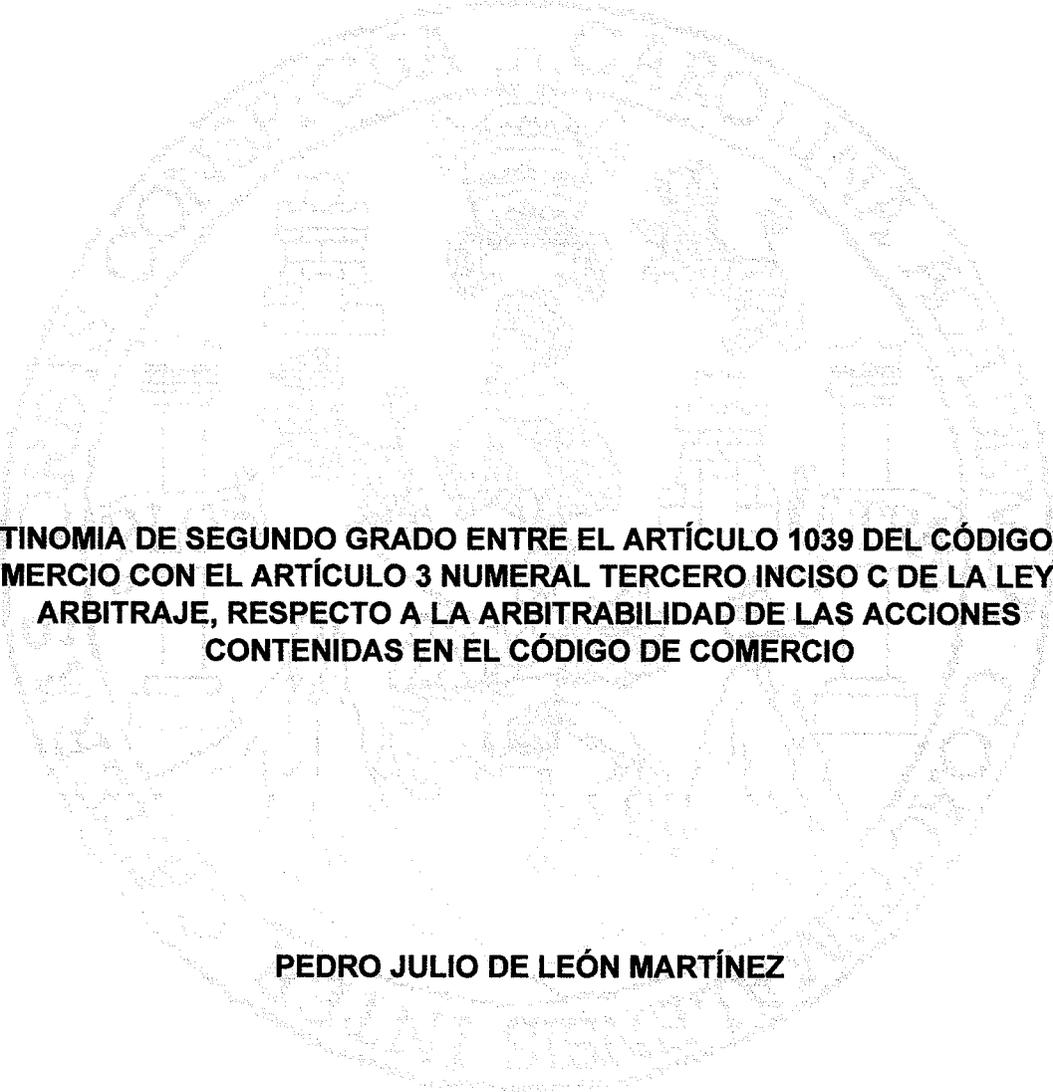


**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA  
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**



**ANTINOMIA DE SEGUNDO GRADO ENTRE EL ARTÍCULO 1039 DEL CÓDIGO DE  
COMERCIO CON EL ARTÍCULO 3 NUMERAL TERCERO INCISO C DE LA LEY DE  
ARBITRAJE, RESPECTO A LA ARBITRABILIDAD DE LAS ACCIONES  
CONTENIDAS EN EL CÓDIGO DE COMERCIO**

**PEDRO JULIO DE LEÓN MARTÍNEZ**

**GUATEMALA, MAYO DE 2022**

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

**ANTINOMIA DE SEGUNDO GRADO ENTRE EL ARTÍCULO 1039 DEL CÓDIGO DE  
COMERCIO CON EL ARTÍCULO 3 NUMERAL TERCERO INCISO C DE LA LEY DE  
ARBITRAJE, RESPECTO A LA ARBITRABILIDAD DE LAS ACCIONES  
CONTENIDAS EN EL CÓDIGO DE COMERCIO**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva  
de la  
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales  
de la  
Universidad de San Carlos de Guatemala

por

**PEDRO JULIO DE LEÓN MARTÍNEZ**

Previo a conferírsele el grado académico de

**LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

Y los títulos profesionales de

**ABOGADO Y NOTARIO**

Guatemala, mayo de 2022

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

<b>DECANO:</b>	M.Sc.	Henry Manuel Arriaga Contreras
<b>VOCAL I:</b>	Licda.	Astrid Jeannette Lemus Rodríguez
<b>VOCAL II:</b>	Lic.	Rodolfo Barahona Jácome
<b>VOCAL III:</b>	Lic.	Helmer Rolando Reyes García
<b>VOCA IV:</b>	Br.	Javier Eduardo Sarmiento Cabrera
<b>VOCAL V:</b>	Br.	Gustavo Adolfo Oroxom Aguilar
<b>SECRETARIA:</b>	Licda.	Evelyn Johanna Chévez Juárez

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

**Primera Fase:**

Presidente:	Lic.	Misael Torroj Cabrera
Vocal:	Lic.	Rubén Darío Zavala Ojeda
Secretaria:	Licda.	Doris de María Sandoval Acosta

**Segunda Fase:**

Presidente:	Licda.	Rosa Elida Guevara Pineda
Vocal:	Lic.	Daniel Enrique Ambrosio Sapón
Secretaria:	Licda.	Doris de María Sandoval Acosta

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



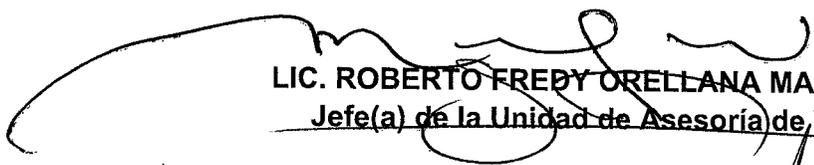
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Unidad de Asesoría de Tesis. Ciudad de Guatemala,  
 22 de julio de 2019.

Atentamente pase al (a) Profesional, JORGE ROBERTO TARACENA SAMAYOA  
 \_\_\_\_\_, para que proceda a asesorar el trabajo de tesis del (a) estudiante  
PEDRO JULIO DE LEÓN MARTÍNEZ, con carné 201502362  
 intitulado ANTINOMIA DE SEGUNDO GRADO ENTRE EL ARTÍCULO 1039 DEL CÓDIGO DE COMERCIO CON EL  
ARTÍCULO 3 NUMERAL TERCERO INCISO C DE LA LEY DE ARBITRAJE, RESPECTO A LA ARBITRABILIDAD DE  
LAS ACCIONES CONTENIDAS EN EL CÓDIGO DE COMERCIO.

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.

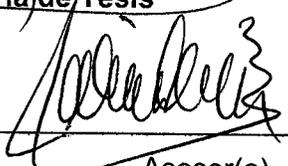
El dictamen correspondiente se debe emitir en un plazo no mayor de 90 días continuos a partir de concluida la investigación, en este debe hacer constar su opinión respecto del contenido científico y técnico de la tesis, la metodología y técnicas de investigación utilizadas, la redacción, los cuadros 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 24 / 07 / 2019 f)



Asesor(a)  
 (Firma y Sello)  
**Roberto Taracena Samayoa**  
 Abogado y Notario





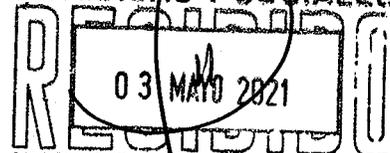
*Jorge Roberto Taracena Samayoa*  
*Abogado y Notario*  
*Colegiado 1024*

Edificio Centroamericano, séptima avenida de la zona 4, oficina 704.



Guatemala, 24 de marzo de 2021

FACULTAD DE CIENCIAS  
JURÍDICAS Y SOCIALES



UNIDAD DE ASESORIA DE TESIS

Hora: \_\_\_\_\_

Firma: \_\_\_\_\_

**Unidad de Asesoría de Tesis**  
**Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales**  
**Universidad de San Carlos de Guatemala**

**Respetables señores:**

En cumplimiento con la providencia de fecha 22 de julio de 2019, en la cual se me nombra Asesor del trabajo de Tesis del Bachiller PEDRO JULIO DE LEÓN MARTÍNEZ, intitulado ANTINOMIA DE SEGUNDO GRADO ENTRE EL ARTÍCULO 1039 DEL CÓDIGO DE COMERCIO CON EL ARTÍCULO 3 NUMERAL 3º INCISO C DE LA LEY DE ARBITRAJE, RESPECTO A LA ARBITRABILIDAD DE LAS ACCIONES CONTENIDAS EN EL CÓDIGO DE COMERCIO, atentamente me permito informar a usted lo siguiente:

- A. El contenido científico y técnico de la tesis es el adecuado y para su obtención, el sustentante aplica doctrina y legislación actualizada, redactándola correctamente y valiéndose de un lenguaje apropiado, lo que se observó en los distintos pasos del proceso de investigación.
- B. Los métodos y técnicas de investigación empleados concuerdan con los señalados en su plan de investigación. Al analizar la redacción se determina que se utiliza el método deductivo y el método analítico-sintético, ya que se parte de los principios generales para luego analizar sus elementos individuales, valiéndose para ello de la técnica de investigación bibliográfica y documental.
- C. La redacción es clara y adecuada a los estándares de la Unidad de Tesis y los requerimientos académicos propios de la licenciatura. En el desarrollo del trabajo se comprobó la hipótesis sobre la existencia de la antinomia en las normas relacionadas.
- D. La contribución científica de la investigación se concreta en dos aspectos. En primer lugar se determina la existencia de la antinomia suscitada entre el Código de Comercio y la Ley de Arbitraje de Guatemala, estableciendo las características doctrinarias de esta. En segundo lugar se presenta una posible solución a este desencuentro normativo, utilizando para ello criterios jurisprudenciales y doctrinarios. Dotar de certeza y seguridad jurídica a la materia arbitral en el campo comercial guatemalteco es el principal aporte del trabajo de investigación.
- E. La conclusión discursiva de la investigación es acertada y se adecua a criterios expuestos con anterioridad en antinomias de igual naturaleza.
- F. La bibliografía utilizada es sólida y brinda un soporte académico idóneo al trabajo de investigación.
- G. La presente investigación cumple con los requisitos señalados en el Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, y en especial con lo señalado en el artículo 31 de este Normativo.

*Roberto Taracena Samayoa*  
*Abogado y Notario*



*Jorge Roberto Taracena Samayoa*  
*Abogado y Notario*  
*Colegiado 1024*

Edificio Centroamericano, séptima avenida de la zona 4, oficina 704.



En virtud del estudio y análisis de la investigación manifiesto que la presente es un aporte académico de gran utilidad para la comunidad académica de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala. Siendo a su vez de beneficio para cualquier operador de Derecho en materia arbitral y mercantil.

De conformidad con todo lo anteriormente expuesto, y al encontrarse el contenido científico y técnico de la investigación, los métodos y técnica implementadas, la redacción, la contribución científica, la conclusión y la bibliografía conforme a los requerimientos académicos de la Unidad de Tesis, APRUEBO la presente investigación y emito el DICTAMEN FAVORABLE a efecto de que, el mismo le permita continuar con el trámite correspondiente para su posterior evaluación por el Tribunal Examinador en el Examen Público de Tesis, previo a optar al grado académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Sin otro particular, me suscribo atentamente

Doctor Jorge Roberto Taracena Samayoa  
Asesor  
Colegiado 1024

*Roberto Taracena Samayoa*  
*Abogado y Notario*



**USAC**  
**TRICENTENARIA**  
Universidad de San Carlos de Guatemala



**Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Unidad de Asesoría de tesis.  
Ciudad de Guatemala, tres de mayo de dos mil veintiuno.**

Atentamente pase al Consejero de Comisión de Estilo licenciado **AXEL EDUARDO ALFONSO BARRIOS CARRILLO**, para que proceda, revisar el trabajo de tesis del (a) estudiante **PEDRO JULIO DE LEÓN MARTÍNEZ** con carné **201502362**.

