

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



**DETERMINAR EL ALCANCE QUE TIENE LA CLÁUSULA DE ARBITRAJE EN LOS
CONTRATOS OTORGADOS POR EL FIDUCIARIO DE UN FIDEICOMISO**

DAVID JORGE MARIO ZAMORA AVALOS

GUATEMALA, ABRIL 2021

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

**DETERMINAR EL ALCANCE QUE TIENE LA CLÁUSULA DE ARBITRAJE EN LOS
CONTRATOS OTORGADOS POR EL FIDUCIARIO DE UN FIDEICOMISO**



TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

DAVID JORGE MARIO ZAMORA AVALOS

Previo a conferirsele el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, abril 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

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente:	Lic.	José Miguel Cermeño Castillo
Vocal:	Licda.	Delia Verónica Loarca Cabrera
Secretario:	Lic.	Carlos Erick Ortiz Gomez

Segunda Fase:

Presidente:	Lic.	Efraín Berganza Sandoval
Vocal:	Lic.	Juan Gabriel López Ramirez
Secretario:	Lic.	Elioth Rossells Secairá Rosales

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



Decanatura de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala. Ciudad de Guatemala, veintidos de marzo de dos mil veintiuno.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis del estudiante DAVID JORGE MARIO ZAMORA AVALOS, titulado DETERMINAR EL ALCANCE QUE TIENE LA CLÁUSULA DE ARBITRAJE EN LOS CONTRATOS OTORGADOS POR EL FIDUCIARIO DE UN FIDEICOMISO.. 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.






Guatemala 29 de enero del 2020.

Director
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala



Estimado licenciado:

De manera atenta le informo que fui consejero de estilo de la tesis titulada **DETERMINAR EL ALCANCE QUE TIENE LA CLAUSULA DE ARBITRAJE EN LOS CONTRATOS OTORGADOS POR EL FIDUCIARIO DE UN FIDEICOMISO** realizada por el bachiller: **DAVIR JORGE MARIO ZAMORA AVALOS** para obtener el grado académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales.

El Alumno cumplió con todas las observaciones que le hiciera, por lo que dictamino de manera **FAVORABLE**, por lo que el trámite de orden de impresión puede continuar.

ID Y ESNEÑAD A TODOS.

Lic. Ingrid Beatriz Vides Guzmán
Consejero Docente de Redacción y Estilo

Lexartis

Expertos del derecho

38 Calle 8-15 Zona 8, Ciudad

Tel. 4281 0627



Guatemala, 12 de marzo de 2020

Licenciado:

Roberto Fredy Orellana Martínez

Jefe Unidad de Tesis

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Universidad de San Carlos de Guatemala.



Atentamente me dirijo a usted para infórmale que en cumplimiento a lo dispuesto por la Unidad de Tesis de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala procedí a asesorar el trabajo de Tesis del bachiller DAVID JORGE MARIO ZAMORA AVALOS, titulado: **DETERMINAR EL ALCANCE QUE TIENE LA CLÁUSULA DE ARBITRAJE EN LOS CONTRATOS OTORGADOS POR EL FIDUCIARIO DE UN FIDEICOMISO**, dentro del cual se hicieron las observaciones correspondientes para que de conformidad con el Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y el Examen General Público, el trabajo cumpla con los requisitos y presupuestos establecidos, para el efecto procedo a emitir el siguiente dictamen manifestando lo siguiente:

1. En el trabajo de investigación se evidencia la utilización de métodos y técnicas de investigación que ayudaron a la búsqueda de soluciones al problema planteado, de los cuales sobresale los métodos de inducción-deducción, ya que se partió del análisis del tema de manera particularizada para concluir en razonamientos generales.
2. En cuanto a la forma de redacción del contenido de la tesis, es la correcta y adecuada, habiendo desarrollado el sustentante una investigación consensuada, utilizando un lenguaje técnico y jurídico aceptable, aportando como conclusión discursiva que se determina que la cláusula de arbitraje otorgada por el fiduciario de un fideicomiso es vinculante al fideicomitente quien es el principal obligado de los contratos accesorios de un fideicomiso, en virtud que este es el beneficiario y por ende no puede desamparar las obligaciones que se contraen.
3. Considero que el presente trabajo de tesis, constituye un aporte científico en cuanto a las aportaciones que el sustentante investigó, por lo que servirá de soporte a investigaciones futuras sobre los temas que son analizados.
4. Hago constar que no soy pariente dentro de los grados de ley del bachiller David Jorge Mario Zamora Avalos.

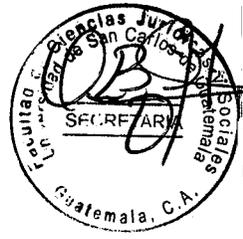


Por lo anteriormente expuesto, opino que el presente trabajo cumple con los requisitos establecidos en el Artículo 31 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, razón por la cual emito DICTAMEN FAVORABLE.

Me suscribo atentamente

Magister Jhony Adolfo Gutierrez Castillo
Abogado y Notario
Colégiado No. 10699

JHONY ADOLFO GUTIÉRREZ CASTILLO
ABOGADO Y NOTARIO



Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Unidad de Asesoría de Tesis. Ciudad de Guatemala, 20 de enero de 2020.

Atentamente pase al (a) Profesional, JHONY ADOLFO GUTIERREZ CASTILLO
 _____, para que proceda a asesorar el trabajo de tesis del (a) estudiante
DAVID JORGE MARIO ZAMORA AVALOS, con carné 201211597,
 intitulado DETERMINAR EL ALCANCE QUE TIENE LA CLAUSULA DE ARBITRAJE EN LOS CONTRATOS
OTORGADOS POR EL FIDUCIARIO DE UN FIDEICOMISO.

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 21 / 01 / 2020 f) _____

Asesor(a)
 (Firma y Sello)

JHONY ADOLFO GUTIERREZ CASTILLO
 ABOGADO Y NOTARIO





DEDICATORIA

A DIOS:

Por la vida y ser la luz que ha guiado mi camino y por darme el privilegio de culminar esta meta y empezar una nueva etapa en mi vida.

A MI PADRES:

Mario Guillermo Zamora Madrid y Vilma Janette Avalos Suyen quienes a lo largo de mi vida me han enseñado todo lo que se y me han forjado de una forma tal que sin su apoyo y dedicación nunca hubiera logrado este meta tan importante para mi vida.

A MI ESPOSA:

Yandery Brizette Esquivel Gonzalez por su apoyo incondicional a lo largo de esta carrera, por su amor y por estar a mi lado en los momentos más difíciles para darme esas palabras de aliento y no desmayar nunca.

A MIS HIJOS:

Franco Gabriel Zamora Esquivel y William Eduardo Zamora Esquivel, por ser la motivación por la cual me despierto cada día y las personas que hicieron posible que nunca desmayara a lo largo de este difícil y tan ansiado logro.

A MIS HERMANOS:

Zoe Lilieth Zamora Avalos, Zaily Ana Julia Zamora Avalos y Alex Jose Eduardo Avalos Suyen, gracias a su amor incondicional y consejos que en cada momento sirvieron para levantarme y nunca dejarme caer.

A MIS ABUELITOS:

A Evenildo Avalos (Q.E.P.D.) y Ana Octavila Madrid Espinoza por sus consejos, su apoyo, sus palabras de



aliento que siempre me han brindado en los momentos en los que quería declinar.

A MI FAMILIA:

Nombrarlos uno a uno sería muy difícil, y un tanto injusto, no quisiera omitir a ninguno y por ello no los nombraré uno a uno pero son una parte importante en mi vida.

A MI CASA DE ESTUDIOS:

La tricentenaria Universidad de San Carlos de Guatemala, por mi formación profesional y especialmente a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, con mucho cariño y reconocimiento por haberme brindado mis conocimientos.

PRESENTACIÓN

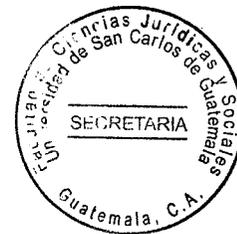


En la investigación se realizó un estudio cualitativo dentro de la ramas del derecho civil y mercantil específicamente en cuanto al negocio jurídico del fideicomiso y el derecho de arbitraje, investigación que se realizó en el departamento de Guatemala de la República de Guatemala, en el periodo de tiempo correspondiente a enero del año dos mil diecinueve a enero de dos mil veinte.

El sujeto de la investigación es el tercero no signatario de una cláusula de arbitraje en un contrato accesorio otorgado por el fiduciario de un fideicomiso que en este caso sería el fideicomitente, ahora bien el objeto de la presente es determinar si la cláusula de arbitraje que se encuentra suscrita en un contrato accesorio de un fideicomiso en el cual este se encuentra signado por el fiduciario, vincula legítimamente al fideicomitente aunque este no haya signado su firma en el contrato que contiene la cláusula compromisoria.

El aporte académico que brinda la presente investigación en base a las teorías de los actos propios y la teoría de quien toma el botín toma la carga se puede determinar que aunque exista un tercero no signatario de la cláusula de arbitraje se encuentra obligado a esta siempre y cuando sea el beneficiario directo del negocio jurídico que se suscribió.

HIPÓTESIS



Se considera necesario determinar el alcance que tiene la cláusula de arbitraje en los contratos otorgados por el fiduciario de un fideicomiso, la problemática se produce al momento que se da el incumplimiento del contrato suscrito por el fiduciario del fideicomiso, partiendo del punto que si bien es cierto que el fideicomitente no firma la cláusula de arbitraje, la voluntad de insertarla en los contratos accesorios es única y exclusivamente del fideicomitente ya que es quien da las directrices para que el fideicomiso cumpla con los fines, de igual forma el fiduciario es únicamente el apoderado por parte del fideicomitente, motivo por lo cual es necesario determinar si la cláusula de arbitraje que contengan estos contratos vincula al fideicomitente quien tiene toda la voluntad de que las controversias se diluciden en un centro de arbitraje y no en los órganos jurisdiccionales tradicionales.

COMPROBACIÓN DE HIPÓTESIS



Se logra comprobar la hipótesis planteada determinando que la cláusula de arbitraje si vincula legítimamente al fideicomitente del fideicomiso en los contratos otorgados por el fiduciario en base a los argumentos que fundamentan son las teorías de los actos propios y la teoría quien toma el botín toma la carga, haciendo énfasis que el fideicomitente es quien tiene la voluntad principal y el fiduciario únicamente hace sus funciones para cumplir con los fines del fideicomiso, si bien es cierto que no se encuentra firmada la cláusula por el fideicomitente, la voluntad de la inserción de la cláusula compromisoria es directamente por parte del fideicomitente, por lo cual se determina que si vincula directamente a este.

Los métodos utilizados en la investigación son: el método analítico y el método comparativo; es evidente la validación de hipótesis formulada al confirmar la existencia de la laguna legal que se encuentra en dicha situación jurídica, ya que se violenta el derecho que tienen las partes de pactar la forma de resolver un conflicto que está claramente establecido en el derecho civil bajo la autonomía de la voluntad, el cual se encuentra regulado en el Código Civil.



ÍNDICE

Pág.

Introducción	i
--------------------	---

CAPÍTULO I

1. Fideicomiso	1
1.1. Antecedentes históricos	1
1.2. Naturaleza jurídica	8
1.3. Definición	9
1.4. Elementos personales del fideicomiso	11
1.4.1. Fideicomitente	12
1.4.2. Fiduciario	13
1.4.3. Fideicomisario	14
1.5. Clases de fideicomiso	16
1.5.1. Fideicomiso de inversión	16
1.5.2. Fideicomiso de administración	16
1.5.3. Fideicomiso de garantía	17
1.5.4. Fideicomiso sucesorio	17
1.5.5. Fideicomiso de administración patrimonial	17

CAPÍTULO II

2. Arbitraje	19
2.1. Antecedentes históricos	19
2.2. Naturaleza jurídica	27
2.2.1. Doctrina contractual	27
2.2.2. Doctrina jurisdiccional	27
2.2.2. Doctrina mixta	28



2.3. Definición	29
2.4. Características del arbitraje.....	31
2.5. Clases de arbitraje	32
2.5.1. Arbitraje ad hoc	32
2.5.2. Arbitraje institucional	33
2.5.3. Arbitraje voluntario	33
2.5.4. Arbitraje forzoso	34
2.5.5. Arbitraje de derecho	34
2.5.6. Arbitraje equidad	34
2.5.7. Arbitraje público.....	34
2.5.8. Arbitraje privado	35

CAPÍTULO III

3. Acuerdo arbitral.....	37
3.1. Definición	37
3.2. Modalidades del acuerdo arbitral	38
3.2.1. Compromiso arbitral	40
3.2.2. Cláusula compromisoria	40

CAPÍTULO IV

4. Determinar el alcance que tiene la cláusula de arbitraje en los contratos otorgados por el fiduciario de un fideicomiso.....	51
4.1. Fiducia.....	51
4.1.1. Características de la fiducia	52
4.1.2. Obligaciones del fiduciario	54
4.1.3. Contratos accesorios a un fideicomiso.....	55



4.2. Teoría quien toma el botin toma la carga	58
4.3. Teoría de los actos propios	59
4.4. Alcance que tiene la cláusula de arbitraje en los contratos otorgados por el fiduciario de un fideicomiso.....	62
CONCLUSIÓN DISCURSIVA	67
BIBLIOGRAFÍA	69



INTRODUCCIÓN

En la actualidad una de las problemáticas más grandes del país por su demografía es el sector justicia, en virtud que la carga laboral que los tribunales de justicia han adquirido con el transcurrir del tiempo es demasiado, partiendo de este punto se ha empezado a utilizar con más frecuencia la figura jurídica del arbitraje, a través de los centros de arbitraje y conciliación, motivo por el cual en los negocios civiles y mercantiles, se han incorporado cláusulas compromisorias con las cuales los sujetos del negocio jurídico se comprometen a someter sus controversias a este juicio arbitral.

