmente, sino lo que ha sido siempre o la mayor parte de su vida".⁴

De esa manera, es acordarse del bien que se ha hecho antes que el mal, de los beneficios que se han recibido, antes que los servicios que se han prestado. Ecuanimidad es saber soportar la injusticia. Es consentir que un diferendo se resuelva más por las palabras que por la acción, preferir remitirse a un arbitraje antes que al juicio de los tribunales, pues el árbitro ve la equidad y el juez únicamente la ley; por otra parte, el árbitro no fue instituido sino para dar fuerza a la equidad.

Los atenienses daban fuerza de ley a las transacciones que celebraban los llamados a juicio, antes de comparecer en él. En toda la historia de Grecia se encuentra la figura del arbitraje, la mediación, y la conciliación. Evolucionó e influyó directamente al derecho romano.

⁴ Calvo Fernández, Luis Alfonso. **El arbitraje comercial**. Pág. 19.



- d) Roma: el que por injusticia sufrida se veía obligado a recurrir a la defensa privada, no quedaba reducido a sus mismas fuerzas, a menudo débiles, sino que la injusticia provocaba en el seno de la comunidad la misma reacción del sentimiento jurídico que él sentía.

Los árbitros y el juramento fueron los medios bien populares y de gran uso en la Roma de los últimos tiempos, constituyendo una forma solemne del procedimiento antiguo. El juramento extrajudicial vino a ser un juramento jurídico, y el árbitro llegó a ser juez público, si bien uno y otro conservaron su carácter original. El juez romano tenía funciones como los de un árbitro cualquiera.

Laudo, arbitraje, árbitros y compromiso arbitral, son términos latinos romanos. La figura tal como se concibe en todas las legislaciones del mundo, se fundamenta en la concepción romana de la institución que se empleó como auxiliar y coadyuvante de la administración de justicia.

“En el procedimiento de *legis actiones* como en el formulario se observa claramente su carácter arbitral. Uno u otro se comienzan con el procedimiento *in jure* que busca verificar el concurso de las voluntades de las partes para el proceso. Las partes determinan el objeto del litigio y la persona del juez. El magistrado es quien nombra al juez elegido por las partes, o en desacuerdo suyo, cualquiera de una lista



confeccionaba al efecto. Con esto se produce la *litis contestatio* que culmina el procedimiento *in jure*".⁵

Estos procedimientos finalizan cuando los jueces dejan de ser elegidos por las partes a ser nombrados soberanamente por el pretor. De manera paralela a los procedimientos antes señalados se desarrolla en Roma el arbitraje privado como una forma extrajudicial de finalizar los litigios. Las personas, por simple acuerdo entre ellas pueden encargar el fallo de una contienda a un particular.

El arbitraje privado se tiene que verificar en virtud de los pactos pretorios protegidos por acción: el compromiso y el *receptum arbitrii*. El compromiso era un pacto, con cláusula penal, mediante el cual dos contendientes acuerdan encomendar la resolución de un litigio, no al fallo de la autoridad pública competente, pretor o magistrado, en combinación con el juez privado que se nombraba o confirmaba, a la decisión de un particular denominado árbitro. Se podía hacer compromiso sobre cualquier materia, a menos que lesionará el orden público, el estado de las personas, o que tuviera por finalidad una *restitutio in integrum*.

"El *receptum arbitri* consiste en aceptar el papel del árbitro entre dos partes litigantes. Nadie tiene el deber de aceptar ese cargo, pero si aceptaba estaba obligado a desempeñarlo. La sentencia arbitral. La sentencia arbitral era irrevocable, no susceptible de apelación".⁶

⁵ *Ibid.* Pág. 45.

⁶ *Ibid.* Pág. 67.



La existencia de árbitros *iuris* de derecho y otros encargados de impartir justicia pero a su prudente arbitrio, se refería a los árbitros amigables componedores. Los individuos podían encargar el fallo de una contienda a uno de los árbitros mencionados o a un particular cualquiera.

- e) Edad Media: el feudalismo introduce importantes modificaciones. El arbitraje resultó frecuentemente utilizado entre los más elevados personajes del feudalismo, cuando la autoridad del rey y las de su corte de justicia fueron aceptadas uniformemente los casos de arbitraje que resultaron menos frecuentes, no obstante, que esa manera de finiquitar asuntos era apreciada hasta el final de la Edad Media por los nobles. Ninguna dificultad aparecía cuando se trataba del arbitraje entre la clerecía y nobleza.

Una de las consecuencias de la intervención de árbitros no era otra cosa sino la de sustraer el litigio a la justicia señorial. La justicia en la Edad Media tiene un carácter marcadamente arbitral, porque los Estados carecen de una organización estable y la autoridad de los poderes públicos era casi nula. Los burgueses, artesanos y comerciantes buscan la justicia en los gremios, los cuales eran antecedentes remotos de las cámaras de comercio.

A medida que los poderes reales se robustecían, el arbitraje se fue sometiendo al mismo rey o por lo menos a sus delegados, y en la mayoría en ocasiones, hasta que se le sustituía con la justicia pública. El arbitraje subsistía al lado de la jurisdicción

común como una práctica completamente privada pero de uso frecuente.

sentencia arbitral no podía ejecutarse por sí misma, sino que necesitaba de una cláusula penal en el compromiso para asegurar la ejecución.

- f) España: la organización judicial y el procedimiento civil de los visigodos en España es bien notable debido a su adelanto por la influencia de la Iglesia. Ha quedado el monumento legislativo de su especie, atribuido a los padres de los concilios toledanos. De acuerdo a este estatuto los jueces eran nombrados por el monarca que delegaba en ellos las atribuciones privativas de administrar justicia, pero también se facultaba a las partes para que pudieran elegir jueces árbitros compromisorios.

“El uso de las fazañas y de los albedríos se extendió de manera considerable, por mandarlo de esa manera el Fuero de León, establecido por don Alonso V, para que todas las causas y los litigios de las ciudades y alfores de determinaran por jueces que fueran reales, siendo necesario acudir a la Corte, los castellanos empleaban la facultad de nombrar jueces árbitros, concebida por el Fuero Juzgo, o bien de gobernarse por fazañas y casos decididos, tal uso con el tiempo adquirió fuerza de ley”.⁷

El Fuero Viejo de Castilla, trajo un sistema completo de enjuiciamiento civil, figurando en el mismo los árbitros, los alcaldes y los voceros. Esta ley hace referencia, en primer término, al avenimiento de los litigantes obtenido por amigos comunes, es

⁷ Junco Vargas, José Rodolfo. **Introducción al arbitraje**. Pág. 66.



decir, de los árbitros arbitradores. En época del rey Alfonso El Sabio fue legislado el arbitraje en la Partida tercera.

Las Partidas de Alfonso X o el Sabio fueron las que consagraron en España la distinción entre los árbitros de derechos, y los arbitradores o amigables componedores que no se encontraban bajo la sujeción de reglas de procedimiento, ni de derecho. De acuerdo al Fuero Real, las partes tenían que designar al rey como árbitro o era nulo.

En relación a la materia mercantil, donde la rapidez era necesaria, se emitieron las Ordenanzas de Bilbao, aprobadas y confirmadas por Felipe V, mediante las cuales todas las compañías tenían la obligación de incluir una cláusula compromisoria en sus contratos y someterse a arbitraje en caso de la existencia de un conflicto.

En la época colonial existieron los Consulados de Comercio dentro de los cuales se puede destacar Lima, México y Guatemala, contemplados dentro de sus principales funciones las de servir de tribunales especializados para la resolución de las diferencias de los comerciantes y los asuntos de comercio.

Las figuras de árbitros de derecho y equidad, compromiso arbitral, laudo y otras disposiciones derivaron del derecho español, que a la vez se derivó del derecho romano. El derecho español influyó a todas las legislaciones de Latinoamérica.

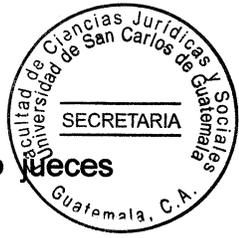


- g) Francia: se establecieron las Ordenanzas que impusieron el arbitraje obligatorio para los litigios familiares que tenían que someterse al fallo de los parientes próximos y para toda dificultad que ocurriera entre los socios de una sociedad comercial. La Revolución Francesa provocó un crecimiento del arbitraje.

Se le tomó en consideración contra los abusos, lentitudes y gastos de la justicia común y se le estimó como concordante con los principios republicanos y liberales que preconizan la libre elección de los ciudadanos de los funcionarios del Estado.

La Asamblea Constituyente lo declaró el remedio más razonable de finalizar con los litigios entre los ciudadanos y lo elevó a la categoría de principio constitucional, estableciendo para el efecto el derecho de los ciudadanos para finalizar de manera definitiva con los litigios por la vía del arbitraje, no pudiendo con ello sufrir restricción alguna por actos del poder legislativo, sin embargo, la experiencia no justificó las esperanzas de los legisladores revolucionarios y muy pronto se derogaron los casos de arbitraje forzoso, a excepción de la Ordenanza relativa a las dificultades entre los socios comerciantes.

- h) Guatemala: los primeros antecedentes del arbitraje en el país se encuentran en la Ley de Enjuiciamiento del Código de Comercio Español, que se encontró vigente en el país hasta la promulgación del Código de Comercio de Guatemala del 20 de julio del año 1877. Las facultades de los árbitros acababan con la pronunciación de la sentencia y con los amigables componedores del laudo. De la ejecución de unos y



otros tocó conocer y proveer la justicia a los tribunales de comercio, o jueces ordinarios que entendían los negocios mercantiles.

En aquella época eran ejecutables las sentencias de los árbitros o los laudos de los amigables componedores por la jurisdicción ordinaria, pero es de importancia que existían tribunales de comercio a donde se llevaban disputas comerciales. Es también de importancia hacer referencia que se disponía de que para ser árbitro, había que ser varón mayor de veinticinco años de edad.

1.4. Características

Las características del arbitraje son las que a continuación se indican:

- a) Tiene origen contractual debido que el arbitraje supone un convenio entre las partes, para sustraer la controversia que los divide a la competencia de los tribunales permanentes y someterlos a la decisión del tribunal arbitral.
- b) Es un proceso de conocimiento por cuanto una contienda entre partes es sometida a una resolución judicial.
- c) El arbitraje supone la creación de un tribunal arbitral, por cuanto no existen tribunales arbitrales permanentes como los tribunales y juzgados ordinarios.