**Intitulado “ANTINOMIA DE SEGUNDO GRADO ENTRE EL ARTÍCULO 1039 DEL CÓDIGO DE COMERCIO CON EL ARTÍCULO 3 NUMERAL TERCERO INCISO C DE LA LEY DE ARBITRAJE, RESPECTO A LA ARBITRABILIDAD DE LAS ACCIONES CONTENIDAS EN EL CÓDIGO DE COMERCIO.”**

Luego de que el estudiante subsane las correcciones, si las hubiere, deberá emitirse el dictamen favorable de Comisión de Estilo, conforme lo establece el artículo 32 del normativo para la Elaboración de Tesis de la Licenciatura de Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

**“ID Y ENSEÑAD A TODOS”**

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



AJLR/jptr





**USAC**  
**TRICENTENARIA**  
 Universidad de San Carlos de Guatemala



Guatemala, 6 de agosto de 2021

Doctor Carlos Ebertito Herrera Recinos  
 Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis  
 Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales  
 Universidad de San Carlos de Guatemala  
 Ciudad

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES  
 RECORRIDO  
 06 AGO. 2021  
 UNIDAD DE ASESORIA DE TESIS  
 Hora: \_\_\_\_\_  
 Firma: *[Signature]*

Estimado Doctor Herrera:

Respetuosamente a usted informo que procedí a revisar la tesis del bachiller **PEDRO JULIO DE LEÓN MARTÍNEZ**, que se titula **ANTINOMIA DE SEGUNDO GRADO ENTRE EL ARTÍCULO 1039 DEL CÓDIGO DE COMERCIO CON EL ARTÍCULO 3 NUMERAL TERCERO INCISO C DE LA LEY DE ARBITRAJE, RESPECTO A LA ARBITRABILIDAD DE LAS ACCIONES CONTENIDAS EN EL CÓDIGO DE COMERCIO**.

Recomendé al estudiante algunos cambios en la forma, estilo, gramática y redacción de la tesis, por lo que habiendo cumplido con los mismos, emito **DICTAMEN FAVORABLE** para que se le otorgue la correspondiente orden de impresión

Atentamente,



**"ID Y ENSEÑAD A TODOS"**

*[Signature]*

Lic. Axel Estuardo Barrios Carrillo

Docente Consejero de la Comisión de Estilo





**USAC**  
**TRICENTENARIA**  
 Universidad de San Carlos de Guatemala

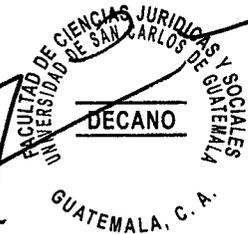
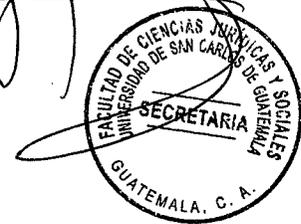
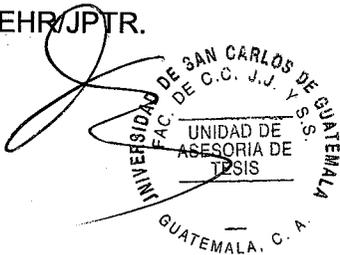


Decanatura de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala. Ciudad de Guatemala, treinta de marzo de dos mil veintidos.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis del estudiante PEDRO JULIO DE LEON MARTINEZ, titulado ANTONOMIA DE SEGUNDO GRADO ENTRE EL ARTÍCULO 1039 DEL CÓDIGO DE COMERCIO CON EL ARTÍCULO 3 NUMERAL TERCERO INCISO C DE LA LEY DE ARBITRAJE, RESPECTO A LA ARBITRABILIDAD DE LAS ACCIONES CONTENIDAS EN EL CÓDIGO DE COMERCIO. Artículos: 31, 33 y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.



CEHR/JPTR.





## DEDICATORIA

**A DIOS:**

*Deo omnis gloria.*

**A MIS PADRES:**

María Virginia Martínez Ovando y Lionel Antonio de León Pleitéz, por su amor incondicional y ser la mejor fuente de conocimiento.

**A MIS ABUELITOS:**

Por ser ejemplo de amor, humildad y perseverancia, y recordarme que cuando se ama, *tempus breve est* (Q.E.P.D.).

**A MI FAMILIA:**

Por ser mi mayor alegría, siempre tener un buen consejo, cariño y hacer de la casa un hogar.

**A MIS AMIGOS:**

Por los buenos momentos e invaluable apoyo.

**AL OPUS DEI:**

Por inculcarme el valor del trabajo bien hecho y enseñarme a amar al mundo apasionadamente.



**A MI ASESOR:**

Dr. Roberto Taracena Samayoa, por compartir sin egoísmo sus conocimientos y apoyarme en mi proceso de graduación. (Q.E.P.D.).

**A MIS CATEDRÁTICOS:**

Especialmente aquellos cuya verdadera vocación es enseñar.

**A:**

La Universidad de San Carlos de Guatemala, grande entre las grandes.

**A:**

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



## **PRESENTACIÓN**

El trabajo de tesis es una investigación cualitativa sobre la existencia de una antinomia entre el Código de Comercio de Guatemala y la Ley de Arbitraje, respecto de la arbitrabilidad de asuntos mercantiles. El arbitraje adquiere relevancia para resolver conflictos en el ámbito comercial, por lo que el análisis se ubica a la rama cognoscitiva de derecho mercantil.

El contexto diacrónico y sincrónico de la tesis se desenvuelve desde la entrada en vigor del Decreto 18-2017 del Congreso de la República. Concretamente a partir de enero del 2018 hasta diciembre del 2019 y se ubica en el municipio de Guatemala, departamento de Guatemala.

El objeto de esta investigación es la antinomia relativa a la arbitrabilidad de asuntos mercantiles. Una antinomia atenta directamente contra la armonía del sistema jurídico. Existe falta de coordinación de las normas que, en otras palabras, se contradicen.

Siendo el sujeto de estudio, principalmente los comerciantes que optan por la figura del arbitraje para resolver sus controversias, y en general cualquier persona que someta una controversia a la vía arbitral.

El aporte académico de la investigación pretende determinar la forma en que se debe resolver la antinomia relacionada. Se busca preservar la certeza jurídica como aspecto fundamental para el tráfico mercantil.



## HIPÓTESIS

La Ley de Arbitraje Decreto 67-95, que entró en vigor en 1995, establece en el Artículo 3 la prohibición de arbitrar aquello que tenga un procedimiento especial establecido en Ley. Mientras que el Código de Comercio Decreto 2-70 del Congreso, que entró en vigor en 1971, regula en el Artículo 1039 modificado por Decreto 18-2017 del Congreso de la República la facultad someter a arbitraje los conflictos relacionados con las normas contenidas en ese cuerpo normativo, aunque exista un proceso especial determinado. El conflicto de las dos legislaciones relacionadas se concreta en una antinomia, entre una norma posterior pero general (el Código de Comercio mediante la reforma mencionada) y una norma anterior pero especial (la Ley de Arbitraje), existiendo un conflicto de leyes en el tiempo y por especialidad.

Cuando en una antinomia se enfrentan varios criterios se produce la denominada antinomia de segundo grado, que debe ser resuelta jurídicamente con base en criterios doctrinarios y jurisprudenciales. En el caso de Guatemala, la Corte de Constitucionalidad ha conocido de este tipo de antinomias, y al momento de resolver ha dado preeminencia a la temporalidad sobre la especialidad, aplicando la Ley posterior, pese a ser general, sobre la norma especial y anterior en fecha.



## **COMPROBACIÓN DE LA HIPÓTESIS**

La hipótesis fue comprobada, estableciéndose que existe un conflicto de leyes entre ambas legislaciones, que por la peculiaridad de las normas se configura como una antinomia de segundo grado. Así mismo, se determinó que para solventar esta antinomia los operadores jurídicos deben utilizar criterios legales, jurisprudenciales y doctrinarios.

Se empleó el método deductivo y el método analítico-sintético. También se aplicó la técnica de investigación bibliográfica y documental.



## ÍNDICE

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

### CAPÍTULO I

1. El arbitraje .....	1
1.1. Antecedentes .....	1
1.2 Definición, naturaleza jurídica, principios y características .....	4
1.3 Clases de arbitraje .....	8
1.3.1 Arbitraje institucional y arbitraje <i>ad-hoc</i> .....	8
1.3.2 Arbitrajes de derecho y arbitraje de equidad .....	9
1.3.3 Arbitraje nacional y arbitraje internacional .....	10
1.3.4 Arbitraje <i>a priori</i> y <i>a posteriori</i> .....	11
1.3.5 Arbitraje comercial y arbitraje de inversiones .....	11
1.4 El arbitraje en Guatemala.....	13
1.5 Proceso arbitral .....	15
1.5.1 Acuerdo arbitral.....	17
1.5.2 Constitución del tribunal.....	18
1.5.3 Audiencias arbitrales.....	20
1.5.4 Laudo arbitral .....	21

### CAPÍTULO II

2. Arbitrabilidad.....	25
------------------------	----



2.1 Definición .....	26
2.2 Arbitrabilidad objetiva .....	31
2.3 Arbitrabilidad sustantiva .....	34
2.4 <i>Kompetenz-kompetenz</i> .....	37
2.5 Límites a la arbitrabilidad .....	40
2.6 Arbitrabilidad en Guatemala.....	43
2.6.1 Arbitrabilidad en materia mercantil.....	47

### CAPÍTULO III

3. Antinomia.....	49
3.1 Definición, características y elementos .....	50
3.2 Clasificación de las antinomias .....	55
3.3 Criterios de solución.....	58
3.4 Antinomia de segundo grado .....	62
3.4.1 Definición y características .....	63
3.4.2 Tipos de antinomias de segundo grado.....	65
3.4.3 Criterios de solución de antinomias de segundo grado .....	67

### CAPÍTULO IV

4. Antinomia entre el Código de Comercio de Guatemala y la Ley de Arbitraje .....	71
4.1 Antecedentes.....	75



4.2 Análisis.....	79
4.3 Acciones contenidas en el Código de Comercio de Guatemala.....	84
4.4 Análisis de los criterios de solución.....	89
4.5 Aplicación al caso en concreto.....	92
<b>CONCLUSIÓN DISCURSIVA .....</b>	<b>97</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA.....</b>	<b>99</b>



## INTRODUCCIÓN

El arbitraje es un método alternativo de resolución de conflictos que, con el paso del tiempo, ha cobrado mayor relevancia y se incorpora con mayor frecuencia en el ámbito contractual, principalmente en el campo mercantil. Al tratarse de una figura jurídica en desarrollo, ha presentado un gran dinamismo en el ámbito jurídico, encontrándose las normas mercantiles en general, y las arbitrales en particular en constante evolución.

Fruto de esta evolución el Código de Comercio de Guatemala, contenido en Decreto 2-70 del Congreso de la República, fue reformado mediante el Decreto 18-2017, ampliando la arbitrabilidad a todos los asuntos contenciosos del ámbito mercantil, aún en caso de que estos tengan previsto un procedimiento especial. Por su parte la Ley de Arbitraje prohíbe arbitrar aquellos asuntos con procedimiento especial.

En ese sentido, existe una antinomia entre ambos cuerpos normativos, siendo esta la razón por la que se desarrolló la investigación. Se buscó analizar a fondo este desencuentro de normas, toda vez que la misma se configura como una antinomia de segundo grado al entrar en pugna el criterio de especialidad y de cronología. Por una parte, el Artículo 13 de la Ley del Organismo Judicial establece el principio de primacía de las disposiciones especiales, al regular que las disposiciones especiales de las leyes, prevalecen sobre las disposiciones generales, mientras que el Artículo 8 de dicha Ley regula la derogatoria de las leyes anteriores por leyes posteriores.

El objetivo general de la investigación fue establecer las peculiaridades propias de la antinomia, para poder aplicar un criterio de solución adecuado y determinar qué norma debe prevalecer, partiendo para ello de un análisis doctrinario y jurisprudencial. Así mismo, al establecer qué norma primará, se buscó fijar qué materias pueden realmente someterse a arbitraje. El objetivo se alcanzó al lograr establecer que se debe dar preeminencia al Código de Comercio de Guatemala sobre la Ley de Arbitraje.