La investigación tiene varios objetivos, determinar el alcance que tiene la cláusula de arbitraje en los contratos otorgados por el fiduciario de un fideicomiso, determinar cuáles son los requisitos esenciales para que una cláusula compromisoria tenga validez, evaluar la inoperancia que puede poseer una cláusula compromisoria en un contrato, innovar en los métodos de interpretación en cuanto a la cláusula compromisoria en los contratos mercantiles accesorios a un fideicomiso; para lo cual es necesario mencionar que se pudieron cumplir con los objetivos de la presente investigación.

El motivo de la investigación es poder determinar si la cláusula de arbitraje que se insertó dentro de un contrato accesorio al fideicomiso el cual fue suscrito por el fiduciario vincula directamente al fideicomitente del fideicomiso, o es una cláusula inoperante.



Del contenido capitular se puede mencionar que consta de cuatro capítulos los cuales son: primero; fideicomiso que hace referencia a todo lo relativo a esta figura jurídica en cuanto a su definición, naturaleza jurídica, clases y elementos, segundo; del derecho de arbitraje se establece las directrices necesarias para realizar un acuerdo arbitral, tercero; del acuerdo arbitral en el cual se explica la forma y validez del acuerdo arbitral, en sus dos modalidades el compromiso arbitral y el acuerdo arbitral, cuarto; determinar el alcance que tiene la cláusula de arbitraje en los contratos otorgados por el fiduciario de un fideicomiso, el cual contiene la argumentación de la presente tesis en la cual se establece la vinculación de la cláusula de arbitraje al fideicomitente como el único responsable de las actuaciones que surgen dentro del cumplimiento de los fines del fideicomiso principal.

Los métodos utilizados en la presente investigación fueron el método analítico, sintético, deductivo, inductivo y comparativo, las técnicas utilizadas fueron las bibliográficas y las documentales. Las teorías que se fundamenta la presente investigación son la teoría de los actos propios y la teoría quien toma el botín toma la carga.

En la actualidad el fideicomiso está abarcando más mercado a través de los bancos del sistema motivo por lo cual es necesario que los individuos puedan determinar cómo funcionan ciertas partes contractuales que contienen los negocios jurídicos que puedan surgir dentro de un fideicomiso como contratos accesorios.

CAPÍTULO I



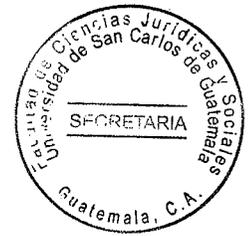
1. Fideicomiso

Esta figura jurídica mercantil es un contrato que surge en el derecho anglosajón con el *trust*, hasta la actualidad que es una de las opciones que ha tomado mucha aceptación en el territorio de la República de Guatemala por su utilidad y funcionamiento ya que los bancos del sistema lo utilizan para sus múltiples servicios financieros.

1.1. Antecedentes históricos

Es de vital importancia que para poder abordar el tema de la presente tesis se realice una breve reseña histórica de los antecedentes de la figura jurídica del fideicomiso para comprender esta figura jurídica que se encuentra establecida en la legislación guatemalteca y el surgimiento de este contrato mercantil, que ha sido creado para cubrir necesidades básicas para el desarrollo del derecho.

“Aún no se ha podido establecer exactamente cuáles son los antecedentes de la figura del fideicomiso como contrato mercantil en la actualidad ya que es tan flexible y se adecua a necesidades de los negocios contemporáneos así como que puede utilizarse para cumplir con determinadas finalidades, los autores atribuyen su origen a diversos contratos y negocios cuyo surgimiento se dieron en roma, el imperio germánico o en Europa con el surgimiento del *common law* relativas al mandato o en derecho ingles



moderno con el trust”.¹

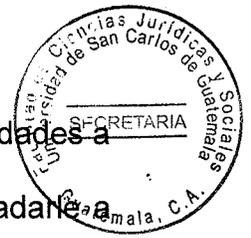
Por ende se estima necesario analizar las épocas y negocios que pueden servir como antecedentes al fideicomiso, iniciando con el antiguo derecho romano nuevamente ya que en el momento en que se desarrolló el Imperio Romano la gran parte de las instituciones jurídicas surgieron de este derecho antiguo, en el presente caso el fideicomiso se asocia con las figuras del *fideicomisumm* y el *pactum fiducia* que surge como negocio de confianza y se podría decir que es el vestigio más lejano que concuerdan con lo que hoy en día es.

“El *fideicomisumm* nace en el ámbito del derecho sucesorio para evadir las reglas de la sucesión y de los testamentos ya que en ese entonces existían muchas limitantes para poder adquirir bienes por testamento para lo cual el testador deseaba beneficiar a un sujeto que era incapaz de poder ser beneficiario, entonces este instituía a una persona que si tenía las facultades para hacerlo y encargaba que a través de este llegara la herencia a la persona que tenía limitante”².

Este *fideicomisumm* consistía esencialmente en un encargo y necesariamente la persona que confiaba los bienes lo hacía necesariamente a una persona de confianza ya que debía mediar la moral y buena fe, en donde no existe una acción judicial o sanción legal aplicable a los herederos que no dieran cumplimiento a la encomienda realizada.

¹ Rodríguez Azuero, Sergio. **El negocio fiduciario en la legislación bancaria colombiana**. Pág.7

² **Ibíd.** Pág.11



“El *pactum fiduciae*, nace de la necesidad de encargar los negocios y las propiedades a una persona de confianza al momento de que se daba la necesidad de trasladar a otra parte por un tiempo indeterminado, nuevamente se establece que la persona entregaba sus bienes a una persona en la que confiaba para que este los administrará hasta su regreso, encargando los bienes únicamente a fines determinados”.³

En el derecho germánico el antecedente del fideicomiso se encuentra en el *treuhand* o *salman* figura que surge nuevamente del derecho sucesorio en donde el propietario de bienes transmitía en vida estos a un albacea para que al momento de su muerte cumpliera con los fines determinados.

En el *common law* legislación anglosajona no existía un contrato que sea acertado al fideicomiso, sin embargo la esencia de este contrato se encuentra en el mandato con el *use* mediante el cual se entregaban bienes, al principio solo fueron bienes muebles, posteriormente se realizó con bienes inmuebles, con la condición de ser retornados, este *use* se otorgaba a personas de confianza ya que el beneficio era para el que transmitía y en ocasiones existían ordenes o ruegos de que al fallecer el titular, los bienes fueran entregados a los beneficiarios. Este además sirvió de antecedente del *trust* que se analizará a continuación.

El *trust* se puede definir o indicar que el mismo consiste en; “...que una persona propietaria de bienes inmuebles y denominada *settlor*, traspasa a otra denominada *feoffe to use* el dominio sobre sus bienes o parte de ellos con el acuerdo entre las

³ *Ibíd.* Pág.30.



partes de que aun cuando el *feoffe to use* sea el propietario legítimo de esos bienes, una tercera persona denominada *cesturi* que tendrá el derecho de gozar y disfrutar de todos los derechos y prerrogativas del verdadero propietario de dichos bienes.”⁴

Por lo anterior se puede establecer que en el derecho anglosajón existe el equivalente al fideicomiso latino, ya que esta figura cumple con los mismos presupuestos al momento de trasladar el dominio de los bienes, así como el encargo de realizar lo encomendado con la obligación o promesa de devolución de dichos bienes.

La aplicación del fideicomiso en el continente americano, se puede establecer que las primeras legislaciones en adoptar la figura jurídica del fideicomiso son la panameña en mil novecientos veinticinco y la mexicana en 1969, dejando fuera a Estados Unidos cuya legislación ya contenía al *trust* por la influencia de Inglaterra en su legislación.

No está por demás recordar al jurista panameño Ricardo Alfaro el cual se convirtió en el precursor del fideicomiso en América Latina, ya que en una obra publicada en mil novecientos veinte reconoce la necesidad de introducir en la cultura de los pueblos latinos una figura semejante al *trust* del derecho anglosajón.

Fue hasta 1924 que con la creación de la Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios que se crearon los bancos del fideicomiso para la utilización de la figura del fideicomiso, debiendo destacarse que su creación no fue como una institución de derecho civil sino exclusivamente como negocio de

⁴ Turuhpial Cariello, Héctor. **El Fideicomiso, contratos bancarios**. Pág.35.

establecimientos bancarios.



Para los mexicanos es un gran orgullo adjudicarse la autoría del contrato de fideicomiso, este país tuvo un gran desarrollo por más de 40 años, principalmente en la actividad desarrollada por los bancos, a través de medidas fiscalizadoras que imponían altas cargas tributarias por lo que su utilización se vio en descenso, sin embargo en la actualidad este contrato ha tenido un desarrollo tanto en su esencia como en su legislación con elementos tan propios como el comité técnico como un órgano colegiado para instruir al fiduciario.

Países como Venezuela, Ecuador, Paraguay, Perú, Colombia, Argentina y Uruguay actualmente cuentan con leyes sobre fideicomisos y la aplican igualmente a negocios jurídicos y en otros casos como el Salvador y Guatemala la legislación se ha limitado a regular el contenido del contrato.

Colombia se ha caracterizado en cuanto al fideicomiso en un análisis profundo de dicho contrato mercantil, su mayor expositor Sergio Rodríguez Azuero, es el jurista que ha realizado gran cantidad de artículos, obras y libros sobre los Negocios Fiduciarios.

“En el estado de Guatemala el fideicomiso, como varias instituciones jurídicas, surge con la promulgación de la Constitución Política de la República de Guatemala de 1945 en donde se introduce la institución en donde únicamente se regulaba que cualquier guatemalteco se encontraba facultado para constituir un fideicomiso. Las condiciones



para constituir este fideicomiso eran que debía estar autorizada por Notario Público mediante escritura pública y que con esto necesariamente debía actuar una entidad bancaria o crediticia en la constitución del mismo como fiduciario y el plazo del mismo no podía exceder de 25 años”.⁵

“Junto con la caída del gobierno de la revolución surgió la Constitución de la Contrarrevolución del gobierno de Castillo Armas en 1956 en la cual el fideicomisos no tuvo modificación alguna contemplando dicha institución en su Artículo 49. De un análisis de las dos constituciones se establece que la figura del fideicomiso tenía en esencia la configuración del *trust* anglosajón”.⁶

En ninguna de las dos constituciones relacionadas se daba una definición de la que era un fideicomiso, fue hasta el año de 1971 mediante el Decreto 1487 que contenía la Ley de Bancos de Ahorro y Préstamo para la Vivienda Familiar que el Congreso de la República en la literal B) del Artículo 18, dio una definición de lo que debía entenderse como fideicomiso.

Por la importancia que se le empezó a dar a la figura del fideicomiso en el Congreso Jurídico Guatemalteco de mil novecientos sesenta y dos se estableció la importancia de regular el mismo habiéndolo hecho en mil novecientos sesenta y tres presentando una propuesta ante el Congreso de la República la Ley de Fideicomisos, sin embargo esto no tuvo impacto a nivel político por lo que dicha ley nunca fue promulgada.

⁵ Vásquez Martínez, Edmundo. **Instituciones del derecho mercantil**. Pág. 565.

⁶ **Ibíd.** Pág. 566.



La legislación civil guatemalteca, era la que contenía en el Decreto Ley 106 Código Civil del gobierno del general Enrique Peralta Azurdía, incorporando el libro II, título II, CAPÍTULO IV el cual contenía los artículos del 560 al 578 en donde se regulaba el fideicomiso como una forma especial de propiedad, este tipo de legislación debía de modificarse necesariamente en el futuro ya que el contrato de fideicomiso no es una figura civil y tampoco existe una transmisión de propiedad como se entendía con la legislación relacionada.

Por ende esta legislación fue derogada con el Código de Comercio de Guatemala Decreto 2-70, el cual regula al fideicomiso como un contrato mercantil definiéndolo en su Artículo 766 como "Características. El fideicomitente transmite ciertos bienes y derechos al fiduciario, afectándole a fines determinados. El fiduciario los recibe con la limitación de carácter obligatorio, de realizar solo aquellos actos exigidos para cumplir los fines del fideicomiso."

Como se puede observar que el fideicomiso no es más que aquel negocio jurídico de índole mercantil en el cual el fideicomitente transmite sus bienes al dominio fiduciario, afectándolos para cumplir con fines determinados, y el fiduciario se encuentra limitado en cuanto que puede realizar actos que estén específicamente determinados por el fideicomitente en la constitución del fideicomiso.



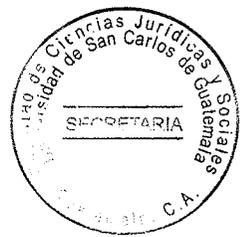
1.2. Naturaleza jurídica

De todos los autores y obras citadas anteriormente se puede establecer que estos han tenido una búsqueda exhaustiva de explicar la esencia del fideicomiso esto por su carácter *sui generis* y su gran aplicación a variedad de contextos. Existen juristas que comparan al fideicomiso haciendo referencia a un mandato irrevocable justificando que la naturaleza se da con el hecho que el fiduciario desempeña el cumplimiento de un mandato otorgado por el fideicomitente.

Otros autores lo califican como un contrato de patrimonio de afectación los cuales tienen su fundamento en el *trust* anglosajón en virtud que los bienes que son entregados son afectados por un tercero que tiene derecho sobre ellos con la limitación de cumplir con la afectación a la que fueron sometidos los bienes.