1.5. Naturaleza jurídica

A continuación se dan a conocer las siguientes doctrinas relacionadas con la naturaleza jurídica del arbitraje, siendo las mismas las que a continuación se indican:

- a) Doctrina contractual: tomando en consideración la voluntad de las partes al constituir el arbitraje y en la designación de los árbitros, algunos autores le designan al mismo carácter contractual y por ende privado. Aseguran que el compromiso arbitral tiene origen *a priori o a posteriori* en un contrato.

El origen arbitral deriva del principio de la autonomía de la voluntad. Bajo dicha óptica entran en juego las normas y los principios relacionados con el negocio jurídico. El objeto por ende tiene que ser lícito, determinado y posible, así como la manifestación de voluntad libre de vicios del consentimiento como el error, dolo, violencia y coacción. Esta doctrina es la mayormente apegada a los principios modernos del arbitraje.

“Uno de los seguidores de mayor importancia para esta teoría lo es Jaime Guasp, a cuyo fin alecciona sobre las dificultades con las cuales cuenta el derecho civil para centrar la problemática dentro de sus instituciones. El asunto se origina en el concepto tradicional que cree en los conflictos de orden social que son abonados por el derecho procesal”.⁸

⁸ Gil Echeverry, Jorge Hernán. **Curso práctico de arbitraje**. Pág. 50.



Para el mismo, el arbitraje consiste en una forma de heterocomposición por la cual cuando alguien, en unión de su contendiente, llama al tercero, y se compromete a aceptar y quedar ligado por el resultado que ese tercero proclame como dirimente entre ellos, entonces se encuentra rigurosamente ante la figura del arbitraje, pero ello, no supone que sea un proceso, ni que el árbitro sea un juez, debido a que el origen de la intervención del procedimiento encausado obedece a la voluntad destinada a producir efectos legales. En dicho sentido, no existe inconveniente alguno en hacer mención del arbitraje como un pacto o contrato. Su sede propia es, la regulación de los contratos dentro del derecho civil.

- b) Doctrina jurisdiccional: “Señala que el arbitraje tiene el carácter de juicio y consecuentemente naturaleza jurisdiccional. Sus autores son Laurent, Tissier, Morei, Glasson y otros. Esta doctrina expresa, que si bien es cierto el arbitraje deriva de un contrato, los árbitros desempeñan funciones de juez y como tal son independientes y autónomos y sin otras consideraciones que su conciencia y la ley indican. A la vez desempeñan los árbitros funciones jurisdiccionales y sus resoluciones tienen el carácter de verdaderas sentencias”.⁹

El arbitraje voluntario es constitutivo de una manifestación de la justicia privada. Por efecto de dicha convención la jurisdicción de derecho común señala una prórroga convencional hacia los árbitros. Ello, se tiene que traducir en una completa sustitución de la jurisdicción del Estado en otra jurisdicción creada por las partes, pero reconocida

⁹ Ibid. Pág. 55.



y estimulada por el Estado, que en realidad tiene la misma eficiencia que la sustituida y en razón de las disposiciones legales que la reglamentan.

No se puede hacer mención de jurisdicciones antagónicas, contradictorias, debido a que las dos son debidamente aceptadas y eficientes ante la legislación. O sea, de lo que se trata es de jurisdicciones complementarias.

El compromiso de los árbitros y la asignación de poderes de decisión, quieren decir los atributos necesarios para dotarlos de jurisdicción propia.

- c) Doctrina mixta: entre las doctrinas contractualista y jurisdiccionalista se encuentra una tercera, la cual opone a la primera la objeción de no tomar en consideración que el laudo sin el efecto ejecutorio no es sentencia, debido a que le falta la eficacia ejecutoria, sino también y sobre todo la calidad de obligatoria, y que objeta a la segunda que no hace la distinción entre intensidad y naturaleza de la función desplegada por los árbitros, ya que, si el poder de ellos sería menos que el de los jueces ordinarios.

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



Los árbitros son auxiliares de los jueces y existe una determinada identificación entre el laudo y la sentencia, debido a que quienes lo emiten recorren iguales caminos, en el sentido del raciocinio del juicio lógico y proposicional; pero, esa similitud no supone la asignación de jurisdicción porque el laudo por sí solo no tiene ejecutoriedad.

La composición de la *litis* obtenida a través del arbitraje no tiene carácter público, a pesar de que puede adquirirse mediante el decreto de ejecutoriedad del laudo pronunciado por el pretor, por ello, el arbitraje se toma en consideración como un subrogado procesal. De manera, que la doctrina se encarga de señalar que el mismo es una institución que tiene que encontrarse dentro de la órbita del derecho jurisdiccional, pero a la vez deriva de una relación contractual.

- d) Posición de actualidad: cualquier arbitraje tiene su origen en la voluntad de las partes, que, a través de la conclusión de un negocio jurídico llamado convenio arbitral, confía la solución de un litigio a un tercero imparcial elegido, de manera indirecta o indirectamente, por ellas mismas.

Este negocio jurídico tiene por finalidad, el establecimiento de un medio de arreglo de diferencias jurídicas. Las consecuencias del mismo serán la sumisión de la controversia a un órgano no judicial, la conclusión de una relación contractual con éste y la aceptación por las partes de la decisión obligatoria mediante la cual se pone fin a la controversia.



Como el proceso arbitral no tiene posibilidades de emisión de providencias cautelares, ni de ejecución por sí mismo, el ámbito de su desarrollo sería el de un proceso o juicio de conocimiento, auxiliado por la jurisdicción judicial para lograr dichas medidas. Como se debaten conflictos, ese procedimiento será contencioso.

Los árbitros no integran, ninguna organización del Estado, por ende, sus integrantes no son auxiliares de la justicia, ni mucho menos funcionarios públicos. La esencia que se materializa es la posibilidad del arbitraje y radica en el principio de la autonomía de la voluntad que se fundamenta en la libertad y en la disposición de las partes para poder elegir la vía donde se puedan resolver sus diferencias y conflictos. Cuenta con fundamento contractual debido a que depende del consentimiento de ambos contratantes, o del acuerdo debidamente concertado al efecto. Esa libertad tiene limitaciones, provenientes del orden público fundamentado en determinadas materias que devienen incompatibles y no pueden someterse al arbitraje.

En Guatemala, el arbitraje se encontraba regulado en el Código Procesal Civil y Mercantil como un juicio de conocimiento y por ende se seguía la doctrina jurisdiccional. El Decreto 67-95 se inclina más por la tesis contractual, debido a que parte del compromiso arbitral, para la determinación de toda su regulación.

1.6. Clasificación del arbitraje

Es el siguiente:



a) Por personas que administran:

a.1.) Ad hoc: “El arbitraje de esta categoría es el que se lleva a cabo por casos de árbitros independientes, cuya actividad se tiene que agotar en el laudo respectivo, con la consecuencia de que el tribunal concluye su actuación, se termina la jurisdicción transitoria que para el efecto le ha concedido la legislación, a través de la voluntad de las partes, por lo mismo, aparece de manera definitiva con la desintegración de sus integrantes”.¹⁰

a.2.) Institucional: es en donde la institución de carácter permanente muchas veces denominada centro o corte administra diversos procesos arbitrales, se encarga de promover el arbitraje y darle el apoyo necesario tanto a los interesados de darle esta clase de solución de sus diferencias como al tribunal arbitral.

Ello, cuando este se ha constituido, bien sea designado por el mismo centro o privadamente por las partes, que posteriormente acuden o privadamente por las partes, que posteriormente acuden al centro para que se administre el arbitraje.

b) Voluntario: es el que deriva únicamente de la voluntad de las partes y se tiene que manifestar al otorgar el compromiso arbitral. Anteriormente a él, no existe ninguna convención por lo que cualquier parte puede encargarse de exigirlo.

¹⁰ Aylwin Azocar, Patricio. **El juicio arbitral**. Pág. 21.



- c) **Forzoso:** se opone al anterior y se hace obligatorio cuando la legislación lo impone como un medio para la solución de un conflicto, o bien cuando las partes pueden así exigirlo con fundamento a un convenio anterior.
- d) **Derecho:** es aquel por medio del cual los árbitros tienen que desempeñar su función juzgando y fallando de acuerdo a derecho, adecuando el fallo a las leyes y el procedimiento también. Se necesita en este tipo de arbitrajes que los árbitros sean abogados y notarios.
- e) **Equidad:** este proceso arbitral no se encuentra rigurosamente sujeto a reglas procesales escritas en donde los árbitros fallan de acuerdo a su ciencia y conciencia. No necesariamente los árbitros tienen que ser abogados.
- f) **Derecho público:** es referente a arbitrajes en donde tienen intervención los intereses públicos y nacionales, así como también el Estado en su totalidad.
- g) **Derecho privado:** de manera tradicional se considera como las dos ramas que integran el derecho privado el derecho civil y el mercantil. Cuando el proceso es referente a normas de carácter sustantivo de derecho civil o mercantil, se está en el proceso arbitral de derecho privado.

CAPÍTULO II

2. Mecanismos alternativos de resolución de conflictos

El conflicto de intereses y los mecanismos de solución de los mismos, no son situaciones novedosas, ya que desde la antigüedad en el derecho romano en la Ley de las XII Tablas se establecían los medios procesales a través de los cuales las partes sometían su controversia ante un tercero denominado arbitro o juez privado, el cual en una audiencia en el foro se encargaba de darle solución a los planteamientos de las partes de una manera sencilla y expedita alcanzando el fin máximo que es la justicia, que se tiene que traducir en la búsqueda constante y perpetua voluntad de darle a cada quien lo que se le debe o corresponde.

Dicha búsqueda constante por la satisfacción de esa necesidad social de justicia es la que permite en la actualidad que el marco normativo se pueda actualizar y se incorporen figuras del pasado como son los medios alternativos de solución de conflictos, la mediación, la conciliación y el arbitraje.

Con ello, se señala que la única vía con la que se cuenta para su solución es la intervención judicial, al ordenar que las leyes serán las encargadas de prever de mecanismos de solución de controversias, lo cual permite la posibilidad de que las personas puedan efectivamente



resolver sus conflictos sin la intervención de la autoridad, lo cual sin duda es lo que permite brindar un mecanismo complementario a la justicia ordinaria en el país.

