

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



**EL RECURSO ADMINISTRATIVO COMO INSTANCIA PREVIA A ACUDIR A LA
JURISDICCIÓN ARBITRAL**

CARLOS JOSÉ RODAS DONIZ

GUATEMALA, MARZO DE 2021

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

**EL RECURSO ADMINISTRATIVO COMO INSTANCIA PREVIA A ACUDIR A LA
JURISDICCIÓN ARBITRAL**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

CARLOS JOSÉ RODAS DONIZ

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Guatemala, marzo de 2021

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

DECANO: Licda. Astrid Jeannette Lemus Rodríguez
VOCAL I, en sustitución del Decano

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

SECRETARIA: Licda. Evelyn Johanna Chevez Juárez

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



USAC
TRICENTENARIA
Universidad de San Carlos de Guatemala



Decanatura de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala. Ciudad de Guatemala, veinte de noviembre de dos mil veinte.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis del estudiante CARLOS JOSÉ RODAS DONIZ, titulado EL RECURSO ADMINISTRATIVO COMO INSTANCIA PREVIA A ACUDIR A LA JURISDICCIÓN ARBITRAL. Artículos: 31, 33 y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

AJLR/JP.










USAC
TRICENTENARIA
Universidad de San Carlos de Guatemala

Decanato de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala. Guatemala, veintiséis de octubre de dos mil veinte.

Se tiene a la vista la resolución de fecha dos de marzo de dos mil veinte, emitida dentro del trabajo de tesis "EL RECURSO ADMINISTRATIVO COMO INSTANCIA PREVIA A ACUDIR A LA JURISDICCIÓN ARBITRAL.", del estudiante Carlos José Rodas Doniz, carné número 201501548.

Dado que la resolución relacionada carece de la totalidad de las firmas correspondientes y por lo tanto no puede surtir efectos, emítase la resolución que procede según la reglamentación universitaria aplicable.

Artículos 82 y 83 de la Constitución Política de la República, artículos 22 y 24 literales a), d), g) y j) del Estatuto de la Universidad de San Carlos de Guatemala (nacional y autónoma), artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

"ID Y ENSEÑAD A TODOS"



Licda. Astrid Jeannette Lemus Rodríguez
Vocal I en sustitución del Decano

cc. Archivo





USAC
TRICENTENARIA
Universidad de San Carlos de Guatemala



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, 02 de marzo de 2020.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis del estudiante CARLOS JOSÉ RODAS DONIZ, titulado EL RECURSO ADMINISTRATIVO COMO INSTANCIA PREVIA A ACUDIR A LA JURISDICCIÓN ARBITRAL. Artículos: 31, 33 y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

RFOM/JP.

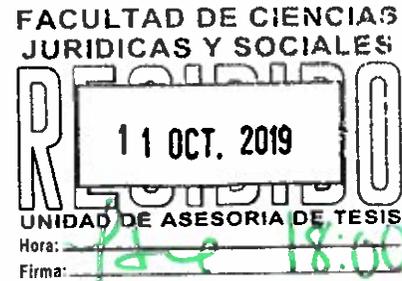


LICENCIADO RICARDO ALVARADO SANDOVAL
4ª. Av. 3-70 zona 1
Teléfono 2232-1429
Ciudad de Guatemala



Guatemala, 11 de octubre de 2019

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



Apreciable licenciado:

Respetuosamente a usted informo sobre mi nombramiento como asesor de tesis del bachiller **CARLOS JOSÉ RODAS DONIZ**, el cual se intitula **“EL RECURSO ADMINISTRATIVO COMO INSTANCIA PREVIA A ACUDIR A LA JURISDICCIÓN ARBITRAL”**; declarando expresamente que no soy pariente del bachiller dentro de los grados de ley; por lo que me complace manifestar lo siguiente:

- Respecto al contenido científico y técnico de la tesis, en la misma se analizan aspectos legales importantes y de actualidad; ya que trata sobre los arbitrajes administrativos y obligatoriedad de agotar los recursos administrativos previo a constituirse un proceso arbitral. Esta situación deviene en un cuestionamiento generalizado en el que tanto árbitros, jueces, autoridades administrativas, abogados y estudiosos del derecho presentan y sustentan diversas teorías y que en la presente tesis se hace un examen riguroso sobre la necesidad de agotar los recursos administrativos previo a acudir al arbitraje como medio de resolución de controversias.
- Los métodos utilizados en la investigación fueron el análisis sintético, con base en el método deductivo, partiendo de los principios del arbitraje y discurrendo por todo un andamiaje doctrinario, con los cuales el bachiller logró comprobar la hipótesis mediante la sustentación de aspectos destacable tanto de la figura del arbitraje como de los recursos administrativos. Aportes de jurisprudencia nacional e internacional que explican a profundidad las bases en que se fundamenta la necesidad de agotar los recursos administrativos previo a la instancia jurisdiccional, sea ante los Tribunales Arbitrales o Tribunales de lo Contencioso Administrativo. La técnica bibliográfica recolecta y selecciona los temas centrales y autores muy reconocidos en el ámbito arbitral como administrativo.

LICENCIADO RICARDO ALVARADO SANDOVAL

4ª. Av. 3-70 zona 1
Teléfono 2232-1429
Ciudad de Guatemala



- La tesis fue redactada con un lenguaje técnico, y a su vez con explicaciones claras y concisas, por lo que su contenido es comprensible y fácil de comprender, tanto las ideas de los juristas citados como del autor, asimismo se hizo uso de las reglas ortográficas de la Real Academia Española.
- El informe final de tesis es una contribución valiosa, tanto para la comunidad de juristas como a la sociedad en general, pues sus aportes tanto al tema arbitral como administrativo devienen en un planteamiento idóneo para estas ramas del derecho que tienen un avance sin igual y que cada vez son más consultadas y difundidas en el entorno nacional e internacional.
- En la conclusión discursiva, el bachiller expone su análisis sobre la problemática institucional y legislativa, conforme al símil que representa la Jurisdicción Arbitral con el Proceso Contencioso Administrativo, y que en ambos procesos el agotar los recursos administrativo es un requisito indispensable para acudir a ellas, y no por ello se violenta el principio de la voluntariedad de las partes.
- La bibliográfica recolecta tanto autores nacionales como internacionales, lo que permite observar los aportes más avanzados y desarrollados por académicos y profesionales del derecho que tratan más frecuentemente con esta incertidumbre.
- El bachiller aceptó todas las sugerencias que se le realizaron, así como las correcciones necesarias para la comprensión adecuada del tema, siempre respetando las opiniones y aportes que me planteó.

Con base a lo anterior, hago de su conocimiento que la tesis cumple con todos los requisitos estipulados 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 apruebo el trabajo de investigación, emitiendo para el efecto **DICTAMEN FAVORABLE**, para que la misma continúe el trámite correspondiente.

Atentamente,


Licenciado Ricardo Alvarado Sandoval
Asesor de Tesis
Colegiado No. 2259

Ricardo Alvarado Sandoval
ABOGADO Y NOTARIO



**Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Unidad de Asesoría de Tesis. Ciudad de Guatemala,
 11 de junio de 2019.**

Atentamente pase al (a) Profesional, RICARDO ANTONIO ALVARADO SANDOVAL
 _____, para que proceda a asesorar el trabajo de tesis del (a) estudiante
CARLOS JOSÉ RODAS DONIZ, con carné 201501548,
 intitulado EL RECURSO ADMINISTRATIVO COMO INSTANCIA PREVIA A ACUDIR A LA JURISDICCIÓN
ARBITRAL.

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.

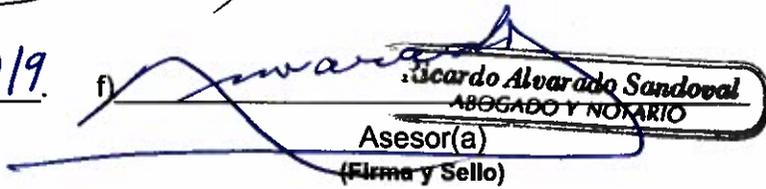
El dictamen correspondiente se debe emitir en un plazo no mayor de 90 días continuos a partir de concluida la investigación, en este debe hacer constar su opinión respecto del contenido científico y técnico de la tesis, la metodología y técnicas de investigación utilizadas, la redacción, los cuadros 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 MARTÍNEZ
 Jefe(a) de la Unidad de Asesoría de Tesis



Fecha de recepción 13 / 9 / 2019


Ricardo Alvarado Sandoval
 ABOGADO Y NOTARIO
 Asesor(a)
 (Firma y Sello)



DEDICATORIA



A DIOS:

Por su infinito e inconmensurable amor, por ponerme en las manos de los seres más maravillosos de su creación y colmar mi vida de alegrías y gozos en la fe.

A MARÍA SANTÍSIMA:

Por no haber apartado nunca sus oídos a mis ruegos al implorar su intercesión, por ser dulce consuelo y esperanza de los cristianos y por ser modelo perfecto de humildad, amor y devoción a Dios.

A MIS PADRES:

Carlos Ovidio y Olga Marina, por ser modelos de amor, confianza y rectitud, por haberme criado en un hogar maravilloso en el que nunca me ha faltado nada, son la razón de mi éxito y las manos que me han levantado de mis fracasos.

A MI HERMANA:

Ckandy Paola, por guiar mi camino y ser mi referente de esfuerzo y superación. Por la ayuda inconmensurable que me ha brindado en mi formación como estudiante y como persona.



PRESENTACIÓN

El trabajo de tesis se realizó empleando una investigación cualitativa, atendiendo a casos y sujetos propios de la realidad nacional e internacional a través de su contexto y función dentro de la estructura de las relaciones contractuales con el Estado. La investigación abordó la problemática del Recurso Administrativo como instancia previa a acudir a la jurisdicción arbitral. El estudio se realizó en el ámbito geográfico de la Ciudad de Guatemala por ser la sede de los Centros de arbitraje con más prestigiosos y reconocidos, en un periodo de investigación del año 2016 al 2017.

El agotar o no el procedimiento administrativo se ha convertido en un tema relevante y que suscita interés tanto en jueces como árbitros, pues la necesidad de agotarlo se configura como una *conditio sine qua non* para acudir al Proceso Contencioso Administrativo, no así para la Vía Arbitral. La obligatoriedad de agotar el Recurso Administrativo para acudir al arbitraje pareciera desvirtuar la naturaleza del convenio arbitral y violentar los principios del derecho mercantil, pues dicha obligación no fue prevista y ni aceptada por las partes en el momento de la suscripción del contrato.

Es así que el aporte académico de la investigación consiste en establecer si se deben agotar los recursos administrativos previo a iniciar un procedimiento arbitral en virtud de existir un contrato administrativo que incorpora una cláusula arbitral brindando certeza jurídica en la práctica del Arbitraje Administrativo a la luz de la ley y sus principios rectores.

HIPÓTESIS



De acuerdo con la regulación guatemalteca, la resolución de controversias derivadas de contratos administrativos con cláusula compromisoria deben dilucidarse ante la jurisdicción arbitral, convirtiéndola en un símil del Proceso Contencioso Administrativo. Por tanto, los recursos administrativos deben agotarse previo a iniciar un Procedimiento Arbitral en virtud que la Vía Arbitral no subsume el Procedimiento Administrativo, pues sus fines y procedimientos son específicos y regulados, aunado a ello, la resolución atacada no ha causado estado por no haber sido impugnada mediante el recurso correspondiente, por ende no es susceptible de ser conocida ante ningún tribunal, arbitral o estatal.

COMPROBACIÓN DE LA HIPÓTESIS



Para la comprobación de la hipótesis del trabajo de investigación se hizo acopio del método deductivo, pues se tomaron como base los principios y generalidades de la institución del arbitraje y el derecho administrativo. Se utilizó un análisis sintético, estudiando casos concretos guatemaltecos y discutiéndolos a la luz de autores nacionales e internacionales, así como casos paradigmáticos que han brindado una guía para países con una práctica más habitual a conflictos dirimidos por Tribunales Arbitrales.

Se comprobó en efecto la hipótesis, pues se concluye que es obligatorio agotar los recursos administrativos para que la controversia sea conocida por el Tribunal Arbitral. Con base en que la resolución que contraviene al contrato administrativo con cláusula arbitral debe causar estado para que pueda ser discutida a un nivel jurisdiccional. El causar estado es un requisito que no violenta los principios mercantiles ni del arbitraje, pues es indispensable para que la resolución pueda ser conocida por los órganos encargados, configurándose así como un todo que debe estar presente y no como un requisito sobrevenido e imprevisible por las partes al momento de la celebración del contrato.



ÍNDICE

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

CAPÍTULO I

1. El arbitraje como mecanismo de resolución de conflictos.....	1
1.1. Conceptualización de la institución del arbitraje.....	1
1.1.1. Naturaleza jurídica.....	5
1.2. Clases de arbitraje.....	8
1.3. Principios generales del arbitraje.....	10
1.4. Centros de arbitraje.....	15
1.4.1. Comisión de Resolución de Conflictos de la Cámara de Industria de Guatemala -CRECIG-.....	16
1.4.2. Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Guatemala o Fundación -CENAC-.....	16
1.5. Acuerdo arbitral.....	17
1.5.1. Validez del acuerdo arbitral.....	19
1.5.2. Autonomía de cláusula arbitral.....	21

CAPÍTULO II

2. El Estado y el arbitraje administrativo.....	25
2.1. Conceptualización y antecedentes del Estado.....	25



2.2. Elementos del Estado.....	27
2.2.1. Sociedad.....	28
2.2.2. Territorio.....	28
2.2.3. Orden jurídico.....	29
2.2.4. Poder público.....	29
2.2.5. Gobierno.....	30
2.3. Arbitraje administrativo.....	31
2.4. Recursos administrativos.....	38
2.4.1. Conceptualización.....	39
2.4.2. Recurso de revocatoria.....	39
2.4.3. Recurso de reposición.....	40

CAPÍTULO III

3. Agotamiento de los recursos administrativos.....	43
3.1. Procedimiento contencioso administrativo.....	44
3.2. Proceso contencioso administrativo.....	45
3.3. Arbitraje en sustitución del proceso contencioso administrativo.....	47
3.3.1. Legislación nacional.....	50
3.3.2. Legislación internacional.....	52
3.4. Violación al principio de la autonomía de voluntad de las partes.....	54



3.5. Sometimiento al principio <i>pacta sunt servanda</i>	58
3.6. Contravención a la naturaleza de los recursos administrativos.....	60

CAPÍTULO IV

4. Fundamento para agotar el recurso administrativo.....	63
4.1. Protección de la administración pública.....	65
4.2. Resolución de recursos administrativos.....	67
4.3. Resolución que causa estado.....	68
4.4. Vulneración a los derechos del administrado.....	69
4.5. Cláusulas híbridas.....	70
4.6. Etapa previa al inicio del arbitraje.....	72
4.7. Requisitos para la constitución de un proceso arbitral.....	74
4.8. Obligatoriedad de agotar el recurso administrativo.....	76
CONCLUSIÓN DISCURSIVA.....	81
ANEXOS.....	83
BIBLIOGRAFÍA.....	91



INTRODUCCIÓN

La investigación se deriva de la importancia que en la última década ha suscitado el arbitraje administrativo y el crecimiento de los conflictos dirimidos ante los tribunales arbitrales provenientes de contratos administrativos. En ese sentido, la regulación en materia contenciosa administrativa establece los requisitos necesarios que deben reunir las resoluciones administrativas para poder ser resueltas en un proceso contencioso administrativo, no siendo necesaria su observancia en el arbitraje guatemalteco.

En Guatemala se ha desarrollado con gran auge la incorporación de cláusulas compromisorias en los contratos administrativos, sin embargo al momento recurrir al arbitraje no se tiene certeza si para iniciar el proceso arbitral, se requiere agotar los recursos administrativos, como sí lo es para acudir al tribunal de lo contencioso administrativo. Con este trabajo se dilucida la incertidumbre e inseguridad jurídica que genera a las partes el desconocer si se deben agotar los recursos administrativos correspondiente, previo a iniciar un proceso ante los tribunales arbitrales.

Se demostró que sí se deben agotar los recursos administrativos previo a iniciar un procedimiento arbitral. Pues existiendo un contrato administrativo que incorpora una cláusula compromisoria, el arbitraje es una procedimiento que las partes acuerdan en sustitución del proceso contencioso administrativo mas no del proceso administrativo. Esto empata con la propia regulación y la doctrina, pues la resolución que originó el



conflicto no ha causado estado, por lo que no reúne los requisitos indispensables para ser conocido por tribunal alguno.

Para el efecto, la investigación se estructuró en cuatro capítulos, el primero en referencia al arbitraje como mecanismo de resolución de conflictos y sus elementos indispensables; en el segundo capítulo se aborda el tema del Estado, el arbitraje administrativo como aquel en que figura la administración pública y los administrados, así como los recursos administrativos; en el tercer capítulo se profundiza sobre el agotamiento de los recursos administrativos, tratado desde el punto de vista legal y doctrinario, tanto guatemalteco como internacional; y en el capítulo cuatro se realiza un examen y análisis a profundidad sobre al agotamiento del recurso administrativo atendiendo a los principios y sujetos que protege, consecuencias de su inobservancia, así como las ventajas que se podrían suceder de no acudir al procedimiento contencioso administrativo.

Con la investigación se concluye que la hipótesis es correcta. Por tanto, como recomendación general debe agotarse el procedimiento administrativo para cumplir con los requisitos del proceso contencioso administrativos y evitar que el laudo se vea afectado o que mediante un recurso posterior pueda ser revocado o modificado, atendiendo a que contiene decisiones que exceden de los términos del acuerdo de arbitraje, pues la vía arbitral no subsume a los recursos administrativos.