La tesis se desarrolló en cuatro capítulos; en el primero se aborda el arbitraje de forma general, para poder conocer las peculiaridades propias de este proceso; en el segundo se expone la arbitrabilidad, siendo este el punto toral de la antinomia; en el tercero se analiza la figura de la antinomia, haciendo un análisis doctrinario y legal de la misma; y en el cuarto se realiza el análisis de la antinomia entre el Código de Comercio de Guatemala y la Ley de Arbitraje, aplicando los criterios de solución al caso en concreto.

Para logra lo anterior se utilizó el método deductivo y el método analítico-sintético. También se aplicó la técnica de investigación bibliográfica y documental.

Finalmente, este trabajo brinda un acercamiento a las peculiaridades de dos figuras jurídicas en Guatemala, el arbitraje y la antinomia. Al abordarse una antinomia reciente y de compleja resolución, se debe tomar en cuenta el carácter cambiante y evolutivo de las normas jurídicas. En ese sentido, se debe traer a consideración que el ámbito del arbitraje tiende a irse ampliando en las distintas legislaciones para incluir nuevas materias sobre las que pueda aplicarse, inclusive de forma obligatoria.

Sin embargo, los juristas deben ser cuidadosos de que dicha ampliación del ámbito del arbitraje, no contravenga principios fundamentales de rango constitucional como la garantía de libre acceso a tribunales regulado, por ejemplo, en los Artículos 28 y 29 de la Constitución Política de la República de Guatemala, invadiendo la esfera reservada por el Artículo 203 de la propia Constitución al Organismo Judicial.



## CAPÍTULO I

### 1. El arbitraje

El arbitraje es un método alternativo de resolución de conflictos mediante el cual las partes de un negocio jurídico, haciendo uso de la autonomía de la voluntad, disponen someter sus controversias ante un tribunal arbitral. Es un método alterativo, toda vez que escapa al ámbito de la jurisdicción ordinaria.

#### 1.1. Antecedentes

El arbitraje es uno de los métodos más antiguos de resolución de conflictos. Sus orígenes se remontan al momento en que se dejó de resolver conflictos de forma violenta y se recurrió a terceros como mediadores, para que establecieran a quien correspondía el derecho. De forma que el arbitraje se ha desarrollado paralelamente con la civilización misma.

En Roma el *pater familias* era el encargado de solucionar las controversias, pero con el pasar del tiempo cedió este espacio a un tercero investido de *auctoritas*, a un árbitro. En el derecho romano también se encuentra lo que para muchos es: “La primera forma de arbitraje legal conocida en la historia”<sup>1</sup>, es decir la *legis actio per iudicis arbitrive postulationem*, un procedimiento incluido en la Ley de las XII Tablas, en el cual se

---

<sup>1</sup>Villalba, Juan; Moscoso, Rodrigo. **Orígenes y panorama actual del arbitraje**. Volumen. XI. Pág. 142



establecía que para la división de la herencia debía intervenir un árbitro. En la edad media el arbitraje se consolida como una herramienta fundamental para el comercio. En la Europa del siglo XII y XIII los mercaderes, comerciantes y artesanos se asocian formando las denominadas corporaciones, que constituyen el antecedente remoto de las asociaciones gremiales de comercio. Las corporaciones implementaron la solución de controversias mediante árbitros, que comúnmente eran señores feudales o el propio monarca.

A finales de la edad media, con el descubrimiento de América, la corona española incluye el arbitraje dentro de las normas que rigen en las Indias. Aparece el arbitraje en las Leyes del Toro de 1505 durante el reinado de Juana I, en la Recopilación de las Leyes de Indias de 1680 durante el de Carlos II, las Ordenanzas de Bilbao de 1737 y la Novísima Recopilación en 1805 promulgada bajo Carlos IV.

Posteriormente a la Revolución Francesa, el arbitraje pasa a ser una figura fundamental dentro del ordenamiento jurídico. “La Revolución considera que el arbitraje es compatible con los principios republicanos y liberales, cuyo núcleo es el contrato social, promoviendo la libre y autónoma investidura de los ciudadanos en las funciones estatales”<sup>2</sup>. De tal forma que se considera al arbitraje parte del derecho natural.

En la edad contemporánea el arbitraje tiene aplicación principalmente dentro del ámbito del derecho laboral. La consecución de los derechos de los trabajadores a finales del

---

<sup>2</sup>Zappala, Francesco. **Universalismo histórico del arbitraje**. Pág. 209



siglo XVIII, situó al arbitraje como el medio idóneo para solventar conflictos entre patronos y trabajadores, conciliando los intereses de ambas partes de la relación laboral. Es en la época moderna que el arbitraje acaba consolidándose en el ámbito comercial. El contrato consolida su carácter de instrumento comercial base, siendo el arbitraje su mejor aliado. Atendiendo al fenómeno de la globalización, se internacionaliza el arbitraje, surgiendo diversas instituciones e instrumentos en la materia.

La Cámara Internacional de Comercio, establecida en 1919, ha promovido el arbitraje por medio de la jurisprudencia de la Corte de Arbitraje. La Organización Mundial del Comercio, creada en 1944, tiene como principal objetivo velar por la estabilidad comercial, apoyándose en el arbitraje.

Se suscriben instrumentos normativos a nivel internacional, tal el caso de la Convención de Nueva York sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958, la cual fue ratificada por Guatemala mediante el Decreto Ley 9-84. Es de especial trascendencia la Convención de Washington de 1965 sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, que crea el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones CIADI, ratificado por Guatemala en 1996 a través del Decreto 50-96 del Congreso de la República de Guatemala.

A nivel regional existe la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional, conocida como la Convención de Panamá de 1965, ratificada por Guatemala por medio del Decreto 35-86 del Congreso de la República de Guatemala.



En 1966 la Organización de Naciones Unidas funda la Comisión para el Derecho Mercantil Internacional -CNUDMI- con múltiples aportes en materia arbitral, siendo el más significativo la Ley Modelo de la CNUDMI de 1985, que ha servido como base para legislaciones nacionales en materia de arbitraje.

## **1.2 Definición, naturaleza jurídica, principios y características**

Las disputas y conflictos entre integrantes de la sociedad se han producido desde su génesis. La resolución de tales conflictos impulsó la creación del Estado y el derecho. El derecho surge como un mecanismo o instrumento cuyo fin inmediato es la solución del litigio, siendo el fin mediato el mantenimiento de la paz social. Es en este ámbito que el arbitraje demuestra su utilidad como método alternativo para la resolución de conflictos, en el que las partes someten sus desacuerdos, de forma voluntaria, para que un tercero determine a quién le asiste el derecho -arbitraje de derecho- o determine la forma más justa de resolver el desacuerdo –arbitraje de equidad-.

El arbitraje es un método alternativo, toda vez que se excluye de la jurisdicción ordinaria, es un tercero particular quien decide la solución de la controversia. “El arbitraje aparece como un instrumento del cual pueden valerse los particulares para instaurar un sistema de administración de justicia que permita resolver el conflicto prescindiendo del Poder Judicial”<sup>3</sup>. Se al arbitraje de carácter instrumental para las partes relacionadas en un negocio. Es interesante esta postura porque la misma constituye una interesante

---

<sup>3</sup>Caivano, Roque. **El arbitraje: nociones introductorias**. Pág. 2



exclusión de lo que para el efecto preceptúa el Artículo 203 de la Constitución Política de la República de Guatemala, que reserva la función jurisdiccional con exclusividad absoluta a los tribunales que integran el Organismo Judicial, prohibiendo que cualquier otra persona o autoridad intervenga en dicha función esencial del Estado.

Atendiendo a lo anterior, la naturaleza jurídica del arbitraje es ser un método alternativo de resolución de conflictos. En el caso de Guatemala, el arbitraje también se encuadra como un juicio de conocimiento que busca declarar un derecho. De tal forma que la naturaleza del arbitraje resulta ser la de un juicio de conocimiento alternativo a la jurisdicción ordinaria.

Cabe mencionar que, si bien en la doctrina y legislación de Guatemala el arbitraje se caracteriza como un juicio, a nivel internacional se han marcado múltiples diferencias entre arbitraje y juicio.

Dentro de estas diferencias puede mencionarse la elección de los árbitros por las partes, que en ningún caso podría equipararse a la elección de un juez. Esta diferencia es extensiva al momento de determinar la forma en que se desarrollará el arbitraje, mucho más flexible que la legislación procesal de orden público que regula las etapas, formas y garantías de un juicio ante un órgano jurisdiccional.

Dicho lo anterior, la distinción entre arbitraje y juicio tiene como finalidad principal no limitar la flexibilidad propia del arbitraje. “¿Es el arbitraje un juicio? La verdad, la respuesta no me preocupa, no importa si es un juicio o no. La única pregunta realmente relevante



es ¿Cómo debemos litigar en un arbitraje? Sí estoy convencido que debe litigarse distinto es diferente, no es como litigar en un proceso judicial<sup>4</sup>. Quedando claro que lo trascendental de la diferenciación debe ser conservar las características fácticas del arbitraje.

El arbitraje presenta múltiples peculiaridades que se pueden sintetizar en las siguientes características:

1. Es consensual, parte de un acuerdo entre las partes.
2. Es flexible, las partes disponen las características, plazos y particularidades del procedimiento arbitral, la institución arbitral y los árbitros.
3. La celeridad, el arbitraje debiera ser un proceso breve y de rápida sustanciación.
4. Es un método alternativo de justicia privativa, se encuentra fuera de la jurisdicción ordinaria.
5. Es, por excelencia, un procedimiento oral.
6. Debe ser poco formalista.
7. La especialización, debiendo los árbitros ser peritos en las materias que conocen.
8. Una de las características más debatibles del arbitraje es la confidencialidad. Se puede considerar, en forma general, que en el arbitraje es deseable mantener la confidencialidad, pero esta dependerá de las peculiaridades de cada caso concreto y de la voluntad de las partes de someter a confidencialidad el arbitraje. Pudiente en todo caso, éstas no acordar la confidencialidad del mismo, ya que este no es requisito indispensable del mismo, sino una facultad de las partes.

---

<sup>4</sup>Bullard, Alfredo. **¿Es un arbitraje un juicio?** Pág. 65



En materia arbitral los principios son un pilar fundamental para la interpretación desarrollo y evolución del arbitraje, ya que son considerados los conceptos básicos en que se fundamenta su existencia, siendo los más importantes los siguientes:

1. Principio de autonomía de la voluntad de las partes: es el pilar del arbitraje, establece que las partes pueden disponer libremente de sus negocios y de la solución de sus controversias, siempre que sean materias que se encuentren dentro de la libre disposición.
2. Principio *kompetenz-kompetenz*: este principio establece que el tribunal arbitral está facultado para determinar su propia competencia para conocer un determinado asunto.
3. Principio de separabilidad de la cláusula: mediante este principio se determina que la cláusula o compromiso arbitral es independiente y autónomo del contrato que lo contiene. En caso de declararse nulo el contrato, el acuerdo arbitral subsiste independientemente del contrato.
4. Principio de intervención mínima: Con este principio se busca limitar la intervención estatal en el arbitraje únicamente a aquellos casos en que sea estrictamente necesario.
5. Principio de contradicción: reconoce que entre ambas partes existen pretensiones en pugna.
6. Principio de audiencia: ambas partes tienen el derecho a ser escuchadas por los árbitros en períodos comunes.
7. Principio de igualdad: las partes gozan de los mismos derechos y toda actuación debe realizarse con notificación a la parte contraria para que puedan hacer valer su derecho de defensa.



### **1.3 Clases de arbitraje**

En materia de arbitraje existen diversas clasificaciones, sin embargo, a continuación, se analiza únicamente los tipos de arbitraje regulados en la Ley de Arbitraje de Guatemala. Se incluye el arbitraje comercial y el arbitraje de inversiones como una clasificación adicional.

#### **1.3.1 Arbitraje institucional y arbitraje *ad-hoc***

El arbitraje es institucional cuando las partes encomiendan la administración del arbitraje a una entidad o institución legalmente reconocida, de conformidad con sus reglamentos o normas pertinentes. La Ley de Arbitraje define en el Artículo 5 a la institución arbitral como: "Cualquier entidad o institución legalmente reconocida, a la cual las partes pueden libremente encargar, de conformidad con sus reglamentos o normas pertinentes, la administración del arbitraje y la designación de los árbitros". Es a partir de esta regulación que surge el arbitraje institucional a nivel nacional.

A nivel internacional una de las instituciones más reconocidas es la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI), fundada en 1919. A nivel nacional existen dos Instituciones, el Centro de Arbitraje y Conciliación CENAC de la Cámara de Comercio de Guatemala, y la Comisión de Resolución de Conflictos de la Cámara de Industria de Guatemala CRECIG creada por la Cámara de Industria de Guatemala en 1997. Ambas instituciones son un pilar fundamental en el desarrollo del arbitraje a nivel nacional, fomentando su práctica desde el nivel universitario.