2.1. El conflicto

“Se le llama conflicto a toda clase de enfrentamiento entre dos o más elementos cuya principal característica consiste en la oposición entre ambas partes, de manera que, aparentemente, el triunfo implica la aniquilación del otro. En la actualidad se tiene que aceptar que los conflictos son de naturaleza humana, distinguiéndose entre el conflicto interno, que lesiona a un mismo individuo en referencia a la elección de opciones, y el conflicto externo entre dos o más personas genéricamente, adversarios”.¹¹

El conflicto es el promotor del cambio y a su vez es consecuencia de este. Pero, dicha postura no fue seguida por las escuelas filosóficas posteriores que vieron en el conflicto una fuente de desorden individual y social. De igual manera, tradicionalmente el conflicto fue tomado en consideración como un elemento negativo que tenía que ser neutralizado por medio de la persuasión o la sanción.

Después de la Segunda Guerra Mundial, se presentó un gran impulso al estudio del fenómeno antropológico, social, económico y político de la guerra, y se fueron modelando distintas teorías que tienen entre uno de sus capítulos la intervención de terceros.

¹¹ Ury Valladares, Manuel Alejandro. **Diversas formas de solución de conflictos**. Pág. 51.



Estos dieron paso a la denominada mediación y resolución de conflictos como también a la participación de una tercera persona que promueva la conciliación y el acuerdo determinado por las partes en desavenencias.

2.2. Diversos enfoques para abordar los conflictos

Son los siguientes:

- a) Enfoque jurídico-moral o normativo: busca abordar el conflicto aplicando una serie de normas jurídicas o morales. Es de utilidad cuando existe un consenso fundamental entre las partes sobre esas normas y lo que se discute es la aplicabilidad de estas en el caso concreto. Cuando la divergencia es predominante sobre el consenso, el enfoque normativo necesita de la fuerza para el mantenimiento del conflicto.
- b) Negociación o regateo coercitivo: el conflicto es tomado en consideración omnipresente, debido a que presupone que se tiene a una tendencia a dominar, inherente al ser humano en la sociedad, o imputable al menos en lo relacionado a la escasez material. Las relaciones sociales consisten en una pugna entre dominantes y dominados, por lo cual el conflicto únicamente puede arreglarse, pero no resolverse.
- c) Resolución de conflictos: se comprende como aquella situación en que las partes establecen relaciones sin temor alguno y resultan ser aceptables para todos de acuerdo a sus preferencias de carácter individual. Además, esas relaciones tienen



que encargarse de reflejar un perfecto conocimiento para que se pueda eliminar la violencia estructural como causa. Cuando un conflicto quede resuelto la situación se tiene que mantener, debido a que las partes están satisfechas, o sea, el conflicto se encuentra resuelto.

La resolución de los problemas se ha definido como un enfoque no jerárquico no directivo y que no hace juicio alguno que permite a un proceso dar participación en donde todas las partes en un litigio son determinantes en qué consiste este con la ayuda de técnicas de apoyo, y llegan a una resolución de forma que todas ellas se encuentren en una situación en la que puedan aprovechar al máximo la totalidad de sus valores.

La finalidad de la resolución de conflictos consiste en llegar a una solución válida de un conflicto sin pasar por la coerción.

2.3. Importancia de los mecanismos alternativos de resolución de conflictos

La inserción en la Constitución Política de los mecanismos alternativos de resolución de controversias en la sociedad guatemalteca es lo que constituye un camino que fortalece la necesidad social de una participación democrática, al privilegiar la participación de las voluntades privadas en el manejo de los distintos conflictos como también sucede en el caso del arbitraje comercial, y de esa forma se permite convertir dicha prescripción en una mejor



opción que tienen las personas para poder tomar decisiones por sí mismas en relación a sus conflictos, sin la intervención del Estado.

Es de importancia vislumbrar la importancia que tienen los mecanismos de resolución de conflictos, por ello, se tiene que proceder a plantear un panorama general de los mismos a nivel nacional en relación a sus ventajas, para finalizar dando una respuesta al planteamiento del porque se toma en consideración una visión de largo alcance y se establece de esta manera el planteamiento porque a nivel normativo falta una estructuración precisa de éstos en los ordenamientos legales como en el caso del arbitraje civil.

La preparación es justamente para la designación del árbitro que resolverá el conflicto planteado por las partes. Desde luego tiene que preexistir un documento con cláusula compromisoria que cualquiera de los interesados debe presentar, para que posteriormente el juez cite a una junta para que se presenten a elegir árbitro, apercibidos de que en caso de no hacerlo, lo hará en rebeldía.

“Cuando la cláusula compromisoria forma parte del documento privado, el actuario al emplazar a la otra parte a la junta anteriormente señalada, le requerirá previamente para que reconozca la firma del documento y si se niega a contestar la segunda interrogación, se tendrá por reconocida. En la junta procurará el juez que se elija el árbitro de común acuerdo los interesados y si no lo consigue, lo designará”.¹²

¹² *Ibid.* Pág. 57.



2.4. Conceptualización

Se debe entender por mecanismos de solución de conflictos a los componentes puestos a la disposición de las partes, para así poner fin a la controversia por la lucha de intereses de una manera rápida, flexible y económica sin la intervención jurisdiccional.

Los medios de resolución de conflictos se han convertido en un tema relativamente común en el mundo jurídico, constituyéndose en una visión novedosa y distinta de la tradicional atención de los litigios exclusivamente por medio del proceso judicial, lo cual es una tendencia que no es privativa del contexto guatemalteco, debido a que a nivel mundial se trata de disminuir la participación del Estado en la vida de los particulares y de reconocer los recursos de los seres humanos para darle solución a sus conflictos de intereses.

Son los conflictos que surgen de la contraposición del interés de las partes el cual se constituye como presupuesto básico del proceso y del derecho. Además, conlleva al hombre a la satisfacción de una necesidad que se traduce en la búsqueda constante de justicia cuando su derecho a éste, ha sido molestado, violado o desconocido, surgiendo con ello un conflicto humano.

La subsistencia del grupo no depende tanto de la desaparición de los conflictos, sino más bien de su capacidad para dominarlos, de encontrar a la vez los medios adecuados para solucionarlos pacíficamente, encuadrado siempre en un marco normativo. La mención de alternativos con que se difunden en la actualidad estos mecanismos y procedimientos,



guardan una coherencia con la finalidad y las características de no controversias, lo cual no se tiene que comprender como la pretensión y la búsqueda de una cierta privatización de la justicia o como la sola y exclusiva intención de restarlos de la institucionalidad.

2.5. Justicia alternativa

La Constitución Política de la República de Guatemala se encarga del establecimiento de los cimientos legales como mecanismo alternativo de solución de conflictos, situación que no desaparece, sino por el contrario se complejiza, por lo que el Estado como garante de los derechos de sus ciudadanos tiene que adoptar medidas que se insertan en una tendencia mundial de encontrar opciones que fortalezcan la impartición de justicia, las cuales no tienden a disminuir la responsabilidad del poder judicial, sino por el contrario, de racionalizar el uso de los recursos con los que cuenta y al mismo tiempo brindar a la sociedad opciones para el manejo del conflicto, lo que quiere decir entrelazar dos sistemas interdependientes los cuales convergen con la misma finalidad de la resolución del conflicto.

Si bien el desarrollo de la justicia alternativa en el ámbito nacional y estatal resulta incipiente, las experiencias evidencian el potencial de instituciones como la mediación, la conciliación y el arbitraje, que complementan el servicio que se brinda mediante de la justicia ordinaria, pero no todo se centra en el funcionamiento de los órganos, sino también se requiere de la formación y actualización capaz de comprender el uso y operación, lo cual implica un cambio radical en los paradigmas tradicionales que se fundamentan en el litigio, como única forma de resolver conflictos.



Los países que han retomado la idea de emplear medios alternativos de resolución de controversias en buena medida se apoyan en conceptos fundamentados en la reparación de la reparación de la idea de resolver conflictos para la utilización de mecanismos no jurisdiccionales.

Dentro de la teoría general del conflicto, su contribución es invaluable debido a que comprende distintas corrientes de pensamiento que desembocan en la ayuda para solventar crisis personales generadas con el diario acontecer de los hechos a la vez que evitan al máximo posible la utilización de las vías jurisdiccionales.

En Guatemala es innegable el avance de la utilización de los medios alternativos de resolución de controversias a raíz de la modificación constitucional, que estandarizó en gran medida la legislación estatal; sin embargo, los asuntos resueltos mediante la vía alterna a la judicial, no representan un pequeño porcentaje comparados con los asuntos que se presentan y resuelven a través de la vía jurisdiccional, por los juzgados y tribunales.

Ello, no significa que se consideren inviables las estructuras y legislaciones creadas para solventar la resolución de controversias mediante la utilización de medios alternativos, sino que se debe tener en cuenta y estar conscientes de la difícil labor que les toca desempeñar a las normas que, aun cuando renuncian al proceso judicial y se sometan a la vía judicial.

Por ello, se estima que debe jugar un papel preponderante el que la legislación al lado de la actuación de los órganos y servidores habilitados para ello logren convencer a los



governados de que, en determinadas ocasiones, es mejor acudir a los medios alternativos de resolución de conflictos y que litigar es una tarea difícil que dependerá de la eficacia conjunta, ya que únicamente en la medida en que se convenza a las partes tendrá sentido la existencia de esos medios alternos.

Por último, es de importancia destacar que es fundamental la existencia de caminos promisorios por transitar. Entre otras cosas, se necesitan mejores datos relacionados para que los órganos jurisdiccionales puedan identificar de manera precisa cuáles son los problemas y cuáles son los casos que pueden ser resueltos a través de la utilización de medios alternativos de resolución de conflictos. Lo que se necesita es evaluar la eficacia comparativa y los costos de los diversos mecanismos de disputas.

2.6. La resolución y el manejo de conflictos

“La resolución y el manejo de conflictos consiste en un tema que se viene operando en la actualidad dentro de las organizaciones, como la manera de solucionar el ambiente en donde se generan desacuerdos por parte de cualquier nivel, previniendo o evitando inconformidades y desacuerdos internos por medio del empleo de las diferentes herramientas que permiten la resolución de las diferencias prevaleciendo el interés general, pero acentuando los casos particulares que pueden llegar a ser generadores de disputa en momentos específicos”.¹³

¹³ **Ibid.** Pág. 78.