También se puede mencionar una teoría bastante aceptable la cual concibe el fideicomiso como un negocio jurídico compuesto por una relación de derecho real cuyo objetivo es la transferencia del dominio u otra de representación y cumplimiento de lo pactado al realizar los fines específicos encomendados.

Aunado a esto existen otras teorías como las del patrimonio autónomo, de la institución jurídica, la de transmisión de bienes, la del negocio fiduciario y aquella que concibe que es un acto unilateral, contrato testamentario, acto de comercio, entre otras, sin embargo, estas no tienen mayor relación con la legislación vigente en Guatemala por lo



que tratarlas no es de beneficio para la investigación.

En Guatemala la teoría que se adopta en la legislación es la del patrimonio de afectación siendo esta aquella teoría que consiste en “Esta teoría surge a partir de las críticas a la teoría clásica, en especial a lo relacionado con la conceptualización de la indivisibilidad e inalienabilidad del patrimonio además desvincula las nociones de patrimonio y personalidad sin dejar de dar importancia a la relación jurídica que los une. Considera que de hecho una persona puede tener distintos patrimonios en razón de que puede tener diversos fines jurídico-económicos por realizar, así como que dichos patrimonios, considerados como masas autónomas, pueden transmitirse por actos entre vivos.”⁷

Como se puede observar esta teoría alemana en si consiste que el patrimonio de afectación es un patrimonio separado del patrimonio general de la persona con algún propósito específico. El patrimonio de afectación se mantiene fuera del patrimonio del titular original y, si éste entra en concurso, quiebra o contrae dudas, dicho patrimonio afectado permanece intacto y destina a los fines que se le fueron asignados en su constitución.

1.3. Definición

El contrato de fideicomiso es denominado de muchas formas desde el derecho

⁷ <https://definicionlegal.blogspot.com/2012/06/teoria-del-patrimonio-afectacion.html?m=1> (Consultado: 25 de febrero de 2020)

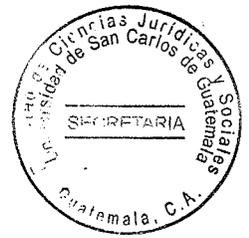


anglosajón que lo denomina *trust*, hasta en Latinoamérica donde es denominado además de fideicomiso como fiducia mercantil, sin embargo en todos los casos la etimología de este contrato tiene una coincidencia que se observa a continuación: *“Fideicomiso proveniente del latín fideicommissum, a su vez de fides, fe, y commissus, “comisión”, por lo que fideicomisos significa comisión o encomienda en fe o confianza. Fiducia proveniente del latín fiducia que significa confianza. Trust que en su simple traducción al español deviene la palabra confianza, su etimología proviene del germánico trust, que significa firme y este de una raíz indoeuropea del true que significa verdadero.”*⁸

La etimología necesariamente coincide con la historia del fideicomiso ya que este surgió como un acto de confianza en el que el propietario encomendaba la entrega de sus bienes a un tercero con la condición que le fueran devueltos o entregados a un tercero al momento de terminar el encargo, la confianza que se tenía en la persona a quien se le entregaban los bienes debía ser muy alta, la honradez y moralidad de quien los recibía debía ser intachable.

Lo anterior es muy importante porque el fideicomiso como acto de confianza, junto con los principios del derecho mercantil, son elementos subjetivos que tiene un valor demasiado alto en el actuar de los sujetos del contrato al momento de cumplir con esos fines por los cuales se constituye un fideicomiso, principalmente los fideicomisos de administración.

⁸ <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/1171-diccionario-juridico-mexicano-t-iv-e-h>
(Consultado: 27 de febrero de 2020)



El concepto de fideicomiso se define como: *“El Fideicomiso es un acto jurídico cuya celebración da lugar al nacimiento de derechos y obligaciones entre las partes, así como a la modificación y extinción de esos derechos y deberes. La relación jurídica fiduciaria entre el fideicomitente o sujeto creador, el fiduciario o ejecutor y el fideicomisario o beneficiario con el objeto o fin, conforme al acto jurídico del fideicomiso, establece hechos que vienen a ser causa u origen, por lo que, como todo acto jurídico, está reglamentado por la ley, que define su naturaleza, forma y efectos”*.⁹

El contrato de fideicomiso puede esquematizarse como un triángulo equilátero donde la base es la relación entre el dueño de los bienes (fiduciante) y las personas a las cuales ha elegido como destinatarias de los mismos (beneficiarios). Además, por un lado, el dueño los vincula con la persona o entidad a la cual va a transferir la propiedad de los bienes (fiduciario). Por el otro, el fiduciario queda ligado contractualmente a los beneficiarios en virtud de las estipulaciones del contrato que le obligan a mantener los bienes y darles el destino previsto por el fiduciante.

1.4. Elementos personales del fideicomiso

Se puede establecer que el contrato de fideicomiso como se menciona anteriormente es un triángulo equilátero que se encuentra compuesto por varias figuras jurídicas tales como el fideicomitente, fideicomisario, fiduciario y el beneficiario.

⁹ Roaladini, Jesus. **El fideicomiso mexicano**. Pág. 135.



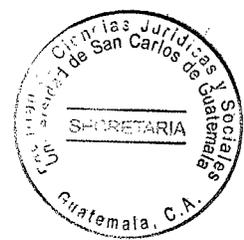
1.4.1. Fideicomitente

Se define como fideicomitente a: "... la persona física o moral que constituye un fideicomiso, para destinar ciertos bienes o derechos a la realización de un fin lícito y determinado, y encargar dicha realización a una institución de crédito".¹⁰

Como lo define el jurista mexicano el fideicomitente es la persona individual o jurídica, no excluyendo de esta figura al Estado, quien traslada sus bienes al Fiduciario y le instruye la forma o los fines de esta entrega y quien además puede adquirir la calidad de beneficiario. El fideicomitente se encuentra limitado en el sentido de que únicamente puede entregar al fiduciario aquellos bienes que son de su propiedad, ya que de conformidad con el Artículo 767 del Código de Comercio de Guatemala: "El fideicomitente debe tener capacidad legal para enajenar sus bienes..." al igual que el Artículo 464 del Código Civil: " La propiedad es el derecho e gozar y disponer de los bienes dentro de los límites y con la observancia de las obligaciones que establecen las leyes." Por esto se puede establecer que únicamente los propietarios pueden disponer de los bienes.

De lo anterior se establece que para poder aportar bienes a un fideicomiso el fideicomitente necesariamente tiene que tener la propiedad de los bienes que pretende aportar de no tenerla esta sería una limitante, otra limitante es el hecho de que si el fideicomitente es menor, incapaz o se encuentra ausente, sus representantes pueden constituir fideicomiso únicamente por orden judicial.

¹⁰ **Ibíd.** Pág. 28.



Un aspecto importante de mencionar es que la traslación de los bienes al fideicomiso, así como la devolución de estos bienes al fideicomitente se encuentran exoneradas de todo pago de impuestos.

1.4.2. Fiduciario

Se puede establecer que la figura jurídica del fiduciario se define de la siguiente manera: *“El fiduciario es quien adquiere los bienes y se compromete a administrarlos o enajenarlos para la consecución final señalada en el acto constitutivo. Es pues no solo un propietario frente a terceros, sino el ejecutor de la voluntad de constituyente expresada por acto entre vivos o por testamento”*.¹¹

Como se observa el fiduciario es quien adquiere los bienes para administrarlos o disponer de ellos según el acto constitutivo, cabe destacar que en la legislación vigente en Guatemala únicamente podrán actuar como fiduciarios los bancos del sistema e instituciones de crédito, según lo establecido en el Artículo 768 del Código de Comercio: *“Solo podrán ser fiduciarios los bancos establecidos en el país. Las instituciones de crédito podrán asimismo actuar como fiduciarios, después de haber sido autorizadas especialmente para ello por la junta monetaria.”*

Como se ha indicado, el actuar del fiduciario se encuentra limitado, en lo que el fideicomitente le ha encomendado, en esta virtud si existiere abuso por parte del

¹¹ Rodríguez Azuero, Sergio. **Op. Cit.** Pág. 225



fiduciario el fideicomitente y fideicomisario pueden exigirle la reparación de los daños y perjuicios que pueda haber ocasionado con el abuso cometido.

Por último, el fiduciario debe identificarse como tal e indicar en que calidad actúa en todo acto o contrato que otorgue en virtud de la ejecución del fideicomiso. Además se encuentra obligado a llevar una cuenta detallada de su gestión en forma separada a sus demás operaciones, es por ello que en Guatemala la Superintendencia de Administración Tributaria autoriza la asignación de un Número de Identificación Tributaria –NIT- a favor del contrato de fideicomiso a efecto de que la contabilidad sea tramitada por separado.

1.4.3. Fideicomisario

Con relación al beneficiario o fideicomisario se define de la siguiente forma: “Es una persona natural o jurídica, de naturaleza pública o privada, en cuyo provecho se desarrolla la fiducia y se cumple la finalidad perseguida. El beneficiario puede ser cualquier persona jurídica individual o colectiva capaz de adquirir derechos, aunque no lo sea para administrarlos por sí misma, por ser, dígase, incapaz de expresar una declaración válida de voluntad.”¹²

El fideicomisario es la persona individual o jurídica en cuyo provecho se desarrolla la actividad del fideicomiso, lógicamente para ello debe de tener capacidad para adquirir

¹² Peña Nossa, Lisandro. **De los contratos mercantiles, nacionales e internacionales – negocios del empresario.** Pág. 433.



derechos. El fideicomitente y fiduciario pueden coincidir como una sola persona en el fideicomiso.

Según el Artículo 769 del Código de Comercio de la República de Guatemala establece: "El fideicomisario puede ser cualquier persona que, en el momento en que de acuerdo con el fideicomiso le corresponde entrar a beneficiarse del mismo, tenga capacidad de adquirir derechos. No es necesario para la validez del fideicomiso que el fideicomisario sea individualmente designado en el mismo, siempre que en el documento constitutivo del fideicomiso se establezcan normas o reglas para su determinación posterior. El fideicomitente podrá designare a sí mismo como fideicomisario. El fiduciario nunca podrá ser fideicomisario del mismo fideicomiso."

Como se puede establecer el fideicomisario no es más que aquella figura que surge como beneficiario del fideicomiso, en el caso de Guatemala el fideicomisario según la legislación actual puede ser también el fideicomitente, lo que si no puede ser es el fiduciario ya que es la persona que estará encargada del patrimonio afectado.

En el caso de los menores, estos pueden adquirir la calidad de fideicomisarios, toda vez que tienen capacidad de goce inherente a la persona humana, siendo esta la única condición exigida por la ley guatemalteca.



1.5. Clases de fideicomisos

La variedad para la creación de fideicomisos es muy amplia en virtud de la flexibilidad de la figura del fideicomiso y la autonomía de la voluntad, desarrollada por la inventiva y creatividad tanto de los notarios que autorizan los contratos como de los comerciantes que utilizan esta figura para sus negocios comerciales, esta amplitud se limita únicamente en cuanto al cumplimiento de normas generales como las buenas costumbres y el objeto lícito.

De lo anterior se han desarrollado un sin número de tipos de fideicomiso, de los cuales podemos destacar los siguientes:

1.5.1. Fideicomiso de inversión

En los cuales el fideicomisario autoriza al fiduciario la inversión del patrimonio aportado al fideicomiso con el objeto de que este realice operaciones de inversión a efecto de que las utilidades aumenten el patrimonio fideicometido en beneficio de los fideicomitentes.

1.5.2. Fideicomiso de administración

Este tipo de fideicomiso es aquel donde el fideicomitente traspasa bienes y derechos de su propiedad al fiduciario, con el propósito de que estos últimos los administren de



una forma eficiente y segura que permita obtener el máximo rendimiento económico posible. Generalmente, en el mismo contrato de constitución de fideicomiso se establecen las instrucciones específicas al fiduciario de la administración o inversión de los bienes fideicometidos.

1.5.3. Fideicomiso de garantía

A través de este fideicomiso el fideicomitente entrega sus bienes al fiduciario para que este garantice el cumplimiento de una obligación y si se diera el incumplimiento pueda promover la venta de estos bienes para el cumplimiento de la obligación.

1.5.4. Fideicomiso sucesorio

La esencia del *trust* anglosajón en cuanto a que su finalidad es el evitar los procesos sucesorios en la cual permite al fideicomitente el adquirir en vida los productos del patrimonio aportado al fideicomiso y a su muerte que los beneficiarios o fideicomisarios designados disfruten de estos.

1.5.5. Fideicomiso de administración patrimonial

Una mezcla muy interesante del fideicomiso de administración, inversión y sucesorio mediante el cual el fideicomitente planea su retiro mediante la administración de sus bienes por parte del fiduciario con el fin de generar inversión para que le sean



retribuidas utilidades y acrecentar el patrimonio fideicometido a efecto de disfrutar tranquilamente su retiro y al momento de fallecer disponer de sus bienes de la forma que fue pactado en el contrato de fideicomiso. En la actualidad los bancos del sistema están utilizando esta figura mercantil para sustituir las disposiciones de última voluntad como lo son el testamento y la donación por causa de muerte.



CAPÍTULO II

2. Arbitraje

Para sumergirse en el mundo del arbitraje es primordialmente necesario hacer una breve reseña histórica de la evolución para poder determinar su concepto. Por tanto, se establece en relación al arbitraje que ha sido una de las formas más primitivas de resolver conflictos jurídicos entre las personas siendo su origen antiguo, tal como se ve demostrado en las inscripciones babilónicas, los relatos bíblicos y el sistema que se utilizó en el sistema romano el cual tenía referencias del arbitraje.