CAPÍTULO I



1. El arbitraje como mecanismo de resolución de conflictos

El arbitraje se configura como un mecanismo alternativo de solución de conflictos mediante el cual las partes nombran árbitros ante los cuales someten controversias relativas a asuntos de libre disposición o aquellos que la ley permita. Es una institución del derecho privado y actualmente es uno de los principales métodos de resolución de controversias, debido sus ventajas respecto a los procesos comunes y al fenómeno de la globalización.

1.1. Conceptualización de la institución del arbitraje

Es así que, previo a la conformación de estados conceptualizados en los modelos clásicos reconocidos, e incluso previo al reconocimiento de los derechos del hombre y del ciudadano, el arbitraje surgió como una práctica natural entre los miembros de la comunidad, pues este precede a los mismos tribunales judiciales. El arbitraje es un: "acto privado, de naturaleza contractual, en el que las partes contratan los servicios de un prestador de servicios, para que resuelva su controversia en forma apegada a derecho o



en base a otros cánones”¹. El árbitro se configura como una figura de juez pero, al contrario del poder judicial, éste es designado por las partes.

El arbitraje como medio adecuado de resolución de controversias tiene sus inicios mucho antes que los medios judiciales adoptados por los Estados, “el arbitraje es cronológicamente anterior a las formas estatales de administración de justicia. Someter el conflicto de los particulares a otra persona también particular, aceptando de forma anticipada y obligatoria la sentencia, fue una práctica anterior a la administración judicial estatal...”². Desde la violencia irracional del hombre nació la solución, la inclusión de un tercero con más experiencia y sin interés, en la resolución de la controversia.

Muestra de su reconocimiento y práctica, es lo regulado por el derecho romano, en el que el arbitraje privado no era algo desconocido o ilegal, pero en vista de que ni el acuerdo ni el laudo arbitral producían efectos jurídicos, las partes realizaban un “*com-promissum* a la que se añadía una cláusula en virtud de la cual se aplicaría una pena en caso de incumplir”³, siendo así que ya en la Ley de las XII Tablas aparece reglamentado el procedimiento en el cual un magistrado impone pactos entre las partes y obliga a las partes a someterse al arbitraje, en el cual se fallaría sobre los reclamos formulados. Igualmente en esta ley se hace mención del *legis actio per iudicis arbitrive postulationem*, en el que se establece que en el “caso de división de una herencia se designará un

¹ González de Cossío, Francisco. **Garantismo y arbitraje: un falso dilema**. Pág. 12

² Zappalà, Francesco. **Universalismo histórico del arbitraje**. Pág. 197

³ Redfern, Alan; Hunter, Martin; Blackaby, Nigel; Partasides, Constantine. **Teoría y práctica del arbitraje comercial internacional**. Pág. 61



árbitro”⁴, considerada por algunos autores la primera forma de arbitraje legal conocida en la historia y por tanto, precursora de toda la doctrina arbitral actual.

Es así que con el devenir del tiempo la resolución de controversias por medio del arbitraje fue abarcando más terreno, así se manifiestan que “este goza de una mayor imparcialidad y celeridad en la resolución de la controversia que los tribunales estatales”⁵. Estas prácticas armonizadas dieron origen a un mecanismo idóneo de resolución de controversias, pues los encargados de resolver la controversia no eran sino iguales a aquellos que formaban parte del conflicto.

De entre los primeros ordenamientos estatales que crearon normativa respecto al sometimiento y cumplimiento de la cláusula está la Ley de Arbitraje de 1698, decretada por el Parlamento Inglés. Ejemplo de su aplicación fue el *Vynior's case*, el cual sentó precedente, pues el tribunal condenó a la parte demandada por negarse a someterse a un arbitraje que previamente se había pactado. Con estas experiencias, los colonos ingleses trajeron la práctica del arbitraje al continente americano.

Como primeros precedentes a nuestro contexto tenemos la Constitución de Cádiz de 1812, que en su Artículo 280 establece que no se podrá privar a ningún español del

⁴ Villalba Cuéllar, Juan; Moscoso Valderrama, Rodrigo. **Orígenes y panorama actual del arbitraje**. Pág. 141.

⁵ Arrarte Arisnabarreta, Ana; Paniagua Guevara, Carlos. **Apuntes sobre el arbitraje administrativo y la materia arbitrable respecto de adicionales de obra**. Pág. 123

derecho de terminar sus diferencias por medio de jueces árbitros, elegidos por ambas partes. Este precedente se asemeja a los demás ordenamientos jurídicos europeos en los que se establece el arbitraje como figura indispensable para el desenvolvimiento de los ciudadanos. Reflejo de ello lo fue el Código Procesal Civil francés en 1806.



El arbitraje se configura pues, como una alternativa que se presenta a las partes a fin de resolver controversias en sustitución de acudir a la los tribunales estatales. Se ofrece como una elección atractiva ante la ineficiencia y lo prologando que se vuelven los procesos que determinan los órganos de justicia, no solo en Guatemala, sino a nivel mundial. Es así que desde el Protocolo de Ginebra en 1923 se tomaron medidas relacionadas con la ejecución internacional de laudos arbitrales, pues al igual que el comercio, el derecho también se globalizó.

Guatemala sentó precedente con su adhesión, por medio del Decreto Ley número 9-84, Reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras; también conocida como Convención de Nueva York de 1958, que en su Artículo 2 se establece que los Estados reconocerán el acuerdo por el cual las partes se obliguen a someter a arbitraje las diferencias que hayan surgido o puedan surgir respecto de determinada relación jurídica, contractual o no contractual concerniente a un asunto que pueda ser resuelto por arbitraje. Por lo que se refuerza la protección hacia la cláusula arbitral, como lo hiciera en su momento el derecho romano, el inglés y el francés.

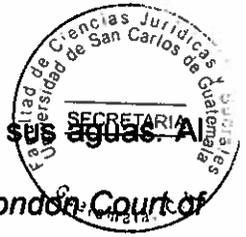


El arbitraje ha sentado precedentes que han generado una evolución no solo de la institución sino del mismo derecho, muestra de este importante aporte realizado es el caso de *Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc. certiorari to the United States Court of Appeals for the First Circuit*, n.º 83-1569, 473 U.S. 614, del 2 de julio de 1985, en el que la Suprema Corte sostuvo la arbitrabilidad de temas antimonopolio basados en temas relacionados a la violación del derecho de libre competencia.

En este caso se presenta la contraposición de acudir a la jurisdicción de los tribunales ordinarios o acudir a la jurisdicción arbitral. Así, en un primer fallo se declaró la no arbitrabilidad de la cuestión, pero al conocer la Corte Suprema de los Estados Unidos declaró: *"Respondent's antitrust claims are arbitrable pursuant to the Arbitration Act. Concerns of international comity, respect for the capacities of foreign and transnational tribunals, and sensitivity to the need of the international commercial system for predictability in the resolution of disputes, all require enforcement of the arbitration clause in question, even assuming that a contrary result would be forthcoming in a domestic context"*. Así la Corte Suprema estableció que una vez se acordó someter la controversia a arbitraje, las mismas partes se privan de la facultad de recurrir a los tribunales estatales.

1.1.1. Naturaleza jurídica

Como consecuencia de la misma primitiva creación de la institución del arbitraje y la evolución que ya se ha citado, la naturaleza del arbitraje se encuentra frente a un mar



inexpugnable, pues la razón es basta y teorías al respecto han surcado sus aguas. Al respecto, Francisco González de Cossío, árbitro experto, miembro de la *London Court of International Arbitration* y reconocido jurista mexicano, establece cuatro posibles teorías aplicables a la naturaleza jurídica del arbitraje:

- a. Teoría jurisdiccional: esta teoría sostiene que "el arbitraje es una función del Estado, pues se configura como una justicia delegada por los órganos estatales de justicia"⁶. Esto es apoyado con el símil que se da entre la figura del juez y del árbitro, así como la ejecución de las sentencias y laudos.

- b. Teoría contractual: atendiendo a lo expuesto en el punto anterior, el arbitraje debe su origen a las relaciones contractuales, principios como el de la voluntad de las partes, sienta sus bases en relaciones eminentemente contractuales. Se configura como baluarte del sistema de justicia privada, como el pináculo de la voluntad del hombre, niega el control estatal de la teoría jurisdiccional, pues la voluntad de las partes supera la autoridad del Estado. Es de anotar que el límite de esta libertad será el orden público, es esa la barrera de la voluntad, la libre disposición no está atada a más nada que la ley.

- c. Teoría mixta o híbrida: Se establece que ambas teorías ofrecen soluciones viables al cuestionamiento, pero que ninguna sería considerada válida si se omiten los aspectos relevantes de la otra. En estos puntos se tiene que el árbitro realiza un acto

⁶ González de Cossío, Francisco. **Sobre la naturaleza jurídica del arbitraje**. Pág. 14



jurisdiccional pero carece de poder judicial, por lo que no existe un poder delegado pues su deber se centra en resolver con base a derecho el conflicto. En ese sentido la decisión del juez tiene un recubrimiento de poder público estatal como así en el Caso *Nordsee v. Reederei*, sentencia del 23 de marzo de 1982 se sostuvo que únicamente las Cortes estatales ejercen poder estatal. Por otra parte, la ejecución del laudo se hará por voluntad de las partes, o bien por intervención del poder público.

- d. Teoría autónoma: esta teoría es la más reciente de las cuatro y aboga por un régimen autónomo. Esta teoría niega que el arbitraje sea puramente jurisdiccional o contractual, ni puede ser híbrido tampoco. Su fundamentación se cimienta en el fin propio del arbitraje que es la armonía en las relaciones comerciales y por tanto, autónoma a ambas.

En cuanto a lo regulado por el derecho nacional guatemalteco, en el tercer Considerando del Decreto 67-95 del Congreso de la República de Guatemala, Ley de Arbitraje, se establece que el Estado de Guatemala busca modernizar las normas pertinentes al arbitraje para lograr los beneficios de descongestionamiento de las pesadas cargas de los tribunales jurisdiccionales, a fin de conseguir un sistema armónico y progresista, ideal que se puede alcanzar desde la perspectiva de las cuatro teorías, por lo que su discusión es más doctrinaria que práctica, pues depende de la argumentación en que se sustente.



1.2. Clases de arbitraje

En el proceso arbitral moderno las formas de contratación han variado al igual que las formas mercantiles y civiles comunes de contratación, es así que el proceso que una vez fue revestido por una sencillez inmaculada ahora se ve cohibido por la formalidades del derecho común.

Es así que las diversas formas de pactar se ven reflejadas en un acuerdo válido y por escrito en el cual se establece el arbitraje como mecanismo de resolución de controversias, en ellas se deben establecer si el arbitraje al que se someterán las partes será un arbitraje de derecho o de equidad. Así, el Decreto 67-95 del Congreso de la República de Guatemala, Ley de Arbitraje, en su Artículo 21, numeral 4, establece: “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”, lo que evidencia la existencia de dos clases de arbitrajes reconocidos, arbitrajes de derecho y arbitrajes de equidad o también conocidos como arbitrajes *ex aequo et bono*.

Durante la fase de negociación de contrato, las partes se ven investidos de la función de auténticos administradores del proceso, en cuanto a su facultad de escoger sobre el arbitraje de derecho y el arbitraje de equidad. Sin embargo, ambas clases de arbitraje se encuentran sujetas a la misma regulación por lo que su aplicación en cuanto a la

sustanciación será exactamente la misma. Por ejemplo, en ambas clases de arbitraje las partes escogen bajo su voluntad al o los árbitros que tendrán que resolver la controversia



En este sentido el Decreto 67-95 del Congreso de la República de Guatemala, Ley de Arbitraje, establece en su Artículo 37, numeral 1: “En el arbitraje de equidad (*ex aequo et bono*), también llamado amigable composición, los árbitros no se encuentran obligados a decidir en base a las normas de derecho, sino que pueden hacerlo ‘en conciencia’ o ‘según su leal saber y entender’^(sic). Por eso, en el arbitraje en equidad, el árbitro tiene un papel “sentenciador, su conducta procesal es primordialmente investigativa de las causas y orígenes de la relación conflictiva entre las partes”⁷. El árbitro actúa como un verdadero investigador, a diferencia del juez, busca la solución que acoja integralmente la controversia.

Es así que el término *ex aequo et bono*, como el de amigable componedor es utilizado indistintamente por la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre Arbitraje Comercial Internacional en su Artículo 28, numeral 3: “El Tribunal Arbitral decidirá *ex aequo et bono* o como amigable componedor sólo si las partes le han autorizado expresamente a hacerlo así^(sic). Se establece que la decisión en equidad es tomada por el árbitro atendiendo a la ley, pero no sometida completamente a ellas cuando la conclusión a que llegue exija una definición diferente. Es así que el árbitro se convierte en un verdadero creador de soluciones basándose en su experiencia.

⁷ Becerra Toro, Rodrigo. *El arbitraje en equidad*. Págs. 93-113

En ese sentido, la Corte Suprema de Justicia en el recurso de casación interpuesto por Comercial Afianzadora, Sociedad Anónima, contra el laudo arbitral de equidad, en la controversia surgida entre la entidad recurrente y el Banco de Occidente, establece que en el arbitraje de equidad, el procedimiento no tiene que someterse a formas legales ni ajustarse a derecho en cuanto al fondo. En consecuencia, el árbitro que utiliza sus conocimientos jurídicos para dictar el laudo en un arbitraje de equidad, no infringe las reglas de actuación acordadas por las partes en la escritura de compromiso, máxime cuando las partes, de común acuerdo, lo nombraren. De este modo, se sentó precedente sobre la definición e interpretación de los arbitrajes de equidad como una práctica válida y ajustada a la normativa arbitral.



1.3. Principios Generales del Arbitraje

Tradicionalmente se ha establecido que los principios aplicables al arbitraje son en igual medida a aquellos que se aplican en el derecho procesal, ya que tales principios son esenciales, de ahí su generalidad, para la validez de las actuaciones. En ese sentido se establece, que al examinar los principios del arbitraje estos son aplicable a muchos de los ordenamientos jurídicos. En el libro *Principles of Arbitration Law*, se expone el siguiente marco de referencia, con los señalamientos dados por la *International Chamber of Commerce* y la *International Court of Arbitration*, por lo que se encuentran ante una interpretación más acorde a la realidad contemporánea:



a. **Neutralidad:** concebido el arbitraje como un mecanismo de resolución de controversias, su actividad debe estar investida de un hálito de imparcialidad. Se configura este principio como un deber del tribunal arbitral el velar por que su resolución y su actuación no se vea mellado por favoritismos, eliminando todo rastro de dependencia por quienes los propusieron como árbitros en la controversia.

b. **Principio de la voluntariedad de las partes:** el principio máximo por excelencia, “indefectiblemente como uno de sus principios nucleares, si no el primordial”⁸, se encuentra en el ápice de todos los principios pues de él deviene el mismo procedimiento. El arbitraje puede suceder en dos clases: a) por cláusula compromisoria: que legisla a futuro, y b) por compromiso arbitral: se refiere a un suceso ya acaecido. Ginebra, asegura que se permite que el procedimiento sea iniciado por las partes, ordenado por un órgano jurisdiccional o prescrito por el derecho de un Estado miembro, es decir, preverlo como voluntario o por mandato judicial o legal. Con ello se reestablece la definición de voluntariedad, pues esta puede estar inducida, por lo que no estaríamos frente a la definición de voluntario.

Así el caso más singular, presentado por la legislación peruana, en que por mandato de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, Decreto Supremo N° 083-2004-PCM, en su Artículo 41 se establece que toda controversia surgida durante la etapa de

⁸ Ginebra Molins, Maria Esperança; Tarabal, Jaume. **La Obligatoriedad de la mediación derivada de la voluntad de las partes: las cláusulas de mediación (mandatory mediation by agreement of the parties: mediation clause)**. Pág. 4



ejecución del contrato deberá, resolverse mediante conciliación o arbitraje. En caso que no se incluya la cláusula correspondiente, se entenderá incorporada de pleno derecho la cláusula modelo que establezca el Reglamento.

Al respecto, se considera que los sujetos que contratan se limitan a aceptar esta condición, en la medida que nadie está obligado a contratar con el Estado. En apariencia la voluntariedad de las partes se ve cuartada debido a la obligación de incluir una cláusula arbitral dentro del contrato con el Estado, y en caso de que ésta no se encuentre expresa en la redacción del contrato se tendrá por puesta igualmente.

- c. Principio de audiencia y contradicción: estos principios están reconocido por la Constitución Política de la República de Guatemala en el Artículo 12, por el Decreto 67-95 del Congreso de la República de Guatemala, Ley de Arbitraje, en su Artículo 23, así como en el Reglamento de la Comisión de Resolución de Conflictos de la Cámara de Industria de Guatemala CRECIG. El principio de contradicción se configura como la oportunidad procesal de intervenir en todo el proceso y hacer valer sus argumentos para desvirtuar las argumentaciones del actor.**

- d. Principio de igualdad: en el mismo sentido, este principio es reconocido tanto por el Decreto 67-95 del Congreso de la República de Guatemala, Ley de Arbitraje, en su Artículo 23, como en el Reglamento de la Comisión de Resolución de Conflictos de la Cámara de Industria de Guatemala CRECIG en su Artículo 32. La igualdad de las partes es un requisito fundamental para la defensa de sus argumentos y búsqueda de un fallo favorable a sus intereses. En este sentido, el trato equivalente y la obligación**



de brindar las mismas oportunidades de hacer valer sus derechos no es solo una obligación del Tribunal Arbitral, sino de también de las partes velar por su cumplimiento.