El arbitraje es *ad hoc* cuando las partes no encomiendan a ninguna entidad administración. En este caso: “Las partes deberán ponerse de acuerdo en las reglas sobre las cuales se desarrollará el arbitraje”<sup>5</sup>, siendo este uno de los inconvenientes que presenta. Previo a resolver el litigio principal, las partes deben acordar la forma en que se desarrollará el arbitraje, agregando un paso sumamente complejo y previo al arbitraje.

### 1.3.2 Arbitrajes de derecho y de equidad

Arbitraje de derecho es aquel en el que los árbitros deben resolver de conformidad con las leyes de un ordenamiento jurídico determinado. Los árbitros, generalmente, deben ser abogados, o al menos, tener conocimientos de derecho y son denominados árbitros letrados.

El arbitraje de equidad es aquel en el que los árbitros resuelven el asunto según sus conocimientos y experiencia en un determinado tema. Al respecto, el Artículo 37 numeral 1 de la Ley de Arbitraje señala que: “Los árbitros no se encuentran obligados a decidir en base a las normas de derecho, sino que pueden hacerlo "en conciencia" o "según su leal saber y entender”. Con base en lo anterior queda clara la diferencia con el arbitraje de derecho. El arbitraje de equidad también es denominado *ex aequo et bono* o amigable composición. En este tipo de arbitraje, los árbitros suelen ser peritos o profesionales relacionados con la materia objeto del litigio, sin que sea un requisito esencial ser abogados o tener conocimientos de derecho.

---

<sup>5</sup>Caivano. *Op. Cit.* Pág. 4



### **1.3.3 Arbitraje nacional y arbitraje internacional**

Se considera que el arbitraje es nacional cuando el lugar del arbitraje se encuentre en el territorio nacional de las partes, que así lo dispongan. En cuanto al arbitraje internacional, el Artículo 1 de la Ley de Arbitraje dispone lo siguiente: "Un arbitraje es internacional, cuando:

- a) Las partes en un acuerdo de arbitraje tienen, al momento de su celebración, sus domicilios en Estados diferentes, o
- b) Uno de los lugares siguientes está situado fuera del Estado en el que las partes tienen sus domicilios:
  - i) El lugar del arbitraje, si éste se ha determinado en el acuerdo de arbitraje o con arreglo al acuerdo de arbitraje.
  - ii) El lugar del cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones de la relación comercial o el lugar con el cual el objeto de litigio tenga una relación más estrecha; o
- c) Las partes han convenido expresamente en que la cuestión objeto del acuerdo de arbitraje está relacionada con más de un Estado".

Del Artículo anterior se desprende que la legislación guatemalteca ha optado por regular las condiciones en las cuales un arbitraje debe ser considerado internacional. Sin embargo, esta enumeración no tiene carácter limitativo toda vez que las partes pueden convenir que la cuestión objeto de arbitraje está relacionada con más de un Estado. Esta posibilidad concuerda con el principio de autonomía de la voluntad de las partes, que prima en el arbitraje.



#### **1.3.4 Arbitraje *a priori* y *a posteriori***

El arbitraje es *a priori* cuando se acuerda previo al surgimiento de litigios. Las partes celebran el acuerdo arbitral para solventar controversias que puedan surgir a futuro. Normalmente, se pacta durante la celebración de un contrato, en cuyo caso de incumplimiento se acuerda acudir al arbitraje.

Por su parte el arbitraje es *a posteriori* cuando se acuerda someter a arbitraje una controversia que ya ha surgido, al contrario del arbitraje *a priori*, el acuerdo se celebra cuando ya existe una discrepancia. Ambas clases se encuentran fundamentadas en el Artículo 4, numeral 1 de la Ley de Arbitraje.

#### **1.3.5 Arbitraje comercial y arbitraje de inversiones**

La división entre arbitraje comercial y arbitraje de inversiones es de las más trascendentales en la actualidad. La distinción entre ambas clases radica en la materia u objeto del arbitraje. El arbitraje comercial es entendido como el tipo de arbitraje en el cual el objeto del litigio son asuntos comerciales. Los asuntos comerciales se refieren a todas las controversias que puedan surgir entre comerciantes, en contraposición a los asuntos domésticos que puedan surgir entre particulares.

La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional ha establecido un margen amplio de actuación, indicando lo siguiente: “Debe darse una interpretación amplia a la expresión “comercial” para que abarque las cuestiones que,



debidamente, se plantean en todas las relaciones de índole comercial, contractuales o no.”<sup>6</sup>

Así continúa expresando: “Las relaciones de índole comercial comprenden las operaciones siguientes, sin limitarse a ellas: cualquier operación comercial de suministro o intercambio de bienes o servicios, acuerdo de distribución, representación o mandato comercial, transferencia de créditos para su cobro (*factoring*), arrendamiento de bienes de equipo con opción de compra (*leasing*), construcción de obras, consultoría, ingeniería, concesión de licencias, inversión, financiación, banca, seguros, acuerdo o concesión de explotación, asociaciones de empresas y otras formas de cooperación industrial o comercial, transporte de mercancías o de pasajeros por vía aérea, marítima, férrea o por carretera”<sup>7</sup>.

Respecto al arbitraje de inversión se realizar el mismo análisis, estableciendo qué se entiende por inversión. Se considera que inversión es toda contribución al desarrollo económico del Estado receptor de capitales.

En el caso *Salini Construtorri S.p.A. e Italstrade S.p.A. vs. Marruecos* se definió inversión como: “Los aportes de cierta duración de ejecución del mercado y participación en los riesgos de operación”. De estas primeras definiciones se logra captar la diferencia esencial con el arbitraje comercial, en tanto que la inversión trasciende a un nivel macroeconómico de interés del Estado.

---

<sup>6</sup>Naciones Unidas. Documentos de las Naciones Unidas A/40/17, anexo I, y A/61/17, anexo I. Pág. 1.  
<sup>7</sup>Ibíd.



El arbitraje de inversión alcanza su mayor auge a partir del surgimiento de los **Tratados Bilaterales de Inversión (TBIs)**, acuerdos entre Estados que establecen el orden normativo y operacional de los inversionistas extranjeros y los Estados receptores. En estos tratados los Estados acuerdan qué inversiones se incluyen y se establece el arbitraje como método de resolución de los conflictos derivados de la inversión.

La mayoría de los arbitrajes de inversión son administrados por el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), Institución con sede en Washington, adscrita al Banco Mundial. El CIADI fue creado mediante el Convenio de Washington o Convenio CIADI, en vigor el 14 de octubre de 1966.

#### **1.4 El arbitraje en Guatemala**

Antes de la entrada en vigencia de Ley de Arbitraje, en Guatemala dicha figura jurídica se encontraba regulado en dos cuerpos legales. La parte sustantiva, relativa al acuerdo arbitral, cláusula de arbitraje o compromisoria se regía por los Artículos 2170 y 2171 ambos del Código Civil, Decreto Ley 106 de 1964, relativos al contrato de compromiso. La parte procesal o adjetiva estaba regulada en el Título IV del libro segundo, Artículos 269 al 278, 280 al 289 y 291 al 293 del Código Procesal Civil y Mercantil, Decreto Ley 107 de 1964, como un juicio de conocimiento. Las normas del Código Civil y del Código Procesal Civil y Mercantil fueron derogadas por la Ley de Arbitraje, que entró en vigor el 25 de noviembre de 1995<sup>8</sup>.

---

<sup>8</sup> Caivano. **Op. Cit.** Pág. 3



La Ley de Arbitraje se basa en la Ley modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil, CNUDMI.

Su objeto es modernizar lo ya regulado con anterioridad en el Código Procesal Civil y Mercantil para adecuarlo a los tratados y convenciones suscritos por Guatemala en materia de arbitraje, con la finalidad de que se adapten a las necesidades del arbitraje comercial internacional. Se consideró que la legislación arbitral guatemalteca se encontraba desfasada frente a las tendencias globales.

El fundamento constitucional del arbitraje se encuentra en el Artículo 203 de la Constitución Política de la República de Guatemala, que establece: “La función jurisdiccional se ejerce, con exclusividad absoluta, por la Corte Suprema de Justicia y por los demás tribunales que la ley establezca”.

Es en este precepto en donde se establece la posibilidad de crear tribunales competentes de conformidad con la Ley. Se reconoce la jurisdicción a todo tribunal que sea creado de conformidad con la Ley, incluidos los tribunales arbitrales.

En el país existen dos instituciones arbitrales. En primer lugar, el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Guatemala CENAC creado por la Cámara de Comercio de Guatemala y la Comisión de Resolución de Conflictos de la Cámara de Industria de Guatemala CRECIG, que como se indicó anteriormente son el pilar del desarrollo del arbitraje a nivel nacional, con notables contribuciones en el campo académico y profesional.



## 1.5 Proceso arbitral

Un proceso es un sistema de etapas o pasos concatenados para resolver un asunto. En el caso del proceso arbitral, este se entenderá como esa serie de etapas, actos y procedimientos, orientados a desarrollar el arbitraje y dictar un laudo que resuelva el litigio. “El juicio arbitral es un proceso destinado a que un tercero imparcial declare un derecho que una de las partes cree tener y la otra controvierte”<sup>9</sup>. Es un proceso sustentado ante terceros imparciales, que son llamados a resolver.

En este tipo de procesos es menester iniciar el análisis dependiendo del tipo de arbitraje de que se trate. Si es un arbitraje institucional el proceso seguirá las etapas y se sustanciará de conformidad con las normas de la institución arbitral designada por las partes. Si es un arbitraje *ad hoc* las partes deben establecer en qué forma se desarrollará el arbitraje, lo cual puede resultar sumamente complejo.

Las partes deberán acordar múltiples aspectos tales como: el lugar, idioma, fases y plazos de cada fase del arbitraje, el plazo para laudar, la forma de selección de los árbitros y las normas aplicables al arbitraje, entre otros aspectos.

Uno de los primeros aspectos a convenir es el lugar del arbitraje. Este puede ser determinado desde el momento en que se celebra la cláusula arbitral o al momento de surgir la controversia, pudiendo en algunos casos inclusive ser definido por el propio

---

<sup>9</sup>Ibíd.



tribunal arbitral. Para fijar el lugar del arbitraje se deben observar aspectos como la nacionalidad de los litigantes, el lugar en que residen, el lugar en que se encuentran los establecimientos comerciales, los costos que impliquen los traslados y algunos factores más complejos como los políticos, económicos y sociales.

Otro punto total a definir es la Ley aplicable al arbitraje. Existen dos tipos principales de normas a aplicar. En primer lugar, se encuentra la *lex arbitri* o *lex fori*, que es la norma adjetiva, es decir la norma aplicable al procedimiento y la forma en que debe desarrollarse.

En segundo lugar, encontramos la *lex causae*, que es la norma sustantiva que se aplicará al fondo del asunto. Corresponderá a las partes acordar ambos tipos de normas.

En cuanto al desarrollo del proceso arbitral, la Ley de Arbitraje en el Artículo 24 establece: “Determinación del procedimiento: 1) Con sujeción a lo dispuesto en el Artículo 23, las partes tendrán libertad para convenir el procedimiento a que se haya de ajustar el tribunal arbitral en sus actuaciones. 2) A falta de acuerdo, el tribunal arbitral podrá, con sujeción a lo dispuesto en el Artículo 23, dirigir el arbitraje del modo que considere apropiado. Esta facultad conferida al tribunal arbitral incluye la de determinar la admisibilidad, la pertinencia y el valor de las pruebas”.

En este precepto legal se faculta a las partes para dirigir el desarrollo y desenvolvimiento del proceso arbitral. Se les deja en libertad para guiar el arbitraje de la forma que más convenga al giro normal de sus negocios. No existe un procedimiento taxativamente



establecido, dependiendo este del acuerdo de las partes, o bien, del reglamento de la institución que administre el arbitraje.

### 1.5.1 Acuerdo arbitral

La génesis del arbitraje es eminentemente contractual. Para que surja un arbitraje, inevitablemente, debe existir un acuerdo o contrato previo entre las partes, mediante el cual dispongan someter sus controversias a dicho modo de solución de controversias. Es tal la importancia del referido convenio previo que algunos doctrinarios consideran que la naturaleza del arbitraje es contractual, y no jurisdiccional. El acuerdo arbitral puede ser definido de múltiples formas. “Es un contrato, es decir, un acuerdo de voluntades dirigido a crear una relación jurídica de naturaleza patrimonial”<sup>10</sup>.