2.1. Antecedentes históricos

Se atribuye a la época primitiva de la sociedad como precursora de imponer a diferir a terceros la solución de los conflictos, para mantener el orden social los conflictos que surgían eran resueltos por un tercero, y si estos aceptaban esta decisión se estaba frente a un acuerdo arbitral.

Se manifiesta que “basta detenerse un instante en los hechos que se realizan en la sociedad, en la manera como se acostumbran a tratar entre si sus individuos, y terminar las divisiones que los separan, para comprender que el arbitraje ha debido ser una de las primeras necesidades y de las primeras prácticas de la humanidad.”¹³

¹³ Caravantes y Jose de Vicente. **Tratado histórico, crítico y filosófico de los procedimientos judiciales en materia civil según la nueva ley de enjuiciamiento.** Pág. 11



De esta forma se puede mencionar las sociedades en el patriarcado que el patriarca con sus consejos el culto a la sabiduría de la ancianidad, el respeto por el padre o cabeza de familia, la misma relación paternal y los vínculos provenientes de la amistad, sugirieron nuevas horas de conciliación y avenimiento.

También en la antigua china la mediación era el principal recurso para resolver desavenencias. Según Confucio, la resolución óptima de una desavenencia se lograba a través de la persuasión moral y el acuerdo, y no bajo la coacción. Confucio hablaba de una armonía natural en las relaciones humanas, que no debía interrumpirse. La auto-ayuda unilateral y la intervención de un adversario ponen fin a una relación armoniosa, y por lo tanto serían de antítesis de la paz y la comprensión, que constituyen la esencia del pensamiento de Confucio.

Según los el cristianismo los hebreos en el antiguo testamento se puede establecer que han existido en varias ocasiones la utilización del arbitraje y la mediación, por ejemplo en el libro de génesis hay un caso resuelto mediante ese sistema entre Jacob y Laban.

En el antiguo testamento existe un caso interesante e ilustrado en el capítulo XVII del libro de "Éxodo" versículo décimo tercero al vigésimo séptimo establece lo siguiente:

"13) Al día siguiente Moisés se sentó a despachar las causas del pueblo; el cual estaba alrededor de él desde la mañana hasta la noche. 14) Lo que observado por su suegro, es saber, que acudía a todas las cosas del pueblo dijo: ¿Qué viene a ser eso que prácticas con el pueblo?. ¿Por qué eres tú solo en dar audiencia, y está esperando



desde la mañana hasta la noche?. 15) Respondió Moisés: viene a mi pueblo a fin de oír la determinación de Dios.

16) y cuando se suscita entre ellos algunas diferencias, acuden a mí para que decida entre las partes y les haga conocer los preceptos de Dios y sus leyes. 17) No haces bien en eso, replicó Jetro. 18) con trabajo tan ímprobo te consumes, no solamente tú sino también este pueblo que te rodea, es empeño superior a tus fuerzas; no podrás sobre llevarlo tú solo. 19) Escucha pues mis palabras y consejos y Dios será contigo. Sé tú medianero del pueblo en las cosas pertenecientes a Dios, presentándoles las suplicas que se le hacen. 20) y enseñad al pueblo las ceremonias y ritos del culto divino y el camino que deben practicar.

21) Para los demás, escoge de todo el pueblo sujetos de firmeza y temerosos de Dios, amantes de la verdad y enemigos de la avaricia, y de ellos estableced tribunales, centuriones y cabos de cincuenta personas y de diez; 22) Los cuales sean jueces del pueblo continuamente. Y si ocurre alguna cosa grave, remítanla a ti, sentenciando ellos las de menor importancia; y así será para ti más llevadero la carga, partiéndola con otros. 23) Si esto hicieron cumplirás las ordenes de Dios y podrás cuidar que se ejecuten sus preceptos, y toda esa gente se volverá en paz a su morada. 24) Oídas estas razones, Moisés hizo todo lo que su suegro le había sugerido.

25) Y habiendo escogido de todo Israel hombres de pulso y firmeza, los constituyó jefes del pueblo, tribunales o centuriones, y capitanes de cincuenta hombres, y de diez,



odecuriones. 26) los cuales administraban justicia al pueblo en todo tiempo, y las causas más graves las remitía a Moisés, juzgando ellos las más fáciles. 27) Después de esto, se despidió de su suegro, el cual se volvió a su país”.¹⁴

Los primitivos cristianos sometían sus diferencias al fallo de sus propios obispos; la generalización de esta práctica dio origen a los tribunales eclesiásticos, que los poderes públicos reconocen oficialmente en tiempo de Constantino y que subsisten actualmente.

La conciliación, y la mediación son parte central de los valores bíblicos del perdón, la reconciliación, y la comunión. Existen infinidad de bases bíblicas acerca de estos valores. Existe aprobación del creador para aquellos mediadores capaces de propiciar la coexistencia pacífica.

Al igual en la antigua Grecia donde encontramos a los mayores exponentes en filosofía se pronuncian en cuanto al arbitraje como: “Ser ecuánime es ser indulgente con las debilidades humanas; es considerar no la ley, sino el legislador; no la letra de la ley, sino el espíritu del que ha dictado no la acción, sino la intención; no la parte, sino el todo; no lo que el sujeto es actualmente, sino lo que ha sido siempre o la mayor parte de su vida. Asimismo, es acordarse del bien que se nos ha hecho antes que del mal; de los beneficios que hemos recibido, antes que los servicios que hemos prestado. Ecuanimidad es saber soportar la injusticia. Es consentir que un diferendo se resuelva más por las palabras que por la acción; preferir remitirse a un arbitraje antes que al

¹⁴ La santa biblia. Pág. 733



juicio de los tribunales, pues el árbitro ve la equidad y el juez sólo la ley; por otra parte, el árbitro no fue instituido sino para dar fuerza a la equidad”.¹⁵

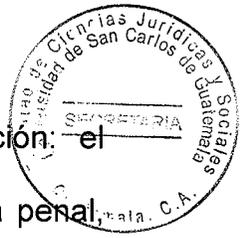
En toda la historia de Grecia se encuentra la figura del arbitraje, la mediación y la conciliación, esta evoluciono e influyó directamente al derecho romano.

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

Se puede establecer que los términos laudo, arbitraje, árbitros, compromiso arbitral, son términos latinos romanos. La figura tal como la concebimos en todas las legislaciones del mundo, se basa en la concepción romana de la institución que se utilizó como auxiliar y coadyuvante de la administración de justicia.

Se expone que en cuanto a los procedimientos en la antigua Roma lo siguiente: “Estos procedimientos terminan cuando los jueces dejan de ser elegidos por las partes y pasan a ser nombrados soberanamente por el pretor. En forma paralela a los procedimientos antes mencionados se desarrolla en Roma el arbitraje privado como un modo extrajudicial de terminar los litigios. Las personas, por simple acuerdo entre ellas, pueden encargar el fallo de una contienda a un particular cualquiera. El arbitraje

¹⁵ Aristóteles. **Retórica**. Pág.159.



privado se verifica en virtud de los pactos pretorios, protegidos por acción: el compromiso y el *receptum arbitrii*. El compromiso era un pacto, con cláusula penal, mediante el cual dos contendientes acuerdan encomendar la resolución de un litigio, no al fallo de la autoridad pública competente, pretor o magistrado municipal, en combinación con el juez privado que se nombraba o confirmaba, a la decisión de un particular denominado árbitro. Se podía hacer compromiso sobre cualquier materia, a menos que afectará el orden público, el estado de las personas, o que tuviera por objeto un *restitutio in integrum*. (Esta es la base actual de las materias que puedan someterse al arbitraje en todos los tiempos y legislaciones del mundo).¹⁶

En la edad media se introduce importantes modificaciones con el nacimiento del feudalismo; los señores feudales atemorizados del poder real, prefería a menudo, someter las cuestiones al juicio de árbitros más bien que dirigirse a la corte. De esta manera el arbitraje resultó frecuentemente utilizado entre los más altos personajes del feudalismo, contemporáneamente al reinado de los primeros Capetos. Es así cuando la autoridad del rey y las de su corte de justicia fueron aceptadas uniformemente, los casos de arbitraje resultaron menos frecuentes.

La Justicia en la Edad media tiene un carácter marcadamente arbitral porque los estados carecen de una organización estable y la autoridad de los poderes públicos era casi nula. Los burgueses, comerciante y artesanos buscaba la justicia en los gremios antecedentes de las cámaras de comercio, a medida que los poderes reales se

¹⁶ Rivera Neutze, Antonio Guillermo. **Arbitraje & conciliación alternativas extrajudiciales de solución de conflictos**. Pág. 32.

robustecían, el arbitraje se fue sometiendo a la monarquía o por menos delegados y muchas veces, hasta que se le sustituía con la justicia pública.



En España en el tiempo de los visigodos, era noble por su adelanto debido a la influencia de la Iglesia, ha quedado un monumento legislativo denominado fuero juzgo como el más ilustre y glorioso de su especie, atribuido a los padres de los concilios toledanos, “Según este estatuto los jueces eran nombrados por el monarca que delegaba en ellos las atribuciones privativas de administrar justicia; pero también se facultaba a las partes para que eligieran jueces árbitros compromisorios. Las diferentes clases de jueces que existían en esta época son los admitidos en la ley 25, título 1, libro II, del Fuero Juzgo. El fuero Juzgo también admite un tipo de arbitraje amigable o de avenencia, lo cual aparece en Libro II Título 1, Ley 26”.¹⁷

En cuanto a materia mercantil, donde la rapidez es imprescindible, se emitieron las “Ordenanzas de Bilbao”, aprobadas y confirmadas por Felipe V en el año mil setecientos treinta y siete, la cual establecía que todas las compañías tenían la obligación de incluir una cláusula compromisoria en sus contratos y someterse a arbitraje en caso de conflicto, en esta misma época se puede mencionar que existieron Consulados de Comercio dentro de los cuales se podía destacar los de Lima, México y Guatemala, creados en mil setecientos noventa y tres y en mil setecientos noventa y cinco la de Cartagena de Indias, las cuales sus principal función era de servir de tribunales especializados para la resolución de diferencias y pleitos de los comerciantes y los asuntos de Comercio.

¹⁷ Rivera Neutze, Antonio Guillermo, **Op. Cit.** Pág. 35.



Es como se puede observar que las figuras de árbitros de derecho y equidad, compromiso arbitral, laudo y otras disposiciones derivaron del derecho español, que a su vez se derivó del derecho romano. El derecho español influyó en las legislaciones de Latinoamérica por esta razón se posee en América Latina los países poseen legislaciones con las mismas raíces.

En la república de Guatemala se encuentra como primer vestigio del arbitraje la Ley de Enjuiciamiento del Código de Comercio Español de mil ochocientos veintinueve, el cual estuvo vigente hasta la promulgación del Código de Comercio de Guatemala en mil ochocientos setenta y siete. En el título sexto de la ley de enjuiciamiento del Código de 1829 contiene el Juicio Arbitral que establece en su Artículo 252, “Toda contienda sobre negocios mercantiles puede ser comprometida al juicio de árbitros...”. También se puede mencionar el Artículo 288 del mismo cuerpo legal que establece la figura del arbitraje de derecho y en el 296 que establece lo siguiente: “Los comerciantes podrán también comprometer la decisión de sus contiendas en amigables componedores...”.

Como último antecedente de la vigente Ley de arbitraje se tiene el proceso arbitral estuvo posteriormente regulado por el Código Procesal Civil y Mercantil (Decreto Ley 107 desde el 1 de julio de 1964) del Artículo 269 al 293, adicional a este el Decreto Ley 106 regulaba el contrato de compromiso arbitral del Artículo 2170 al 2177. Para lo cual se puede concluir que con todos los antecedentes históricos y legales correspondientes en la actualidad el derecho de arbitraje se encuentra regulado en el Decreto 67-95 del Congreso de la República Ley de Arbitraje.



2.2. Naturaleza jurídica

Para definir la naturaleza jurídica de la figura del arbitraje es necesario mencionar que existen varias teorías que explican su origen de las cuales son la doctrina contractual, la doctrina jurisdiccional y la doctrina mixta.

2.2.1. Doctrina contractual

Se define como “La voluntad de las partes, se puede establecer que esta teoría nos enfoca en el punto de vista en el cual el arbitraje es una voluntad de las partes manifiesta en un contrato, afirma que el compromiso arbitral tiene origen *a priori* o a *posteriori* en un contrato. Tesis bien fundamentada, pues el origen arbitral deriva del principio de la autonomía de la voluntad.”¹⁸

Bajo esta premisa entran en juego las normas y principios relacionados al negocio jurídico. El objeto debe ser lícito, determinado y posible; la manifestación de voluntad libre de vicios del consentimiento error, dolo, violencia y coacción.

2.2.2. Doctrina jurisdiccional

Esta teoría sostiene que el arbitraje tiene un carácter de juicio y por ende tiene naturaleza jurisdiccional.

¹⁸ Benetti Salgar, Julio. **El arbitraje en el derecho colombiano**. Pág. 25.



Esta doctrina, explica que, si bien es cierto que deriva de un contrato, los árbitros desempeñan funciones jurisdiccionales como tal son independientes y autónomos y sin otras consideraciones que su conciencia y la ley. Desempeñan las funciones de un juez y sus resoluciones tienen carácter de verdaderas sentencias. Se sostiene que a raíz de lo mencionado se traduce en una completa sustitución de la jurisdicción del Estado en otra jurisdicción creada por las partes, pero reconocida y estimulada por el Estado, la cual contiene la misma eficacia que la sustituida.