- e. Principio de intermediación: al igual que sucede en los tribunales de justicia, la intermediación consiste en que durante las actuaciones y todo el proceso, el o los árbitros deben estar presentes, tanto para dirigir el proceso como para arribar a soluciones conciliatorias que terminen el proceso.
- f. Principio de economía: el arbitraje pretende que se resuelva el mayor número de cuestiones en el menor número de audiencias, llevando a un proceso que integre las cuestiones esenciales del proceso, lo que pretende en suma, que se logre un ahorro real de recursos, tiempo y desgaste, para las partes y en última instancia de la misma economía del país pues la administración pública forma parte de la controversia.
- g. Principio de celeridad: adecuando las prácticas y necesidades actuales, la celeridad se configura, en conjunto con el antiformalista y la eficacia, como la aplicación de la economía del proceso, con solo aquellas acciones necesarias para llegar a la resolución.
- h. Principio de flexibilidad del proceso y antiformalismo: este principio es de las principales y más notables diferencias con los procesos judiciales comunes, pues implica la no ritualidad. En palabras de Haderspock: "es una ventaja que tienen las partes de



moldear prácticamente todo el procedimiento a su gusto”⁹, con el fin de adaptarse a las necesidades acordadas por las partes que comparecen en la cláusula compromisoria, pues el proceso se acomoda a las necesidades e imprevisiones que puedan concurrir al momento de suscitarse la controversia.

- i. Competencia especializada de los árbitros: a diferencia de la jurisdicción común, en el arbitraje los tribunales se conforman por árbitros electos por las partes. Al respecto *“Judicial systems do not allow the parties to a dispute to choose their own judges. In contrast, arbitration offers the parties the unique opportunity to designate persons of their choice as arbitrators, provided they are independent. This enables the parties to have their disputes resolved by people who have specialized competence in the relevant field”*¹⁰. El arbitraje por tanto, ofrece la oportunidad a las partes para que puedan acogerse a un proceso creado ajustado a la preferencia de las partes, con la mayor flexibilidad posible y con la posibilidad de escoger a las personas más capacitadas e idóneas para que decidan sobre la controversia.
- j. Principio de privacidad ó confidencialidad: consiste en la una pauta obligatoria de que las actuaciones e inclusive el laudo, se encuentre reservado de terceros a la controversia. En algunos ordenamientos jurídicos este principio puede ser sacrificado por el interés estatal, situación más que preocupante cuando se pacta con el Estado, como sucede en el problema abordado en este trabajo.

⁹ Haderspock, Brian. **Comentario sobre los principios rectores del arbitraje en la nueva ley 708**. Pág.3

¹⁰ Kaoma Mwenda, Kenneth. **Principles of arbitration law**. Pág. 14



k. Buena fe: la *bona fides* es la "base estructural de la mayoría de laudos", esto demuestra la expansión que se tiene en su uso, su definición es más que inexorable. Las partes proceden de manera honesta y leal, como lo harían al momento de realizar el contrato, con el ánimo de llegar a una solución pronta y que fuese esperable por las partes atendiendo a la forma en que se pactó en un primer momento.

1.4. Centros de arbitraje

Existen dos clases de arbitrajes a elegir, en razón de su administración, arbitrajes institucionales y arbitrajes *ad hoc*. En el Anexo uno se presentan modelos de cláusulas compromisorias, con estos ejemplos es posible identificar que en ellas se hace mención a dos centros de arbitrajes nacionales, por lo que ya desde el mismo momento de acordar acudir al arbitraje se escogen el centro que van a administrar la controversia.

Por tanto, el arbitraje institucional es aquel administrado por una institución especializada, tomando como regla procesal su reglamento. Los reglamentos, por lo general tienen su base en reglamentos de instituciones internacionales y que han avanzado más en la resolución de conflictos, así el caso de los reglamentos de la *International Court of Arbitration of the International Chamber of Commerce*, el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones y *The London Court of International Arbitration* que son referentes para las instituciones guatemaltecas.

¹¹ Cremades, Bernardo. *La buena fe en el arbitraje internacional*. Págs. 13



1.4.1. Comisión de Resolución de Conflictos de la Cámara de Industria de Guatemala -CRECIG-

La Comisión de Resolución de Conflictos de la Cámara de Industria de Guatemala, también conocida como CRECIG, “es una institución privada especializada en la administración de Procesos de Arbitraje nacionales e internacionales, y otros Métodos Alternos de Solución de Conflictos (MARCS)”¹² (sic). Según el Artículo 1 del Reglamento de Arbitraje de la Comisión de Resolución de Conflictos de la Cámara de Industria de Guatemala, tiene a su cargo administrar arbitrajes privados de carácter nacional e internacional y nombrar árbitros de conformidad con sus Estatutos y Reglamento. Es así que la CRECIG no resuelve por sí misma las disputas o controversias de las partes, sino que tiene la función de velar por el cumplimiento del presente reglamento y de dar el apoyo administrativo a los arbitrajes que estén sujetos al mismo.

1.4.2. Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Guatemala o Fundación -CENAC-

El Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Guatemala, por sus siglas CENAC, “es la primera institución privada creada en el país con el propósito de fortalecer el sistema de administración de justicia a través de la promoción y desarrollo

¹² CRECIG Comisión de Resolución de Conflictos de la Cámara de Industria de Guatemala. **Quienes somos.** Pág. 1



de los métodos alternativos de solución de controversias...”¹³. Al igual que CENAC tiene las funciones de administrador del proceso arbitral mas “no asume ninguna responsabilidad por cualquier reclamo de daños o perjuicios que por acción u omisión puedan hacer las partes o terceros a los conciliadores, árbitros y secretarios en el ejercicio de sus funciones” según el Artículo 5 del Reglamento de Conciliación y Arbitraje de esta institución. El Centro no resuelve sobre las disputas o controversias de las partes, pues dicha función es exclusiva del Tribunal Arbitral.

1.5. Acuerdo Arbitral

Piedra angular del arbitraje, base del contrato o simplemente punto de partida. La doctrina lo centra como “aquel contrato por el cual se renuncia a la jurisdicción común o estatal”¹⁴. Las partes celebran un acuerdo arbitral en concordancia con un contrato paralelo o dentro del mismo contrato, en cuyo caso el acuerdo arbitral queda consignado como prueba escrita en mismo contrato. Para los ordenamientos jurídicos, Guatemala incluido, es necesario que exista un acuerdo válido de arbitraje para que el arbitraje sea procedente. Así entendido que el acuerdo arbitral pueda quedar incorporado en el contrato principal mediante una cláusula compromisoria; o bien de forma independiente. Se convierte en una prueba fehaciente que las partes prestaron su consentimiento de acudir al arbitraje.

¹³ CENAC Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Guatemala. **Quienes somos.** Pág. 1

¹⁴ Santistevan De Noriega, Jorge. **Extensión del convenio arbitral a partes no signatarias: expresión de la inevitabilidad del arbitraje.** Págs. 22



Así también el Decreto 67-95 del Congreso de la República de Guatemala, Ley de Arbitraje en su Artículo 4, numeral 1) establece: "Es aquél por virtud del cual las partes deciden someter a arbitraje todas o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual". La prueba escrita del compromiso arbitral es fundamental, así la Convención de Nueva York en su Artículo 2 regula: "denotará una cláusula compromisoria incluida en un contrato o un compromiso, firmados por las partes o contenidos en un canje de cartas o telegramas". En ese sentido, la legislación guatemalteca regula en el Decreto 67-95 del Congreso de la República de Guatemala, Ley de Arbitraje en su Artículo 10 que el acuerdo de arbitraje debe constar por escrito.

Con el devenir del tiempo, haciendo mención que la Convención de Nueva York es del año 1958 y el Decreto 67-95 del Congreso de la República de Guatemala, Ley de Arbitraje es del año 1995, ambas presentan la necesidad de un acuerdo por escrito pero la legislación guatemalteca siguió lo expuesto por la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional emitida por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, CNUDMI, en 1985, modificada en 2006, al consignar cualquier medio de comunicación que deje constancia escrita del acuerdo. Esta incursión devino en una practicidad sin igual, pues el mismo derecho evoluciona tan velozmente que este apartado concede años de vigencia a la Ley de Arbitraje guatemalteca.



En un sentido más innovador, la legislación inglesa regula en la *Arbitration Act de 1996* en su Artículo 5 numeral uno “*The provisions of this Part apply only where the arbitration agreement is in writing, and any other agreement between the parties as to any matter is effective for the purposes of this Part only if in writing...*”, en tanto que en su numeral tres expresa: “*Where parties agree otherwise than in writing by reference to terms which are in writing, they make an agreement in writing*”. Pero, a diferencia del ordenamiento guatemalteco, la expresión *writing* acoge también a aquellos acuerdos de arbitraje celebrados de forma oral. Atendiendo que en ellos se especifique un acuerdo de arbitraje. Es de suponer que en actualizaciones, las legiones nacionales adopten estas posturas para adecuarse a nuevas necesidades.

En el caso puntual de los arbitrajes contra el Estado, se debe tener en cuenta que los contratos se van ejecutando en el tiempo y que las personas que negociaron el contrato no perduran. El Ministro o delegado del mismo, seguramente no serán los mismos que afronten la controversia y eso deviene en una compleja situación que funciona más como una revisión de lo actuado al momento de la celebración del contrato que en un proceso de conocimiento, que mediante arbitraje busque solucionar la controversia.

1.5.1. Validez del acuerdo arbitral

La validez del acuerdo arbitral se divide en tres secciones, la validez formal, como primer



punto es el referente a su forma escrita de constatación. Como segundo elemento de la validez del derecho, se presenta la relación jurídica. En ese sentido recalcar que en el caso de arbitrajes con el Estado estos siempre devienen de una relación contractual que se configura como esa relación o vínculo jurídico. El último de los elementos de la validez del acuerdo arbitral es la cuestión arbitrable, qué clase de controversias pueden resolverse mediante arbitraje y cuáles exceden a la voluntad de las partes.

En ese sentido el Artículo 3 del Decreto 67-95 del Congreso de la República de Guatemala, Ley de Arbitraje establece: "1) La presente ley se aplicará en todos aquellos casos en que la controversia verse sobre materias en que las partes tengan libre disposición. 2) También se aplicará la presente ley a todos aquellos otros casos en que, por disposición de otras leyes, se permita el procedimiento arbitral". En parte, la libre disposición de las partes es lo que permite extraer los asuntos arbitrales de la jurisdicción de los tribunales de justicia y someterlos a la esfera privada acusando dos requisitos, la presentación de un acuerdo arbitral válidamente celebrado y que la materia sea arbitrable.

En cuanto a las materias prohibidas para su sometimiento al arbitraje, el Artículo 3, numerales tres y cuatro del Decreto 67-95 del Congreso de la República de Guatemala, Ley de Arbitraje establecen: "3) No podrán ser objeto de arbitraje: b) Las materias inseparablemente unidas a otras sobre las que las partes no tengan libre disposición. c) Cuando la ley lo prohíba expresamente o señale un procedimiento especial para

determinados casos” (sic). Con ello se enmarca el ámbito de aplicación al que se puede extender el Procedimiento Arbitral, sin perjuicio de las modificaciones *a posteriori*.



En casos puntuales también se llega a comparar la libre disposición con el orden público sin embargo, “el orden público –entendido como el interés general que subyace como fundamento de una norma legal– nada predica sobre la arbitrabilidad de la cuestión”¹⁵(sic). Pues el hecho de que en terminados sistemas jurídicos no sea permitido, no se convierte en una regla inexorable por la cual no pueda someterse la disputa frente al Tribunal Arbitral, quien dentro del laudo determinará, no solo la resolución al conflicto de manera fundamentada sino también sobre la competencia que tiene para dictar dicha resolución final. Con apertura, se amplían los alcances de los referidos tribunales al resolver.

La voluntad de las partes son las puertas del arbitraje y el acuerdo arbitral es la llave que permite acudir a la jurisdicción. Por tanto, la validez del acuerdo arbitral no es menos importante que el mismo negocio, pues del acuerdo arbitral proviene la fundamentación de resolver controversias frente a un tribunal arbitral, con la anuencia previa de las partes.

1.5.2. Autonomía de cláusula arbitral

También conocida como separabilidad de la cláusula arbitral o *l' autonomie de la clause*

¹⁵ Caivano, Roque. **Arbitrabilidad y orden público**. Pág. 1



compromissoire, en sus tres acepciones su significado remite a la aceptación ~~por parte~~ de los sistemas jurídicos y la doctrina que la cláusula es independiente del contrato principal. Es en suma, la supervivencia de la cláusula arbitral en el hipotético caso de que el contrato principal en el que se encuentra contenida se extinga en un futuro. El fin de esta disposición es que el acuerdo arbitral no se vea afectado por la nulidad del contrato, pues la voluntad de las partes fue someter cualquier controversia al arbitraje y atacar al contrato para dejar sin efecto este sometimiento desvirtuaría la naturaleza de la institución.

Se sienta precedente en Francia, "desde la sentencia dictada por la Corte de Casación en el caso 'Gosset', los tribunales vienen sosteniendo de manera consistente que la cláusula compromisoria tiene, respecto del contrato principal en que está inserta, una autonomía jurídica que excluye la posibilidad de ser afectada por la ineficacia de éste último"¹⁶. En línea con lo expuesto, la cláusula arbitral goza de una protección individual con respecto del contrato principal del cual deriva, es así que es imperativo que los tribunales arbitrales entren a conocer la controversia, independientemente de la nulidad del contrato principal.

El sometimiento a arbitraje es una decisión tomada por las partes, bajo su libre voluntad y a la luz de las consecuencias que esta conlleva. Es la manifestación de voluntad del individuo, que extrae la controversia de los tribunales de justicia estatal y los somete a la

¹⁶ Caivano, Roque. **El contrato de arbitraje y su autonomía respecto del contrato que lo contiene.**
Pág. 8

esfera privada. Es de esta manera que, el arbitraje busca proteger a las partes ofreciendo una separación verdadera entre el contrato que contiene el convenio arbitral y el propio convenio, pues ambos son voluntad de las partes.



El arbitraje es por tanto un medio adecuado de resolución de controversias, toda vez que a luz de la ley, la jurisprudencia y la doctrina, se ha convertido en un mecanismo sólido y confiable, en que las partes pueden someter sus controversias al examen de un tribunal constituidos por personas designadas expresamente para conocer sobre ese caso. Es por ello que el arbitraje ha sido acogido con tanto ahínco por los particulares y por la Administración Pública, pues sus laudos atienden de una mecánica menos confrontativa.



CAPÍTULO II



2. El Estado y el arbitraje administrativo

El Estado, como lo concebimos hoy día es la evolución constante y recíproca que las sociedades han conformado a través de los tiempos. El Estado moderno parte de las revoluciones y movimientos independistas, con la adopción de constituciones y limitaciones a los poderes de los gobernantes.

De estos movimientos revolucionarios contra la oligarquía guatemalteca, de la Corona y la Iglesia, "dieron como resultado la sublevación de Totonicapán de 1820 donde los pueblos indígenas elevaron su voz por la igualdad"¹⁷. Posteriormente se dio la Independencia de 1821 de la Corona Española y en 1824 con la Constitución de la República Federal de Centroamérica, Guatemala se configura como un Estado moderno a cargo de la Administración Pública.

2.1. Conceptualización y antecedentes del Estado

En cuanto a la definición de Estado kelseniana establece que el Estado es el: "poder

¹⁷ Pineda De Mont, Manuel. **Recopilación de las leyes de Guatemala**. Pág. 34



soberano de crear y aplicar el derecho en un territorio y hacia un pueblo; poder que se regula por la norma fundamental, con capacidad de imponerse mediante su vigencia y hacerse valer en última instancia por la fuerza”¹⁸. De esta manera se configura los elementos esenciales del Estado moderno, territorio, población, orden jurídico, tiempo y poder, los cuales deben ser estudiados con atención a su interrelación.

El origen del Estado se remonta hasta las primeras formas de organización y agrupación de seres humanos, para Aristóteles el primer Estado es la familia. La continuidad del Estado se puede representar con diversas teorías, desde el contrato social de Jean-Jacques Rousseau, o una explicación más racional propia del padre la filosofía moderna René Descartes. En tanto que el modelo Hegeliano Marxista apuesta por el elemento de la sociedad, pues el Estado no es continuo sino solo un mecanismo de dominación del pueblo, lo mismo que Derecho, creado y modificado para mantener la hegemonía.

Como concepto mundano, la colectividad confunden al Estado con el Gobierno y las políticas que este implementa, sin embargo la concepción de Estado abarca más elementos que constituyen por sí mismos campos de investigación. Carl Schmitt, militante del partido Nacionalsocialista Obrero Alemán, establecía: “el Estado es el estatus político de un pueblo organizado en el interior de una frontera territorial”¹⁹, abogaba por la idea

¹⁸ Cáceres Rodríguez, Luis Ernesto. **Estado de derecho y derechos humanos**. Pág. 15

¹⁹ Camargo González, Edna Elizabeth. **Introducción a la ciencia política**. Pág. 33

de un Estado de Comunidad, con lazos que unen a las personas, en así, ~~formula su~~ definición con base a sus estándares.



Los elementos que sustrae Schmitt de su experiencia es el orden que ejerce la fuerza, el poder que fundamenta la fuerza y el territorio donde ésta es imperativa. Contrario a Max Webber, que al ser antipositivista, buscaba reprimir a su máxima expresión el monopolio de la violencia física estatal, estableciendo que Estado utiliza la violencia de forma legítima para la realización de sus fines. Es de notar que para ambos autores la definición de Estado abarca elementos esenciales para la constitución de un Estado de derecho, la importancia que dan a estos elementos dista de concepciones más o menos conservadoras pero su elemento común es un uso de la fuerza; violencia, física y un conjunto de individuos.