El análisis de los orígenes de los apremios y de los múltiples agentes provocadores de los conflictos, parten principalmente de la aparición de intereses personales, acompañados de insatisfacciones respecto a los estilos de supervisión.

Ello, genera desacuerdos entre los que conviven dentro de un mismo ambiente de interacción. La importancia de identificar las causas de los conflictos dentro de las organizaciones permite la deducción del conflicto por medio del establecimiento de parámetros tales como la presencia de motivación entre las personas.

Cuando dos o más intereses se encuentran en estado activo, buscando la realización y el perfeccionamiento, se presenta el grado mayormente acentuado de conflicto. Los intereses propios se enfrentan a los intereses opuestos y cada uno busca prevalecer sobre el otro. El efecto previsible de esta acción únicamente puede conducir a un resultado como lo es un interés que se impone sobre el otro, un interés prevalece y el otro no.

En esta lógica resulta bien difícil comprender los estados intermedios y los resultados parciales. Para establecer que un conflicto en particular ha concluido se necesita también establecer qué interés ha prevalecido y cuál ha desaparecido.

Dentro de un nivel jerárquico las más altas posiciones o cargos son los que terminan tomando la decisiones, la esencia fundamental en la toma de decisiones y más aún en la resolución de los conflictos es la de alcanzar diferentes resultados satisfactorios para lograr la tranquilidad.



El manejo que se le da a los conflictos desde el momento en que esos se identifican en primera instancia, es el desarrollar y aplicar habilidades de discusión con personas de confianza describiendo la situación al detalle.

Ello, con el fin de que los inconvenientes permitan ser tomados en consideración para que se les aplique un período por así decirlo y posteriormente se tomen las acciones pertinentes para ser subsanado, por otro lado, es necesario tomar en consideración que dentro del período señalado se tiene que reflexionar sobre las preferencias que tiene cada una de las partes en conflicto.

Tener experiencia en el manejo de los conflictos, requiere conocer sus causas, el momento de su evolución en un proceso, los factores que lo atenúen o incrementen, así también, se debe ser capaz de prevenirlos, identificar con anticipación el campo y los elementos de un conflicto, atenuar sus consecuencias y solucionar con el menor daño posible el que se encuentre en evolución.

Algunos de los errores en que incurren los negociadores o mediadores de conflictos se presentan a raíz de la mala preparación y falta de experiencia de los mismos olvidando y dejando por un lado los enfoques de la resolución de los mismos, evitando los comportamientos de intimidación y tolerancia.

“Las alternativas en la negociación se ejecutan por medio de principios fundamentales tal como lo son los éticos, morales, legales, pero principalmente los que tienen que ver con la



equidad, en donde existen peligros en la afectación de las relaciones personales, cuando no se separan los individuos del objeto de la negociación, por tanto, no se fijan los límites claros y reglas que sean efectivas al momento de proteger las relaciones entre las partes minimizando la variedad de las posibilidades de solución, los cuales deben buscar la estabilidad de los mismos”.¹⁴

¹⁴ **Ibid.** Pág. 89.



CAPÍTULO III

3. Providencias cautelares

Las providencias cautelares son disposiciones judiciales que se tienen que dictar para asegurar el resultado de un proceso y garantizar el cumplimiento de la sentencia, evitando con ello la frustración del derecho del peticionante derivada de la duración del mismo. Ésta consiste en la concepción mayormente corriente de las mismas.

De manera tradicional se les designa de esa manera, aunque también se les ha llamado acciones cautelares o conservativas, así como también procesos o procedimientos cautelares, haciendo para el efecto alusión a la sustanciación y a la forma de su obtención.

“Al igual que lo indica su nombre constituyen modos de evitar el incumplimiento de la sentencia, pero también suponen una anticipación a la garantía constitucional de defensa propia de los derechos, al permitir claramente el aseguramiento de los bienes, pruebas y el mantenimiento de una serie de situaciones de hecho o bien para la ayuda y provisión de la seguridad de las personas, o de sus necesidades de urgencia”.¹⁵

Su finalidad se encuentra en la de evitar una serie de perjuicios eventuales a los litigantes titulares de un derecho subjetivo y sustancial, tanto como en facilitar y coadyuvar al cumplimiento de la función jurisdiccional, esclareciendo para el efecto, la verdad del caso

¹⁵ Roca Martínez, Mayra Karina. **Providencias cautelares**. Pág. 84.



litigioso, de manera que el mismo pueda ser resuelto de acuerdo al derecho y que la resolución necesaria pueda ser eficientemente cumplida. Debido a que su finalidad es instrumental, la medida del ejercicio de la facultad de solicitar y ordenar medidas cautelares se encontrará dada justamente por aquella finalidad a la cual se encuentra referida, tomando en consideración procurar el menor daño posible a las personas y bienes a los cuales lesione la medida referida.

3.1. Conceptualización

Providencia cautelar es la distribución que se ocupa después que sucede un hecho para poder corregir o disminuir sus resultados, estos resultados tienen por objetivo asegurar un derecho cierto, que es el derecho de crédito en el cual la representación no está determinada en el momento de perfeccionarse el título y así evitan un accidental fallo condenatorio de la incapacidad de la ejecución, de ahí su responsabilidad provisional limitada a los resultados del juicio, de forma que si la decisión que absuelve quedará sin efecto, de lo contrario será determinante.

3.2. Características

La doctrina se ha encargado de asignar una gran variedad de notas distintivas a las providencias cautelares, dentro de las cuales es de importancia hacer referencia a las que a continuación se indican.

- a) **Accesoriedad:** las medidas cautelares no tienen una finalidad en sí mismas, **debido a** que están bajo la dependencia de una pretensión principal y se tienen que sujetar a las contingencias y vicisitudes de ella. Esta nota de accesoriedad existe en todas las providencias cautelares, inclusive en aquellas que han dado en llamarse autónomas.

“Son un accesorio o instrumento de otro proceso, ya sea actual, o bien futuro. Se otorgan siempre en razón de una pretensión principal que se quiere salvaguardar, aunque las medidas autónomas tienen que encontrarse referidas a un derecho que sea controvertido cuyo reconocimiento se quiere lograr en virtud del ejercicio de una acción en juicio”.¹⁶

Es por ello que la mayor parte de los ordenamientos legales incluyen una cláusula de caducidad para el caso de que, después de otorgada la medida cautelar, la acción a la cual sea referida no sea intentada dentro de un determinado plazo, que puede llegar a ser más o menos extenso.

Existen determinados autores que han sostenido la idea de la autonomía de las providencias cautelares, afirmando que es una manera en sí misma de la acción, al constituir un poder jurídico actual de solicitar el órgano jurisdiccional de la tutela de un derecho cuya existencia es dudosa. También, otros autores indican que existen providencias cautelares que tienen un objetivo en sí mismo, el cual es referente a la no promoción del proceso del cual deberían depender para que no lesione su eficacia

¹⁶ Urizar Trabadillo, Mynor Rafael. **Estudio de las providencias cautelares.** Pág. 29.



ni su existencia porque cumplen una finalidad por sí mismas. En este supuesto la providencia cautelar estaría relacionada con una pretensión cuya nota es no únicamente un sistema posterior, sino también su eventualidad, o sea, la hipótesis de su existencia.

En dicho orden de ideas, se hace mención del caso del otorgamiento de litis expensas, el cual cumple su objeto sin importar en ningún momento el resultado del proceso para el cual fueron otorgadas, o también para el caso del otorgamiento de alimentos provisorios.

Debido a la formulación del ordenamiento jurídico, las providencias cautelares tienen que encontrarse siempre referidas a una pretensión actual o futura. Esta última puede inclusive ser eventual o hipotética, pero siempre tiene que hacerse mención al solicitar la medida. De otra forma, la protección cautelar no puede ser otorgada.

Las providencias cautelares no existen por sí mismas, debido a que necesitan necesariamente encontrarse referidas a una acción posterior que será promovida. La autonomía de estas medidas únicamente radica en su anterioridad temporal a la causa que tiene que seguirse con posterioridad. Es por ello, que se tiene que mencionar la acción a la cual la providencia cautelar será referida.

- b) Provisionalidad: es tal vez la nota mayormente distintiva de las medidas cautelares y también aquella que encuentra coincidencia en la gran mayoría de los autores. Las



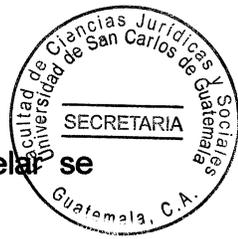
providencias cautelares pueden llegar a modificarse o suprimirse si cambian las circunstancias otorgadas al tiempo de ser decretadas.

“Esta característica es la que ha llevado a los autores a indicar que la decisión sobre las mismas, ya sea para desestimarlas o acogerlas, no hace en ningún momento cosa juzgada. Por ende, esta decisión puede ser modificada o revocada, cuando se encuentre preclusa la oportunidad procesal para impugnarla. Efectivamente, la medida cautelar ya consentida puede, no obstante ello, ser revidada *a posteriori*, si resultan falsos los hechos alegados para su obtención, o determinadas circunstancias relacionadas con ellos, como también si la situación fáctica original sufre cualquier alteración o cambio. También, puede ser nuevamente solicitada, aunque ya se encuentre firme el auto que las denegó en un principio”.¹⁷

De igual manera, las medidas cautelares son provisionales en el sentido de que su destino se encuentra ligado a la pretensión principal que se busca asegurar. Se tiene que establecer, el pronunciamiento sobre el asunto principal debatido y determinante de las medidas cautelares, el cual se tiene que extinguir de pleno derecho.

Este efecto tiene lugar de manera independiente del sentido en que se decide el litigio, debido a que si la sentencia acoge la demanda, esta decisión es la que reemplaza o en ocasiones modifica la resolución que ha ordenado la medida cautelar. Si por el

¹⁷ *Ibid.* Pág. 103.



contrario, la sentencia desestima la pretensión deducida, la medida cautelar se extingue *ipso jure*, sin la necesidad de una declaración expresa en este punto.

Las providencias cautelares se extinguen además cuando el proceso al cual se hallan vinculadas termina por cualquiera de los modos anormales previstos en el derecho procesal, a saber: por caducidad y desistimiento.

De igual manera terminan cuando se produce la caducidad de la medida cautelar misma, al no existir la acción en vista a la cual fueron dictadas.