2.2.3 Doctrina mixta

Teoría que sostiene que entre las dos doctrinas contractualista y jurisdiccionalista, se ha situado una tercera, que opone a la primera la objeción de no tomar en cuenta que el laudo sin el efecto ejecutorio no es sentencia, ya que le falta la eficacia ejecutoria, sino también y sobre todo la calidad de obligatoria, y que objeta a la segunda que no distingue entre intensidad y naturaleza de la función desplegada por los árbitros, ya que, si el poder de ellos sería menos que el de los jueces ordinarios. Por lo tanto, los árbitros tienen la potestad como la ley lo reconoce de ejercer jurisdicción por una concesión muy especial y temporal del Estado, y por ende pueden emitir una resolución con efectos idénticos a una sentencia que se denomina Laudo. De tal manera que esta doctrina señala que el arbitraje es una institución que debe caer dentro de la órbita del derecho jurisdiccional, pero derivada de una relación contractual.

Ya definidas las teorías que explican la naturaleza jurídica del arbitraje en la legislación



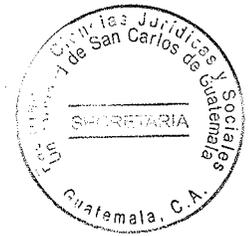
guatemalteca, tomamos como punto de partida para adoptar una teoría que es imprescindible para utilizar esta figura jurídica, una cláusula compromisoria la cual es eminentemente contractual, al igual que se puede observar que el proceso arbitral no tiene posibilidades de emitir por sí mismo providencias cautelares, ni de ejecución por sí sólo, el ámbito de su desarrollo sería el de un proceso o juicio de conocimiento, auxiliado por la jurisdicción judicial para lograr dichas medidas.

En el estado de Guatemala los árbitros no integran, ninguna organización estatal; por tanto, sus integrantes no son auxiliares de la justicia, ni funcionarios públicos. Para lo cual se llega a la conclusión que el arbitraje en la legislación de Guatemala tiene un fundamento contractual porque depende del consentimiento de ambos contratantes, o del acuerdo concertado al efecto. Esta libertad tiene límites, provenientes del orden público basado en ciertas materias que devienen incompatibles y no pueden someterse a arbitraje.

2.3. Definición

Para poder definir una figura jurídica es necesario tomar en cuenta su Etimología siendo la del arbitraje derivada del latín *arbiter-aje* que significa el que puede decidir o hacer una cosa sin dependencia de otros.

Al igual que su origen etimológico surgen varias definiciones de autores latinoamericanos de los cuales mencionaremos a los autores más importantes en



cuanto a derecho de arbitraje.

Se define al proceso arbitral como “Un procedimiento sui generis, mediante el cual por expresa voluntad de las partes, se difiere la solución de conflictos privados transigibles, a un cuerpo igualmente colegiado integrado por árbitros, los que transitoriamente quedan investidos de jurisdicción para proferir un laudo con la mismo categoría jurídica y los mismo efectos de una sentencia judicial”.¹⁹

También se define como “El arbitraje es la solución de conflictos por medio de un tribunal de arbitramento compuesto por particulares, quinees no tienen la investidura de jueces del estado ni ninguna otra de carácter oficial, aunque adquieren la primera para efectos de adelantar y fallar el proceso que se someta a su jurisdicción , desplazando naturalmente a los jueces normales y ordinarios en el conocimiento de dicha cuestión, los cuales, sin embargo; conservan jurisdicción y competencia para actuar en otros conflictos distintos de aquellos que en cada caso se llevan a la justicia arbitral”.²⁰

Se puede establecer que las características más importantes del arbitraje son la rapidez, especialización y confidencialidad esto surge con la finalidad que las partes que se obligan a una cláusula de arbitraje desean que sus controversias se resuelvan de la forma más rápida y ágil posible, así como que nadie se entere de la situación, ya que en los órganos tradicionales la información es publica y al final se puede observar que los tribunales de equidad son más especializadas ya que estos se encuentran

¹⁹ Gil Echeverry, Jorge Hernán. *Revista de la cámara de comercio de Bogotá*. Pág. 17.

²⁰ Benetti Salgar, Julio. *Op Cit*. Pág. 4.



conformados por personas que no necesariamente son profesionales del derecho, sino expertos en diferentes ramas de la ciencia, esto hace que se pueda utilizar diferentes razonamientos.

Para tal efecto se concluye que el arbitraje no es más aquel acuerdo de voluntades de donde las partes acuerdan dilucidar cualquier controversia que se pueda originar de un negocio jurídico en el cual, se resolverá extrajudicialmente por tribunales especiales, distintos de los establecidos permanentemente por el Estado, elegidos por los propios interesados, por la autoridad judicial en subsidio o por un tercero en determinadas ocasiones.

2.4. Características del arbitraje

“Entre las características más principales del arbitraje se pueden mencionar las siguientes:

- Rapidez, frente a un procedimiento judicial que ya en una única instancia resuelta largo y torturoso, contra las sentencias dictadas por los jueces en primera instancia se pueden presentar sucesivos recursos, lo que hace que estos procedimientos puedan llegar a eternizarse. El arbitraje, sin embargo, ofrece un método rápido y flexible basado en la autonomía de la voluntad de las partes, que deciden cómo y cuándo resolverlo.
- Especialización, la complejidad que alcanzan en multitud de ocasiones las controversias surgidas de las relaciones con clientes y proveedores requiere de



árbitros cualificados que conozcan el sector y su problemática, y que tengan la formación adecuada para resolver la controversia.

- Confidencialidad, a diferencia de las resoluciones judiciales que son públicas, las partes pueden pactar la confidencialidad de todo cuanto se trate bajo el paraguas de un procedimiento arbitral.”²¹

2.5. Clases de arbitraje

El arbitraje por ser una figura jurídica bastante extensa y de múltiple funcionalidad en cuanto a las materias que pueden ser susceptible y quienes la pueden utilizar se puede dividir según quien lo administra, por su origen, por su procedimiento y por la rama del derecho que pertenece.

2.5.1. Arbitraje *ad hoc*

Es aquel que se realiza caso por caso por árbitros independientes, cuya actividad se agota en el laudo respectivo, y para el efecto se termina la jurisdicción transitoria que para el efecto le ha concedido la ley, mediante la voluntad de las partes, por lo mismo desaparece definitivamente con la desintegración de sus miembros.

²¹ <http://www.legaltoday.com/practica-juridica/civil/arbitraje/el-arbitraje-como-metodo-alternativo-de-resolucion-de-conflictos-con-clientes-y-proveedores> (Consultado: 27 de febrero de 2020)



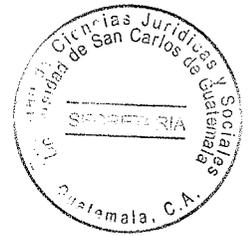
2.5.2. Arbitraje institucional

Es aquel en donde una institución de carácter permanente muchas veces denominada centro o corte administra procesos arbitrales, se encarga de promover el arbitraje y darle apoyo necesario tanto a los interesados de darle este tipo de solución de sus diferencias como el tribunal arbitral cuando este se ha constituido, bien sea designado por el propio centro o privadamente por las partes, que luego acuden al centro para que administre el arbitraje.

Este es el caso de Guatemala que existen dos centros de arbitraje como lo son el centro de arbitraje y conciliación de la cámara de comercio de Guatemala CENAC y el comisión de resolución de conflictos de la cama de industria de Guatemala CRECI, uno de la cámara de comercio de Guatemala y el otro por la cámara de la industria de Guatemala.

2.5.3. Arbitraje voluntario

Este se deriva únicamente de la voluntad de las partes y se manifiesta al otorgar el compromiso arbitral. Anteriormente a él, no existe ninguna convención por lo que cualquier parte puede exigirlo.



2.5.4. Arbitraje forzoso

Se opone al anterior y se hace obligatorio cuando la ley lo impone como un medio para solucionar un conflicto, o cuando las partes pueden exigirlo con base a un convenio anterior.

2.5.5. Arbitraje de derecho

Es aquel por medio del cual los árbitros deben de desempeñar su función juzgando y fallando conforme a derecho, adecuando el fallo a las leyes y el procedimiento también.

Se requiere en este tipo de arbitrajes que los árbitros sean abogados y notarios.

2.5.6. Arbitraje equidad

Este proceso arbitral no está rigurosamente sujeto a reglas procesales estrictas, los árbitros fallan según su ciencia y conciencia. No necesariamente deben los árbitros ser abogados.

2.5.7. Derecho público

Se refiere a arbitrajes en donde intervienen los intereses públicos y nacionales, así como el Estado en su totalidad, tales como el arbitraje resuelto entre Chile y Argentina por el diferendo territorial de la Laguna del desierto.

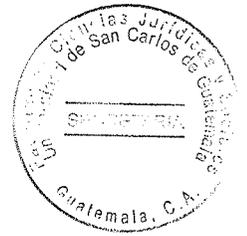


2.5.8. Derecho privado

Tradicionalmente, se considera como las dos ramas que conforman el derecho privado el derecho civil y el mercantil. Cuando el proceso se refiere a normas sustantivas de derecho civil o mercantil se está en el proceso arbitral de derecho privado.



CAPÍTULO III



3. Acuerdo arbitral

Como se puede establecer en el capítulo anterior el derecho de arbitraje no es más que el derecho que poseen las partes de mutuo acuerdo convenir que se resuelva un conflicto sin la intervención de los órganos jurisdiccionales, así de esta forma el litigio que pueda surgir pueda ser resuelto por un árbitro o un tribunal arbitral, a partir de este convenio de mutuo acuerdo de las partes llamado acuerdo arbitral es la parte fundamental o es el requisito indispensable para que exista el derecho de arbitraje.

3.1. Definición

Se puede definir como: "Acuerdo en virtud del cual las partes de una relación jurídica determinada, contractual o no contractual, manifiestan la voluntad de someter las cuestiones litigiosas que hayan surgido o puedan surgir de aquella relación a la decisión de uno o más árbitros, con el propósito de resolver la controversia jurídica existente entre ellas."²²

En Latinoamérica se puede se ha definido como "El acuerdo arbitral es un acto jurídico que exterioriza la voluntad de las partes de someterse a arbitraje y, debido a la naturaleza contractual del arbitraje, es esa voluntad la que permite que se inicie y tenga lugar un procedimiento arbitral, renunciando por ende a la jurisdicción ordinaria como

²² <https://dej.rae.es/lema/convenio-arbitral> (Consultado: 28 de febrero de 2020)



forma de resolver las disputas. Fue reiteradamente decidido por la Corte Suprema que la sujeción al arbitraje importa la renuncia a la jurisdicción que ejercen los órganos del Poder Judicial”.²³

En Guatemala en el por el centro de arbitraje y conciliación de la cámara de comercio de Guatemala –CENAC-, lo define como: “Acuerdo de arbitraje, o simplemente Acuerdo, es aquel por virtud del cual las partes deciden someter a arbitraje todas o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual”.²⁴

Por lo cual se puede concluir que el acuerdo arbitral no es más aquel vínculo jurídico que las partes de mutuo acuerdo deciden dilucidar sus controversias por un órgano distinto a los órganos jurisdiccionales tradicionales, siempre y cuando la voluntad de las partes sea manifiesta y sin vicios del consentimiento.

3.2. Modalidades del acuerdo arbitral

Existen diversos puntos de vista en cuanto a las modalidades del acuerdo arbitral, pero se puede concluir que en generalidad se manifiestan dos tipos los cuales son la cláusula compromisoria y el compromiso arbitral.

En cuanto a las modalidades del acuerdo arbitral se expresa lo siguiente: “La forma

²³http://crecig.com.gt/sites/default/files/reglamentos_crecig/art_dac_arbitraje_revistaecuatorianaarbitraje_0.pdf (Consultado: 29 de febrero de 2020)

²⁴ Doctor Rafael Bernal Gutiérrez. **Arbitraje en Guatemala, apoyo a la justicia**. pág.98



clásica y tradicional de acceder al arbitraje en la generalidad de los sistemas legislativos era el compromiso; posteriormente, y con el ánimo de precaver la utilización de la fórmula arbitral para controversias futuras relacionadas con contratos, aparece en escena la cláusula arbitral, que, bien incorporada en el texto mismo del contrato o en hoja separada al mismo, implicaban la declinatoria de la jurisdicción ordinaria. No obstante, esta fórmula fue concebida y aún se mantiene en diversos sistemas, especialmente en Latinoamérica, como un precontrato, es decir, como una promesa de formalizar posteriormente y por la vía del compromiso el acuerdo para acudir a la vía arbitral, compromiso que se formaliza una vez surgida la controversia bien sea de manera voluntaria y en algunos sistemas por vía judicial forzosa, cuando dicha promesa no es cumplida de manera directa por las partes”²⁵.

Se define también a las modalidades de la siguiente forma: “Se reconocen dos tipos de acuerdos arbitrales. El primero y más común es un acuerdo para someter a arbitraje disputas futuras. Este tipo de acuerdo, por lo general se plasma en una cláusula arbitral o cláusula compromisoria dentro del contrato principal. El segundo tipo es un compromiso arbitral por el que se someten a arbitraje conflictos ya existentes”²⁶.

Se puede concluir luego de las definiciones brindadas por ambos autores que existen dos tipos de modalidades la cláusula compromisoria y el compromiso arbitral ambas guardan un mismo objetivo, el someter controversias a los árbitros, pero son diferentes ya que una contiene elementos genéricos, es decir, es a priori (cláusula compromisoria)

²⁵ Doctor Rafael Bernal Gutiérrez. **Op. Cit.** Pág. 100

²⁶ https://revistascolaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/revcolegio_notarios/article/download/21607/19261 (01 de marzo de 2020)



y la otra se concreta a elementos presentes, es decir, controversias que ya se están suscitando, o sea a posteriori (compromiso arbitral).