2.2. Elementos del Estado

Los hombres no pueden sobrevivir separados, son seres sociales y sus acciones están encaminadas a un beneficio, el Estado es una asociación beneficiosa para los hombres, de forma desigual pero en ciertamente beneficiosa. Adviniendo al periodo histórico en el que se construya la definición de Estado, ésta puede prestar mayor o menor importancia a determinados elementos, mas no desecha ninguno de ellos.



2.2.1. Sociedad

La sociedad, comunidad o población hacen referencia al conjunto de personas que comparten características comunes tales como la cultura o el lenguaje. Desde su concepción básica, la sociedad es el germen de todo Estado, desde las más antiguas culturas la comunidad representa la identidad de que mantienen los lazos de cooperación y armonía que permiten el advenimiento del Estado. En el sentido sociológico, la sociedad se define como un conjunto de seres pensantes que están enlazados por la patria. Es así que el Estado es la máxima expresión de organización de una sociedad, abarca sus elementos humanos, políticos y culturales por lo que en también tienen una esfera económica reguladora.

2.2.2. Territorio

Tanto Schmitt como Webber hacían referencia a este elemento en sus definiciones, atendiendo a su importancia frente a otros Estados. El espacio terrestre que ocupa un Estado es un elemento necesario a la vez que un muestra de poder significativo, ya sea expandiéndose mediante la conquista y absorbiendo culturas y personas pero no pierden su identidad como Estado. El Derecho Internacional Público no establece qué extensión de tierra es necesaria para considerarse un Estado, ejemplo de ello lo serían el Estado de la Ciudad del Vaticano o el Principado de Liechtenstein. La Santa Sede con una extensión de menor a un kilómetro cuadrado y el principado con 160 kilómetros



cuadrados, pese a sus reducidos tamaños, ambos son reconocidos por la Comunidad Internacional, los cuales ejercen su soberanía libremente dentro de sus fronteras.

2.2.3. Orden jurídico

En cuanto a la concepción clásica de Estado, el orden jurídico establece una nueva pauta y referente para la creación y mantenimiento de un ente soberano. Sabido es que, no existe derecho sin Estado, pero no hay alguno que no esté regulado por leyes ni población que constituya una sociedad que no tenga regulaciones. El poder que ejerce el Estado es lo que lo diferencia de las demás organización de personas, pues sus órdenes son imperativas, "son irresistibles... tienen pretensión de validez absoluta, y pueden ser impuestos en forma violenta, contra la voluntad del obligado"²⁰. El poder del Estado es controlado por las leyes que rigen al propio ente supremo. Estos estados actuales son denominados como estado de derecho pues su sometimiento a una constitución es menester para la correcta organización y conducción de una nación.

2.2.4. Poder público

El poder público se define como: "el monopolio de la fuerza legal y legítima impuesta soberanamente por la autoridad a los ciudadanos"²¹ los cuales deben estar situados en

²⁰ García Máynez, Eduardo. **Introducción al estudio del derecho**. Pág. 103

²¹ Cáceres Rodríguez. **Op Cit**. Pág. 20



un espacio territorial en el cual se desarrollan. En ese sentido, se manifiesta la identificación de dos formas de coerción que pueden aplicarse por aplicación de la ley.

“la coerción directa... y la coerción que se practica para reparar...”²². La visión del autor se centra en el modo de aplicación de este poder coercitivo, con cuerpos legales que buscan detener la acción o bien, si la acción se cometió pues buscar la reparación del daño causado. El Estado utiliza su poder público con base a su constitución.

Como se reconociera hace muchos siglos: “la virtud debe ser el primer cuidado de un Estado que merezca verdaderamente este título... de otra manera, la asociación política vendría a ser a modo de una alianza militar entre pueblos lejanos... la ley entonces sería una mera convención; y no sería, como ha dicho Licofrón: ‘la garantía de los derechos individuales, sin poder alguno sobre la moralidad y la justicia’²³ (sic). No se trata de libertad y represión sino de límites al poder estatal, límites que deben fomentar la paz y la dignidad de los ciudadanos para alcanzar los fines y metas de los Estados modernos.

2.2.5. Gobierno

El gobierno es el conjunto de personas que en cada país asume la responsabilidad ejecutiva última con respecto a la dirección y control de la sociedad. Las tipologías de las formas de gobierno parten desde las teorías más clásicas, buscan desentrañar la

²² Zaffaroni, Eugenio Raúl. *La cuestión criminal*. Pág. 30

²³ Aristóteles. *La política*. Pág. 93

estructura y organización del poder y como ésta se distribuye en los diferentes órganos.

Para autores posteriores como Nicolás Maquiavelo o el barón de Montesquieu, la idea de una monarquía y república eran aceptadas por ambos con una realidad. Pero Montesquieu manifiesta la existencia de una tercera, el despotismo, la cual no agrega nada a la vida libre del hombre, pues sigue siendo un ser sin ley y sin límites.

En el caso de los estados de derecho, los órganos en los que recae el poder y las relaciones de la autoridad y capacidad, son determinados por las constituciones. Para Aristóteles, las formas clásicas de gobierno se configuran como una triada: la monarquía, la aristocracia y la democracia. Las contraposiciones a estas formas de gobierno representan una perversión en la dirección del gobierno.

2.3. Arbitraje administrativo

El Arbitraje Administrativo es aquel mecanismo de resolución de conflictos en el que al menos una de las partes que lo conforman es la administración pública o cualquiera de sus dependencias, en virtud de existir un contrato administrativo que contenga un acuerdo arbitral.

Se define el arbitraje administrativo como aquél: "mediante el cual la Administración Pública y los administrados, pueden pactar que sus diferencias, surgidas en las materias



de su libre disposición o en aquellas expresamente señaladas por la ley, sean resueltas por árbitros mediante un laudo que tiene eficacia de la cosa juzgada, excluyendo así el asunto concreto del conocimiento de los órganos jurisdiccionales competentes”²⁴ (sic). De esta manera, se crea definición de arbitraje administrativo partiendo de la definición de arbitraje, pues es una rama del mismo, con la particularidad de que los sujetos que participaron en el contrato administrativo con acuerdo arbitral es lo que abre las puertas a la jurisdicción arbitral.

Con el avance incesante de las relaciones contractuales y de las relaciones comerciales, era necesario una actualización con respecto a la contratación estatal. En Guatemala esta actualización se dio en 1992 con la creación del Decreto 57-92 del Congreso de la República de Guatemala, Ley de Contrataciones del Estado, que dentro de sus considerandos reconoce las dificultades que afrontaba tanto el Estado en ese momento para la pronta ejecución de obras y adquisición de bienes, suministros y servicios que requiere, así como sus entidades, tanto autónomas como descentralizadas, unidades ejecutoras y empresas públicas estatales y municipales.

En suma, la creación de una ley de contrataciones obedece a una necesidad de ofrecer un mecanismo válido y legítimo por el cual la administración pública tuviese control y pudiera centralizar la contratación. Políticas de reajuste económico implementadas en el gobierno del presidente Serrano Elías parecían ocuparse la ingente necesidad de

²⁴ Arrarte Arisnabarreta; Paniagua Guevara. Op. Cit. Pág. 125



resolver los problemas estructurales que afrontaba la sociedad, realidad que ~~no se~~ cumplió por el fracaso presidencial. Esto sin duda creó un estado de desconfianza hacia los tres organismos del Estado, pues dejó lugar a dudas y cuestionamientos.



La relación que mantiene el Estado y el arbitraje deviene de las relaciones contractuales que sostiene el Estado con sus administrados en relación a la ejecución de obras y adquisición de bienes, suministros y servicios. Es por eso que se establece que: “el arbitraje se incluye entre las denominadas formas heterocompositivas, denominadas así porque no son las partes (Administración y ciudadanos) quienes resuelven el conflicto sino un tercero, cuya decisión se impone de forma obligatoria”²⁵ (sic). En ese sentido el Estado como sujeto de derechos y obligaciones puede someterse a la jurisdicción arbitral, pero debe actuar con su *ius gestionis*.

En relación a lo contemplado en el Artículo 103 bis del Decreto 57-92 del Congreso de la República de Guatemala, Ley de Contrataciones del Estado, que establece: “Se consideran de índole civil y de la competencia de la jurisdicción ordinaria, las cuestiones en que el derecho vulnerado sea de carácter civil y también aquellas que emanen de actos en que el Estado haya actuado como sujeto de derecho privado.” En efecto, aunque el Estado renuncie a su *ius imperium*, para los particulares representa una igualdad de condiciones, poder extraer la posible controversia del alcance de los tribunales judiciales y someterlos a una jurisdicción privada genera calma y ofrece estabilidad a la relación.

²⁵ Trayter, Joan Manuel. *El arbitraje de derecho administrativo*. Pág. 80

Aunado a ello, la propia administración pública debe crear un ambiente propicio que genere confianza a los contratantes, asegurando, que de surgir conflictos en sus relaciones jurídicas y económicas, éstos serán solucionados de manera: imparcial, pronta, adecuada y que o que resuelva, será respetado y cumplido. De esta forma, el Estado se someterá a la decisión de un tercero y no de sus tribunales judiciales. Pero, el Estado en estas relaciones no deja de pensar en aquel elemento que lo eleva por encima del particular el *ius imperium*, no puede olvidarse de él. Es así que "el Estado es el único contratante que puede cambiar las propias reglas que acordó con su primera cara usando su segunda cara"²⁶. El Estado anima a los posibles contratantes bajo la promesa de recurrir al arbitraje, a un espacio neutro, a la solución de controversias en un estado de igual más perceptible.

Esta opción de recurrir a la jurisdicción arbitral es regulada en el Artículo 103 del Decreto 57-92 del Congreso de la República de Guatemala, Ley de Contrataciones del Estado, que establece que si así lo acuerdan las partes, las controversias relativas al cumplimiento, interpretación, aplicación y efectos de los contratos celebrados con motivo de la aplicación de la presente Ley, se podrán someter a la jurisdicción arbitral mediante cláusula compromisoria o convenio arbitral. Toda controversia relativa al cumplimiento, interpretación, aplicación y efectos de los contratos celebrados con motivo de la aplicación de la presente Ley, se someterá a la jurisdicción del Tribunal de lo Contencioso Administrativo o a la jurisdicción arbitral mediante cláusula compromisoria o convenio arbitral.

²⁶ Bullard González, Alfredo. **Enemigos íntimos. el arbitraje y los contratos administrativos.** Pág. 161



Con este único Artículo se regula la figura del arbitraje administrativo en el ordenamiento jurídico guatemalteco. Sin embargo, es el Artículo que abre las puertas al Arbitraje Administrativo como una posibilidad amparada en un texto legal y no solo en la doctrina de poder abstraerse de los tribunales de justicia estatal.

El proceso contencioso administrativo se ha ido degenerando, pues se ha convertido en un proceso lento y que su resolución no es siempre la que se buscaba en su momento, pues varían las circunstancias de su origen. Esto es evidenciable con las ventajas que ofrece el arbitraje administrativo frente a los procesos contenciosos administrativos, pues se adecua a lo establecido por las partes.

En tal medida, en el ordenamiento jurídico español esta figura, al menos del año 1992 al 1997, establecía en el Artículo 107.2 de la Ley 30/92 del 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común las leyes podrán sustituir el recurso ordinario, en supuestos o ámbitos sectoriales determinados, y cuando la especificidad de la materia así lo justifique, por otros procedimientos de impugnación o reclamación, incluidos los de conciliación, mediación y arbitraje, ante órganos colegiados o comisiones específicas no sometidos a instrucciones jerárquicas, con respeto a los principios, garantías y plazos que la presenta Ley reconoce a los ciudadanos y a los interesados en todo procedimiento administrativo.

Cabe resaltar que el ordenamiento jurídico guatemalteco también es **apertus respecto a** las materias arbitrales, pero únicamente en lo establecido en el Decreto 67-95 del Congreso de la República de Guatemala, Ley de Arbitraje, en su Artículo 3 numeral 2) También se aplicará la presente ley a todos aquellos otros casos en que, por disposición de otras leyes, se permita el procedimiento arbitral, siempre que el acuerdo arbitral sea válido conforme esta ley”. Esto deja apertus la posibilidad de que mediante posteriores reformas al ordenamiento jurídico se pueda establecer al arbitraje como un mecanismo de resolución de controversias en sustitución del procedimiento ordinario, que vendría a generar un verdadero avance en la resolución de controversias.



El punto común de estas dos regulaciones es sin duda la voluntad de las partes de escoger entre la jurisdicción arbitral o el proceso contencioso administrativo, lo que en inglés se denomina *fork in the road*, pues uno inhabilita al otro indefectiblemente. En términos práctico, la ley pretende preservar la imparcialidad y objetividad del proceso arbitral al colocarlo en un plano de igualdad al del proceso contencioso administrativo. En ese sentido, el laudo resultante del proceso arbitral es de carácter definitivo, únicamente susceptible de ser atacado mediante el recurso de revisión.

A su vez, le aplican las mismas restricciones que al arbitraje, pues su materia es solo aquella que se establezca por disposición de ley o que las partes tengan libre disposición de pactar sobre ellas. Diferencia notable del derecho español, pues este último requisito, “ha sido tradicionalmente esgrimido para poner trabas o dificultades al arbitraje en el seno



del derecho administrativo, pues se entendía que la administración, al estar sometida al principio de legalidad, no podía nunca disponer²⁷. Inconveniente que en teoría está superado por el ordenamiento jurídico guatemalteco, pues el Decreto Número 57-92, del Congreso de la República de Guatemala, Ley de Contrataciones del Estado, por disposición de ley permite que en los contratos administrativos se pueda acoger al arbitraje siempre que dentro del contrato se consigne.

El tema recurrente de rechazo y contradicción es atacar la nulidad del acuerdo arbitral, e incluso del laudo arbitral mismo, atendiendo a la nulidad del laudo arbitral, al recaer sobre materia que según los recurrentes estaba sustraída al arbitraje, pues la empresa citada en último lugar pertenecía a la administración genera. Así el tribunal supremo afirma, como quiera que los extremos sobre los que ha versado el arbitraje y equidad, en definitiva el laudo emitido por los árbitros, recae sobre materias propias de una actividad mercantil consonante con la especificidad del objeto social de la empresa expropiada y erigida de esta suerte en Sociedad estatal, no cabe argüir, como se hace en el recurso presente, que esté sujeto a una regulación específica y excluyente de la Ley de Arbitrajes Privados.

En mismo sentido, el Decreto 57-92 del Congreso de la República de Guatemala, Ley de Contrataciones del Estado, permite que las controversias derivadas de contratos regulados por esa ley sean sometidos a arbitraje, por lo que autoriza tanto a particulares

²⁷ Trayter. *Op. Cit.* Pág. 81

como a las entidades de la Administración Pública que deban hacer uso de estas regulaciones contractuales, a utilizar, atendiendo a su buen juicio y voluntad a pactar un acuerdo arbitral dentro del contrato administrativo y con ello quedar ligados a utilizar este proceso de suscitarse alguna controversia.



En colofón, la utilización de acuerdos arbitrales en contratos administrativos está autorizado por disposición legal, quedando a discreción de las partes incluir un acuerdo arbitral, con una cláusula arbitral o con una cláusula escalonada o cláusulas de mediación que observe un proceso de conciliación previo a iniciarse el arbitraje.

2.4. Recursos administrativos

En el entendido que los contratos administrativos están suscritos por la administración pública y particulares, estos están sujetos a que en el trascurso de su cumplimiento o previo a ello sean afectados por resoluciones administrativas relativas al cumplimiento, interpretación, aplicación y efectos de los contratos celebrados. Ante este escenario el administrado está facultado a que a esa resolución se le aplique un examen a fin de determinar de legalidad y juridicidad, esto se hace a través de los recursos administrativos.



2.4.1. Conceptualización

Los recursos administrativos: “son recursos que los particulares tienen para oponerse a las resoluciones de la Administración Pública, los cuales se encuentran dispersos en la legislación guatemalteca²⁸ (sic). Es así que la resolución administrativa que entre en conflicto respecto al cumplimiento, interpretación, aplicación y efectos de los contratos celebrados es la materia a tratar. El recurso administrativo se establece pues, como un beneficio para la Administración y se configura como un paso más para el administrado y que puede dar solución al conflicto en la vía gubernativa.

2.4.2. Recurso de revocatoria

Cuando una resolución administrativa es emitida por un órgano con superior jerárquico dentro de la misma entidad procede recurso de revocatoria. Caldero apunta que se tratan de recursos en los cuales lo resuelto por un órgano subordinado debe resolverse por el superior, además se agota la vía administrativa y causa estado la resolución administrativa. En este sentido, únicamente con lo resuelto por la autoridad superior finaliza dicha vía.

En el mismo sentido se establece en el Artículo 20 del Decreto 119-96 del Congreso de

²⁸ Calderón Morales, Hugo. **Derecho procesal administrativo**. Pág. 79



la República de Guatemala, Ley de lo Contencioso Administrativo: “Para plantear este proceso, la resolución que puso fin al procedimiento administrativo debe reunir los siguientes requisitos: a) Que haya causado estado. Causan estado la resolución de la administración que decidan el asunto, cuando no sean susceptibles de impugnarse en la Vía Administrativa, por haberse resuelto los recursos administrativos...”. Las resoluciones que causan estado son las únicas resoluciones contra las que procede el Recurso Administrativo y por ende son imperativas.

2.4.3. Recurso de reposición

Procede el recurso de revocatoria contra las resoluciones emitidas por un órgano superior, excluyendo únicamente los casos del presidente y vicepresidente de la República. A este tipo de resoluciones emitidas por ministros de estados o juntas directivas, verbigracia, se les denominan resoluciones originarias.