Las medidas cautelares subsistirán mientras duren las circunstancias que las determinaron. En cualquier momento que las mismas cesaren se puede requerir su levantamiento. También, puede el afectado pedir la reducción o sustitución de una medida cautelar por otra, cuando la decretada fuere excesiva o vejatoria.

Una derivación de la nota de provisionalidad es lo que se ha dado en llamar la mutabilidad o flexibilidad de las medidas cautelares, que importa claramente la exigencia de que en todo tiempo se tienen que ajustar a las necesidades del caso y consecuentemente, aún ejecutoriada puede modificarse o ampliarse a pedido de parte, así como el poder que sea otorgado al magistrado para poder decidir, independientemente de la pretensión que sea intentada por la parte, cuál es la medida más idónea.



En dicho sentido, se tienen que completar las disposiciones antes indicadas al otorgar amplias facultades al juez permitiendo emplear su prudente arbitrio al momento de decretar la medida cautelar, tomando en consideración las referentes a la cautela y a la índole del derecho y pretensión que se busca amparar.

El juez para evitar perjuicios o gravámenes innecesarios al titular de los bienes se puede encargar de disponer una medida precautoria distinta a la solicitada, o limitarla, toma en consideración la importancia y naturaleza del derecho que se busca proteger. Además, el que solicitó la medida puede pedir la ampliación, mejora y sustitución de la medida cautelar decretada, justificando para ello que no se cumple de manera adecuada la función de garantía a la cual fue destinada.

- c) Inaudita parte: dentro de los proceso cautelares el trámite es esencialmente sumario y consecuentemente la resolución en él es tomada en consideración con una impronta superficialidad en cuanto a la verdad de la pretensión deducida. Las medidas cautelares son, el resultado, no de un proceso amplio de cognición, en donde se tienen que proveer los mecanismos que sean necesarios para la consecución de la certeza, sino que también de un proceso que sea abreviado que no requiere en ningún momento de la participación de la parte contra la cual se deben dictar.

Esta característica se encuentra relacionada y su explicación está en el requisito de la verosimilitud, que es uno de los presupuestos ineludibles de las providencias cautelares.



Se fundamentan en los hechos que acreditan sumariamente el peticionante. Además, esta característica tiene su contrapeso en otro de los requisitos necesarios para su procedencia, como es la provisión de una adecuada y suficiente contracautela. Después de ordenada una medida cautelar, se le tiene que cumplir sin más trámite, y sin la necesidad de conocimiento de la parte contraria, la cual en todos los casos será notificada de manera personal o por cédula dentro de los tres días siguientes del cumplimiento de la misma.

Por su parte, el carácter sumario y la falta de sustanciación que identifican al proceso cautelar no importan una exclusión del derecho a la defensa, sino tan solo su diferimiento a un momento posterior, pueden encargarse de impugnar la medida o bien de solicitar su modificación o levantamiento. Ello, quiere decir que en un primer momento se tiene que sacrificar el principio de contradicción, tomando en consideración la urgencia de la necesidad que la providencia cautelar busca satisfacer.

3.3. Requisitos

Los peculiares caracteres de las medidas cautelares exigen el cumplimiento de determinados requisitos para su procedencia. La doctrina tradicional los ha agrupado en la clásica trilogía: verosimilitud en el derecho, peligro en la demora y provisión de contracautela. Estos requisitos han sido previstos en la legislación procesal y son los presupuestos genéricos de las providencias cautelares.



- a) Verosimilitud en el derecho: las providencias cautelares se tienen que otorgar en el marco de un procedimiento sumario en el cual no existe posibilidad alguna de un conocimiento exhaustivo de la causa, sino que es suficiente un conocimiento periférico o superficial de ella, que se tiene que satisfacer con la misma probabilidad de la existencia de un derecho litigioso.

Esta nota de sumariedad y falta de contradicción exige la acreditación de un elevado grado de probabilidad, comprendida como la posibilidad de que se reconozca la sentencia definitiva de la certeza de verdad del derecho o pretensión deducida en el marco del juicio.

“La demostración de la existencia de este requisito no requiere de una plena prueba, ni la demostración concluyente de ese derecho, sino únicamente de la acreditación del mismo. Dicha acreditación, de ordinario, se tiene que llevar a cabo por medio de una información sumaria. El análisis y la conclusión de la existencia de este presupuesto exige del juzgador es un acto de prudencia. Además, tienen que sopesar las circunstancias que se le ofrecen y apreciarlas de manera bien cuidadosa para evitar con ello caer en uno de los extremos, y por otro lado, negar la concesión de la medida arbitral en beneficio de un rigorismo extremo”.¹⁸

De ordinario, los autores aconsejan que, en caso de duda, se esté por la concesión de la medida cautelar, apuntando a una credibilidad objetiva y seria, y se descarta por

¹⁸ Soto Enríquez, Marco Vinicio. **Tribunal arbitral**. Pág. 110.



supuesto la pretensión infundada y cuestionable. El juzgador se tiene que encargar de tomar en consideración que la verosimilitud en el derecho se encuentra en una relación inversamente proporcional al peligro en la demora o urgencia de protección y la provisión de una adecuada contracautela, debido a que en tanto mayor sea la urgencia y la contracautela aportada, menor rigor será exigido en la verosimilitud del derecho.

En cualquiera de los casos indicados, el peticionante de la medida se tiene que encargar de invocar la existencia de un derecho, debido a que si bien es dable prescindir de su completa justificación, nunca puede darse el supuesto en que se prescinda de su existencia.

En lo relacionado a la eficacia de los medios de prueba, la información sumaria es un medio idóneo, en donde rigen al respecto las exigencias y limitaciones que sean requeridas en la prueba de los hechos y derechos, en especial cuando se invocan una serie de contratos u obligaciones que demandan la manera escrita para su prueba.

En materia de verosimilitud del derecho la legislación procesal se encarga de prever una serie de disposiciones en las cuales se tienen que establecer presunciones respecto de la existencia de la verosimilitud en el derecho. En dichos casos, la ley supone *a priori* que la apariencia o grado de veracidad del derecho está dado, y compete a la parte lesionada por la medida la demostración de la tesis contraria.



Además, durante el proceso se podrá decretar el embargo preventivo cuando uno de los litigantes hubiere sido declarado en rebeldía siempre que la confesión expresa o ficta resultare de la verosimilitud del derecho, o ello surgiere de la contestación de la demanda o reconvención; y si quien lo solicita hubiere obtenido sentencia favorable, aunque estuviere recurrida.

Como bien es sabido la rebeldía consiste en el estado en que se encuentra la parte que comparece al proceso dentro del plazo de la citación, o que habiendo comparecido, abandona el proceso. Además, la rebeldía no tiene que ser confundida con el decaimiento del derecho, como con frecuencia suele suceder. En éste último se presenta una inacción respecto del ejercicio de un derecho procesal dentro de un determinado plazo de tiempo, lo cual es lo que provoca la extinción de ese derecho y la preclusión de la posibilidad de su ejercicio en adelante, pero ello, no lesiona la estructura total del proceso.

Por el contrario, la rebeldía es propiamente la incomparecencia a la citación, lo cual en el derecho romano se debe denominar *contumax*. En el ordenamiento procesal se requiere del pronunciamiento de la existencia de una citación notificada con todas las formalidades legales a persona cierta y de domicilio conocido.

La ignorancia respecto de la identidad de la persona o de su domicilio exige la citación por edictos y el eventual nombramiento de un defensor público. Por ende, la



excepción respecto de la verosimilitud en el derecho no se tiene que aplicar **en los** casos de ausencia, en los cuales se tiene que acudir a la defensa oficiosa.

Después de declarada la rebeldía de un litigante, puede decretarse, si procediere y la otra lo pidiere, la medida precautoria apropiada para garantizar el objeto del juicio o el pago de las costas. Además, la providencia precautoria continúa hasta la terminación del juicio, a menos que el interesado justificare haber incurrido en rebeldía por causa que no estuvo a su alcance vencer, siendo aplicables las normas referentes a su ampliación, sustitución o reducción de las medidas precautorias. El afectado puede igualmente obtener el levantamiento de la medida si se dan las condiciones previstas y siempre que las nuevas circunstancias por él alegadas hagan referencia a otros hechos no vinculados con su actual comparecencia, pues este último supuesto se encuentra expresamente excluido de la posibilidad de levantamiento.

La confesión es la declaración emitida por la parte de respecto de la verdad de los hechos pasados, relacionados con su actuación personal, los cuales son desfavorables para quien los declara y favorables para la parte contraria. Es por así señalarlo, el reconocimiento de determinados hechos en beneficio de la parte contraria. La confesión puede ser expresa o ficta y puede además tener lugar dentro de un proceso o fuera del mismo.

“A su vez dentro del juicio se puede presentar en forma provocada, en el ámbito de una absolucón de posiciones, ya sea en el período de prueba, o bien producirse en



forma espontánea al contestar la demanda. En cualquiera de los supuestos, la confesión es la que da lugar al otorgamiento de la medida cautelar, tomando en consideración que la pretensión deducida en la demanda resulta verosímil y hasta aún cierta, al producirse el reconocimiento de los hechos que hayan sido alegados por el peticionante”.¹⁹

La sentencia consiste en el pronunciamiento del órgano jurisdiccional que acoge o deniega de manera definitiva la pretensión deducida, una vez agotadas todas las etapas del proceso. La medida cautelar se tiene que otorgar en este caso cuando la sentencia se encuentre recurrida, dado que la existencia de un pronunciamiento favorable, tomado en el curso de un proceso de generalmente mayor o menor cognición, con la participación de la parte contra la cual se ha dictado, hace suponer con suficiente convicción la verosimilitud del derecho invocado, cuando la certeza no sea total, por encontrarse pendiente un recurso que permita la revisión del fallo. La verosimilitud no implica certeza, por lo cual la recurrencia no es óbice para el otorgamiento de la medida.

- b) Peligro en la demora: el mismo es el requisito común de todas las medidas cautelares, y constituye la razón de ser de ellas, el interés jurídico que las justifica y se consustancia con su misma esencia. Es el peligro probable de que la tutela jurídica que pretende el accionante sea reconocida en la sentencia definitiva, se pierda y la decisión final no pueda hacerse efectiva por el transcurso del tiempo. Se debe

¹⁹ Ibid. Pág. 117.



entonces acreditar el interés jurídico del peticionante, en evitar el perjuicio por el transcurso del tiempo que puede durar la tramitación del proceso principal, al provocar o determinar la frustración de la ejecución de la condena.