3.2.1. Compromiso arbitral

Se puede definir a la cláusula de arbitraje como aquella modalidad del acuerdo arbitral que se encuentra incorporada en un contrato que tendrá efectos a futuro de las controversias que puedan surgir dentro de la vida del contrato suscrito, y de esta forma se limita únicamente a las controversias de las obligaciones recíprocas que nacen a la vida jurídica a partir del negocio jurídico suscrito.

3.2.2. Cláusula compromisoria

El compromiso arbitral tal como se ha mencionada, es un contrato o convención cuyo objeto es sustraer total o parcialmente del conocimiento del juez diferencias que ya han surgido entre las partes. Se trata de una convención solemne, en cuanto ha de constar por escrito como requisito esencial, si bien, ya se ha indicado cuál es el adecuado alcance de término.

Estableciendo las dos modalidades del acuerdo arbitral es necesario desarrollar la cláusula compromisoria que es la base fundamental de la presente investigación se define de la siguiente forma: "Como su nombre lo sugiere es una estipulación, parte integrante de un contrato en virtud de la cual las partes resuelven que todas o algunas



de las diferencias que llegaren a surgir en relación con el mismo se sometan a la decisión arbitral. Dicha cláusula puede estar integrada dentro del mismo o en un documento separado dentro del cual se hayan efectuado modificaciones, adiciones, correcciones al texto de aquel. Téngase además presente que la cláusula arbitral no pierde su eficacia, salvo pacto en contrario de las partes, por el hecho de que frente a una eventual diferencia haya sido utilizada, esto es, no se agota o extingue por el hecho de una utilización que de la misma se haga como ocurre con el compromiso. Así las cosas, salvo pacto en contrario, podrán someterse a arbitraje todas y cada una de las diferencia que surjan durante la vida del contrato sin restricción alguna ni necesidad de nuevo pacto para cada oportunidad.”²⁷

- Requisitos de existencia de la cláusula compromisoria

Los requisitos de existencia, son aquellos sin los cuales el acto jurídico es inexistente. Estos están comprendidos por el consentimiento y el objeto que pueda ser materia del contrato. Por otro lado, los requisitos para que un acto jurídico sea válido se refieren al elemento formal, y la capacidad.

Se puede establecer que los requisitos *sine qua non* son el consentimiento, el objeto, la capacidad y el elemento formal; “a. Consentimiento Este es definido como el acuerdo de voluntades sobre la producción o transmisión de derechos y/u obligaciones. En la aplicabilidad del acuerdo arbitral, el consentimiento consiste en el acuerdo de las partes en someter al arbitraje una controversia, sea presente o futura. En materia de arbitraje,

²⁷ Doctor Rafael Bernal Gutiérrez; **Op. Cit.** pág. 103



el consentimiento debe ser claro, no puede suponerse. Debido a que el consentimiento de someter una controversia al arbitraje trae aparejada una renuncia clara y expresa de acudir a un tribunal estatal.

b. Objeto: El objeto como elemento de existencia “puede ser directo, que se refiere a la creación o transmisión de obligaciones y/o derechos. El objeto indirecto, por lado, es el objeto de la obligación, la cosa”. En la aplicabilidad del acuerdo arbitral, el objeto será la controversia que surja de una determinada relación jurídica. Para que un acuerdo arbitral sea válido, debe existir una relación jurídica definida entre las partes. El acuerdo debe relacionarse con una relación jurídica definida entre las partes. El acuerdo debe relacionarse con una relación jurídica específica que con frecuencia es un contrato. Además de la especificación del litigio por arbitrar, también pueden ser objeto del convenio la constitución del órgano, las normas aplicables y los procedimientos que se atenderán.

c. Capacidad: Es la aptitud para ser sujeto de derechos y obligaciones. Si una de las partes sufre de incapacidad legal, el acto jurídico puede ser invalidado, de igual forma si las partes que lo celebran carecen de facultades necesarias para ello. El que una persona o su representante tengan facultades suficientes para vincularse mediante un acuerdo arbitral, lo determina el derecho aplicable al estatuto personal de dicha persona y el derecho aplicable al contrato de mandato por virtud el actual actúa el mandatario.



d. Elemento formal: siendo el arbitraje de naturaleza informal, la legislación guatemalteca establece como único requisito que el acuerdo conste por escrito.”²⁸

Como se puede observar para que una cláusula compromisoria debe de cumplir ciertos requisitos para su existencia en la república de Guatemala en su elemento formal únicamente es necesario que se por escrito, luego los requisitos expuestos que son la capacidad, el objeto y el consentimiento.

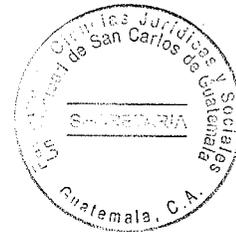
- Validez de la cláusula compromisoria

La cláusula compromisoria es un contrato, entendido como un acuerdo de voluntades de dos o más sujetos que originan una relación jurídica. Los requisitos de la cláusula compromisoria se configuran como presupuestos de validez o de eficacia de la misma. Hablamos en relación a ellos de presupuestos objetivos y subjetivos. Los presupuestos subjetivos son aquellos que se refieren a la validez de la cláusula compromisoria en relación con las partes. Básicamente éstos se refieren a la capacidad, a la legitimación y la titularidad.

- Capacidad

La capacidad de actuar en las personas físicas y la competencia del órgano en las personas jurídicas constituyen presupuestos subjetivos fundamentales para la

²⁸ Franco del Cid, Astrid Stephanie Guiselle. **Tesis de licenciatura limitación de la garantía constitucional libre acceso a los tribunales ordinarios de justicia en los contratos de agencia, distribución o representación.** Pág. 68



celebración de la cláusula compromisoria.

En cuanto a los árbitros, su capacidad, además de requisito de validez, puede requerirse para su eficacia, y a su vez puede influir en el nacimiento, permanencia o eliminación de la cláusula compromisoria. El nombramiento de los árbitros en la cláusula compromisoria es un grave riesgo. Así, si los árbitros nombrados en la cláusula no aceptan el cargo, la cláusula queda sin efecto, y no podrá nombrarse a otra persona salvo común acuerdo de las partes. Lo mismo sucedería si el cargo o puesto utilizado para la individualización de una persona física, desaparece antes de que le sea presentada a esta la oferta para su aceptación.

- Legitimación

Por su parte, la legitimación como presupuesto subjetivo, designa una determinada posición del sujeto con referencia a particulares situaciones y, más precisamente, con relación al objeto o al otro sujeto de la relación la cláusula compromisoria, tenemos que sólo están legitimados para celebrarla los que tiene la libre facultad para enajenar sus bienes y derechos.

- Titularidad

Finalmente, la voluntad compromisoria no requiere necesariamente que el sujeto tenga la titularidad. Puede suceder, por ejemplo, que una cláusula compromisoria pueda ser



concluida válidamente en nombre ajeno, es decir, en ejercicio de una representación legal o voluntaria.

- Problemas derivados de la ejecución de la cláusula compromisoria

Existen varios problemas por los cuales la ejecución de la cláusula compromisoria se ve afectada y para entrar en detalle podemos citar tres el derecho aplicable, la autonomía de la cláusula compromisoria y por último la eficacia de la cláusula compromisoria.

- Derecho aplicable

Como ya se comentó en su momento, la cláusula compromisoria forma parte de un contrato más amplio, por lo que normalmente la ley aplicable a ésta es la misma del resto del contrato, sin embargo, tratándose de arbitrajes internacionales, se requiere que los contratantes determinen el derecho aplicable.

- Autonomía de la cláusula compromisoria

Es criterio generalizado la de calificar a la cláusula compromisoria como un contrato, por lo que se entiende que se trata de un acuerdo independiente y distinto de aquel en que se haya contenida. Así un contrato que contenga una cláusula compromisoria constituye dos contratos separados y no uno concluido al mismo tiempo. El primero o



contrato principal se relaciona con las obligaciones comerciales de las partes. El segundo, o contrato colateral, contiene la obligación de resolver cualquier disputa que surja de las obligaciones comerciales por medio de arbitraje. Este contrato secundario puede no ejecutarse nunca. Si se ejecuta, constituye la base para el nombramiento del contrato arbitral, el cual entonces determinará los derechos y obligaciones de las partes de acuerdo con el contrato principal. De lo anterior es que se ha interpretado, que aún y cuando un contrato se declare nulo o inválido, no lo será la cláusula compromisoria, por lo que se entiende que esta es divisible, separable e independiente del resto del contrato o acuerdo, por lo que esta sobrevivirá y continuará siendo válida, aunque el contrato principal no goce de esta condición.

- Eficacia de la cláusula compromisoria

La doctrina le ha atribuido una doble eficacia a la cláusula compromisoria, por un lado, una eficacia positiva, al obligar a las partes a someter la controversia que surja a la decisión de los árbitros y por otra parte una negativa, la cual consiste en la sustracción de la controversia del conocimiento de los tribunales ordinarios. Así pues, de nacer el conflicto motivado al contrato a que se refiere la cláusula, se crea la posibilidad de exigir la ejecución forzosa de lo pactado y también la de oponer la excepción de incompetencia ante el juez ordinario. Por otro lado, la eliminación de la jurisdicción de los tribunales ordinarios no es de orden público, por lo que debe ser solicitada por la parte interesada mediante la respectiva excepción y no puede ser declarada de oficio por el juez estatal. La exclusión de la intervención de los tribunales de justicia puede



presentarse en dos momentos distintos, según el procedimiento arbitral se haya o no iniciado; si surgida una controversia sometida por las partes a cláusula compromisoria, una de ellas presenta demanda antes los tribunales ordinarios; o bien, cuando estando pendiente el proceso arbitral, una de las partes presenta demanda sobre el mismo objeto ante la jurisdicción estatal.

- Efectos de la cláusula compromisoria

En cuanto a los efectos que derivan de la existencia de un acuerdo arbitral, doctrinariamente se aceptan un efecto positivo y un efecto negativo.

El efecto positivo hace mención a la atribución de la competencia al tribunal arbitral para conocer e la controversia que se someta a su conocimiento. Por otro lado, el efecto negativo se refiere al hecho de que la existencia de un acuerdo arbitral, deroga la competencia estatal; autorizando por lo tanto la interposición de la excepción de incompetencia en el supuesto de que una de las partes haya promovido una acción judicial.

De estos efectos se derivan ciertas obligaciones, la primera es una obligación de hacer, la cual consiste en que las partes, en caso del surgimiento de un conflicto, deben someter la controversia a arbitraje, y de esta forma actuar en la forma pactada en la cláusula arbitral, la segunda obligación emergente es una de no hacer, que se refiere a que las partes deben abstenerse de acudir ante la justicia ordinaria. Finalmente surge



una obligación de dar, misma que se refiera a que las partes deben de proveer los fondos para atender los costos y gastos del proceso arbitral.

La esencia del juicio arbitral viene derivada del primer efecto señalado en el presente apartado: la renuncia a la tutela jurídica del Estado, al menos en parte, pues desde un principio o después de estar ya pendiente el negocio, y aún decidido, en alguna instancia por un tribunal público; inherente a él es la limitación de los recursos y propio del también llamado juicio arbitral de equidad, que es la no sujeción de los árbitros a normas legales como se observó con anterioridad.

- Terceros no signatarios de cláusulas compromisorias

En materia de arbitraje, mucho se ha discutido acerca de la posibilidad de extender los efectos de una cláusula compromisoria, a un tercero que no han manifestado en ninguna circunstancia, su voluntad de adherirse al arbitraje.

“La piedra angular de todo arbitraje es la voluntad inequívoca de las partes de someter sus diferencias a esta justicia, muchas veces especializada, sustrayendo de la justicia estatal esta potestad. Sin embargo, existen inconvenientes en el desarrollo de negocios jurídicos a la luz del derecho mercantil. Con el paso de los años se maneja una complejidad estructural, que busca a toda costa, la disminución de riesgos patrimoniales generados por la operación empresarial. Hoy en día se han desarrollado conglomerados y grupos societarios complejos, cuya finalidad es la productividad, la



reducción de costos y en caso de que sea posible, la diversificación de actividades

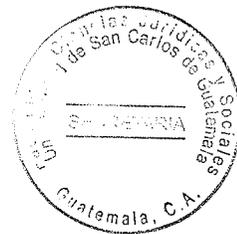
Por esta circunstancia, el concepto de terceros no signatarios recoge una especial importancia en materia arbitral. Así las cosas, es importante que tanto partes como árbitros, desplieguen un profundo análisis que determine los actores involucrados que convergen en el negocio jurídico susceptible de controversia, así como el funcionamiento al interior del conglomerado económico.”²⁹

A la luz de la teoría internacional, existen diversos criterios interpretativos que permiten extender los efectos de la cláusula compromisoria a terceros, en el marco de estructuras societarias complejas. Sin embargo, como se ha mencionado todo debe analizarse a la luz de la presencia real e inequívoca del consentimiento por parte del tercero.

La aceptación tácita de la cláusula compromisoria por parte del tercero es una de ellas. Entendiendo como la participación del tercero en el desarrollo del negocio jurídico, asumiendo obligaciones relacionadas directamente con este.

Otra de ellas, es la desarrollada por el sistema anglosajón estadounidense, consistente en la existencia de un vínculo estrecho de intereses entre sociedades, sumando la utilización de forma abusiva de estructuras societarias que nubla la responsabilidad con

²⁹ <https://www.asuntoslegales.com.co/analisis/cesar-eduardo-perez-400524/terceros-no-signatarios-de-clausulas-compromisorias-2899830> (Consultado: 06 de marzo de 2020)



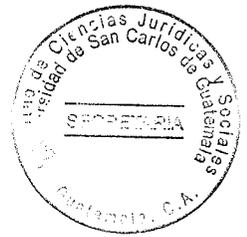
el fin de disminuir riesgos económicos.