Cabe acotar que el recurso se interpondrá directamente ante el recurrido, en este sentido, sobre el superior recae la responsabilidad de la decisión. Contrario al recurso de revocatoria, en él es la propia autoridad que lo dictó quien debe revisar lo actuado, por lo que en determinadas circunstancias es beneficioso para el administrado que lo interpone. En este caso la autoridad ya se encuentra informada de las circunstancias relacionadas y el administrado ofrece otra alternativa a lo resuelto previamente, a fin de que se reconsidere lo ya pronunciado.



En atención a lo expuesto, el arbitraje administrativo se ha cimentado como una **práctica** recurrente entre la administración pública y los administrados, pues su función **facilita y** clarifica la resolución de controversias en que ambas partes intervienen. La propia creación del Estado responde a la necesidad del hombre de socializar, a vivir en comunidad. De esta convivencia devendrá indefectiblemente controversias, que desde sus inicios, atendió a una figura resolutoria más que punitiva o confiscatoria. En la misma línea, el arbitraje administrativo responde a esa necesidad de resolver controversias derivadas de la actuación del Estado con particulares.

La diferencia más notable de estas controversias es que derivan de contratos administrativos, en los que tanto la autoridad administrativa como el particular someten las controversias que se puedan suceder en un futuro a una jurisdicción arbitral, sin significar ello que la vía administrativa quede vetada del todo, pues se puede dar el caso de que ambas partes coincidan en dilucidar la controversia por vía distinta a la pactada. Este tema es considerado una forma válida de renegociación de condiciones originales.

Con la inclusión de una cláusula compromisoria se aparta de la jurisdicción del tribunal contencioso administrativo la controversia, dejando como vía idónea a tomar la arbitral. Esta concepción puede ser modificada por voluntad de las partes, pues ambas pueden someter la controversia a otra vía si así lo quisiesen pero esta invitación a la jurisdicción administrativa solo puede ser entendida en esta forma, como una invitación, pues la disposición quedó clara y precisa a las partes en la cláusula compromisoria.



CAPÍTULO III



3. Agotamiento de los recursos administrativos

Se entiende que las resoluciones que dicta la Administración Pública pueden lesionar derechos particulares e intereses legítimos, razón por la cual estas pueden ser revocadas de oficio; antes de que las mismas hayan sido consentidas por los interesados, o bien proceder contra ellas los recursos de revocatoria o reposición.

Se establece que "la finalidad principal del Procedimiento Administrativo es la resolución o acto administrativo, esto es lo que al final va a producir los efectos jurídicos del acto administrativo"²⁹. Esto quiere decir que el Procedimiento Administrativo concluye con una resolución administrativa, la cual tiene la posibilidad inmediata de ejecutarse. Una vez que se cuente con una resolución administrativa, esta es susceptible de ser atacada mediante el recurso, a fin de evitar lesionar derechos del solicitante. Agotada esta Vía Administrativa, es posible avanzar a un Proceso Contencioso Administrativo o un Proceso Arbitral.

En el mismo sentido se regula el Artículo 19 del Decreto 119-96 del Congreso de la República de Guatemala, Ley de lo Contencioso Administrativo, el cual establece en su

²⁹ *Ibíd.* Pág. 53

último párrafo que para que proceda el proceso contencioso administrativo: **"se requiere** que la resolución que lo origina no haya podido remediarse por medio de los recursos puramente administrativos". Por lo que la misma ley establece que la resolución administrativa que no fue agotada en la vía administrativa no puede ser recurrida ante el tribunal contencioso administrativo, reconociendo su obligatoriedad.



Aunado a lo anterior, el Artículo 20 del Decreto 119-96 del Congreso de la República de Guatemala, Ley de lo Contencioso Administrativo, establece que las resoluciones administrativas deben reunir dos requisitos: primero, haber causado estado, haberse agotado la Vía Administrativa, y segundo, que vulnere un derecho del demandante, en este caso el particular. Por lo que con ambos artículo se establece la necesidad de agotar el recurso administrativo previo a iniciar un proceso contencioso administrativo.

3.1 Procedimiento contencioso administrativo

Mediante el procedimiento administrativo se crea el acto administrativo, es así que la administración pública regula su función de gestión. Esta relación entre administrado y el Estado se ve afecta a la característica de la que está revestido todo acto jurídico, los efectos jurídicos que produce y de las consecuencias que impositivamente se deriven de su cumplimiento o inobservancia. Es en este escenario que se aprecia el panorama del derecho administrativo como una rama indispensable para el derecho actual.

En ese que este tipo de actos administrativos poseen ejecutoriedad y ejecutividad, el primero, como “la posibilidad que tuviera la administración de hacerlo cumplir por sí misma y como la fuerza inmediata de ejecución”³⁰. En esa línea, el acto administrativo es de ejecución inmediata y la propia administración lo puede hacer valer, si fuera necesario.



De lo anterior se concluye que es un requisito para indispensable para que la decisión ejecutoria puede atacarse con el recurso contencioso administrativo. En suma, por las características mencionadas, los actos administrativos son susceptibles de ser atacados por los recursos administrativos por causar efectos jurídicos y por estar investidos de ejecutoriedad y ejecutividad.

Es así que el procedimiento contencioso administrativo es la forma legal con que cuenta la administración pública para moldear sus decisiones mediante actos administrativos que producen efectos jurídicos, en respuesta a una petición dirigida por el administrado.

3.2 Proceso contencioso administrativo

El Proceso contencioso administrativo se puede definir como la etapa judicial en que el administrado somete su disconformidad por lo resuelto por la autoridad superior, con

³⁰ Calderón Morales, Hugo. **Derecho administrativo I**. Pág. 201

ocasión de existir una relación jurídica entre la administración pública y el administrado, ante un tribunal, para que este resuelva en definitiva lo procedente.



Como se hizo mención anteriormente, el recurso administrativo se configura como un auténtico privilegio de la administración pública y una carga para que el recurrente pueda optar por la vía judicial. Es así que se puede considerar como una facultad, en la medida que el administrado puede o no plantearlo y estar conforme con la decisión, pero se vuelve una imposición si desea que el acto administrativo sea conocido por un tribunal, por lo que sería también un medio de defensa. Se convierte en un requisito imprescindible para agotar la vía administrativa.

Se establece que los recursos se tramitan dentro de la "Vía Administrativa y por mandato legal es de imperativo agotarla para obtener derecho, por así decirlo, de pasar a la vía judicial"³¹. Así entendido que, el pronunciamiento que realiza la autoridad administrativa superior mediante la resolución que resuelve el Recurso Administrativo planteado, es la resolución que causa estado.

Por tanto, se explica el termino causar estado como aquel en que "no existe otro medio de impugnación en la Vía Administrativa... por tal razón se agotó la Vía Administrativa, siendo opciones para el particular o cumplir con lo resuelto o bien acudir a la vía judicial,

³¹ **Ibíd.** Pág. 103

por medio del Proceso de lo Contencioso Administrativo³² (sic). Por tanto, una vez que el administrado agotó la vía administrativa y aún no se encuentra conforme con lo resuelto, este puede presentar su inconformidad ante un órgano jurisdicción para que se pronuncie al respecto. Esta vía judicial sigue siendo un juicio de conocimiento, pues se busca desentrañar a quien le asiste el derecho, aunque en este caso lo hace un juez y no un miembro de la propia administración que resolvió en la vía administrativa.



3.3 Arbitraje en sustitución del proceso contencioso administrativo

La institución del arbitraje se manifiesta como la máxima expresión de voluntariedad de las partes, por tanto debe estar sujeta a la libre disposición. La propia normativa debe establecer los casos en que es posible someter la controversia ante los tribunales arbitrales y nunca mejor visto en los arbitrajes derivados de los contratos regulados en el Decreto 57-92 del Congreso de la República de Guatemala, Ley de Contrataciones del Estado, en los que se establece expresamente que las controversias derivadas de los contratos administrativos pueden ser resueltas acudiendo a la vía arbitral.

Entonces, el arbitraje se configura como un auténtico equivalente de los tribunales de justicia, pues la misma norma lo habilita como una opción entre el Proceso Contencioso

³² *Ibíd.* Pág. 182



Administrativo. Sin embargo, es del estudio de la doctrina y legislaciones extranjeras de donde se puede asir con mayor fundamento esta afirmación.

Para la doctrina, se considera que al igual que se hace ante los tribunales de justicia, en el arbitraje las partes someten ante el tribunal arbitral la controversia que deriva del contrato, en virtud de contar con un acuerdo de arbitraje. La tarea del tribunal arbitral es la de dirimir la controversia considerando los argumentos y pruebas vertidas durante la tramitación del arbitraje mediante un laudo. Con esta resolución, el tribunal arbitral otorga a las partes una decisión que ponga fin al conflicto con todos los efectos de cosa juzgada.

Es por tanto que, el laudo obliga a las partes, representa la última palabra en lo que respecta a la controversia. Pero esta obligación no nace con el laudo, pues antes de la conformación del tribunal arbitral ya existe una obligación preestablecida por las partes en el contrato, no solo de acudir al arbitraje sino también de observar de buena fe la resolución que este pronuncie.

En ese sentido se comprende que “el convenio arbitral impide a los Tribunales ordinarios conocer de las controversias sometidas a arbitraje, siempre que la parte a quien interese lo invoque”³³. En el mismo sentido se resalta “nada impide, por lo tanto, la aceptación constitucional del arbitraje como institución sustitutiva de la función jurisdiccional ejercida

³³ Romero, Mercedes; Fuerte, Natalia. **La declinatoria por sumisión a arbitraje y posibles problemas prácticos. Pág. 73**



por los Jueces y Tribunales³⁴ (sic). Para ambos los autores citados, la jurisdicción arbitral se configura verdaderamente como una sustitución al proceso judicial, siendo así el arbitraje excluye de conocer de la controversia a los tribunales de justicia, pues el laudo final tiene autoridad de cosa juzgada.

Es así, que se relaciona que acudir al arbitraje, entonces, no se configura como una facultad de las partes sino una obligación. No obstante las partes pueden acordar, de mutuo acuerdo pactar no acudir al arbitraje, "entendido así, una demanda en el foro judicial sería entendida por el demandado como una 'invitación' a litigar en vez de arbitrar"³⁵. Es en ese sentido que se complementa con la perspectiva de los dos autores citados ut supra, el arbitraje se considera como un puerto completo en el que solo se puede atracar una vez, por lo que si una de las partes ya inició el arbitraje, contando con un acuerdo arbitral válido, solo se podrá llevar por esa vía.

En el hipotético caso que la controversia se planteara frente a un Tribunal Judicial y existiera un acuerdo arbitral válido; en apariencia; porque el Tribunal Arbitral se pronunciará al respecto, el juez debe remitir el caso a la jurisdicción arbitral. Al respecto, el juez únicamente remite para que el árbitro conozca. En la medida en que el juez no remita, altera la voluntad de las partes. Con ello se espera que cada vez sean menos los casos en lo que se suscite esta situación y las partes acudan al arbitraje de forma

³⁴ Cremades, Bernardo. *El Arbitraje en la doctrina constitucional española*. 186

³⁵ González de Cossío, Francisco. *Ejecución del acuerdo arbitral: aún un prisma opaco*. Pág. 2

voluntaria ante el tribunal arbitral, el cual será rápido donde los tribunales comunes son lentos, y será conciliador allí donde los tribunales comunes acrecientan los conflictos.



Es por eso que, en la práctica aunque se premie la celeridad y el antiformalismo, es de acusar que para asegurar tanto la ejecución del laudo como su reconocimiento, es necesario tomar en cuenta el siguiente análisis. Con base en la doctrina, la seguridad del acuerdo arbitral debe estar sujeta a todo tipo de previsiones, muestra de ello es la necesidad de quedar consignado en un documento de aceptación del acuerdo mediante la firma de las partes. Pues en diferentes casos es posible que solo de esa forma se pueda detener el avance del proceso ante los tribunales de lo contencioso administrativo y someterlo a la jurisdicción arbitral. Es así que, en casos en los que el negocio del que se trata deba seguir formalidades presentadas por el Estado contratante, el particular debe cumplir en ellas previamente, para la correcta consecución del negocio jurídico.

3.3.1 Legislación nacional

La Constitución Política de la República establece en el Artículo 203 que la función jurisdiccional es exclusiva Corte Suprema de Justicia y demás tribunales que la ley establezca. En ese sentido se refiere, también, a los tribunales arbitrales; en concordancia con el Decreto 67-95 del Congreso de la República de Guatemala, Ley de Arbitraje. En esa misma línea, la Constitución Política de la República el su Artículo 221 reconoce al Tribunal Contencioso Administrativo como un órgano que imparte justicia y

establece su función como contralor de la jurisdicción de la administración pública, en específico, de la resolución de casos de controversias derivadas de contratos y concesiones administrativas.



Tomando en consideración lo anterior, el Decreto 119-96 del Congreso de la República de Guatemala, Ley de lo Contencioso Administrativo en el Artículo 21 establece que es improcedente la aplicación del Proceso Contencioso Administrativo en los asuntos que sean competencia de otros tribunales y en los asuntos en que una ley excluya la posibilidad de ser planteados en la vía contencioso administrativa. Y ante esta excepción en su aplicación el Artículo 103 del Decreto 57-92 del Congreso de la República de Guatemala, Ley de Contrataciones del Estado, establece que si las partes así lo acuerdan, las controversias relativas a los contratos regulados en esa ley, se podrán someter a la jurisdicción del tribunal de lo contencioso administrativo o a la jurisdicción arbitral, en cuanto al cumplimiento, interpretación, aplicación y efectos de los contratos celebrados. Por lo que los contratos administrativos con cláusula arbitral se encuentran comprendidos en esta excepción a la regla y pueden ser sometidos al arbitraje.

Por último, el Decreto 67-95 del Congreso de la República de Guatemala, Ley de Arbitraje, en el Artículo 3, inciso 2 se establece que las materias objeto de arbitraje son dos: primero, en aquellos casos en que las controversias verse sobre materias en las que las partes tengan libre disposición conforme a derecho; y segundo, en aquellos otros casos en que, por disposición de otras leyes, se permita el procedimiento arbitral, siempre



que el acuerdo arbitral sea válido conforme esta ley. Siendo que los contratos administrativos con cláusula arbitral cumplen con ambos requisitos, pues la inclusión de la cláusula arbitral es disposición de las partes y porque el propio Decreto 57-92 del Congreso de la República de Guatemala, Ley de Contrataciones del Estado, establece, por disposición de ley, que procede a la jurisdicción arbitral.

En colofón, para la regulación guatemalteca, la vía arbitral se configura como una sustitución al proceso contencioso administrativo, interpretando que el laudo tiene la función de ponerle fin al proceso, como lo tiene una sentencia y el efecto *res iudicata*. Así previsto por el Artículo 294 del Decreto-Ley 107 del Jefe de Gobierno de la República, Código Procesal Civil y Mercantil, en el que establece que el laudo es título ejecutivo y procede su ejecución en vía de apremio.

3.3.2 Legislación Internacional

Para la legislación española, en específico lo regulado por la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje, establece en su Artículo 37: “El laudo arbitral firme produce efectos idénticos a la cosa juzgada. Contra el mismo sólo cabrá el recurso de revisión, conforme a lo establecido en la legislación procesal para las sentencias judiciales firmes.” En contraposición de la legislación guatemalteca en que esto se deja implícito en Artículo 294 del Decreto-Ley 107 del Jefe de Gobierno de la República, Código Procesal Civil y Mercantil.



Por otra parte, en la Constitución Española de 1978 no se hace mención alguna en sí ni explícita ni implícita a la institución del arbitraje, en desventaja con la Constitución de Cádiz de 1812, que en su Artículo 280 establece que no se podrá privar a ningún español del derecho de terminar sus diferencias por medio de jueces árbitros, elegidos por ambas partes. Será función del Tribunal Constitucional el pronunciarse sobre esta institución y pronunciarse a grado constitucional sobre el arbitraje, y dicho sea de paso, con grandes avances y muy sólidos sustentos.

Es así que el Tribunal Constitucional Español, ha sentado que la institución del arbitraje se configura como un equivalente jurisdiccional, pues cumple con las funciones de la jurisdicción civil y efecto de cosa juzgada. Esto es manifiesto en las resoluciones del Tribunal Constitucional en los siguientes expedientes: 288/1993, 4 de octubre, 62/1991, 22 de marzo de 1991 y 15/1989, 26 de enero de 1989, en las que se establecen que siendo el arbitraje un equivalente jurisdiccional, mediante el cual las partes pueden obtener los mismos objetivos que con la jurisdicción civil es evidente que la creación de órganos de naturaleza arbitral y que de dicho procedimiento heterocompositivo es materia propia de la legislación procesal civil, relacionada, en cuanto a los efectos del laudo arbitral y al sistema de recursos, con la administración de justicia.

En ese sentido, para los tribunales españoles, el arbitraje surte los efectos de una sentencia judicial, por lo que se su aplicación excluye a los tribunales judiciales. En el mismo sentido se puede considerar la legislación guatemalteco por lo expuesto



anteriormente, pero produce incertidumbre y aun discusión pues no quedó plasmado de manera expresa por la Corte de Constitucionalidad en fallos relacionados, por el momento.

3.4 Violación al principio de la autonomía de voluntad de las partes

El principio de la autonomía de voluntad de las partes refiere a que quienes celebran el contrato administrativo poseen la libertad de elegir por cuenta propia las normas jurídicas que se aplicarán a dicho acuerdo. Este pensamiento fue el que se mantuvo por mucho tiempo, limitando la autonomía de las partes al derecho al cual someterían la controversia y el procedimiento que se debía seguir para su solución.