“El convenio mediante el cual las partes deciden someter algunos asuntos a arbitraje, sustrayéndolos al conocimiento de los jueces ordinarios”<sup>11</sup>. De tal forma que el acuerdo arbitral, cláusula arbitral o cláusula compromisoria es el convenio contractual en el cual las partes establecen que se someterán a arbitraje las controversias presentes o futuras. Puede ser un contrato independiente o bien, una cláusula incluida en un contrato principal.

La Ley de Arbitraje en el Artículo 4 define el acuerdo de arbitraje como: “Aquél por virtud del cual las partes deciden someter a arbitraje todas o ciertas controversias que hayan

---

<sup>10</sup>Bullard Alfredo; Soto Carlos. **Comentarios a la ley peruana de arbitraje**. Tomo II. Pág. 203

<sup>11</sup>Caivano. **Op. Cit.** Pág. 4



surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual”.

### **1.5.2 Constitución del tribunal**

El tribunal arbitral es la pluralidad de árbitros que tendrán la obligación de conocer y resolver un arbitraje. La Ley de Arbitraje señala en el Artículo 4 que: “Tribunal Arbitral significa tanto un solo árbitro como una pluralidad de árbitros”. La Ley contempla la posibilidad de que sea un tribunal colegiado o bien un árbitro único.

Al igual que en la mayoría de aspectos relativos al arbitraje, la designación del tribunal arbitral depende enteramente de la autonomía de la voluntad de las partes. En la práctica es comúnmente aceptado que cada parte designe un árbitro y los árbitros designados nombren un tercero que presidirá el tribunal arbitral.

De conformidad con Francisco González de Cossío, la libertad de constitución del tribunal arbitral aplica a tres temas: (1) la identidad de los árbitros; (2) el número; y (3) el método de designación, siendo tales los puntos básicos que deben acordar las partes<sup>12</sup>.

La identidad de los árbitros se refiere a que las partes tienen la libertad de escoger a cualquier persona como árbitro. En el caso de Guatemala, la Ley de Arbitraje señala en su Artículo 14, numeral 1, que: “Pueden ser árbitros las personas individuales que se

---

<sup>12</sup> *Ibíd.*



encuentren, al momento de su aceptación, en el pleno ejercicio de sus derechos civiles. De tal forma que, para ser árbitro, cualquier persona natural o individual, que alcance la mayoría de edad y siempre y cuando no haya sido declarado incapaz.

Respecto del número de árbitros, el Artículo 13 de la Ley de Arbitraje señala: “1) Las partes podrán determinar libremente el número de árbitros; 2) A falta de tal acuerdo, los árbitros serán tres, salvo que el monto en controversia no exceda de cincuenta mil quetzales (Q 50, 000,00), en cuyo caso, a falta de acuerdo, el árbitro será uno”. Es menester acotar que el nombramiento de un árbitro único es poco común, dado que el monto de Q 50,000.00 no es significativo en la actualidad.

Finalmente, respecto del método de designación de los árbitros, interesa establecer por cuenta de quién y en qué forma será nombrado cada árbitro. La Ley de Arbitraje prevé dos supuestos para aquellos casos en que las partes no hubieren acordado nada al respecto. Estos dos supuestos también son los que comúnmente se regulan en la mayoría de legislaciones.

La Ley de Arbitraje regula en el Artículo 15, numeral 2, literal a) que: “En el arbitraje con tres árbitros, cada parte nombrará un árbitro y los dos árbitros así designados nombrarán al tercero; luego, entre los tres árbitros, designarán a quien fungirá como Presidente del Tribunal Arbitral, y si no logran ponerse de acuerdo, ejercerá como Presidente el de mayor edad”. Evidenciando la libertad de las partes al momento de la fijación de árbitros, y a su vez proponiendo una solución si estos no logran establecer quien fungirá como presidente del tribunal arbitral en el litigio establecido.



El Artículo 15, numeral 2, literal b), señala que: “En el arbitraje con árbitro único, si las partes no consiguen ponerse de acuerdo sobre la designación del árbitro luego de transcurridos quince días desde que se hizo el primer requerimiento para ello, éste será nombrado a petición de cualquiera de las partes, por el tribunal competente”.

### **1.5.3 Audiencias arbitrales**

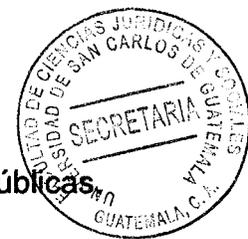
Salvo que las partes hubieren acordado algo distinto, corresponderá al tribunal arbitral determinar el número de audiencias que deban celebrarse, así como el tiempo de duración de las audiencias. Para ello el tribunal debe “respetar los plazos señalados por las partes, o en su caso, los establecidos en el reglamento de la institución arbitral que administra el arbitraje”<sup>13</sup>. Se debe cumplir escrupulosamente, principalmente, el plazo señalado para laudar para evitar demoras que puedan afectar a las partes.

Durante la celebración de las audiencias deben respetarse los principios propios del arbitraje. En primer lugar, atendiendo a la oralidad, las audiencias se celebrarán de forma oral, pese a ello es común que siempre se cuente con una memoria escrita.

Atendiendo al principio de igualdad, las audiencias se deben celebrar con citación previa de ambas partes. Los principios en materia arbitral resultan, como es evidente, similares a los de la jurisdicción ordinaria. Esto se debe a que, si bien es un método alternativo, la mayoría de instituciones son tomadas de los procesos de conocimiento comunes.

---

<sup>13</sup> Bullard. **Comentarios a la Ley. Op. Cit.** Pág. 3



Las audiencias arbitrales, contrario a las audiencias de justicia ordinaria, no son públicas.

Al respecto, debe señalarse una posible debilidad o nulidad *ipso jure* en relación al Artículo 30 de la Constitución Política de la República de Guatemala, el cual señala el principio de publicidad. Por regla general, estas audiencias son confidenciales y sólo pueden ser conocidas por las partes y por el tribunal arbitral. La confidencialidad ha sido una de las características más apreciadas en el arbitraje, buscando resguardar el prestigio y la fama mercantil de los litigantes, que generalmente son comerciantes.

#### 1.5.4 Laudo arbitral

El laudo arbitral es la resolución final mediante la cual se decide el derecho controvertido mediante el arbitraje. Es la culminación del proceso arbitral y debe resolver todos los asuntos relacionados con la cuestión sometida a arbitraje.

La palabra laudo viene del vocablo *laudable*, que significa: “Digno de alabanza”<sup>14</sup>, esto debido a que el laudo arbitral es la obra maestra de los árbitros, es la decisión final de un asunto que genera precedente en la materia arbitral.

La característica esencial del laudo es su ejecutoriedad. El laudo será ejecutable siempre que no sea contrario a la Ley o al orden público. Y es en la ejecución que se confronta la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción arbitral. El tribunal arbitral debe procurar la emisión de un laudo perfecto, observando que el fallo se apegue a la Ley y al orden público.

---

<sup>14</sup>Real Academia Española. **Diccionario de la Real Academia Española.**



En Guatemala, el laudo arbitral precisa reunir determinadas características para su validez. Debe constar por escrito, ser firmado por los árbitros, ser motivado, notificarse a las partes mediante una copia firmada por los árbitros y debe resolver respecto a las costas del arbitraje.

De conformidad con el Artículo 43 de la Ley de Arbitraje, contra el laudo procede como único recurso, el recurso de revisión. Este recurso se debe plantear ante la Sala de la Corte de Apelaciones, con competencia territorial en el lugar donde se hubiere dictado el laudo.

Respecto de la ejecución del laudo arbitral surge la duda acerca de cuál es la vía procesal adecuada. Por un lado, en el Artículo 294, numeral 2º del Código Procesal Civil y Mercantil se establece que el laudo debe ejecutarse en la Vía de Apremio.

Por otro lado, el Artículo 48 de la Ley de Arbitraje señala un procedimiento específico para la ejecución del laudo, un procedimiento *ad hoc*, el cual ha sido denominado procedimiento para el reconocimiento y ejecución del laudo.

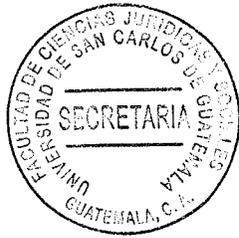
Ante esta disyuntiva, se ha optado por dar preminencia a lo establecido en la Ley de Arbitraje, al ser una norma posterior y especial. Este criterio ha sido confirmado por la Corte de Constitucionalidad en fallo contenido en el expediente 2843-2006, en el cual se establece, respecto a qué proceso aplicar en la ejecución: “Lo correcto era aplicar la ejecución especial regulada en el Artículo 48 de la Ley de Arbitraje, norma específica y posterior”. En el mismo sentido se pronunció la Corte de Constitucionalidad en fallo



contenido en el expediente 4201-2009 al establecer que: “El proceso para dilucidar tal situación se contempla en el Artículo 48 de la Ley de Arbitraje”.

Es por ello que se utiliza el proceso de ejecución del laudo contenido en la Ley de Arbitraje, cuyo el procedimiento es el siguiente: dentro del mes siguiente a que el laudo hubiere sido dictado, sin haberse cumplido voluntariamente por la parte vencida, puede solicitarse la ejecución. Una vez solicitada, se corre audiencia al ejecutado por el plazo de tres días. Transcurrido el plazo sin haberse cumplido el fallo, el tribunal dictará auto despachando la ejecución.





## CAPÍTULO II

### 2. Arbitrabilidad

En síntesis, la arbitrabilidad se refiere a la extensión del ámbito de actuación del arbitraje, a todas las materias que pueden ser susceptibles de arbitraje. Por ello es el punto de partida de cualquier procedimiento arbitral, toda vez que, como paso inicial, se debe establecer la posibilidad de dirimir un asunto ante un tribunal arbitral.

Con el paso de tiempo la arbitrabilidad se ha ido extendiendo, siendo cada vez más amplia. Esto se debe a la aceptación de los Estados que modificaron sus legislaciones, creando normas más receptoras con relación a la arbitrabilidad.

Otro aspecto que favoreció la evolución del arbitraje fue la suscripción de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, También conocida como la Convención de Nueva York de 1958.

Se ha afirmado que: “Gracias a esta Convención, un laudo arbitral es, internacionalmente, más fácil de ejecutar que una sentencia judicial”<sup>15</sup>, y es gracias a esta facilidad que se ha extendido cada vez más el arbitraje a materias que con anterioridad eran propias de la jurisdicción ordinaria. Empero lo anterior, hoy en día hay múltiples aspectos sobre los que

---

<sup>15</sup>Hascher, Dominique. *Les recours judiciaires concernant les sentences reconnaissance, xécution, annulation*. Pág. 136.



aún se cuestiona la arbitrabilidad. Pese a ello, la tendencia a nivel internacional es que estos aspectos se irán incluyendo con el paso del tiempo.

Si bien se ha establecido que la arbitrabilidad es uno de los puntos iniciales a discutir, está también toma relevancia al momento de emitir el laudo. “La arbitrabilidad de asuntos no permitidos ha ocasionado la inejecutabilidad de múltiples laudos”<sup>16</sup>.

## 2.1 Definición

Se ha discutido si los tribunales arbitrales ejercen jurisdicción o no. Se esgrime que no tienen jurisdicción, ya que no forman parte del aparato judicial estatal. También se indican que no ejercen jurisdicción toda vez que esta no se encuentra dentro de la libre disposición de las partes.

Sin embargo, existe consenso al afirmar que los tribunales arbitrales sí ejercen jurisdicción. En primer lugar, porque el arbitraje es una especie de juicio de conocimiento, en la que la función principal del árbitro es determinar a quién asiste el derecho, de la misma forma que lo hace un juez.

Así mismo, los tribunales arbitrales son reconocidos por los ordenamientos jurídicos estatales, y es la misma norma la que les otorga jurisdicción. De forma que la función del árbitro es eminentemente jurisdiccional.

---

<sup>16</sup> Bullard. **Comentarios a la Ley. Op. Cit.** Pág. 8



La Constitución Política de la República de Guatemala también reconoce la jurisdicción de los tribunales arbitrales en el Artículo 203 que establece: “La función jurisdiccional se ejerce, con exclusividad absoluta, por la Corte Suprema de Justicia y por los demás tribunales que la ley establezca”. Es en los demás tribunales que la Ley reconoce que se incluye a los tribunales arbitrales.