En el ámbito arbitral, se ha dado paso al criterio del grupo societario, a partir del cual el análisis recae en la participación de las diversas sociedades como unidad de negocio, en el desarrollo del negocio jurídico cuyas disputas se ventilan en el arbitraje.

Por último, podría pensarse en un criterio cuyo fundamento se recoge de la tradición civilista, denominado estipulación a favor de otro. En este punto, vale aclarar que es el beneficiaria quien adquiere el derecho de adherirse a la cláusula compromisoria. Además. Se deberá determinar si la intención de las partes fue cobijar con los efectos de la cláusula compromisoria a este tercero.

En conclusión, evidenciamos que existen herramientas que permiten extender los efectos de las cláusulas compromisorias a terceros no signatarios, en el marco del derecho mercantil, cuando en el afán de disminuir riesgos económicos, se crean estructuras complejas que no permiten un fácil acceso a la administración de justicia.

CAPÍTULO IV



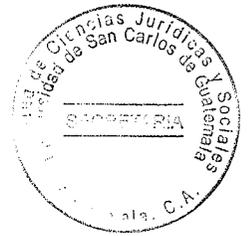
4. Determinar el alcance que tiene la cláusula de arbitraje en los contratos otorgados por el fiduciario de un fideicomiso

Para determinar el alcance que tiene la cláusula de arbitraje, adherida a un contrato accesorio a un fideicomiso que es suscrito por el fiduciario es necesario que primero se definan que es la fiducia y su forma de operar dentro de los límites que le establece el fideicomitente al momento de constituir el fideicomiso.

4.1. Fiducia

Como se ha explicado anteriormente la figura de la fiducia significaba confianza, y ha sido incorporado al derecho mercantil actual como un contrato de palabra u honor, a través del depósito de confianza de una parte sobre otra. La parte que transmite la propiedad se denomina fideicomiso mientras que la parte receptora se denomina fiduciaria con el objetivo de saldar o cumplir una determinada finalidad del fideicomiso o terceras personas.

Se habla de fiducia mercantil como "El negocio jurídico en virtud del cual una persona llamada fiduciante o fideicomitente transfiere uno o más bienes especificados a otra llamado fiduciario quien se obliga a administrarlos o enajenarlos, para cumplir una finalidad determinada por el constituyente , en provecho de éste o un tercero llamado



beneficiario o fideicomisario”³⁰

Mediante la fiducia, una persona natural o jurídica llamada fideicomitente o constituyente, entre a una sociedad fiduciaria uno o más viene concretos, despojándose o no de la propiedad de los mismo, con objeto de que dicha fiduciaria actué en provecho del mismo fideicomitente o de quien este determiné, este último se llama fideicomisario.

En algunos contratos también es necesario mencionar que el encargo fiduciario, la entrega de bienes a la fiduciaria no es esencial, dichos bienes incluso, pueden ser adquiridos por la fiduciaria posteriormente en desarrollo de su encargo.

4.1.1. Características de la fiducia

Como todas las figuras jurídicas se puede determinar que las características que posee esta son la confianza, una finalidad para cumplir, un gestor profesional, una separación absoluta de bienes y la formación de un patrimonio autónomo.

A) La confianza: es, desde sus orígenes, la principal característica de la fiducia. Se trata de una confianza de doble vía del cliente hacia la fiduciaria y de ésta hacia su cliente. Es por esta razón por lo que se afirma que los negocios fiduciarios son *intuitu personae*, es decir, en consideración a la persona, basados en el

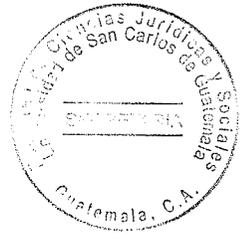
³⁰ <https://www.gerencie.com/fiducia-mercantil.html> (Consultado: 01 de marzo de 2020)



conocimiento del cliente y de la fiduciaria.

- B) Una finalidad para cumplir: Los negocios fiduciarios se celebran en la medida en la cual haya una finalidad para cumplir. La transferencia de los bienes, cuando la hay, sólo busca el cumplimiento de una finalidad. Esta finalidad debe quedar siempre establecida en los contratos fiduciarios. Las normas legales que regula la fiducia, así como las facultades y los derechos de los clientes, las obligaciones de las fiduciarias y las atribuciones de las autoridades que controlan u vigilan el negocio, están orientadas a que la finalidad señalada se cumpla y no se frustre.
- C) Un gestor Profesional: La sociedad fiduciaria gestiona y cumple en forma profesional los encargos que le encomiendan sus clientes, en la forma en que éstos o la ley le señalen.
- D) Una separación absoluta de bienes: La fiduciaria debe mantener una separación total entre su propio patrimonio y los bienes que le entregan los clientes, así como también entre los de estos últimos de manera que no se confundan entre sí.

La formación de un patrimonio autónomo: Esta característica sólo se presenta cuando la fiducia se hace a través de un contrato de fiducia mercantil. El patrimonio autónomo es como una especie de bolas que contiene los bienes entregados por un solo cliente. El patrimonio autónomo es administrado por la sociedad fiduciaria, sin que ello implique que ésta pase a ser su dueña absoluta.



4.1.2. Obligaciones del fiduciario

Se puede establecer que el fiduciario no es más aquella persona encargada de realizar todo lo necesario para hacer que el fideicomiso funcione y genere un beneficio para el fideicomisario del fideicomiso constituido, el cual por encargo del fideicomitente se compromete a realizar ciertas acciones de las cuales se pueden mencionar las siguientes obligaciones según el Artículo 758 del Código de Comercio de la República de Guatemala establece lo siguiente: “El fiduciario tiene las obligaciones siguientes:

1. Ejecutar el fideicomiso de acuerdo con su constitución y fines.
2. Desempeñar su cargo con la diligencia debida y únicamente podrá renunciarlo por causas graves, que deberán ser calificadas por un Juez de Primera Instancia.
3. Tomar posesión de los bienes fideicometidos, en los términos del documento constitutivo y velar por su conservación y seguridad.
4. Llevar cuenta detallada de su gestión, en forma separada en sus demás operaciones y rendir cuentas e informes a quién corresponda, por lo menos anualmente o cuando el fideicomitente o el fideicomisario se lo requieran.

Las demás inherentes a la naturaleza de su cargo.”

Como se puede observar las obligaciones que por disposición de ley en su numeral



primero indica que su función únicamente puede estar encuadrada dentro de los fines de los cuales se constituyó el fideicomiso y no puede desviarse ni realizar ningún acto que no se encuentre dentro de los límites del fideicomiso principal, su actuar siempre será por la directriz del fideicomitente.

4.1.3. Contratos accesorios a un fideicomiso

Como punto de partida se debe de definir que un contrato accesorio se caracteriza porque su finalidad es garantizar el cumplimiento de una obligación y por su situación de dependencia con respecto a la obligación garantizada. Los contratos accesorios se denominan, en general, cauciones. El interés de esta clasificación deriva de la aplicación del principio de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal.

Luego de definir que es un contrato accesorio es de vital importancia para la presente que se establezca que el fiduciario debe ejecutar las instrucciones que el fideicomitente constituyo en el fideicomiso, esta es la verdadera causa por la cual recibe dichas atribuciones. El fiduciario recibe atribuciones solamente como un medio para la mejor ejecución del encargo respecto de los bienes transmitidos.

Para tal efecto en el caso de los fideicomisos de administración en los cuales la principal finalidad y atribución del fiduciario es el de ejecutar las instrucciones que se le constituyeron en el contrato principal y en esta virtud es necesario que este otorgue contratos accesorios al principal, como lo puede ser un contrato de obra,



arrendamiento, leasing, distribución, representación, compraventa, etc., esto para poder generar ganancias para el beneficiario del fideicomiso que puede ser el fideicomitente o una persona distinta.

Por el tipo de contratación que se da por el fiduciario en cumplimiento de los fines del fideicomiso constituido, por lo regular son contratos mercantiles o civiles, de los cuales puede o no originar controversias, de ahí que por los principios que rigen el derecho mercantil, se estima necesario que estas controversias que puedan surgir pueda pactarse una cláusula compromisoria o arbitral, dentro de estos contratos para que sean estos conocidos por un tribunal de equidad, pensando en la rapidez que el proceso de arbitraje puede otorgar a las partes.

Como se ha mencionado anteriormente la cláusula de arbitraje debe por constar por escrito y debe de tener un consentimiento expreso en el cual debe de estar firmado por las ambas partes que desean dirimir sus controversias en un proceso arbitral, esto pensando que por la naturaleza de los contratos un tribunal de equidad es más idóneo para conocer de estos que los órganos jurisdiccionales tradicionales.

Motivo por el cual en la actualidad se ha optado por adherir una cláusula de arbitraje a los contratos otorgados por el fiduciario de un fideicomiso, ya que los negocios que se pueden originarse del fideicomiso principal por ser de carácter mercantil se encuentran sujetos a situaciones que puede ser resueltas por un tribunal que se encuentre conformado por profesionales de diferentes ramas de la ciencia en esta virtud los



grupos empresariales, han decidido incorporar estas cláusulas compromisorias en sus contratos para que se puedan resolver estas situaciones dentro de un tribunal de equidad.

Con esta motivación los fideicomitentes en la constitución del fideicomiso han dado la instrucción directa a los fiduciarios de incorporar una cláusula compromisoria en los contratos accesorios que puedan originarse para cumplir con los fines que se constituyó el fideicomiso.

Por lo antes mencionado cabe recordarse que el contrato de fideicomiso de administración es negocio por el cual un fideicomitente le entrega a otro llamado fiduciario la trasmisión de bienes para que este los administre y ejecute con el fin de generar ganancias a otro llamado fideicomisario. Por lo cual el fiduciario por este ser una figura jurídica de confianza este puede disponer de estos bienes al igual que puede otorgar contratos siempre y cuando sean en beneficio del fideicomiso sin salirse de los límites establecidos por el fideicomiso constituido.

Para explicar la forma de actuar de un tercero no signatario de la cláusula compromisorio es necesario establecer dos teorías que son base fundamental de la presente, las cuales son la teoría quien toma la carga toma el botín y la teoría de los actos propios.



4.2. Teoría quien toma el botín toma la carga

Si se adopta la teoría quien toma el botín, toma la carga los problemas desaparecen, pues es una solución lógica, consistente y natural. Es además defendible tanto bajo derecho arbitral como derecho civil.

“Bajo derecho arbitral, la incorporación por referencia puede dar la solución. Pero, además, si el acto jurídico que contiene una estipulación a favor de tercero contiene la cláusula arbitral típica que dice “Cualquier disputa que derive de este contrato o se relacione con el mismo será sometida al arbitraje”, la hipótesis normativa abarcará los derechos del beneficiario que fluyen de la estipulación. El motivo: *ex hypothesi*, la cláusula arbitral abarca todo –“*cualquier* disputa”. Además, la estipulación “deriva” del contrato y “se relaciona” con el mismo. Luego entonces, hay dos motivos –cada uno autónomamente suficiente para concluir que las disputas entre el beneficiario y el promitente que versan sobre el cumplimiento de la estipulación están comprendidas dentro del radio de acción del acuerdo arbitral.”³¹

Se puede establecer que bajo el derecho arbitral que el radio de acción de la cláusula de arbitraje es inherente desde el momento que se incorpora la cláusula compromisoria al contrato ya se encuentra vinculado el beneficiario y el promitente que versan sobre el cumplimiento de las estipulaciones.

“Bajo derecho civil, podríamos refinar la teoría de la *stipulatio* sin desnaturalizarla. El

³¹ Gonzalez de Cossio Francisco. Terceros y arbitraje. **El que toma el botín toma la carga**. Pág. 4



acto origen de la *stipulatio* no es frente al beneficiario un *res inter alios*: si desea aprovechar un derecho que se le ofrece en un acto jurídico del cual no es parte, el beneficiario ya no es ajeno a la relación. Alega poseer un derecho derivado del mismo. Al pretenderlo, tiene que tomarlo como está diseñado en dicho acto. Y si lo que se le ofrece trae aparejado que las disputas que con ello se relacionen deben ser ventiladas en arbitraje, ello es parte del 'paquete' que aceptó al manifestar su voluntad de querer aprovechar el derecho contenido en la estipulación: el aprovechamiento del *todo* acarrea la parte (arbitraje). No me cansaré de decirlo: no hay imposición unilateral alguna por parte del promitente y estipulante. El beneficiario no está obligado a tomar el derecho. Puede rechazarlo. Pero si lo acepta, lo acepta con todo su contenido."³²

Como se puede establecer en la teoría anterior mencionada como su nombre lo indica quien toma el botín toma la carga, se puede realizar una deducción lógica para tal efecto se puede concluir que la teoría consiste en que la persona que se encuentra beneficiada de un negocio jurídico, también es la persona responsable de las obligaciones que esta pueda generar, por este motivo se puede establecer que si un tercero no signatario de una cláusula de arbitraje es el beneficiario del contrato que contiene la cláusula compromisorio está obligado a esta.