Actualmente, la autonomía de las partes se ha ampliado, abarcando desde la libertad de elegir el derecho aplicable al momento de celebrar el contrato hasta la facultad de las partes de elegir el derecho tal como deberá aplicárselo en el momento de la controversia. Con ello se establece que las partes prevén la circunstancia de posible conflicto y pactan desde el momento de celebrar el contrato el derecho y forma en que se resolverá la controversia que pudiese suceder.

Naturalmente, las partes son los mejores jueces para determinar las preferencias que desean que se apliquen a la cláusula arbitral. La autonomía se configura pues como la

base de todo intercambio, pues manifiesta la libertad con que las partes se sujetan al acuerdo y representa las preferencias que las sujetos seleccionaron preferentes para ese caso en concreto. Por lo que en la teoría, tanto los funcionarios como administrados están al tanto de las características, derecho y obligaciones a los que se están sometiendo con la suscripción del contrato administrativo con cláusula arbitral.



En la creación del contrato administrativo, como en cualquier contrato, es necesario que las partes presten su consentimiento y voluntad, son igualmente necesarios estos elementos para la incorporación de la cláusula arbitral. En la práctica este elemento queda relegado a una simple cláusula dentro del contrato y no se le da la importancia verdadera ni se prevé el alcance que esta pueda llegar a tener. En ese sentido no es extraño que se conozca el acuerdo arbitral con el nombre *the midnight clause* o la cláusula de media noche. Esto en relación que no se le presta la atención debida y esta queda relegada a los últimos detalles en una negocian por lo que quedan puntos inclusos o que no se previeron a profundidad.

Más preocupante es que la administración pública no posee manuales o directrices institucionales o a nivel de la Procuraduría General de la Nación que revisen este tipo de contratos administrativos que llevan consigo cláusula arbitral. Esto deviene en que la propia Administración no esté enterada de los alcances a los que se comprometió alguna de sus entidades y que en un futuro puede convertirse en un tema de considerable relevancia.



Así la afirmación de que el arbitraje es un proceso privado con consecuencias **públicas** tiene una claridad absoluta, nunca mejor vista en los arbitrajes derivados de los contratos regulados en el Decreto 57-92 del Congreso de la República de Guatemala, Ley de Contrataciones del Estado. Es preocupante que a nivel estatal no se cuente con un modelo estándar de cláusula arbitral pues deja desprotegido al Estado en cuanto que no tiene un protocolo al cual ceñir a sus funcionarios que negocien los contratos administrativos con cláusula arbitral.

En el propio contrato deben quedar plasmadas los derechos y obligaciones que se contraen con ocasión de su celebración y solo mediante el principio de la autonomía de la voluntad podrían variarse los mismos. Es decir, se requiere que el acuerdo de partes sea el resultado de una negociación que debe estar revestida de las mismas formalidades que las acaecidas en su suscripción. Por tanto, no es lógico permitir que las partes elijan el derecho aplicable una vez surgida la controversia, pues se estaría en contravención con la elección que se dio al momento de su creación.

Es por tanto equivoco pretender que la necesidad de agotar el Recurso Administrativo es una contravención al contrato y la cláusula arbitral, pues en su momento se sometió la controversia a la vía arbitral, en tanto a su fase jurisdiccional, mas no administrativa. Pues una vez exista autonomía en la decisión tomada por las partes "hay contrato y la

prestación puede ser exigida legalmente”³⁶, lo que permite, desde ese momento, **saber** los alcances de la cláusula y del propio contrato, no pudiendo variar las mismas.



Es en el mismo sentido que se regula en el Artículo 103 del Decreto Número 57-92, del Congreso de la República de Guatemala, Ley de Contrataciones del Estado, que establece en su segundo párrafo: “Toda controversia relativa al cumplimiento, interpretación, aplicación y efectos de los contratos celebrados con motivo de la aplicación de la presente Ley, se someterá a la jurisdicción del Tribunal de lo Contencioso Administrativo o a la jurisdicción arbitral...”, por lo que se someterá a arbitraje será la fase judicial o también denominado proceso administrativo o la jurisdicción contencioso administrativa. Es así que, las partes comprenden que la fase administrativa no está engullida en la libre disposición de las partes, solamente del proceso contencioso administrativo que se llevará por su equivalente jurisdiccional que es el arbitraje.

Por tanto, no existe violación al principio de la autonomía de voluntad de las partes, pues proviene desde la propia ley, y atendiendo a la buena fe y conocimiento de las partes, que los contratantes someterán las controversias derivadas de contratos administrativos con cláusula arbitral a la jurisdicción arbitral, mas esta no subsume la conclusión de la vía administrativa. Con ello se evidencia que la norma administrativa no deviene de la voluntad de las partes, por ende no puede ser suplantada o superada por el acuerdo.

³⁶ Rojas, Ricardo; Schenone, Osvaldo; Stordeur, Eduardo. **Nociones de análisis económico del derecho privado**. Pág. 134



3.5 Sometimiento al principio *pacta sunt servanda*

Se establece que lo que se entiende por *pacta sunt servanda*, es que “los pactos deben mantenerse. Lo estipulado por las partes, cualquiera que sea la forma de la estipulación, debe ser fielmente cumplido; o sea que se ha de estar a lo pactado”³⁷. La definición de remite a la idea de que lo pactado se convierte en ley para las partes, atendiendo a su carácter obligatorio y de previsión.

Es necesario diferenciar dos aspectos del contrato y citando a Kelsen, establece al contrato como un: “acto de constitución de la relación jurídica y el contrato como relación jurídica creada”³⁸. Es de esta forma que obligatoriedad que impone el contrato es delegada por la ley, por ende, el contrato se adapta a la norma de la cual deriva y de ella extrae su validez.

El término *pacta sunt servanda* es más utilizado en el derecho internacional y en los Tratados Bilaterales de Inversión, abreviados como *TBIs*, pero no necesariamente el sustento y definición del concepto se suscribe a esta rama. Así que el contrato, como norma entre las partes es considerado como el cimiento, mas no la construcción en sí. Constituye un punto de partida, una base sobre la cual no se puede retroceder o modificar o que de hacerlo debe ser con el consentimiento expreso de las partes.

³⁷ Ossorio, Manuel. *Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales*. Pág. 524

³⁸ Rodríguez Grez, Pablo. *Pacta sunt servanda*. Pág. 123

Un acercamiento a lo expuesto es lo que establece el Artículo 1519 del Decreto-Ley 106 del Jefe de Gobierno de la República, Código Civil, "Desde que se perfecciona un contrato obliga a los contratantes al cumplimiento de lo convenido, siempre que estuviere dentro de las disposiciones legales relativas al negocio celebrado, y debe ejecutarse de buena fe y según la común intención de las partes". Por ende, tanto en el campo internacional como en el doméstico, la obligación de observar lo pactado obliga a las partes de un contrato y se establece como la verdadera intención de las partes al momento de su suscripción.



El principio *pacta sunt servanda* se manifiesta como una garantía para las partes y que reviste de un halo de certeza y seguridad jurídica a la negociación contractual. En el caso de los contratos administrativos con cláusula arbitral se mantienen estos elementos y son más apreciados, pues la negociación con el Estado es siempre un tema delicado, tanto por las cantidades dinerarias, como por los sujetos que los pactan, así como las formalidades a las que está sujeta la contratación administrativa.

Es por tanto correcto concluir que el principio de *pacta sunt servanda* debe ser observado en la resolución de controversias derivadas de un contrato administrativo con cláusula arbitral, así el contrato no puede abrogarse actuaciones que en su momento no se pactaron. De esta forma, el consentir que el contrato administrativo puede modificar; o eliminar, los procedimientos administrativos sin quedar plasmado de forma expresa en el mismo, es un error y contraviene el espíritu, tanto del contrato como de la voluntad de las

partes que signaron el contrato mediante aceptación expresa o tácita.



3.6 Contravención a la naturaleza de los recursos administrativos

La naturaleza jurídica de los recursos administrativos es tal cual un derecho, en ese sentido, toda actuación administrativa se considera, *prima facie*, legítimas y por tanto existe el derecho de objetar que el acto administrativo es violatorio o contrario a lo pactado en el contrato administrativo. Probar la existencia de vicios en el acto administrativo es un derecho del particular, entendido que mediante el recurso de revocatoria, lo actuado será conocido y, posiblemente, enmendado por la autoridad administrativa superior. Y en el caso de la reposición, la misma autoridad podrá examinar lo actuado pero con las observaciones que hizo el solicitante en el escrito.

Es por tanto, contrario a la naturaleza de la institución no observar la tutela que el propio ordenamiento jurídico establece, pues este tiende a maximizar los recursos y esfuerzo de la administración, previniendo que salga de la esfera administrativa y pase al judicial, sin antes haber sido intentado resolverlo. En este sentido la administración pública busca mediante el recurso administrativo enmendar el posible error en una etapa temprana y sin mayores consecuencias negativas para las partes.

Finalmente, el agotamiento del recurso administrativo es en suma el presupuesto primario



que reconoce e identifica el derecho administrativo como última etapa **previa a** sustanciarse un proceso contencioso administrativo. La observancia que el propio Proceso presupone responde a la necesidad imperante que exigen los actos administrativos, pues están revestidos de la manifestación de la administración pública y deben estar apegadas a derecho indefectiblemente. En esa línea, la propia legislación guatemalteca lo reviste como un requisito indispensable y ordenado por ley para poder iniciar la vía administrativa judicial, siendo el arbitraje un símil del proceso contencioso administrativo es factible reconocer este requisito como aplicable al proceso arbitral.

Estas afirmaciones fincan sus aportaciones y se fundamentan en distintas perspectivas y estas son las que permiten establecer o no esta obligatoriedad ante el tribunal respectivo. Muestra de ello son los casos en los que es posible demostrar que agotar la vía administrativa se constituye como un medio de retardar el propio proceso, pero dichos extremos serán ocasionales y deben demostrarse ante las autoridades correspondientes. Es así que el agotar los recursos administrativos se configura como norma general en todo proceso, será por particularidades de los casos en concreto que este requerimiento pueda ser acogido o no por el tribunal como una medida dilatoria.

La obligatoriedad de agotar los recursos administrativos no responde por tanto a una condición discutible o pactada por las partes en la celebración del contrato administrativo sino un imperativo legal que se funda en la propia legislación. Por ello que no es una

contravención expresa principio del *pacta sunt servanda*, pues más que **cumplir lo** pactado sería observar la legalidad del proceso de contratación administrativa.



Es así que el agotar los recursos administrativos no puede ser rechazado por no haber sido expresado por las partes al momento de la celebración del contrato, pues se entiende que las partes conocían de antemano las implicaciones y regulaciones que resguardan a los contratos administrativos.

No deja de ser importante acotar, que el conocimiento que deben tener las partes que signan un contrato administrativo no es distinto al de una contratación mercantil cualquiera, pues tanto el Estado como el particular deben conocer los derecho y obligaciones, que nacidos de un acto jurídico, deben cumplirse de buena fe.

CAPÍTULO IV



4. Fundamento para agotar el Recurso Administrativo

Como se acotó en apartados anteriores, la naturaleza de los recursos es la de un derecho, en tanto que la vía administrativa en general tiene una naturaleza revisora de los actos administrativos. En ese sentido, la Constitución Política de la República de Guatemala otorga esa función al tribunal contencioso administrativo en el Artículo 221, pero atiende a que existe un procedimiento administrativo, general y subsidiario, que regula estas actuaciones, a fin solucionar las controversias previo a la vía judicial.

El agotar los recursos administrativos es definido por el diccionario del español jurídico de la Real Academia Española como: “prohibición de acudir a los tribunales de lo contencioso hasta que los actos administrativos hayan causado estado y pongan fin a la vía administrativa...”³⁹ (sic). Con ello se establece que el elemento indispensable para poder acudir a la vía judicial, es que el acto administrativo haya causado estado.

En el mismo sentido, las resoluciones que provienen de los recursos administrativos, dan como resultado que se agote la vía administrativa, una vez hayan causado estado. En ese mismo sentido falló la Corte de Constitucionalidad en el expediente 1894-2008

³⁹ Real Academia Española. **Diccionario del español jurídico**

confirmando la sentencia apelada en que se estableció: “a la fecha de presentación del amparo el Recurso Administrativo no había sido resuelto y en consecuencia la resolución antes relacionada no se encontraba firme... “ (sic), además, entre los alegatos vertidos se estableció que: “la entidad en referencia no estuvo de acuerdo con dicha resolución, habiendo interpuesto recurso de reposición dentro del plazo de ley, el cual se encuentra en trámite, por lo que no se encuentra firme en virtud de no haber causado estado...”. Por lo que se confirma que no es susceptible de ser ventilado en jurisdicción alguna actos que aún no han causado estado por estar pendiente el recurso correspondiente.



Es por tanto correcto concluir que los recursos administrativos son indispensable para agotar la Vía Administrativa y que su inobservancia incurre en falta de definitividad, como lo estableció la Corte de Constitucionalidad en el expediente 3679-2009, en que confirmó la sentencia venida en grado que consideró: “...debió de haber interpuesto recurso de reposición como lo establece el Artículo 100 de la Ley de Contrataciones del Estado; pero en el presente caso el acto reclamado es un acto administrativo; en consecuencia al no haber hecho uso el postulante del procedimiento contencioso administrativo como lo permite la ley, omitiendo utilizar un recurso administrativo ordinario e idóneo de conformidad con el debido proceso; en ese sentido el postulante incurre en Falta De Definitividad, por lo que debe denegarse el amparo solicitado” (sic). Es así que manifiesta que el no haber agotado el recurso respectivo, en el plazo para el efecto, y posteriormente querer acogerse a la jurisdicción contencioso administrativo es erróneo.

La única excepción dar por agotada la vía administrativa sin haberse resuelto el recurso correspondiente, y por ende causar estado y confirmando la resolución, es el silencio administrativo, según el Artículo 16 del Decreto 119-96 del Congreso de la República de Guatemala, Ley de lo Contencioso Administrativo.



En esa línea resuelve la Corte de Constitucionalidad en el expediente 5125-2015: “No existe agravio cuando el supuesto silencio administrativo denunciado no se configura, debido a la falta o ausencia de requerimiento, solicitud o petición concretamente formulada por el administrado” y “Por mera lógica elemental, para obtener una respuesta en determinado sentido se requiere, como condición indispensable, que se haya formulado solicitud de algún tipo, a efecto de producir la obligación de atender en determinado sentido lo pedido”. Por tanto, aunque el acto administrativo sea contrario a lo pactado por las partes, la inexistencia de una solicitud mediante la presentación de algún recurso administrativo no se puede tomar como silencio administrativo y por ende, no se ve agotada la vía gubernativa.

4.1 Protección de la administración pública

En el primer considerando del Decreto 119-96 del Congreso de la República de Guatemala, Ley de lo Contencioso Administrativo, se establece que esta regulación tiene por objeto garantizar los derechos de los administrados así como asegurar la efectiva tutela administrativa y jurisdiccional de la juridicidad de todos los actos de la

administración pública. Es por eso que el procedimiento administrativo es de carácter eminentemente sencillo y antiformalista.



En el mismo sentido, se regula el Artículo 6 del Decreto 119-96 del Congreso de la República de Guatemala, Ley de lo Contencioso Administrativo, en que la propia "autoridad administrativa puede revocar de oficio lo actuado". Con ello se manifiesta que la administración pública es celosa de la juridicidad de sus actos y se presume que actúa de buena fe. Lo anterior consiste en una manifestación del espíritu de los recursos administrativos, pues tienden a que la misma administración sea quien dé una pronta solución a la inconformidad del administrado, a fin de evitar a los administrados la lesión de sus derechos y vulneración de sus intereses.

Contraria es la manifestación del proceso contencioso administrativo, pues el Artículo 221 de la Constitución Política de la República de Guatemala, implica que la actuación de la administración pública, así como sus resoluciones, pueden ser revisadas por los órganos jurisdiccionales competentes, constituyéndose en un proceso judicial *per se*. Aunque en este sentido se brinde una protección inigualable al administrado, pues es ya sea mediante un proceso contencioso administrativo o mediante arbitraje, pues será un tercero quien conozca del proceso y decida sobre la juridicidad del acto administrativo, indudablemente estos procesos conllevan un plazo para su resolución y generan una carga económica.

Respecto a la condena en costas contra el Estado, la Corte de Constitucionalidad **se ha** manifestado en el expediente 4161-2014 que no procede la condena en costas a favor o en contra del Estado en materia constitucional “que tal criterio ha sido sostenido en materia constitucional de amparo, derivado de la naturaleza propia de dicha garantía y de los principios que la invisten, por lo que no es aplicable en la jurisdicción ordinaria, en la cual el Estado y sus entidades descentralizadas y autónomas actúan en un plano de igualdad procesal”. Por lo que la carga económica también corre por cuenta de la Administración Pública, pues sí puede ser condenada en costas cuando dicha controversia pudo haber sido resuelta en atención a los recursos pertinentes, evitando así, un gasto innecesario de recursos.



Por tanto, el no agotar los recursos administrativos y trasladar la controversia a la vía judicial, entendida en ella al arbitraje se configura como contravención a la normativa guatemalteca, al principio del debido proceso y genera un desgaste a la administración pública, que puede ser evitable en la vía administrativa.