Este presupuesto se encuentra en relación inversa o asimétrica con la verosimilitud en el derecho, y por ello, en tanto mayor sea la posibilidad de certeza en la pretensión, menor importancia revestirá la urgencia del caso. Por el contrario, si el riesgo de frustración del derecho es superlativo, al punto de ser irreparable, entonces el rigor de apreciación de la verosimilitud en el derecho tiene que ceder.

Por su parte, el peligro de la demora, es el interés jurídico procesal que sustenta la medida, tiene que ser actual, dejando a salvo el caso de acciones declarativas o de condenas de futuro. De esa manera, el peligro tiene que ser real y objetivo, no un sencillo temor o aprensión derivados de circunstancias subjetivas o personales del solicitante, sino originado en hechos que pueden en un determinado momento ser apreciados por cualquier sujeto.

Este requisito tiene que acreditarse, al igual que el anterior, sumariamente al tiempo de solicitar claramente la medida, pero al contrario de lo que sucede con el derecho invocado, por estar referido a simples circunstancias fácticas, no se aplican las limitaciones probatorias respecto de los actos o negocios jurídicos, lo cual hace que puedan demostrarse por cualquier medio probatorio, incluida la prueba testifical.



En algunos casos el peligro en la demora se presupone, como cuando se hace referencia a medidas cautelares sobre bienes destinados a asegurar la ejecución de una obligación que tiene ejecutividad, debido a que la resistencia inicial al cumplimiento por parte del obligado se puede inferir la hipótesis de la persistencia del incumplimiento en el futuro. La inseguridad y el temor de la frustración del derecho resultan notorios.

Cuando las medidas cautelares se refieren a las personas, el peligro deviene de su misma situación, cuando pudiera ser proveniente de otros, surge de su misma necesidad traducida en necesidad de seguridad o de tranquilidad.

- c) **Contracautela:** es caución, prevención o precaución que importa la acepción jurídica de seguridad, o sea aquella que otorga una persona a otra de que cumplirá una determinada prestación u obligación. Es la garantía otorgada por el peticionante para asegurar la obligación de reparar los posibles daños que la medida pudiera ocasionar si fuera solicitada sin derecho.

Quien solicita y obtiene una medida cautelar se hace responsable de una obligación eventual de indemnizar, supeditada a la circunstancia de que no le asistiera derecho a la medida que la haya sido otorgada. Se tiene que resguardar el principio de igualdad como contrapartida, en determinado modo, de la ausencia de bilateralidad o contradicción que caracteriza el procedimiento de su otorgamiento.



La finalidad de la obligación de indemnizar, una vez ella sea exigible, está determinada por los daños y perjuicios que resulten del otorgamiento mismo de la providencia cautelar, no haciendo relación con los gastos que son el resultado del juicio principal. Pero, es notorio que incluyen las costas derivadas del proceso cautelar considerado en sí mismo.

La responsabilidad derivada de la consecución de una providencia cautelar tiene carácter extracontractual y es proveniente de la ley, y no requiere de la existencia de un pacto o acuerdo previo de las partes en dicho sentido, ni tampoco exige de la concurrencia de dolo o de culpa en quien la solicita. Puede señalarse que es un típico caso de responsabilidad objetiva, con todas las características propias de ella.

La contracautela como es seguridad, puede tomar cualesquiera de las formas que las garantías tienen en el derecho civil, pudiendo ser real o personal, pero en cualquier caso su extensión y naturaleza debe ser apreciada por el juez, el cual compromete la responsabilidad, no únicamente de quien la pide, sino también de quien la dicta. En dicho sentido, se puede también afirmar que compromete al magistrado un juicio de proporcionalidad en donde el juez tiene que apreciar la clase y el monto de la caución en relación con la clase de medida que haya sido solicitada, sus posibles efectos legales y la mayor o menor verosimilitud en el derecho. Al involucrar una decisión jurisprudencial del juez se compromete la responsabilidad extracontractual del mismo por un mal desempeño en sus funciones, para el caso en que las medidas sean dictadas sin la contracautela suficiente.



Es necesario además apuntar que la de la falta de contracautela no trae como consecuencia invalidar la medida cautelar. Si la contracautela está ausente o es insuficiente, el juez tiene que proceder a su fijación, apercibiendo a la parte beneficiada por la medida, en el sentido de que si no la otorga en el plazo y modo establecidos en su resolución, se tiene que proceder a su levantamiento.

- d) **Competencia:** la competencia consiste en un requisito normal en todo tipo de procesos. Sin embargo, la ley prevé una excepción al principio de que toda resolución únicamente será válida si está dictada por un juez competente. Si bien se establece la obligatoriedad del juez de poder apartarse de entender medidas cautelares a asuntos en los que carece de competencia, deja no obstante a salvo la validez de las medidas, aunque fueran ordenadas por un juez incompetente, sin que ello quiere decir la prórroga de la jurisdicción en su beneficio.

3.4. Responsabilidad derivada del otorgamiento de una providencia cautelar

Las medidas cautelares son aquellas que comprometen en primer término al sujeto, persona física o jurídica, en beneficio de quien se han dictado. Esa responsabilidad es extracontractual y legal, de forma independiente de toda convención o cláusula entre las partes, y de esa manera se comprometen la responsabilidad extracontractual del juez que las dicte, por un inadecuado desempeño en sus funciones, para el caso en que las medidas sean decretadas sin la contracautela suficiente, o sin derecho, o si resulta excesiva o desproporcionada. Este supuesto de responsabilidad, si bien es de esa categoría no es



objetivo precisando para ello de la incidencia del dolo o culpa del juez, así como la prueba de los demás presupuestos de la responsabilidad civil por la comisión de ilícitos.

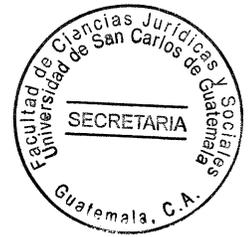
3.5. Providencias cautelares y su consideración particular de determinados tipos de procesos

“Es conocido que las providencias cautelares se tienen que decretar y ejecutar en cuanto a la relación con el proceso al cual se encuentran referidas. En dicho sentido se tienen que llevar a cabo determinadas consideraciones”.²⁰

De esa manera, en toda clase de juicios se tiene que cuidar que la ejecución de una medida cautelar no devengue en un adelantamiento indebido del resultado del proceso, sino tan solo quiere decir el aseguramiento de dicho resultado, es en los juicios ordinarios en donde este extremo es más rigurosamente exigido. La jurisprudencia más moderna ha ido refutando esta tesis, y ha otorgado en determinados casos la providencia cautelar solicitada.

Es de importancia hacer referencia a las medidas cautelares en los juicios de amparo, debido a que en estos tipos de juicios, que debido a su naturaleza propia son tuitivos, las medidas cautelares con frecuencia tienen la virtud de adelantar el resultado del proceso. Esta característica resulta inevitable cuando no existe otro modo de prevenir las lesiones de derechos que de lo contrario serían irreparables.

²⁰ Roca. *Op. Cit.* Pág. 150.



CAPÍTULO IV

4. La facultad legal del tribunal arbitral de ordenar providencias cautelares en la sociedad guatemalteca

“La administración de justicia en materia arbitral es lenta y engorrosa y en la mayoría de los casos determinadas son materias que requieren de un conocimiento debidamente especializado por parte de los jueces, de tal manera que por ésta y algunas otras razones, no responde a las expectativas de la nueva era de apertura de la globalización”.²¹

Esos requisitos de celeridad y especialización realmente no se encuentran siendo satisfechos por la jurisdicción ordinaria en forma general, tanto por razones exógenas al Organismo Judicial, aunque tiene que reconocerse que existe por lo menos la preocupación por el mejoramiento de esa situación y se comienza a hacer mención de la modernización y generalización de la oralidad en la justicia civil.

No existe duda alguna, que se vive desde hace algunos años la crisis del sistema judicial convencional. Esta crisis cuenta con una serie de manifestaciones de orden externo, de las cuales se puede señalar la dificultad del ciudadano común para tener acceso a la justicia en procuración de una solución de conflictos, bajo un nivel de preparación de los funcionarios judiciales, y del personal de los tribunales, irresponsabilidad, arbitrariedad y resoluciones que sean ilógicas.

²¹ Valtierra. *Op. Cit.* Pág. 120.



Por su parte, el Código Procesal Civil y Mercantil Decreto Ley 107 el cual se encuentra vigente desde el 1 de julio de 1964, regulaba el proceso arbitral en el Libro Segundo de procesos de conocimiento, en el Título IV, Capítulo I del Artículo 269 al 293. De esa manera, el Código Civil Decreto Ley 106 en la Segunda Parte Título XII regulaba el contrato de compromiso del Artículo 2170 al 2177.

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

Entre las normas y disposiciones que habían dejado de representar los avances antes indicados, se tiene el caso de la cláusula compromisoria, tal como se encontraba regulada, podía ser llevada a cabo por una de las partes que la hubiera otorgado inicialmente, o bien, generaba grandes retrasos en apenas el comienzo del proceso arbitral. Cuando ocurría el hecho que generaba el conflicto, era necesario otorgar un contrato de compromiso, pudiendo en esa instancia una de las partes involucradas negarse a su realización lo cual implicaba la necesidad de recurrir a los tribunales para poder decidir en primer lugar, si era procedente el arbitraje, y posteriormente formalizarlo judicialmente.

Además, era necesario establecer un mecanismo legal para obligar a las partes, a continuar el proceso en rebeldía. Otro elemento importante era reconocerle a los propios árbitros la



potestad de decidir si eran competentes o no para conocer los procesos arbitrales. Era permitido en el Código Procesal Civil y Mercantil.

La Ley de Arbitraje, como único cuerpo legal aplicable a la materia contiene normas que adaptan la legislación guatemalteca a la doctrina y a las tenencias recientes en materia de arbitraje. Se establecen conceptos novedosos que hacen sumamente atractiva su utilización, tales como el acuerdo arbitral, en sustitución de la dualidad de la cláusula de compromiso, la libertad de las partes para decidir sobre el procedimiento, y el reconocimiento a la función de instituciones que se dedican a administrar los arbitrajes.

La agilidad con la cual el arbitraje resuelve controversias surgidas de diversas relaciones jurídicas lo hace atractivo tanto para asuntos de carácter nacional como internacional, coadyuvando sustancialmente con los tribunales en la aplicación de justicia.