4.3. Teoría de los actos propios

Esta es una doctrina derivada del principio de la buena fe, desarrollada por las cortes y juristas de los países que aplican el derecho civil, particularmente en iberoamericanos

³² *Ibíd.* Pág. 5



como Argentina, Colombia y España, entre otros. La teoría puede resumirse en una frase de López Mesa que establece: “nadie puede variar de comportamiento injustificadamente cuando ha generado en otros una expectativa de comportamiento futuro”.³³

“La regla *venire contra factum proprium nulla conceditur* (teoría de los actos propios) se basa en la inadmisibilidad de que un litigante o contratante fundamente su postura invocando hechos que contraríen sus propias afirmaciones o asuma una actitud que lo coloque en oposición con su conducta anterior. En Colombia, las cortes han desarrollado esta doctrina en varios de sus fallos. Toda vez que el deber de actuar de buena fe es norma constitucional, esta teoría tiene una relevancia particular”³⁴

Se pueden observar tres características para que se den los presupuestos de la teoría de los actos propios:

A. Una conducta jurídicamente anterior, relevante y eficaz; En otras palabras, la conducta anterior debe ser vinculante, suscitar la confianza del receptor y estar exenta de vicios y errores.

B. Que el ejercicio de una facultad o derecho subjetivo por la misma persona cree una situación litigiosa, debido a la contradicción entre ambas conductas.

³³ <https://www.ilpabogados.com/la-doctrina-los-actos-proprios/> (Consultado: 03 de marzo de 2020)

³⁴ *Ibíd.* (Consultado: 03 de marzo de 2020)



C. La identidad de las personas que se vinculan en ambas conductas. El emisor y receptor de la primera conducta y de la conducta contradictoria deben ser los mismos.

En consecuencia, si concurren estos tres elementos, la conducta de quien contraviene sus propios actos no es acorde a derecho.

La aplicación de esta teoría resulta más sensible a la hora de determinar si es aplicable en caso de omisiones o de silencio de una parte. Aunque no existe posición clara al respecto, se ha llegado a la conclusión de que, si luego de un lapso prolongado de inacción ante el incumplimiento de un contrato o de insatisfacción de un derecho el afectado cambia radicalmente de postura, vulnera el principio de la buena fe y la doctrina de los actos propios.

En el contexto internacional esta teoría cobra mayor trascendencia dado que es equiparada al principio anglosajón de *equitable estoppel* y es aplicada reiteradamente para resolver este tipo de controversias.

Así las cosas, una persona que se ha comprometido a actuar de determinada forma frente a otra no pueden posteriormente ir en contra de sus actos en detrimento de la confianza que suscitó en la otra con su actuación previa.



4.4. Alcance que tiene la cláusula de arbitraje en los contratos otorgados por el fiduciario de un fideicomiso

Como se ha explicado anteriormente el fiduciario es aquella figura jurídica que realiza todo lo necesario para el cumplimiento de los fines con los cuales se constituyó el fideicomiso, estando limitado en su actuar hasta donde el fideicomitente le haya permitido actuar.

Se puede establecer que los contratos accesorios al fideicomiso como ya se mencionó pueden ser un sin número de documentos, como lo pueden ser contratos de arrendamiento, compra venta, obra, etc., contratos que pueden ser otorgados por el fiduciario del fideicomiso, el cual los suscribe con la única finalidad de llevar acabo todas las instrucciones que el fideicomitente en su momento oportuno, constituyo el fideicomiso.

Se puede observar que en el mundo tan globalizado el ser humano se mantiene en una lucha constante de reducir tiempos y costos, para esto los grupos empresariales han decidido que para resolver conflictos que puedan surgir a futuro de un contrato, se resuelvan a través de un tribunal de arbitraje, por lo cual en muchos contratos han pensado que es necesario incorporar una cláusula compromisoria.

Con estas premisas se ha podido establecer que el contrato de fideicomiso en la actualidad es un instrumento que ha tenido un auge en el territorio guatemalteco,



debido que es un factor muy importante para los empresarios en cuanto a los fideicomisos de administración los cuales delegan la responsabilidad de la administración a un banco del sistema para que estos realicen todos los actos necesarios para que estas salgan abantes sin intervención directa de los socios, ni representantes legales, sino más bien estos puedan dedicarse directamente a sus labores sin involucrarse en el mundo del derecho, con la seguridad que sus bienes transmitidos al fideicomiso se encuentren a su disposición cuan soliciten la devolución del patrimonio afectado.

Al igual que los bancos del sistema han utilizado el contrato de fideicomiso como una forma de garantizar obligaciones con el contrato de fideicomiso de garantía, donde las personas aportan bienes al fideicomiso constituido para garantizar el cumplimiento de una obligación.

Adoptando este paradigma se ha podido establecer que en la actualidad el contrato de fideicomiso ha tomado bastante auge en el territorio de la república de ahí que muchas empresas utilizan el fideicomiso de administración, el cual le delega bastantes atribuciones al fiduciario, entre estas se encuentra la de otorgar contratos para que la empresa administrada genere ganancias y poder realizar todos las actuaciones sin necesidad de la intervención directa de los propietarios en los contratos.

De ahí que en los contratos accesorios que pueden surgir dentro de estos fideicomisos el fiduciario será el signatario de estos contratos, ya que estos únicamente se realizan



para cumplir con los fines del fideicomiso, recordando que el fiduciario no es responsable de estos ya que solo está cumpliendo con las instrucciones manifestadas por el fideicomitente.

En estos contratos por ser de carácter mercantil, velando con los principios que informan al derecho mercantil se suscribe una cláusula compromisoria, para que las controversias que puedan surgir dentro del contrato otorgado se puedan dilucidar en arbitraje a través de un tribunal de equidad, esto por su accesibilidad y rapidez.

De ahí que se torna necesario explicar que el contrato otorgado por el fiduciario de un fideicomiso siempre será firmado por el fiduciario, este cumpliendo con las instrucciones del fideicomiso, la problemática surge al momento de existir un incumplimiento del contrato suscrito ya que el principal obligado no es el fiduciario del fideicomiso sino más bien el fideicomitente que constituyo el fideicomiso.

El problema se centra que el fideicomitente no signa el contrato suscrito sino es el fiduciario, ya que en la ley de arbitraje en su Artículo 10 establece que "... Se entenderá que el acuerdo consta por escrito cuando esté consignado en un documento firmado por las partes...", de ahí que los fideicomitentes han utilizado este ardid para desligarse de la responsabilidad y retardar los procesos con la finalidad de no cumplir con las obligaciones contractuales que adquirieron en su momento oportuno.

Para esto es necesario invocar a las teorías que se citaron anteriormente como la



teoría de los actos propios que nos hace mención que una persona se ha comprometido a actuar de determinada forma frente a otra no pueden posteriormente ir en contra de sus actos en detrimento de la confianza que suscitó en la otra con su actuación previa. Esto hace referencia al principio de buena fe guardada y verdad sabida, que son los principios filosóficos del derecho mercantil, en virtud que no puede el fideicomitente desligarse de una obligación que desde un inicio se tenía conocimiento de la misma en detrimento de las otras partes.

Al igual que la teoría de quien toma el botín toma la carga, teoría explicada anteriormente es aplicable, para el efecto en virtud que como lo establece no puedo tomar una ganancia y no asumir las responsabilidades que esta ganancia han generado, es decir que la persona que se encuentra beneficiada de un negocio jurídico, también es la persona responsable de las obligaciones que esta pueda generar, por este motivo se puede establecer que si un tercero no signatario de una cláusula de arbitraje es el beneficiario del contrato que contiene la cláusula compromisorio está obligado a esta.

Para lo cual se puede concluir que el fideicomitente como tercero no signatario de la cláusula compromisoria, a pesar de no encontrarse su firma signada dentro del contrato suscrito por el fiduciario del fideicomiso y la otra parte, se encuentra legítimamente vinculado al acuerdo arbitral, en virtud que sí existen los requisitos indispensables para la validez del acuerdo arbitral, aunque no se encuentre la firma del principal obligado como lo hace mención el Artículo 10 de la ley de arbitraje, debemos de hacer mención

que el contenido de la cláusula compromisoria no puede en ningún momento vincular al fiduciario quien únicamente es el responsable de cumplir con los fines del fideicomiso, y no así el fideicomitente quien es el beneficiario del negocio jurídico suscrito, y adoptando ambas teorías mencionadas se determina que la cláusula de arbitraje suscrita en un contrato otorgado por un fiduciario de un fideicomiso si vincula legítimamente a la cláusula compromisoria al fideicomitente.





CONCLUSIÓN DISCURSIVA

Se concluye que al momento de estar en un supuesto que un tercero no signatario de una cláusula de arbitraje, que es beneficiario de un negocio jurídico, particularmente en este caso es el fideicomitente de un fideicomiso, no puede desvincularse de la obligaciones que pueden surgir de un contrato accesorio que se formalizado, con las directrices que el instituyo en el fideicomiso principal para cumplir con los fines de este, entre estas la de insertar una cláusula de arbitraje en los contratos que otorgue el fiduciario, y para esto se determina que esta cláusula de arbitraje, si vincula directamente al fideicomitente a solucionar las controversias que surjan de un contrato accesorio otorgado por el fiduciario a un proceso arbitral, esto se logra determinar gracias a los argumentos expuestos en las teorías de quien toma el botín toma la carga y la de los actos propios.

La recomendación pertinente que surge es que al existir una cláusula de arbitraje en un contrato accesorio otorgado por el fiduciario de un fideicomiso, que el supuesto que existir esta se debe de vincular directamente al fideicomitente al proceso arbitral en virtud que la voluntad para que dicha cláusula exista es parte de las directrices que se establecen en el fideicomiso, en consistencia con que el fiduciario únicamente realiza los actos jurídicos necesarios para el cumplimiento de los fines del fideicomiso, por lo cual el principal obligado con las obligaciones que se contraen es el contrato accesorio del fideicomiso principal.





BIBLIOGRAFÍA

- Aristóteles. **Retórica**. CAPÍTULO 13. Citado por la Enciclopedia Jurídica Omeba. 1ª ed Buenos Aires, Argentina. s.e. 1995.
- Benetti Salgar, Julio. **El arbitraje en el derecho colombiano**. 3ª ed. Colombia: Ed. Temis, S.A. 1994.
- Bernal Gutiérrez, Rafael; **Arbitraje en Guatemala, apoyo a la justicia**. 5ª ed. Guatemala: s.e. 2010.
- Caravantes y Jose de Vicente. **Tratado histórico, crítico y filosófico de los procedimientos judiciales en materia civil según la nueva ley de enjuiciamiento**. 1º ed. Madrid, España: Ed. Gaspar y Roig. 1856.
- Franco del Cid, Astrid Stephanie Guiselle, **Tesis de licenciatura limitación de la garantía constitucional libre acceso a los tribunales ordinarios de justicia en los contratos de agencia, distribución o representación**. Guatemala: s.e. 2013.
- Gil Echeverry, Jorge Hernán. **Revista de la cámara de comercio de Bogotá**. 79ºed.. Colombia: Ed. Cámara de Comercio de Bogotá. 1991.
- Gonzalez de Cossio Francisco. **Terceros y arbitraje. El que toma el botín toma la carga**. 1º ed. Lima, Perú: s.e. 2013
- <https://www.asuntoslegales.com.co/analisis/cesar-eduardo-perez-400524/terceros-no-signatarios-de-clausulas-compromisorias-2899830> (Consultado 06 de marzo de 2020).
- <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/1171-diccionario-juridico-mexicano-t-iv-e-h> (Consultado 27 de febrero de 2020).
- http://crecig.com.gt/sites/default/files/reglamentos_crecig/art_dac_arbitraje_revistaecuatoriaarbitraje_0.pdf (Consultado 29 de febrero 2020).
- https://definicionlegal.blogspot.com/2012/06/teoria_del_patrimonio_afectacion.html?m=1 (Consultado 25 de febrero 2020).
- <https://dej.rae.es/lema/convenio-arbitral> (Consultado 28 de febrero de 2020).
- <https://www.gerencie.com/fiducia-mercantil.html> (Consultado 01 de marzo de 2020).
- <https://www.ilpabogados.com/la-doctrina-los-actos-propios/> (Consultado 03 de marzo de 2020).



<http://www.legaltoday.com/practica-juridica/civil/arbitraje/el-arbitraje-como-metodo-alternativo-de-resolucion-de-conflictos-con-clientes-y-proveedores> (Consultado 27 de febrero de 2020).

https://revistas_colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/rev_colegio_notarios/article/download/21607/19261 (Consultado 01 de marzo de 2020).

La Santa Biblia. 20° ed. España: Ed. Alfredo Ortelís S. L. 1990.

Peña Nossa, Lisandro. **De los contratos mercantiles, nacionales e internacionales – negocios del empresario.** 1° ed. Colombia: Ed. ECOE Ediciones. 2006.

Rivera Neutze, Antonio Guillermo. **Arbitraje & conciliación alternativas extrajudiciales de solución de conflictos.** 5° ed. Guatemala: Ed. Impresos Robelo. 2001.

Roaladini, Jesus. **El fideicomiso mexicano.** 1° ed. México: s.e. 1998.

Rodriguez Azuero, Sergio. **El negocio fiduciario en la legislación bancaria colombiana.** 1° ed. Colombia: Ed. Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. 1970.

Rodriguez Azuero, Sergio. **Negocios fiduciarios, su significado en américa latina.** 3° ed. Colombia: Ed. Legis Editores. 2013.

Turuhpial Cariello, Héctor. **El fideicomiso, contratos bancarios.** 1° ed. Venezuela: Ed. Italgrafica. 1999.

Vásquez Martínez, Edmundo. **Instituciones del derecho mercantil.** 3° ed. Guatemala: Ed. Ius Ediciones. 2012.

Legislación:

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

Código Civil. Decreto Ley 106, Enrique Peralta Azurdia Jefe de Gobierno de la República de Guatemala, 1965.

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

Código Procesal y Civil. Decreto Ley 107, Enrique Peralta Azurdia Jefe de Gobierno de la República de Guatemala, 1965.

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