4.2 Resolución de recursos administrativo

Las resoluciones que resuelvan los recursos administrativos deben ser de carácter declarativo, esto en concordancia al Artículo 221 de la Constitución Política de la República de Guatemala, pues debe atenderse a la juridicidad de la administración pública. Este artículo es aplicado al tribunal contencioso administrativo, pero en el Artículo

15 del Decreto 119-96 del Congreso de la República de Guatemala, Ley de lo Contencioso Administrativo se establece igualmente esta obligación para la resolución de recursos administrativos: "se dictará la resolución final, no encontrándose limitada la autoridad a lo que, haya sido expresamente impugnado o cause agravio al recurrente, sino que deberá examinar en su totalidad la juridicidad de la resolución cuestionada" (sic).



En ese sentido "el doble examen corre a cargo de la autoridad administrativa que dicta la resolución del recurso"⁴⁰. Es así que la administración pública realiza los actos administrativos con la diligencia debida y atendiendo a que es responsable de observar la juridicidad de sus resoluciones, inclusive antes de que el examen sea solicitado por el administrado.

Por tanto, el no agotar el recurso administrado priva a la administración pública de ser garante de la juridicidad, de practicar este examen sobre lo resuelto. La naturaleza del recurso es que revocar, confirmar o modificar lo resuelto, sin la necesidad de iniciar una vía judicial al respecto, beneficiando tanto al solicitante como a la administración pública.

4.3 Resolución que causa estado

El proceso contencioso administrativo procede en contiendas por actos y resoluciones

⁴⁰ Castillo González, Jorge Mario. **Derecho administrativo teoría general y procesal**. Pág. 544

de la Administración Pública, por contratos o concesiones administrativas, por silencio administrativo adjetivo negativo o por declaratoria de lesividad del acto o resolución. Es por tanto necesario observar que confluyan dos características esenciales en las resoluciones administrativa que se impugnan. Primero, que vulnere un derecho del demandante reconocido; y segundo, que la resolución haya causado estado. Entendiendo que la resolución haya causado estado cuando ya no sea susceptible de impugnarse en la vía administrativa por haberse agotado.



Al respecto, hasta la notificación de la respectiva resolución no se puede atender como agotada a la vía gubernativa o también denominada como administrativa y con ello terminar intención alguna de presentar algún recurso. Es así que hasta este momento la resolución o acto administrativo causa estado y por ende susceptible de ser dilucidado en la vía judicial. Por tanto, la terminación del procedimiento administrativo produce la cosa decidida administrativamente y abre las puertas a los tribunales contenciosos o arbitrales, pues el asunto no puede plantearse nuevamente por la vía administrativa.

4.4 Vulneración a los derechos del administrado

Cuando las partes deciden que las controversias que pudieran surgir derivado de un contrato administrativo sean conocidas y resueltas mediante la jurisdicción arbitral atiende a sus tres principios. Los primeros dos ya han sido tratados con anterioridad pero se hace recensión de los mismos. *Pacta sunt servanda*, mediante la utilización de la



autonomía de las partes deciden libremente someterse al arbitraje renunciando a la jurisdicción común en manos del Poder Judicial. *Lex inter-partes*, lo pacto se convierte ley entre las partes. *Res inter alios acta*, los efectos del contrato vinculan a las partes.

Esta relación es la consecuencia directa que garantiza el involucramiento de las partes en el arbitraje, en consecuencia, la incursión una cláusula arbitral en un contrato administrativo conduce indefectiblemente a la exclusión del proceso contencioso administrativo por el arbitraje, mas no la vía administrativa. Por tanto, el agotamiento de los recursos administrativos no vulnera los derechos del administrado ni mina la confianza entre el administrado y la administración pública, pues el convenio arbitral sigue siendo vinculante y será conocido por el tribunal arbitral en su momento oportuno.

4.5 Cláusulas híbridas

La doctrina establece que las cláusulas compromisorias deben ser claras en su contenido, pues es en ellas recae la obligación de someter la controversia ante los tribunales arbitrales y excluir a los tribunales estatales. En ese entendido se define como cláusula patológica: "para hacer referencia a convenios arbitrales que, por su contenido, resultan o pueden resultar incoherentes, ambiguos o inaplicables..."⁴¹. Con ello se brinda un acercamiento sobre la deficiencia que conllevan estos tipos de cláusulas.

⁴¹ Collantes González, Jorge Luis. **Diccionario terminológico del arbitraje nacional e internacional (Comercial y de Inversiones)**. Pág. 352



Se puede considera clasificar a las cláusulas patológicas en tres grupos: acuerdos de arbitrajes Optativos o cláusulas híbridas, cláusulas carentes de certeza y acuerdos arbitraje inoperantes o inejecutables. Las tres clasificaciones son sin duda importantes, pero la presente investigación resalta la primera de ellas. De esta cuenta, los acuerdos de arbitrajes optativos o cláusulas híbridas son aquellos en los que un acuerdo de arbitraje es optativo cuando no excluye la jurisdicción. Es así que las cláusulas compromisorias que median en los contratos administrativos que se tratan en esta investigación, corresponde a este grupo, pues no excluyen la vía administrativa, por lo que verdaderamente son cláusulas híbridas.

El ordenamiento español tiene como válidas estas cláusulas, en este sentido se aclara: “el pasado 18 de Octubre de 2013 la Audiencia Provincial de Madrid (sección 28) dictó un relevante Auto en el que reconoce la validez de éstas cláusulas [...] que en virtud de este tipo de cláusulas, las partes pueden diferir su decisión de acudir a una u otra vía (arbitraje o jurisdicción ordinaria) hasta el momento en que surja el conflicto, sin tener que optar anticipadamente por una de ellas”⁴² (sic). Configurando así un medio válido de contener la cláusula, estableciendo que esta tendrá a bien optar por alguna de las vías previstas.

En este sentido, esta sería una solución; aunque la cláusula sea patológica en su clasificación y esencia, viable para las cláusulas compromisorias en contratos

⁴² Cláusulas arbitrales patológicas: identificación y mecanismos de defensa. Pág. 12



administrativos, pues se podría consignar en la misma y de forma expresa que, si bien se somete a la jurisdicción arbitral, esta no excluye el agotar el recurso administrativo en la vía administrativa. Con esta breve pero concisa declaración, las partes estarán informadas y advertidas de la necesidad de agotar el recurso, como si de una conciliación se tratase, pues quedaría establecida en la misma cláusula arbitral. En el Anexo dos se presenta una formulación que ejemplifica como podría ser la cláusula idónea para consignarse en los contratos administrativos.

4.6 Etapa previa al inicio del arbitraje

La vía arbitral se inicia con la presentación de un escrito de solicitud de arbitraje ante el Centro que se hubiere pactado, previo a ella se pueden acudir a la conciliación. La conciliación se da: “dentro del ámbito del derecho procesal, la audiencia previa a todo juicio civil, laboral o de injurias, en que la autoridad judicial trata de avenir a las partes para evitar el proceso”⁴³. La conciliación se presenta pues como un acto procesal previo a la jurisdicción y de los tribunales arbitrales, a fin de avenir a una solución propuesta por las mismas partes dentro del conflicto.

En el arbitraje, la conciliación puede o no estar contemplada en el acuerdo de arbitraje. En el caso de que la conciliación se encuentre expresa dentro de la cláusula arbitral, la conciliación se vuelve obligatoria y solo una vez agotada se puede iniciar un proceso

⁴³ Op. Cit. Pág. 144



arbitral mediante la presentación de la demanda. Si la conciliación no se encuentra expresa dentro del acuerdo arbitral, el acto procesal se convierte en un procedimiento eminentemente voluntario. A las cláusulas que conllevan la necesidad de agotar instancias previas a iniciar el arbitraje se les denominan cláusulas escalonadas o cláusulas de mediación escalonada, el Anexo tres se presenta un ejemplo de estas.

Al respecto se establece: "la incorporación de este tipo de cláusulas con ocasión de la suscripción del contrato por las partes implicaría que las partes se someterían a una mediación y caso de no solucionarse la controversia, dejaría abierta la posibilidad de acudir a los tribunales o al arbitraje"⁴⁴. Es en suma, un método eficaz de anteponerse a una instancia arbitral para alcanzar una solución en que ambas partes hayan cedido y hayan ganado.

Es así que se realiza el proceso de conciliación y con ello concluido se puede iniciar el arbitraje o bien resolverlo por otros método alterno de solución de controversias. En los conflictos en los que la administración pública interviene, este proceso se realiza de igual manera, atendiendo siempre al centro. En cuanto a los requisitos que se necesitan agotar para recurrir al arbitraje, el Decreto 67-95 del Congreso de la República de Guatemala, Ley de Arbitraje, no hace referencia a ningún otro que no sea pactado por las partes en el acuerdo arbitral.

⁴⁴ Pardo Lozano, Juana María. La cláusula de mediación en el ámbito de la contratación civil y mercantil. Pág. 9



Por tanto, la conciliación surge en virtud de una cláusula escalonada, la cual indefectiblemente debe ser agotada para poder iniciar el arbitraje, en el mismo sentido se deberían observar los recursos administrativos. Mas al no estar expreso de esta forma en la legislación guatemalteca, se debe hacer un ejercicio de integración que atienda a no dejar duda alguna, que agotar la vía administrativa es obligatoria, y por ende, brindar seguridad y certeza jurídica al administrado sobre los pasos a seguir para la resolución.

4.7 Requisitos para la constitución de un proceso arbitral

La creación de un acuerdo de arbitraje por parte de los signatarios no es presagio de una negociación con dudas o desconfianza entre los mismos. Se considera que la decisión se toma atendiendo a la voluntad de las partes y por ende, con un ánimo cordial. Empero, una vez se haya tomado la determinación de iniciar un proceso arbitral, la parte que lo desee o ambas podrá solicitar al centro que inicie los actos procesales previos a la jurisdicción. Si se lograse avenir a una solución, está será aceptada por las partes y se tendrá por terminado el conflicto. De no ser posible llegar a un acuerdo de conciliación, el Centro procederá a la constitución del tribunal arbitral.

De la misma forma en que se inicia cualquier proceso, es primordial la presentación de un escrito en que se ponga en conocimiento tanto a las partes como al quien deba dirimir la controversia. En el caso del proceso arbitral este escrito inicial debe ser redactado mediante una demanda dirigida al Centro que administrará el proceso, debido a que no

existe un Tribunal Arbitral permanente y este debe ser constituido mediante las estipulaciones que ordena la ley o que bien las partes designaron y no son contrarias ni a la ley ni al orden público.



En ese sentido, los reglamentos de los Centros estipulan los elementos necesarios para la presentación del escrito y proceder con el proceso arbitral. Es así que, el Reglamento de la Comisión de Resolución de Conflictos de la Cámara de Industria de Guatemala regula en el Artículo 12 los requisitos que debe contener la demanda. En cuanto que el Reglamento del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Guatemala, los establece en el Artículo 24, compartiendo ciertas disposiciones.

Con la presentación de la demanda ante el centro este notificará a la o las partes la demanda, para que en un plazo, en el caso de la Fundación CENAC de diez días y en caso de la CRECIG quince días hábiles conteste la demanda con los mismos requisitos establecidos para la demanda *mutatis mutandis* .

El Tribunal Arbitral quedará instalado junto con el nombramiento de un secretario. En el caso de la Fundación CENAC, en la audiencia de instalación se procederá a tomar posesión de los cargos y se entregará el expediente respectivo con la demanda. Instalado el tribunal, se leerá el acuerdo arbitral y decidirá sobre la competencia en ese momento o posterior de recibir la demanda y su contestación.

Según el Artículo 46 del Reglamento de Conciliación y Arbitraje del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Guatemala, es esta misma audiencia se presentará por escrito la demanda ante el tribunal arbitral o bien se podrá presentar con antelación ante el centro, quien solamente procederá a su resguardo y presentación en la audiencia de instalación, esta acción está orientada para los efectos de interrupción de la prescripción o caducidad. En esta audiencia de instalación el tribunal arbitral resolverá sobre las medidas cautelares y concederá diez días para la contestación de la demanda.



En el caso de la CRECIG, la entrega del expediente se hará cuando este quede integrado y se presente la contestación de la demanda o la reconvenición, según sea el caso, siempre que las partes hubieran hecho el pago respectivo conforme al arancel. Si se sucediera que una de las partes no efectuare el pago, la otra u otras partes, pueden hacer el pago por ella a fin de que se entregue el expediente con el pago total por su parte. Con la entrega del expediente finalizan las intervenciones del centro, ya que sus funciones son de naturaleza administrativa y una vez constituido e instalado el Tribunal Arbitral sus intervenciones cesan.

4.8 Obligatoriedad de agotar el recurso administrativo

Como ya se expuso, en los requisitos que establecen el Reglamento de la Comisión de Resolución de Conflictos de la Cámara de Industria de Guatemala y el Reglamento del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Guatemala, no se hace



mención a un examen liminar para establecer que efectivamente se agotó la Vía Administrativa. En atención a lo expuesto en capítulos anteriores, este requisito no está regulado en el Decreto 67-95 del Congreso de la República de Guatemala, Ley de Arbitraje, además que los centros son administradores del arbitraje y no le compete prejuzgar los acuerdos arbitrales ni las circunstancias precedentes.

Es hasta el momento de la constitución del Tribunal Arbitral, que haciendo uso de sus calidades, los árbitros tienen conocimiento de lo actuado, y es en este momento que se debería examinar por parte del Tribunal Arbitral si la vía administrativa fue en efecto agotada y, por tanto, procedente conocer de la controversia.

Sin embargo, si el tribunal arbitral advirtiera que la vía gubernativa no se ha agotado, no puede ordenar la presentación del recurso, pues esta cuenta con un plazo determinado por el Decreto 119-96 del Congreso de la República de Guatemala, Ley de lo Contencioso Administrativo, que en el Artículo 7 establece que para el recurso de revocatoria será de 5 días, de la misma forma para el recurso de reposición en el Artículo 9. Por la brevedad del plazo y por el trámite ante los Centros, es indefectible que dichos plazos habrán sido sobrepasados para esa fecha.

Para evitar este nefasto desenlace, es menester que tanto administrado como administración pública, hagan mención expresa dentro de la cláusula de arbitraje que la vía administrativa no se subsume a la jurisdicción arbitral. Esta anotación deviene



importante, pues una vez se llegue a este impase, la única vía para intentar proseguir con el proceso es recurrir a la acción constitucional de Amparo. Por tal situación, es indispensable que las partes observen este requisito *sui géneris* previo a la constitución de un proceso arbitral, de esta forma asegurar que el laudo emitido por este tribunal será aceptado por ambas partes, pues se agotó el principio de definitividad.

Por tanto, la Administración Pública, como los particulares que mantienen relaciones con el Estado con ocasión de suscribir contratos administrativos con cláusula arbitral, deben fortalecer estos lazos mediante cláusulas arbitrales que observen detalles más allá de los meros formalismos. Con ello no se buscan cláusulas de varias hojas dentro de los contratos, pues el extremo formalismo contravendría a la misma institución del arbitraje, pero sí ser más explícitos en su redacción.

Es así que es menester hacer un llamamiento a la administración pública para que cree; con intervención de la Procuraduría General de la Nación, guías y modelos de contratación estatal con cláusulas arbitral, a modo de tener una base uniforme al momento de someterse a la jurisdicción arbitral. Y por parte del administrado, hacer constar que nunca se puede prever todas las incidencias que puedan acaecer, pero sí construir cimientos sólidos sobre los cuales contratar con el Estado, de los cuales la cláusula arbitral redactada a conciencia, es piedra angular.

En síntesis, es obligatorio agotar los recursos administrativos previo iniciar actuaciones ante el tribunal arbitral, pues aunque este no haga un examen sobre el agotamiento de los recursos, las partes deben ser conscientes de las implicaciones de la celebración de contratos administrativos con cláusula arbitral. No pudiéndose alejar, ninguna de ellas, a lo dispuesto por la normativa guatemalteca y actuar con apego a derecho, manifestando así que las relaciones entre Estado y particulares no son situaciones esporádicas o celebradas en un ambiente de desconfianza sino situaciones estudiadas y en las que ambas partes actúan de buena fe y en un ambiente ameno e igualitario.

Por tanto, las relaciones que se sustentan con ocasión de la celebración de contratos administrativos con cláusula arbitral deben ser claras, precisas y funcionales, pues de ellas depende en gran medida la ejecución de obras y servicios públicos. Atendiendo a los principios fundantes del derecho mercantil, la verdad sabida y buena fe guardada, los contratos administrativos entre el Estado y particulares, deben acoplarse a la sencillez del tracto mercantil, sin embargo, debe observar las disposiciones legales de respecto al gasto público, pues son fondos del públicos con los que se cumplirá el contrato. En ese sentido las autoridades administrativas deben crear escenarios en los que tanto el Estado y particulares puedan contratar en igualdad de condiciones y sobre todo, con total transparencia y buena fe, tanto en la contratación, como en la ejecución y liquidación de los mismo.



CONCLUSIÓN DISCURSIVA



La constitución de un arbitraje administrativo deviene de la inclusión de una cláusula arbitral en un contrato administrativo, en ella no se hace mención de la obligatoriedad de agotar los recursos administrativos, circunstancia que lleva a la conclusión errónea de creer que no es necesario agotar la vía administrativa para acudir a la jurisdicción arbitral.

De esta circunstancia deriva la problemática tratada, pues si bien la Ley de Contrataciones del Estado, establece en el Artículo 103, que las circunstancias derivadas del contratos administrativos podrán ser dirimidas ante la jurisdicción arbitral o el tribunal de lo contencioso administrativo, no se hace referencia a las instancias a previas. Es en la Ley de lo Contencioso Administrativo en que se regulan los casos de procedencia del proceso contencioso administrativo, siendo indispensable para ello haber agotado la ía administrativa.