La ley anotada se tiene que aplicar como *lex specialis*, esto es, con exclusión de todas las demás disposiciones legales que pueden existir en el derecho convencional. De esa forma, se tiene que aplicar sin perjuicio de cualquier tratado multilateral o bilateral del cual Guatemala sea parte.

Esta última observación pareciera superflua, ya que la superioridad de derecho convencional procede de la jerarquía de las fuentes del derecho, sin embargo, se consideró útil la aclaración, con la finalidad de no lesionar la validez y aplicabilidad de los tratados.



4.1. Ámbito de aplicación del arbitraje

Se ha considerado de importancia establecer en el ámbito de aplicación de la legislación al arbitraje internacional con la finalidad de contemplar de manera expresa la posibilidad de llevar a cabo esta clase de arbitrajes. Para ello, se tienen que indicar los casos en que un arbitraje se considera internacional, tomando en consideración el lugar en el cual las partes tienen un domicilio, es decir, distintos Estados, sin importar en cual se encuentre situado el establecimiento principal que guarde una relación más estrecha con el acuerdo de arbitraje; el lugar de cumplimiento de una parte esencial sustancial de las obligaciones de la relación comercial, cuando éste sea distinto a aquel en el que las partes tengan sus establecimientos pues si las partes tuvieran sus establecimientos en distintos Estados, y las partes en uso del principio de la autonomía de la voluntad convengan en que la cuestión objeto del acuerdo de arbitraje está relacionada con más de un Estado.

En dicho sentido se tiene que señalar que el objeto del acuerdo de arbitraje no se tiene que comprender de manera que se refiera al arbitraje mismo, sino a las cuestiones sustantivas que puedan encontrarse sujetas al arbitraje.

4.2. Materia arbitral

“Se pueden someter a procedimiento arbitral todas aquellas controversias relacionadas a materias en que las partes tengan libre disposición. En relación a los sujetos, se ha considerado oportuno establecer de manera expresa la posibilidad de que el Estado someta



a arbitraje, no únicamente las cuestiones litigiosas que aparezcan cuando éste actúa como sujeto de derecho privado, sino también aquellas controversias relacionadas con el cumplimiento interpretación, aplicación y efectos de los contratos celebrados con motivo de la aplicación de la legislación”.²²

Es posible someter a arbitraje las controversias relacionadas a relaciones de índole comercial, incluyéndose dentro de las mismas cualquier operación comercial de suministro o intercambio de bienes, acuerdo de distribución, representación o mandato comercial, transferencia de créditos para su cobro, arrendamiento de bienes de equipo con opción de compra, construcción de obras, consultoría, concesión de licencias, inversión, seguros, acuerdo, transporte de mercancías o de pasajeros.

4.3. Acuerdo de arbitraje

El acuerdo de arbitraje puede constar en una cláusula incluida en un contrato, o en forma independiente, está desprovisto de formalidades, más que la de constar por escrito y será suficiente para obligar a las partes a acudir al arbitraje sin la necesidad de formalización judicial.

El reconocimiento legal de las instituciones arbitrales permanentes que administrará los arbitrajes institucionales, de acuerdo con sus reglamentos y procedimientos, para lo cual

²² Zamora Recinos, Edgar Roberto. **Facultades del tribunal arbitral**. Pág. 57.



bastará que las partes en el acuerdo arbitral hagan relación a que el arbitraje deberá ser administrado por determinada institución.

El arbitraje comprendido como cualquier procedimiento arbitral, ya sea que lo administre una institución, en cuyo caso se está en presencia de un arbitraje internacional, o por el contrario, que se ventile el procedimiento de acuerdo con lo estipulado por las partes o por lo regulado en la Ley de Arbitraje, en cuyo caso se está en presencia del arbitraje *ad-hoc*. El término arbitraje no tiene que interpretarse como referido solamente a los arbitrajes en curso, o sea, a las actuaciones arbitrales, se refiere también al período anterior y posterior a las actuaciones, como reconocimiento de acuerdos de arbitraje y posteriormente de los laudos arbitrales.

Se deja en libertad a las partes para la estipulación la forma de practicarlas y el momento en que las mismas se toman en consideración recibidas, con una excepción las notificaciones practicadas por los tribunales que cumplan las funciones de asistencia y supervisión.

La renuncia al derecho de objetar se fundamenta en el principio procesal de preclusión y cuando en virtud de la misma se considere que una parte ha renunciado a su derecho de objetar no podrá plantear la objeción durante las fases subsiguientes del procedimiento arbitral ni, por supuesto, después de dictado el laudo.

La Ley de Arbitraje no limita la posibilidad de sujetar a las partes al arbitraje solamente en aquellos casos en que la controversia aparezca de una relación contractual, por el contrario,



abarca todas aquellas controversias que hayan surgido o puedan aparecer entre ellas, en relación de una determinada relación legal, contractual o no contractual. Se debe dar a la expresión determinada relación legal una interpretación amplia, de manera que abarque todos los asuntos comerciales no contractuales que sucedan en la práctica.

En la legislación se contempla la posibilidad de reconocer el acuerdo arbitral por referencia del acuerdo arbitral por referencia a otro documento. Esta remisión es constitutiva de un acuerdo de arbitraje si adopta una forma para la que en dicha cláusula pasa a formar parte del contrato y, naturalmente, si el mismo contrato cumple el requisito de manera escrita.

El acuerdo arbitral constituye excepción previa de incompetencia oponible por la parte que ha sido demandada judicialmente. Es notorio el hecho que tiene que ser la parte interesada la que se oponga. La condición necesaria es que la parte no exprese su objeción sin demora justificada o si se prevé un plazo para hacerlo, dentro de ese plazo.

Esta última referencia al tiempo es, en términos lógicos, la primera que tiene que examinarse, dado que un plazo, bien si está establecido en la ley, o en el acuerdo arbitral, tiene prioridad con respecto a la fórmula general sin demora justificada.

En los asuntos que se rigen por la Ley de Arbitraje no intervendrá ningún tribunal, salvo los casos enumerados por la misma ley, por considerar beneficiosa para el correcto desarrollo del procedimiento arbitral, la certeza de las partes y los tribunales sobre los casos en que cabe esperar supervisión y asistencia de estos últimos.



4.4. Formas de acuerdo de arbitraje

El acuerdo puede constar como cláusula en un contrato o en documento independiente. El primer caso es adecuado para la defensa, debido a que de no realizarlo se entenderá que ambas partes han renunciado al arbitraje. Además, es compatible el acuerdo de arbitraje y la solicitud a un tribunal por alguna de las partes, en relación a las providencias cautelares.

La razón de ello es que la existencia de las providencias no va en contra de las intenciones de las partes que estén de acuerdo en someter un litigio al arbitraje y que las propias medidas están encaminadas a que el arbitraje sea eficaz y a lograr los resultados previstos. Las partes, con fundamento en el principio de la autonomía de la voluntad pueden decidir valaderamente sobre el número de árbitros, así como el procedimiento para designarlos. Únicamente en el caso que no lo hayan acordado se deberán observar las normas que contempla la Ley de Arbitraje.

La Ley de Arbitraje establece un régimen jurídico especialmente adaptado al arbitraje comercial internacional, que no lesiona a ningún tratado pertinente en vigor. Tiene la ventaja que deja a salvo los tratados bilaterales o multilaterales que en materia de arbitraje estén vigentes, lo cual evita los conflictos que se pueden llegar a presentar entre la ley y los tratados internacionales.

La inmensa mayoría de las situaciones que suelen considerarse internacionales responden a los criterios expuestos. Además, un arbitraje es internacional si el lugar del arbitraje, el



lugar de cumplimiento del contrato o el lugar del objeto del litigio están situados fuera del Estado en el que las partes tienen sus establecimientos, o si las partes han convenido expresamente en que la cuestión objeto del acuerdo de arbitraje está relacionada con más de un Estado.

De acuerdo a la ley será internacional si las sedes de los negocios de las partes se encuentran ubicados en diferentes países. La sede comercial está situada fuera del Estado en que las partes tengan el asiento de sus negocios. Además, cabe indicar que la relación jurídica mercantil es la base y el conflicto con ella vinculado es el término de referencia para la internacionalidad resultante.

Se ha sostenido en la más aceptable doctrina que el proceso es autónomo frente al derecho sustantivo, al grado de que su tratamiento es científico y se hace sin tomar en consideración el tipo de derecho ni de responsabilidad que se pretende a través de la sentencia final.

4.5. Importancia jurídica de la facultad legal del tribunal arbitral de ordenar providencias cautelares en Guatemala

“El arbitraje consiste en una institución que se presenta como un instrumento valioso y coadyuvante de la administración de justicia. Adicionalmente necesita en algunos casos de las funciones de asistencia y supervisión de los tribunales de justicia. Las funciones que se refieren al nombramiento de los árbitros cuando una de las partes o la institución arbitral no cumplen debidamente la función de nombramiento de los árbitros, las partes podrán solicitar



a un tribunal competente que adopte las medidas que sean necesarias, o cuando un **árbitro** se vea impedido de hecho o por disposición legal para el ejercicio de sus funciones o lo relacionado a la excepción de incompetencia, así como la facultad del tribunal arbitral de ordenar providencias cautelares o solicitar de los tribunales la asistencia para la práctica de los medios probatorios”.²³

Además serán ejercidas a la elección del actor, por el Juez de Primera Instancia de lo Civil o Mercantil, del lugar en donde se lleve a cabo el arbitraje, o del lugar de celebración del acuerdo del arbitraje, o el lugar donde debe dictarse el laudo, el del domicilio de cualquiera de los demandados, o en cualquiera de los anteriores lugares si coinciden o algunas de las circunstancias anteriores.

El Artículo 10 de la Ley de Arbitraje Decreto 67-95 del Congreso de la República de Guatemala regula: “Forma del acuerdo de arbitraje.

- 1) 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 respecto a los efectos jurídicos del acuerdo de arbitraje. Se entenderá que el acuerdo consta por escrito cuando esté consignado en un documento firmado por las partes o en un intercambio de cartas, telex, telegramas, telefax, u otros medios de telecomunicación que dejen constancia del acuerdo, o en un intercambio de escritos de demanda y contestación en los que la existencia de un acuerdo sea firmada por una partes sin ser negada por la otra. La referencia hecha

²³ Calvo. *Op. Cit.*. Pág. 165.