Al respecto de lo anterior la Corte de Constitucionalidad estableció en el fallo contenido en el expediente 1316-2012 lo siguiente: “Al existir la autorización legislativa, de poder voluntariamente constituir tribunales arbitrales de conformidad con la Ley de Arbitraje, éste resulta constitucionalmente reconocido, pues implica, como se anotó anteriormente, una voluntaria separación limitada y parcial de los particulares de la tutela y libre acceso de los tribunales, protegida por el Artículo 29 constitucional y permitida por la interpretación y aplicación conjunta de los Artículos 5º y 203 constitucionales”.

En esta orden de ideas, la Corte reconoce que la Ley ha otorgado la calidad de tribunal a los tribunales arbitrales, por lo que el Artículo 203 constitucional también le otorga jurisdicción a este tipo de tribunales. “Este asidero constitucional ha sido el que la mayoría de autores o expertos locales en la materia han utilizado, pero reconociendo que dicho asidero es indirecto o mediato, pues no se refiere expresamente al derecho de las personas a someter sus diferencias a arbitraje y cualquier otro método alternativo”<sup>17</sup>. Se parte de la idea de que es un fundamento de la jurisdicción arbitral, sin embargo, al mismo tiempo se reconoce que si bien existe conceso en la práctica arbitral de tomarlo como

---

<sup>17</sup>Castellanos, Álvaro. **El arbitraje comercial internacional en Guatemala: marco legal y jurisprudencial**. Pág. 434



base, se hace de forma indirecta, toda vez que este Artículo hace referencia a cualquier tipo de tribunal y no al tribunal arbitral.

La competencia del tribunal arbitral se establece en el Artículo 21, numeral 1 de la Ley de Arbitraje, el cual establece: “El tribunal arbitral estará facultado para decidir acerca de su propia competencia”. Será el tribunal arbitral el que de oficio debe determinar su propia competencia.

La Corte de Constitucionalidad en los expedientes 2820-2018 y 114-2020 ha reafirmado esta postura indicando: “Del mismo modo, el Artículo 203 constitucional reconoce con carácter de exclusividad a los Tribunales de la República, la potestad de administrar justicia y procurar la ejecución de lo juzgado.

Sin embargo, en las relaciones de derecho privado, con fundamento en los principios de libertad de acción y de autonomía de la voluntad, la Ley de Arbitraje reconoce que, de manera voluntaria, las personas puedan acudir al arbitraje para la resolución de controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de determinada relación jurídica”. Del análisis de la Corte se deduce que siempre que medie un acuerdo arbitral sobre un determinado asunto, el tribunal arbitral gozará de competencia para conocer el mismo.

Es menester establecer que el tribunal arbitral goza de jurisdicción, ya que este será el primer requisito para poder dar paso a la arbitrabilidad. Al tener jurisdicción, también debe, necesariamente, tener competencia. Y la competencia se puede equiparar a la



arbitrabilidad. “La noción de arbitrabilidad apunta a definir, teniendo en cuenta el carácter limitado de la jurisdicción arbitral, respecto de qué cuestiones puede pactarse el desplazamiento de la jurisdicción judicial hacia árbitros y quiénes están legalmente habilitados para hacerlo”<sup>18</sup>.

En esta definición la jurisdicción toma el punto central, estableciendo que al arbitrabilidad será la facultad de migrar un asunto de la jurisdicción ordinaria a la jurisdicción arbitral. La arbitrabilidad también ha sido definida como: “Una cualidad de lo que es arbitrable, lo que significa que es susceptible de ser arbitrado”<sup>19</sup>.

Esta definición, si bien resulta reduccionista, abarca en esencia el concepto de la arbitrabilidad, estableciendo esta como una cualidad, una característica propia de un asunto, que permite sea conocido por un tribunal arbitral. De forma que la arbitrabilidad puede ser definida como la condición en la cual una materia objeto de litigio, presente o futuro, puede ser sometido a decisión de un tribunal arbitral y excluirse de la jurisdicción ordinaria. Esta condición aplica a todas aquellas materias que, de conformidad con determinados criterios, se encuentran dentro de la libre disposición de las partes.

La arbitrabilidad es la condición *sine qua non* del procedimiento arbitral. Es elemento esencial de partida para iniciar un proceso arbitral. Es el análisis previo que debe realizar el tribunal arbitral para determinar si un asunto puede ser dirimido en la vía arbitral. Es

---

<sup>18</sup>Caivano, Roque. **Arbitrabilidad y orden público**. Pág. 64.

<sup>19</sup>Jarrosso, Charles. **L'arbitrabilité: présentation méthodologique, revue de jurisprudence commerciale**. Pág. 1



por ello por lo que constituye una de las características esenciales del arbitraje, toda vez que esta limita el campo de actuación de los árbitros.

Se ha discutido acerca de la naturaleza jurídica de la arbitrabilidad. Para algunos autores la arbitrabilidad es un asunto meramente contractual, en tanto que parte de aquello que los particulares pueden pactar someter a arbitraje. Para otros doctrinarios la arbitrabilidad es un asunto procedimental que debe ser determinado por el tribunal arbitral para poder dar paso al arbitraje.

El hecho es que se ha optado por establecer que la arbitrabilidad es de: “Naturaleza mixta”<sup>20</sup>. Esto debido a que la arbitrabilidad toma relevancia desde el momento en que se pacta, aunque esta se discuta hasta el proceso.

El punto desde el cual se aborde la arbitrabilidad dependerá de las partes en un litigio. Y la arbitrabilidad es considerada como: “Elemento esencial del arbitraje como herramienta heterocompositiva de conflictos litigiosos, tiene una directa vinculación con la noción de los derechos subjetivos”<sup>21</sup>.

Se parte de los derechos subjetivos porque la arbitrabilidad dependerá de aquello que los sujetos solicitan declare el tribunal. Se determina si la pretensión que se somete es arbitrable. Entendiendo la pretensión como el asunto sobre el que debe pronunciarse.

---

<sup>20</sup>Gaillard, Emmanuel. **Teoría jurídica del arbitraje internacional**. Pág. 23

<sup>21</sup>Jequier, Eduardo. **La arbitrabilidad de las controversia contencioso-administrativa en el ámbito de las relaciones contractuales del Estado**. Pág. 1



Es por ello por lo que se establece que la arbitrabilidad es meramente casuística. Para poder determinar si una materia es objeto de arbitraje se debe analizar el caso en concreto, y así conocer las condiciones de este y establecer si cumple con la característica de materia arbitrable. De forma que un determinado asunto puede ser objeto de arbitraje en un caso y no serlo en otro, pese a que el fondo puede ser similar, será el contexto y las consecuencias del arbitraje las que determinarán la arbitrabilidad.

Si bien se ha buscado homologar los criterios arbitrables, una arbitrabilidad universal resulta sumamente compleja. Pese a ello si existen determinados criterios en los que se ha alcanzado consenso y se han tipificado en la mayoría de legislaciones estatales.

La arbitrabilidad ha sido considerado un limitante en determinadas materias, sin embargo, esta cumple la función de resguardar los intereses colectivos frente a los particulares. Es este examen *prima facie* el que garantiza posteriormente la eficacia del laudado arbitral.

Para determinar si un asunto se puede someter a arbitraje se debe analizar tanto el objeto como las partes. Al referirnos al objeto se trata de la arbitrabilidad objetiva y atiendo a las partes, a la arbitrabilidad sustantiva.

## **2.2 Arbitrabilidad objetiva**

La arbitrabilidad objetiva, validez en sentido material o alcance material del arbitraje es el conjunto de cuestiones que pueden ser objeto de un litigio arbitral. Es llamada arbitrabilidad material pues se refiere a la materia que se arbitra.



La arbitrabilidad objetiva se define como: “La condición de una disputa que la hace susceptible de ser sometida a decisión de árbitros, lo cual implica, en otras palabras, que no se trate de aquellas sujetas a jurisdicción exclusiva de los tribunales judiciales”<sup>22</sup>. Esta definición determina con precisión que una materia puede ser sometida a arbitraje siempre que no sea exclusiva de la jurisdicción ordinaria.

Es por lo anterior que la arbitrabilidad objetiva depende de lo que los Estados determinen. Serán los ordenamientos jurídicos estatales los que enlisten los asuntos que pueden someterse a árbitros.

Al depender de cada Estado, la arbitrabilidad objetiva puede ser muy variable. “Todos los derechos nacionales consagran limitaciones a las materias que pueden arbitrarse, pero los Estados difieren en el concepto de lo que puede ser arbitrable de acuerdo con sus políticas económicas y sociales, su orden público o su consideración sobre el arbitraje, que incluso varían en el tiempo. Así, cada Estado reserva temas sensitivos a su ordenamiento para los jueces”<sup>23</sup>.

Para determinar la arbitrabilidad se debe tomar en cuenta el contexto nacional de cada Estado, haciendo casi imposible unificar criterios. En la mayoría de legislaciones se concuerda que puede ser sometido a arbitraje todo aquello que se encuentra dentro de la libre disposición de las partes, es decir, aquello sobre lo que los particulares pueden transigir. Esta disposición puede ser interpretada de forma extensiva, por lo que

---

<sup>22</sup>Nakamura, Tatsuya. *Arbitrability and the lex arbitri*. Volumen XVII. Pág. 29.

<sup>23</sup>Marzorati, Osvaldo. *Los límites del acuerdo arbitral*. Pág. 1



corresponderá a los árbitros, al momento de analizar la arbitrabilidad objetiva, definir si las materias realmente son de libre disposición.

A nivel internacional se han suscrito convenios y tratados en los que se menciona la arbitrabilidad objetiva. Tal es el caso de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras que, respecto de las causales para inejecutabilidad de un laudo, incluye en el Artículo 5, numeral 2, literal a) lo siguiente: “Que, según la ley de ese país, el objeto de la diferencia no es susceptible de solución por vía de arbitraje”. Se da tal importancia a la arbitrabilidad objetiva, que en caso de no respetarse no se ejecutará el laudo.

De forma idéntica al Artículo relacionado en el párrafo anterior se regula en el Artículo 5, numeral 2, literal a) de la Convención Interamericana Sobre Arbitraje Comercial Internacional, el cual establece como causal para denegar la ejecución de un laudo cuando: “Según la ley de este Estado, el objeto de la diferencia no es susceptible de solución por vía de arbitraje”.

Dentro de la arbitrabilidad objetiva también se debe observar lo que algunos doctrinarios denominan el alcance material del acuerdo arbitral. Esto hace referencia al conjunto de materias que las partes acordaron someter a arbitraje. No se podrá someter a arbitraje aquello que las partes no hayan pactado expresamente.

Al momento de examinar la cláusula arbitral se debe determinar el alcance de esta. La mayoría de acuerdos arbitrales suelen ser sumamente amplios, disponiendo que se



podrán someter a arbitraje todas las controversias que puedan surgir entre las partes con relación a un determinado negocio. Pese a lo anterior, es común que se discuta si realmente el litigio nace en virtud del contrato celebrado o es una situación no prevista en este.

### **2.3 Arbitrabilidad sustantiva**

Como ya se ha determinado, la arbitrabilidad sustantiva, arbitrabilidad personal o arbitrabilidad subjetiva busca establecer si determinados sujetos pueden figurar como partes en un arbitraje. “Capacidad de la persona para someterse al arbitraje”<sup>24</sup>. Se parte desde el momento de la celebración del acuerdo arbitral, y se verifica que las partes que hayan celebrado el convenio tengan la capacidad de hacerlo. Posteriormente se determina si el acuerdo arbitral realmente alcanza a quienes se encuentran en el litigio arbitral.

En el caso de la capacidad queda claro que este es un requisito esencial de cualquier tipo de negocio jurídico y el acuerdo arbitral no es la excepción.

La arbitrabilidad subjetiva radica en que: “Las personas que otorgaron el acto deben haber tenido capacidad para someterse juicio de árbitros”<sup>25</sup>. Es por ello por lo que la arbitrabilidad subjetiva toma como base la capacidad.

---

<sup>24</sup> Salcedo Castro, Myriam. **Arbitrabilidad subjetiva: la capacidad de las entidades públicas para concluir contratos de arbitraje**. Pág. 113

<sup>25</sup>Caivano. **Arbitrabilidad y Orden. Op. Cit.** Pág. 64.



Si se trata de una persona física la capacidad se refiere a la aptitud de ejercicio de derechos civiles. Esta aptitud se alcanza con la mayoría de edad. En personas naturales la capacidad no generaría mayor dificultad, a menos que se trate de un arbitraje internacional, en el cual se deberá cumplir con los requisitos de las legislaciones aplicables.