Por tanto, siendo la jurisdicción arbitral un símil al proceso contencioso administrativo, es indispensable que se agoten los recursos administrativos en la vía administrativa para poder acudir ante el tribunal arbitral, aunque esta circunstancia no haya sido pactada y prevista por las partes, pues agotar la vía administrativa se configura como una obligación que debe estar presente para dar por finalizada esa vía y poder acudir a la vía judicial. Es así que el arbitraje no reemplaza a los recursos administrativos, únicamente a lo resuelto por el tribunal de lo contencioso administrativo como órgano jurisdiccional.





ANEXOS



Anexo uno



Modelo de cláusula compromisoria de la Comisión de Resolución de Conflictos de la Cámara de Industria de Guatemala:

Los contratantes convienen en que toda disputa, controversia o reclamo, que se relacione con la aplicación, interpretación y/o cumplimiento de este contrato, por cualquier causa, deberá resolverse mediante Arbitraje de _____, de conformidad con el Reglamento de Arbitraje de la Comisión de Resolución de Conflictos de la Cámara de Industria de Guatemala –CRECIG-, que se encuentre vigente al momento de surgir el conflicto. El Arbitraje será administrado, por la Comisión de Resolución de Conflictos de la Cámara de Industria de Guatemala -CRECIG-, en la ciudad de Guatemala, por medio de un tribunal compuesto de _____ Árbitro (s), nombrados de conformidad con el Reglamento antes relacionado, y el idioma del arbitraje será el español. El laudo deberá ser cumplido de buena fe y sin demora alguna, por las partes.

Modelo de cláusula compromisoria del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Guatemala.

Las partes contratantes convienen que toda controversia, conflicto o diferencia que surja del presente contrato tanto durante su vigencia como a la terminación del mismo, por cualquier causa, deberá ser resuelta a través del proceso de conciliación que se llevará a cabo según las disposiciones del Reglamento de Conciliación y Arbitraje del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Guatemala –CENAC-.

Transcurridos treinta días sin llegar a un acuerdo, la controversia será resuelta mediante arbitraje de (equidad o derecho) ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Guatemala –CENAC- quien será la institución que administrará el

proceso de conformidad las disposiciones de su Reglamento, el cual las partes **aceptan** desde ya en forma irrevocable.



Modelo de Convenio arbitral tipo de la Corte de Arbitraje de Madrid

Toda controversia derivada de este contrato o que guarde relación con él, incluida cualquier cuestión relativa a su existencia, validez, interpretación, cumplimiento o terminación, será resuelta definitivamente mediante arbitraje administrado por la Corte de Arbitraje de la Cámara Oficial de Comercio, Industria y Servicios de Madrid, de acuerdo con su Reglamento de Arbitraje vigente a la fecha de presentación de la solicitud de arbitraje. El Tribunal Arbitral que se designe a tal efecto estará compuesto por un único árbitro y el idioma del arbitraje será el [español /otro]. El lugar del arbitraje será [ciudad + país].

Anexo dos

Modelo de cláusula compromisoria a incluir en los contratos administrativos entre el cualquier entidad de la Administración Pública y particular (es).

Mediante esta cláusula compromisoria, las partes contratantes acuerdan que todas las controversias relativas al cumplimiento, interpretación, aplicación y efectos del presente contrato, durante su vigencia y terminación, serán resueltas mediante arbitraje (de derecho o de equidad). Toda controversia sometida a la jurisdicción arbitral, que provenga de resoluciones administrativas, requiere que esta no haya podido remediarse por medio de los recursos puramente administrativos, agotando así la vía gubernativa. El Proceso Arbitral se llevará a cabo dentro del territorio de la República de Guatemala, ante (el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Guatemala o la

Comisión de Resolución de Conflictos de la Cámara de Industria de Guatemala⁴⁵, con apego a su reglamento, que se encuentre vigente al momento de surgir el conflicto⁴⁶ por medio de un tribunal conformado por 3⁴⁷ árbitros y el idioma utilizado será el español⁴⁸.



Anexo tres

Modelo de cláusula compromisoria escalonada de la Comisión de Resolución de Conflictos de la Cámara de Industria de Guatemala.

Los contratantes convienen en que toda disputa, controversia o reclamo, que se relacione con la aplicación, interpretación y/o cumplimiento de este contrato, por cualquier causa, deberá resolverse, en primer lugar, mediante Conciliación de conformidad con el Reglamento de Conciliación y Otros Métodos Alternativos de la Comisión de Resolución de Conflictos de la Cámara de Industria de Guatemala -CRECIG- dentro del plazo de ____ días, contados a partir de la solicitud que presente una o ambas Partes a CRECIG.

Vencido el plazo indicado para la Conciliación sin que se hubiese arribado a un acuerdo que solviente la disputa, o bien, si surgido el conflicto alguna de las Partes no desea solicitar la Conciliación, se resolverá entonces mediante Arbitraje de _____ de conformidad con el Reglamento de Arbitraje de la Comisión de Resolución de Conflictos de la Cámara de Industria de Guatemala -CRECIG-, que se encuentre vigente al

⁴⁵ Se aconseja; primero, que desde la cláusula arbitral se establezca el centro que administrará el arbitraje, pues mediante los reglamentos de los mismos se puede prever los alcances, procedimientos y costos que prima facie tendrá el arbitraje; segundo, es preferible escoger entre alguno de estos dos centros, pues la solidez y confianza que han demostrado en la resolución de controversias es basto, así como la calidad de los árbitros que mantienen en sus listas.

⁴⁶ Se toma de modelo a la Comisión de Resolución de Conflictos de la Cámara de Industria de Guatemala pues de esta manera se pueden actualizar los mecanismos y de esta forma avenir a soluciones más inmediatas.

⁴⁷ El número ideal de árbitros sería 3, pero dependiendo del contrato y con apego a la normativa en materia de arbitraje se deja abierta esta posibilidad.

⁴⁸ Se preferencia este idioma por sobre los demás pues el idioma oficial de la República de Guatemala, por mandato constitucional.

momento de surgir el conflicto. El Arbitraje será administrado por la Comisión de Resolución de Conflictos de la Cámara de Industria de Guatemala –CRECIG en la ciudad de Guatemala, por medio de un tribunal compuesto de _____ árbitro (s), nombrado (s) de conformidad con el Reglamento antes relacionado, el idioma del arbitraje será el español. El laudo deberá ser cumplido de buena fe y sin demora alguna por las Partes.



Anexo cuatro

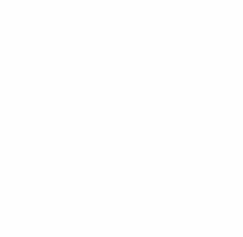
Ficha de Contrato administrativo que se tomó a manera de ejemplo para el presente Anexo.

NIT	16896432
Nombre o razón social	Grupo Muratori Sociedad Anónima
Contrato	136484
Monto	Q. 2,441,863.000
NOG:	1085611
Descripción:	Mantenimiento de puentes PT-02-2010 Ubicación en Jutiapa, Santa Rosa, Guatemala, El Progreso y Chimaltenango
Modalidad:	Procedimientos Regulados por el Artículo 44 LCE (Casos de Excepción)
Categoría:	Construcción y materiales afines
Tipo de concurso:	Público
Entidad:	Ministerio de Comunicaciones, Infraestructura y Vivienda
Tipo de Entidad:	Administración Central
Unidad compradora:	Fideicomiso del Fondo Vial
Fecha de publicación:	18.febrero.2010

Ejemplo de cláusula compromisoria de un contrato administrativo



DE LAS CONTROVERSIAS: los otorgantes conviene expresamente que cualquier controversia que surge, relativa al cumplimiento, interpretación, aplicación o efectos del presente contrato, será resuelta con carácter conciliatorio entre las partes, corriendo audiencia a LA AFIANZADORA, pero si no fuera posible llegar a un acuerdo convienen expresamente que la cuestión o cuestiones a dilucidar se someterán a la Procedimiento de Arbitraje de Equidad, de conformidad con el Reglamento de Arbitraje y Conciliación de la Fundación CENAC, en adelante llamado "El Centro". Al surgir cualquier conflicto, disputa o reclamación de las partes desde ya autorizan para que la junta directiva de "El Centro" nombre a él o los árbitros de conformidad con las reglas contenidas en dicho Reglamento. Adicionalmente acuerdan los contratantes que "El Centro" será la institución encargada de administrar el procedimiento arbitral y cumplir con todas las funciones que le asignan las Reglas de Arbitraje de dicho Centro. El laudo arbitral que se obtenga no será impugnado por las partes. Este acuerdo no podrá ser modificado o cambiado de ninguna manera y deberá regirse por las leyes de la República de Guatemala.



BIBLIOGRAFÍA



ARISTÓTELES. **La política**. Guatemala. Editorial Estudiantil Fenix, 2014.

ARRARTE ARISNABARRETA, Ana; PANIAGUA GUEVARA, Carlos. **Apuntes sobre el arbitraje administrativo y la materia arbitrable respecto de adicionales de obra**. Revista Peruana de Arbitraje. Perú. Ed.Magna, 2016.

BECERRA TORO, Rodrigo. **El arbitraje en equidad**
http://vitela.javerianacali.edu.co/bitstream/handle/11522/2399/Arbitraje_equidad_Becerra.pdf;jsessionid=B21C97D0429F9511AC6D20B0A1EA427D?sequence=1.
(Consultado: 10 de diciembre 2018).

BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. **Enemigos íntimos. El arbitraje y los contratos administrativos**. Revista Peruana de Arbitraje. Perú. Ed.Magna. 2006.

CÁCERES RODRÍGUEZ, Luis Ernesto. **Estado de derecho y derechos humanos. Guatemala**. Guatemala. Ed. Fenix, 2011.

CAIVANO, Roque. **Arbitrabilidad y orden público**
<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/view/13801/14425>.
(Consultado: 04 de enero de 2019).

CAIVANO, Roque. **El contrato de arbitraje y su autonomía respecto del contrato que lo contiene**
http://sedici.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/49947/Documento_completo.pdf-PDFA.pdf?sequence=1&isAllowed=y. (Consultado: 02 de febrero de 2019).

CALDERÓN MORALES, Hugo. **Derecho administrativo I Guatemala: 5ªed.**, Ed. Fenix, 2002.

CALDERÓN MORALES, Hugo. **Derecho procesal administrativo**. Guatemala: 4ªed., Ed. Fenix, 2003



CAMARGO GONZÁLEZ, Edna. Introducción a la ciencia política. Guatemala: 13ª ed.
Ediciones universitarias AYAN, (s.f.)

CASTILLO GONZÁLEZ, Jorge Mario. Derecho administrativo teoría general y procesal. Guatemala. Ed. Impresiones Gráficas, 2015

Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Guatemala. CENAC Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Guatemala
<http://www.cenac.com.gt/somos>. (Consultado: 06 noviembre de 2018).

COLLANTES GONZÁLEZ, Jorge Luis. Diccionario terminológico del arbitraje nacional e internacional (comercial y de inversiones)
[http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/D3E7686B5269E48F05257D020054946E/\\$FILE/DiccionarioTerminol%C3%B3gicoArbitrajeNacionalInternacionalvol18.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/D3E7686B5269E48F05257D020054946E/$FILE/DiccionarioTerminol%C3%B3gicoArbitrajeNacionalInternacionalvol18.pdf). (Consultado: 10 de julio de 2019).

Comisión de Resolución de Conflictos de la Cámara de Industria de Guatemala. CRECIG Comisión de Resolución de Conflictos de la Cámara de Industria de Guatemala
<http://crecig.com.gt/content/quienes-somos#sthash.UeZnVMOB.dpbs>. (Consultado: 06 de noviembre de 2018).

CREMADES, Bernardo. La buena fe en el arbitraje internacional
http://legal.legis.com.co/document/Index?obra=rarbitraje&document=rarbitraje_c0ddee7c3a060096e0430a0101510096. (Consultado: 11 de mayo de 2019).

CREMANDES, Bernardo. El arbitraje en la doctrina constitucional española
http://www.limaarbitration.net/LAR1/bernardo_m_cremades.pdf. (Consultado: 04 de enero de 2019).

GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo. Introducción al estudio del derecho. México D.F. Ed. Porrúa, S.A., 1982.

GINEBRA, Maria Esperança; TARABAL, Jaume. De la mediación derivada de la voluntad de las partes: las cláusulas de mediación (mandatory mediation by agreement of the parties: mediation clause)
<https://poseidon01.ssrn.com/delivery.php?ID=8860020890310031230840011170>

95125073000064069010066071005099077108005021123024064112038036026
00006203303702510611106909307406611607508806202308206909407611511
61230640070060390971000200820730821110011120290220730. (Consultado:
15 de julio de 2019).



GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. Sobre la naturaleza jurídica del arbitraje
<http://www.gdca.com.mx/PDF/arbitraje/SOBRE%20LA%20NAT%20JDCA%20ARBITRAJE%20Hom%20%20Raul%20Medina.pdf>. (Consultado: 11 de mayo de 2019).

GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. Ejecución del acuerdo arbitral: aún un prisma opaco
<http://www.gdca.com.mx/PDF/arbitraje/Remision%20al%20Arbitraje.pdf>. (Consultado: 19 de abril de 2019).

GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. Garantismo y arbitraje: un falso dilema
<http://www.gdca.com.mx/PDF/arbitraje/Garantismo%20y%20arbitraje.pdf>. (Consultado: 06 de junio de 2019).

GÓRGOLAS, Cristina. Cláusulas arbitrales patológicas: identificación y mecanismos de defensa
<http://www.barrilero.com/revista-juridica/>. (Consultado: 17 de julio de 2019).

HADERSPOCK, Brian. Comentario sobre los principios rectores del arbitraje en la nueva ley 708
<http://haderspock-grupolegal.com/wp-content/uploads/2015/12/PRINCIPIOS-RESCATADOS-EN-LA-NUEVA-LEY-DE-CONCILIACION-Y-ARBITRAJE-BOLIVIANO.pdf>. (Consultado: 13 de agosto de 2019).

KAOMA MWENDA, Kenneth. Principles of arbitration law
<http://www.bookpump.com/bwp/pdf-b/1124090b.pdf>. (Consultado: 07 de febrero de 2019).

OSSORIO, Manuel. Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales. Buenos Aires, Argentina. Ed. Heliasta S.R.L., 1982.



PARDO LOZANO, Juana María. La cláusula de mediación en el ámbito de la contratación civil y mercantil
<http://ojs.ual.es/ojs/index.php/RIDJ/article/view/1840/2433>. (Consultado: 11 de marzo de 2019).

PINEDA DE MONT, Manuel. Recopilación de las leyes de Guatemala
<https://archive.org/details/recopilacindelas01guat/page/34>. (Consultado: 02 de marzo de 2019).

Real Academia Española. Agotamiento de la vía administrativa previa
<https://dej.rae.es/lema/agotamiento-de-la-v%C3%ADa-administrativa-previa>. (Consultado: 11 de agosto de 2019).

REDFERN, Alan; Hunter, Martin; Blackaby, Nigel; Partasides, Constantine. Teoría y práctica del arbitraje comercial internacional. Navarra, España: 4ªed., Ed. Aranzadi, 2006

RODRÍGUEZ GREZ, Pablo. Pacta sunt servanda
<https://issuu.com/carlosguayaquil/docs/v18a05-pablo-rodriguez-pacta-sunt->
(Consultado: 09 de julio de 2019).

ROJAS, Ricardo; SCHENONE, Osvaldo; STORDEUR, Eduardo. Nociones de análisis económico del derecho privado guatemala. Guatemala. (s.e.), 2012.

ROMERO Mercedes; FUERTE Natalia. La declinatoria por sumisión a arbitraje y posibles problemas prácticos
<https://www.perezllorca.com/wp-content/uploads/es/actualidadPublicaciones/ArticuloJuridico/Documents/150202-economistjurist-la-declinatoria-por-sumision-a-arbitraje-y-posibles-problemas-practicos.pdf>. (Consultado: 05 de agosto de 2019).

SANTISTEVAN DE NORIEGA, Jorge. Extensión del convenio arbitral a partes no signatarias: expresión de la inevitabilidad del arbitraje. Revista Peruana de Arbitraje. Lima, Perú. Ed. Magna, 2009.



TRAYTER, Joan Manuel. El arbitraje de derecho administrativo. Revista de Administración Pública. Madrid, España. (s.e), 1997.

VILLALBA CUÉLLAR, Juan; Moscoso Valderrama, Rodrigo. Orígenes y panorama actual del arbitraje <http://www.redalyc.org/pdf/876/87602210.pdf>. (Consultado: 05 de febrero de 2019).

ZAFFARONI, Raúl. La cuestión criminal. Buenos Aires, Argentina: 5ªed., Ed. Planeta, 2013

ZAPPALÀ, Francesco. Universalismo histórico del arbitraje <https://revistas.javeriana.edu.co/index.php/vnijuri/article/view/14429>. (Consultado: 16 de abril de 2019).

Legislación:

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

Código Civil. Decreto Ley 106, Enrique Peralta Azurdia, Jefe de Gobierno de Guatemala, 1963.

Código Procesal Civil y Mercantil. Decreto Ley 107, Enrique Peralta Azurdia, Jefe de Gobierno de Guatemala, 1963.

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

Ley de Contrataciones del Estado. Decreto Ley Número 57-92 del Congreso de la República de Guatemala, 1992.

Ley de lo Contencioso Administrativo. Decreto Ley Número 119-96 del Congreso de la República de Guatemala, 1996.



Reconocimiento y ejecución de las sentencias Arbitrales Extranjeras. Decreto Ley Número 9-84 del Congreso de la República de Guatemala, 1984.

Reglamento de Arbitraje. Comisión de Resolución de Conflictos de la Cámara de Industria de Guatemala, (s.f.).

Reglamento de Conciliación y Arbitraje. Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Guatemala, (s.f.).