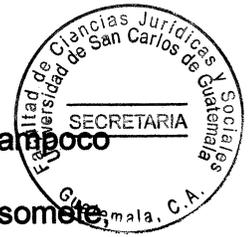
en un contrato a un documento que contiene una cláusula arbitral constituye **acuerdo** de arbitraje siempre que el contrato conste por escrito y la referencia implique que esta cláusula forma parte del contrato.

- 2) El acuerdo arbitral podrá constar tanto en una cláusula incluida en un contrato, o en la forma de un acuerdo independiente.
- 3) Si el acuerdo de arbitraje ha sido incorporado a contratos mediante formularios o mediante pólizas, dichos contratos deberán incorporar en caracteres destacados, claros y precisos la siguiente advertencia: **“ESTE CONTRATO INCLUYE UN ACUERDO DE ARBITRAJE”**.

Es de importancia señalar que el acuerdo arbitral necesita de los tribunales de justicia para poder ser eficiente, de manera que el arbitraje es coadyuvante, necesitando el poder judicial para ser efectivo, no pudiendo ser completamente de manera autónoma. Por esas razones, la figura no puede presentarse como desafiante para el poder judicial, debido a que en algunos casos requiere decididamente del poder judicial.

El Artículo 14 de la Ley de Arbitraje Decreto 67-95 del Congreso de la República de Guatemala regula: “Calidades para ser árbitros.

- 1) Pueden ser árbitros las personas individuales que se encuentren, al momento de su aceptación, en el pleno ejercicio de sus derechos civiles.
- 2) Salvo acuerdo en contrario de las partes, la nacionalidad de una persona no será obstáculo para que actúe como árbitro.



- 3) No podrán ser nombrados árbitros los miembros del Organismo Judicial. Tampoco podrán serlo quienes tengan con las partes o con las controversia que se les somete alguna de las relaciones que establecen la posibilidad de abstención, excusa y recusación de un juez.

No obstante si las partes, conociendo dicha circunstancia, la dispensan expresamente, el laudo no podrá ser impugnado por tal motivo”.

La Ley de Arbitraje Decreto 67-95 del Congreso de la República de Guatemala regula en el Artículo 21: “Facultad del tribunal arbitral para decidir acerca de su competencia.

- 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. A ese efecto, un acuerdo que conste en una cláusula que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del contrato. 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.
- 2) La excepción de incompetencia del tribunal arbitral deberá oponerse a más tardar en el momento de presentar la contestación de la demanda, o de la reconvencción, en su caso. Las partes no se verán impedidas de oponer la excepción de incompetencia por el hecho de que hayan designado a un árbitro o participado en su designación. La designación basada en que el tribunal arbitral ha excedido o se está excediendo de un mandato deberá oponerse, tanto pronto como se plantee, durante las actuaciones arbitrales, la materia que supuestamente exceda su mandato. El tribunal



arbitral podrá, en cualquier caso, estimar una excepción presentada más tarde de lo indicado en el primer párrafo, si considera justificada la demora.

- 3) El tribunal arbitral podrá decidir las excepciones a que se hace referencia en los párrafos 1) y 2) del presente artículo como cuestión previa o en un laudo sobre el fondo. Si, como cuestión previa, el tribunal arbitral se declara competente, cualquiera de las partes, dentro del plazo de quince días a partir del recibo de notificación de esa decisión, podrá solicitar del tribunal competente conforme al Artículo 9, que resuelva la cuestión, y la resolución de ese tribunal será definitiva y, por ende, no susceptible de ser revisada por recurso o remedio procesal alguno. Mientras esté pendiente dicha solicitud, el tribunal arbitral podrá proseguir sus actuaciones y dictar un laudo.
- 4) Tanto en los arbitrajes de derecho como en los de equidad, una vez constituido el tribunal, se entienden sometidas a él todas las cuestiones conexas con la principal, que surjan en el curso del mismo. En este caso dichas cuestiones se tramitarán por el procedimiento que las partes convengan y, en su defecto, por el señalado para los incidentes.

No serán admitidos, sin embargo, las tercerías, la litispendencia ni los incidentes de acumulación.

Si surgiere cuestión de orden criminal, los árbitros lo pondrán en conocimiento del juez competente, a quien remitirán certificación de las constancias respectivas”.

El Decreto 67-95 del Congreso de la República de Guatemala regula en el Artículo 22: “Facultades del tribunal arbitral de ordenar providencias cautelares.



- 1) Salvo acuerdo en contrario de las partes, el tribunal arbitral podrá, a petición de una de ellas, ordenar a cualquiera de las partes que adopte las providencias cautelares que el Tribunal arbitral estime necesarias respecto al objeto del litigio. El tribunal arbitral podrá exigir de cualquiera de las partes que haya solicitado la providencia, una garantía suficiente para caucionar su responsabilidad en conexión con tales medidas.
- 2) Asimismo, salvo acuerdo en contrario de las partes, podrán estas o los árbitros requerir al tribunal competente de conformidad con el Artículo, que decrete o levante aquellas providencias cautelares que deban de ser cumplidas por terceros, o bien, para que se obligue coactivamente a una de las partes a cumplir con la providencia cautelar decretada con base en el numeral 1 anterior”.

El hecho de que las partes hayan convenido en someter las controversias a la decisión de un tribunal arbitral no impide que antes o durante el transcurso del proceso arbitral, recurran a un tribunal de justicia con la finalidad de obtener medidas cautelares que aseguren o bien la preservación inmediata de un bien objeto del litigio, o una de las partes, u otra medida cautelar.

La situación de recurrir a un tribunal de justicia para solicitar una medida cautelar implica una renuncia tácita a someter la cuestión a un tribunal arbitral, criterio que ha prevalecido en algunas decisiones pronunciadas por determinados tribunales.

Antes o después de la tramitación del procedimiento arbitral, cuando la providencia tenga relación con terceros, el tribunal arbitral o cualquiera de las partes, podrán acudir a un



tribunal con el objeto de que se decreten las providencias cautelares que se consideren necesarias, lo que se tramitará de acuerdo con el procedimiento establecido en la ley.





CONCLUSIÓN DISCURSIVA

La Constitución Política de la República de Guatemala, garantiza a todos los habitantes de la República, la libertad de acción, principio por el cual toda persona tiene derecho a hacer lo que la ley no prohíbe; la acción es el derecho por el cual las personas pueden acudir a los órganos jurisdiccionales para hacer valer una pretensión. La aplicación de las medidas cautelares es un juicio adoptado por el ordenamiento jurídico, como un medio alternativo de resolución de conflictos, por el cual las partes, acuden ante un tercero con facultades jurisdiccionales temporales o transitorias, para someter su controversia o conflicto a fin de que sea resuelto, debiendo las partes sujetarse a la decisión tomada por el tribunal arbitral.

Es fundamental la aplicación de las medidas o providencias cautelares dentro de un juicio arbitral, en virtud que son medios por los cuales las partes garantizan los resultados de un proceso, así como que el mismo se pueda ventilar sin problema alguno. Por lo tanto, se recomienda determinar las ventajas de aplicar las medidas cautelares a los juicios arbitrales, de igual forma, establecer las ventajas y efectos de su aplicación tanto para las partes, como para el proceso, analizando el procedimiento que el tribunal arbitral debe llevar a cabo para aplicar las medidas a petición de parte, dentro de las facultades jurisdiccionales transitorias que ejercen y, en el caso de que la parte a quien se le decretó la o las medidas cautelares, se resista a su cumplimiento, determinar y evaluar las soluciones que el tribunal arbitral junto con el sujeto activo, deben realizar para que el sujeto pasivo cumpla con las medidas impuestas por juez competente, indicando las facultades legales del juez arbitral de ordenar las providencias cautelares en la sociedad guatemalteca.





BIBLIOGRAFÍA

AYLWIN AZOCAR, Patricio. **El juicio arbitral**. 4ª. ed. Madrid, España: Ed. Jurídica, S.A., 1994.

BENETTI SALGAR, Julio Enrique. **El arbitraje en el derecho colombiano**. 6ª. ed. Bogotá, Colombia: Ed. Temis, S.A., 1994.

CALVO FERNÁNDEZ, Luis Alfonso. **El arbitraje comercial**. 5ª. ed. Madrid, España: Ed. Tecnos, 1989.

COUTURE, Eduardo. **Estudios de derecho procesal civil**. 4ª. ed. Buenos Aires, Argentina: Ed. De Palma, 1989.

GIL ECHEVERRY, Jorge Hernán. **Curso práctico de arbitraje**. 3ª. ed. Barcelona, España: Ed. Profesional, 1993.

GOZAINI GÓMEZ, Osvaldo Alfredo. **Formas alternativas para la resolución de conflictos**. 3ª. ed. Buenos Aires, Argentina: Ed. Legal, 1999.

JUNCO VARGAS, José Rodolfo. **Introducción al arbitraje**. 3ª. ed. Bogotá, Colombia: Ed. Radar, 2002.

ROCA MARTÍNEZ, Mayra Karina. **Providencias cautelares**. 3ª. ed. Madrid, España: Ed. Dykinson, 2004.

SOTO ENRÍQUEZ, Marco Vinicio. **Tribunal arbitral**. 4ª. ed. Barcelona, España: Ed. Judicial, 2001.

URIZAR TRABADILLO, Mynor Rafael. **Estudio de las providencias cautelares**. 3ª. ed. Barcelona, España: Ed. Asis, 2012.

URY VALLADARES, Manuel Alejandro. **Diversas formas de solución de conflictos**. 5ª. ed. Barcelona, España: Ed. Dykinson, 2003.



VALTIERRA DE LA ROCA, Mario Esteban. **Derecho arbitral y comercial**. 3ª. ed. México, D.F.: Ed: Del Mar, 2001.

YANES CASTELLANOS, Rosa María. **Introducción al derecho arbitral**. 3ª. ed. Buenos Aires, Argentina: Ed. Editores, S.A., 2001.

ZAMORA RECINOS, Edgar Roberto. **Facultades del tribunal arbitral**. 3ª. ed. Valencia, España: Ed. Tirant lo Blanch, 2014.

Legislación:

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

Código Civil. Decreto Ley 106 del jefe de gobierno de la República de Guatemala Enrique Peralta Azurdía, 1964.

Código Procesal Civil. Decreto Ley 107 del jefe de gobierno de la República de Guatemala Enrique Peralta Azurdía, 1964.

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

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