En el caso de una persona jurídica o una sociedad, su capacidad se rige por dos aspectos. En primer lugar, por la Ley del Estado al que pertenece la sociedad, la cual establece los parámetros básicos para ejercer la representación de la sociedad. En segundo lugar, por su escritura constitutiva, en la que se debe establecer la forma en que se nombrará al representante y las facultades de este.

En esa línea, cuando se trate de un acuerdo arbitral celebrado entre sociedades, se debe verificar que quién haya celebrado el convenio esté facultado para obligarse en nombre de la sociedad. En caso de que quien celebre el acuerdo no estuviere facultado para obligar a la sociedad, se recaería en un acto *ultra vires* que no obligaría a la sociedad.

En la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras se establece la importancia de la capacidad al momento de determinar la arbitrabilidad. En esta convención, en el Artículo 5, numeral 1, literal a) se indica que un laudo carece de fuerza ejecutiva si se demuestra que: “Las partes en el acuerdo a que se refiere el Artículo II estaban sujetas a alguna incapacidad en virtud de la ley que les es aplicable”. Capacidad que será determinada por la ley y la que podrá variar de un sistema normativo a otro.



El segundo aspecto importante respecto de la arbitrabilidad sustantiva es determinar si los sujetos pueden ser parte del arbitraje. Es decir que: “Debe haber identidad entre quienes sean o vayan a ser partes en el arbitraje y quienes han sido partes en el acuerdo arbitral”<sup>26</sup>. Se refiere a legitimación de las partes dentro del litigio.

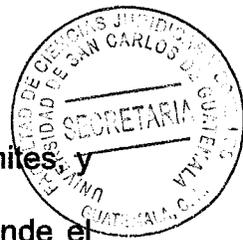
Se desprende de lo anterior que quien signa el acuerdo arbitral figurará como parte dentro del arbitraje. Sin embargo, existen casos en los que el arbitraje se extiende a terceros no signatarios. Tal es el caso de los denominados grupos empresariales o grupos societarios, aplicando la teoría del levantamiento del velo societario. Incluso existen casos en que se involucra en el arbitraje a los accionistas, esto con la finalidad de que los interesados se involucren al proceso. Pese a lo anterior, la extensión a terceros no signatarios no es aceptada a nivel universal. Es una práctica que aún es debatible en el ámbito arbitral.

Sin embargo, la evolución del arbitraje ha demostrado que este es cada vez más extenso, por lo que este puede ser el caso de la extensión a terceros no signatarios.

La arbitrabilidad subjetiva se encuentra íntimamente ligado al principio de autonomía de la voluntad de las partes. Este principio es equiparable al principio dispositivo, fundante en materia civil. Por la autonomía de la voluntad de las partes se establece que las personas pueden disponer libremente de determinados asuntos.

---

<sup>26</sup>Ibíd.



La autonomía de la voluntad de las partes no es absoluta. Este principio tiene límites, y es acá en donde radica la importancia de la arbitrabilidad sustantiva. Corresponde al árbitro determinar si el asunto que se somete se encuentra dentro de la esfera privada de los particulares.

Respecto del principio de autonomía de la voluntad de las partes, la Corte de Constitucionalidad estableció en el expediente 1316-2012 lo siguiente: “El arbitraje tiene base constitucional pero cuando existe consentimiento de las partes, en virtud del principio de libertad de acción y autonomía de la voluntad, consagrados en el Artículo 5º de la Constitución Política de la República”. En este fallo se determina la base del arbitraje en la libertad de acción, que es equiparable a la autonomía de la voluntad. En otras palabras, queda a la libre disposición de las partes someter su controversia al arbitraje.

#### **2.4 Kompetenz-kompetenz**

El principio *kompetenz-kompetenz*, o competencia de la competencia, es un principio de origen germano. Se remonta al año 1876 con la publicación de la obra titulada *Kompetenz-Kompetenz*, por el jurista Böhlau<sup>27</sup>. A partir de la obra de Böhlau, el jurista alemán Carl Schmitt impulsó este principio, incluyéndolo en su obra *Verfassungslehre* en 1928. Es así como se logra consolidar en la práctica arbitral alemana, siendo finalmente aceptado por un Tribunal Superior en la República Federal de Alemania en el año 1955. Las bases alemanas se difunden por todo el continente europeo y aún repercuten.

---

<sup>27</sup> Salcedo. **Op. Cit.** Pág. 12.



Siguiendo los pasos alemanes, el principio *Kompetenz-Kompetenz* se difunde rápidamente en Europa. Es por ello por lo que en el año 1961 la Convención Europea de Arbitraje Comercial lo reconoce y lo incluye dentro de su normativa.

A nivel internacional, en 1976 la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) reconoció el principio *Kompetenz-Kompetenz*. Lo incluyó en el Artículo 21 numeral 1 del Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. Este Artículo establece: “El tribunal arbitral estará facultado para decidir acerca de las objeciones de que carece de competencia, incluso las objeciones respecto de la existencia o la validez de la cláusula compromisoria o del acuerdo de arbitraje separado”.

Y es que la regulación establecida en el Artículo anterior, por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, brinda la definición esencial del principio *Kompetenz-Kompetenz*. Definición que sirve de base para gran parte de las legislaciones arbitrales latinoamericanas.

Por este principio se establece que los árbitros están facultados para decidir acerca de su propia competencia. Señala el citado principio que: “Los árbitros son los jueces provisionales de su propia competencia para adelantar el proceso arbitral y para proferir el laudo que pone fin a la controversia entre las partes”<sup>28</sup>. Corresponde a los árbitros pronunciarse acerca de si son o no competentes para conocer un determinado asunto.

---

<sup>28</sup>Talero, Santiago. *Arbitraje comercial internacional, instituciones básicas y derecho aplicable*. Pág. 147.



Este pronunciamiento lo deben realizar al momento de iniciar el arbitraje. De tal forma que el primer asunto que deben resolver los árbitros es su propia competencia. Para determinar su competencia se debe atender a la arbitrabilidad, es decir, analizar si el asunto está previsto dentro del acuerdo arbitral y si este es realmente arbitrable.

El tribunal arbitral al aplicar este principio produce un efecto positivo y uno negativo. Por el efecto positivo se ratifica que los árbitros están facultados para conocer del asunto que se les somete. En cuanto al efecto negativo, este consiste en la exclusión de la posibilidad de que el asunto sea conocido en la justicia ordinaria, toda vez se haya determinado que debe dirimirse ante un tribunal arbitral.

Es este segundo efecto, la esencia de cualquier método de resolución de conflictos alternativo a la justicia ordinaria. Acá radica una de las finalidades fundamentales de este principio, siendo esta: "Proteger la autonomía y la independencia de la justicia arbitral con relación a la justicia estatal, y por esa vía, lograr que la justicia arbitral sea verdaderamente eficaz"<sup>29</sup>. De tal forma que al estar facultados los árbitros a determinar su competencia, se salvaguarda al arbitraje de la injerencia de cualquier tribunal ordinario. Con ello se consagra la autonomía del arbitraje.

La no intervención de los tribunales ordinarios tiene también como finalidad garantizar la eficacia y celeridad del arbitraje. Se ha establecido que, al impedir la participación a otro

---

<sup>29</sup>Silva, Romero. **Breves observaciones sobre el principio de *kompetenz-kompetenz* en el contrato de arbitraje.** Pág. 579.



órgano estatal, se evita acoplarse a los plazos de los órganos jurisdiccionales. La mora judicial retrasaría innecesariamente el arbitraje.

La competencia del tribunal puede ser cuestionada por la parte interesada, mediante una excepción de incompetencia. Si bien cada procedimiento dependerá de la voluntad de las partes, resulta lógico que esta excepción sea planteada a más tardar al momento de la contestación de la demanda. Esta incidencia será resuelta por el propio tribunal arbitral.

Relativo a la resolución de excepciones de incompetencia los árbitros aplican con bastante frecuencia la doctrina de los actos propios, o principio de *estoppel*. Mediante esta teoría se afirma que una parte que ha realizado actos que presumen su aceptación del arbitraje, o bien que ha aceptado expresamente someterse a arbitraje, no puede con posterioridad renunciar o cuestionar el fuero arbitral. De tal forma que los árbitros buscan establecer la coherencia al momento de celebrar contratos o negocios y así dotarlos de estabilidad, de seguridad jurídica.

## 2.5 Límites a la arbitrabilidad

Los límites a la arbitrabilidad suelen ser sumamente mutables de una jurisdicción a otra. No obstante, existen puntos de coincidencia. "La arbitrabilidad no es absoluta"<sup>30</sup>, y son aquellas materias que quedan fuera del arbitraje las que son reconocidas como sus límites.

---

<sup>30</sup> Gaillard. Op. Cit. Pág. 18.



“Los límites de la jurisdicción arbitral son de dos órdenes: algunos provienen de su condición de jurisdicción privada; otros, de su origen voluntario”<sup>31</sup>. Al tratar limitaciones que devienen de su condición de jurisdicción privativa se hace referencia a todas aquellas limitaciones que establece un determinado orden jurídico. Es el conjunto de cuestiones que por disposición de ley no pueden ser dirimidas en un arbitraje.

Dentro de las limitaciones más comunes al arbitraje se encuentran dos. Primero, materias que no se encuentren dentro de la libre disposición de las partes, y segundo, materias cuyo sometimiento a arbitraje resulta contrario al orden público.

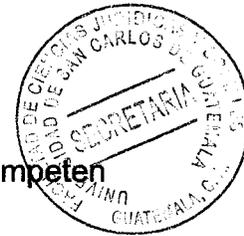
La Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, recoge estas dos causales en el Artículo 5, numeral 2, el cual establece: “2. También se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de una sentencia arbitral si la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución, comprueba:

- a) Que, según la ley de ese país, el objeto de la diferencia no es susceptible de solución por vía de arbitraje; o
- b) Que el reconocimiento o la ejecución de la sentencia serían contrarios al orden público de ese país”.

La Convención fija estos dos supuestos como causales para la inejecutabilidad de un laudo. En el caso de la literal a), se refiere a todos aquellos asuntos que la Ley deja a la

---

<sup>31</sup>Caivano. **Arbitrabilidad y Orden. Op. Cit.** Pág. 64



libre disposición de las partes. Aquellos factores que, según la política estatal, competen únicamente a los particulares.

En cuanto al orden público, es uno de los conceptos que mayores problemas ha generado respecto del arbitraje. Ello se debe a la ausencia de una definición concreta de orden público aceptada por el conglomerado jurídico. El orden público es un concepto variable en el tiempo y distinto de una comunidad a otra. Está fijado por el conjunto de condiciones sociales, políticas e incluso económicas del respectivo Estado. Además, se ve directamente afectado por la gradación de los valores socialmente aceptados.

El monopolio del orden público por el Estado es un acto de conservación, hacia el mismo Estado. “Es entendible que un Estado se reserve el derecho de reconocer y ejecutar un laudo arbitral que vulnere nociones propias del Estado, que son el orden público”<sup>32</sup>. Lo anterior, porque es deber del Estado proteger los intereses colectivos frente a los particulares.

Pese a lo indicado, aunque una materia fuere considerada de orden público puede ser arbitrada. Tal como se indica: “El orden público –entendido como el interés general que subyace como fundamento de una norma legal– nada predica sobre la arbitrabilidad de la cuestión”<sup>33</sup>.

---

<sup>32</sup>Blackaby, Nigel; Partasides, Constantine; Redfern, Alan y Hunter, Martin. **Teoría y práctica del arbitraje comercial internacional**. Pág. 655

<sup>33</sup>Caivano. **Arbitrabilidad y Orden**. Op. Cit. Pág. 62.



Con ello se hace referencia a que no se podrá arbitrar aquello cuyo laudo resulte contrario al orden público, pero si un arbitraje resuelve una materia de orden público, sin que este se vea afectado, el procedimiento arbitral deviene completamente valido.

Un ejemplo de lo anterior es el derecho de competencia. Se aseguraba que no podía arbitrarse sobre asuntos relativos a esta materia, toda vez que la regulación de la libre competencia es de orden público.

Sin embargo, se ha logrado demostrar que al arbitrar sobre materias de competencia no se atenta contra el orden público, sino que se brinda certeza y seguridad jurídica en materia de competencia, toda vez que los litigios se resuelven con celeridad. Es por ello que hoy en día es aceptada la arbitrabilidad en materia del derecho de competencia.

Finalmente, otra limitante de la arbitrabilidad radica en la voluntad de las partes. “Todos aquellos asuntos que los mismos contratantes disponen dejar fuera de la posibilidad de arbitraje”<sup>34</sup>. Estas serán aún más difíciles de determinar ya que dependerán de cada acuerdo arbitral en concreto. Se trata de una limitación eminentemente casuística.

## **2.6 Arbitrabilidad en Guatemala**

Como se ha determinado, la arbitrabilidad depende de la regulación de cada Estado, por lo que resulta trascendental analizar el caso en concreto de Guatemala.

---

<sup>34</sup> *Ibíd.*



El Artículo 21, numeral 1 de la Ley de Arbitraje, establece: “El tribunal arbitral **estará** facultado para decidir acerca de su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o la validez del acuerdo de arbitraje”. Se reconoce de forma expresa la facultad de los árbitros de resolver todo lo relativo a su propia competencia.

La Corte de Constitucionalidad ha ratificado lo expuesto, indicando que: “Corresponde al tribunal arbitral resolver respecto de su propia competencia, sobre la validez o vigencia del acuerdo arbitral, sobre la arbitrabilidad de la controversia”, en los expedientes 4144-2012, 5126-2012 y 1635-2015, entre otros, de la referida Corte. Queda claro que corresponde al tribunal arbitral resolver respecto de su propia competencia y la arbitrabilidad del asunto. Ha quedado expuesto que la arbitrabilidad hace referencia a todos aquellos casos que pueden someterse a arbitraje.

En ese sentido, la Ley de Arbitraje de Guatemala establece en el Artículo 3, numerales 1 y 2 “Materia objeto de arbitraje, lo siguientes: 1) La presente ley se aplicará en todos aquellos casos en que la controversia verse sobre materias en que las partes tengan libre disposición conforme a derecho. 2) También se aplicará la presente ley a todos aquellos otros casos en que, por disposición de otras leyes, se permita el procedimiento arbitral, siempre que el acuerdo arbitral sea válido conforme esta ley”.

En el numeral 1 se reconoce la autonomía de la voluntad de las partes. Se faculta a los particulares a incluir arbitraje en todos los contratos que se puedan celebrar. En el numeral 2 se contempla la posibilidad de incluir el arbitraje en otras leyes. El cual efectivamente se incluyó en otras leyes conexas.



Verbigracia, la Ley de Contrataciones del Estado, que señala en el Artículo 103: **“Si así lo acuerdan las partes, las controversias relativas al cumplimiento, interpretación, aplicación y efectos de los contratos celebrados con motivo de la aplicación de la presente ley, se podrán someter a la jurisdicción arbitral mediante cláusula compromisoria o convenio arbitral”**. También se puede citar como ejemplo la Ley de Derechos de Autor y Derechos Conexos, que en el Artículo 133 faculta a las partes a someter a arbitraje los asuntos que tengan relación con esta materia.

Respecto de la arbitrabilidad objetiva, se podrán someter a arbitraje los aspectos ya relacionados. Al respecto, la Ley de Arbitraje dispone en el Artículo 43 que un laudo puede ser objeto de revisión cuando se presuma: **“Que el laudo se refiere a una controversia no prevista en el acuerdo de arbitraje o contiene decisiones que exceden de los términos del acuerdo de arbitraje”**. En dicha disposición destaca la relevancia de la arbitrabilidad objetiva en Guatemala. En cuanto a la arbitrabilidad sustantiva, la Ley de Arbitraje de Guatemala establece en el Artículo 11, numeral 1 que: **“El acuerdo arbitral obliga a las partes a respetar y cumplir lo estipulado”**. Todo signatario del acuerdo de arbitraje debe apegarse a este, siendo un acuerdo que una vez pactado resulta irrenunciable.

En cuanto a la capacidad de las partes del acuerdo de arbitraje, se establece en el Artículo 43 de la ley, como causal de revisión del laudo, el hecho de que: **“Una de las partes en el acuerdo de arbitraje a que se refiere el Artículo 10 estaba afectada por alguna incapacidad, o que dicho acuerdo es nulo en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiera indicado a este respecto, en virtud de la ley guatemalteca”**.



Por ello es vital analizar la capacidad de las partes, en materia de arbitralidad sustantiva. En el caso de Guatemala: “La capacidad para el ejercicio de los derechos civiles se adquiere por la mayoría de edad. Son mayores de edad los que han cumplido dieciocho años”, esto de conformidad con el Artículo 8 del Código Civil de Guatemala.

En caso de tratarse de una persona individual, para que el acuerdo sea válido, debe ser firmado por una persona mayor de 18 años. Atendiendo a criterios biológicos, los legisladores guatemaltecos optan por esta edad para otorgar capacidad contractual.

Si se trata de una persona jurídica de derecho mercantil, es decir una sociedad mercantil, la representación la ejerce: “Uno o varios administradores o gerentes, quienes podrán ser o no socios”, según lo establecido en el Artículo 44 del Código de Comercio. También debe prestarse atención a lo que establezca la escritura constitutiva de la sociedad. Será el representante de la sociedad quien tendrá capacidad para suscribir convenios arbitrales en nombre de la sociedad, siempre y cuando esté facultado para obligar a la misma.

Finalmente, respecto de los límites de la arbitralidad, entendiendo esto, como todos aquellos asuntos que no pueden ser sometidos a arbitraje. La Ley de Arbitraje de Guatemala establece en el Artículo 3, numerales 3 y 4 lo siguiente: “3) No podrán ser objeto de arbitraje:

- a) Las cuestiones sobre las que haya recaído resolución judicial firme, salvo los aspectos derivados de su ejecución.



- b) Las materias inseparablemente unidas a otras sobre las que las partes no tengan libre disposición.
- c) Cuando la ley lo prohíba expresamente o señale un procedimiento especial para determinados casos.
- d) Quedan excluidos del ámbito de aplicación de la presente ley los arbitrajes laborales”.

En el caso de las materias que ya tuvieran sentencia firme, no se podrán someter a arbitraje en aplicación del principio de cosa juzgada, propio de todo procedimiento jurisdiccional. “Los asuntos sobre los que las partes no tengan libre disposición abarcan aquellas materias sobre las que las parte no pueden contratar”<sup>35</sup>, incluyendo también asuntos de orden público.

Son materias prohibidas expresamente por la Ley, o con tramitación especial, aquellos asuntos o procedimientos que el Estado considera que debe monopolizar. Ello, atendiendo a políticas legislativas y gubernamentales especiales. Los arbitrajes laborales se excluyen, toda vez que el derecho laboral es de interés colectivo distinto del derecho mercantil, siendo la justicia laboral materia privativa, a cargo de juzgados especializados.

### **2.6.1 Arbitrabilidad en materia mercantil**

En materia mercantil el Código de Comercio de Guatemala establece en el Artículo 1039: “A menos que se estipule lo contrario en este Código, todas las acciones a que dé lugar

---

<sup>35</sup> Caivano. **El arbitraje: nociones. Op. Cit.** Pág. 78.



su aplicación se ventilarán en juicio sumario, salvo que las partes hayan convenido en someter sus diferencias arbitraje”. Es decir, se fija como juicio tipo el proceso sumario, pero al mismo tiempo se abre la posibilidad a las partes de someter sus asuntos a arbitraje.

De conformidad con este precepto, procede arbitrar aquellos asuntos contenidos en el Código de Comercio y en las Leyes Mercantiles relacionadas. También se indica en este precepto que el arbitraje tendrá preminencia sobre cualquier procedimiento especial. En caso de existir acuerdo arbitral, este procedimiento se aplicará como regla general.



## CAPÍTULO III

### 3. Antinomia

Los ordenamientos jurídicos son definidos comúnmente como un sistema de normas jurídicas. Al establecer que es un sistema, se deduce que todos los elementos que lo integran se encuentran relacionados unos con otros. Es decir, que las normas jurídicas de un mismo ordenamiento deben mantener armonía.

Pese a lo anterior, existen diversas situaciones en las que la coordinación sistemática de las normas presenta falencias o defectos. Un ejemplo de ello son aquellas circunstancias en las que una determinada situación no se encuentra prevista como supuesto o hipótesis jurídica de determinada norma jurídica. Estas situaciones se conocen como vacíos o lagunas legales.

Otra falencia ocurre cuando dos normas se contradicen. Dos normas que producen efectos jurídicos en un mismo territorio y tiempo, regulan de manera distinta determinada materia. Esta discrepancia es lo que se conoce como antinomia. Es la antinomia entre el Código de Comercio mediante la reforma mencionada y la Ley de Arbitraje el objeto de estudio, por lo que se enfatizará en ella.

Una antinomia atenta directamente contra la armonía del sistema jurídico: existe falta de coordinación de las normas que, por el contrario, se contradicen. Tanto las antinomias como los vacíos legales, son resultado de fallas en la técnica legislativa. A medida que el



derecho evoluciona y el sistema normativo se expande, resulta sumamente complejo para el legislador preservar el carácter sistemático del ordenamiento jurídico. Es debido a esta complejidad que el propio legislador establece criterios para solventar este tipo de falencias. Tales criterios sirven para resolver las incongruencias que puedan presentarse en un ordenamiento jurídico. En igual medida, sirven para restaurar la armonía del sistema jurídico.

### 3.1 Definición, características y elementos

Una antinomia jurídica se puede definir, *stricto sensu*, como la contravención entre dos normas jurídicas. Para establecer una definición completa de antinomia, debe partirse del ámbito de validez de las normas.

Al respecto de la validez de la norma jurídica, se establecen cuatro ámbitos de validez: “Ámbito espacial de validez, ámbito material de validez, ámbito temporal de validez, y ámbito personal de validez”<sup>36</sup>. Aunque otros doctrinarios han agregado otros aspectos, la anterior clasificación incluye los principales ámbitos en que una norma debe desenvolverse.

El ámbito espacial de validez hace referencia al territorio o espacio físico en el cual una norma debe aplicarse. Atendiendo a ello, las normas pueden ser generales o locales. Será general si la norma se aplica a la totalidad del territorio de un Estado, y local si se

---

<sup>36</sup>Kelsen, Hans. **El contrato y el tratado**. Pág. 53



aplica únicamente a una porción del territorio, verbigracia una norma municipal o provincial, en contraposición a una norma nacional. El ámbito material de validez se refiere a la materia que regula.

Partiendo de un análisis extensivo, pueden ubicarse normas de derecho público y de derecho privado. “La limitación legal del poder de los particulares o grupos privados se denomina Derecho Privado. La limitación legal del poder de las autoridades públicas se denomina Derecho Público”<sup>37</sup>. Una norma aplicable a relaciones entre particulares es de derecho privado y una que afecte el poder público es de derecho público.

El ámbito temporal de validez, se refiere al periodo de tiempo en el cual una norma tiene vigencia. En este sentido, las normas pueden ser de vigencia determinada y de vigencia indeterminada.

Serán de vigencia determinada aquellas en las que la propia norma fija fecha de inicio y fin de la vigencia, también llamadas normas temporales; las de vigencia indeterminada son aquellas que se fijan fecha de inicio, pero no de fin de la vigencia.

El ámbito personal de validez hace referencia a los sujetos a quienes aplica la norma. En ese sentido las normas pueden ser genéricas o individualizadas. Una norma será genérica si es de observancia general para lo totalidad de individuos dentro de la clase designada, e individualizada si aplica únicamente a una parte o porción de estos

---

<sup>37</sup>Bodenheimer, Edgar. **Teoría del derecho**. Pág. 28



individuos. Es menester conocer el ámbito de validez de las normas jurídicas toda vez que la antinomia debe producirse entre normas aplicables dentro del mismo ámbito.

Es decir que la antinomia será la contradicción entre dos normas de un mismo ordenamiento jurídico que regulen una misma materia (ámbito material), a un mismo grupo de individuos (ámbito personal), en un mismo territorio (ámbito espacial) y en un mismo periodo de tiempo (ámbito temporal).

La antinomia la podemos definir así como: "Dos normas se oponen contradictoriamente cuando, teniendo iguales ámbitos de validez material, espacial y temporal una permite y la otra prohíbe a un mismo sujeto la misma conducta"<sup>38</sup>. Existiendo, así como requisito indispensable para la existencia de una antinomia, el hecho que las normas que se contradicen compartan los mismos ámbitos de validez.

En el caso de a antinomia, una norma debe prohibir una conducta y la otra norma permitir esta misma conducta. Puede ocurrir también, que una norma establezca un procedimiento determinado, y otra norma establezca otro distinto para hacer valer el mismo derecho. También puede ocurrir que una norma establezca determinado acto como obligatorio, y otra como optativo.

"Aquella situación que se verifica entre dos normas incompatibles, pertenecientes al mismo ordenamiento y que tienen los mismos ámbitos de validez"<sup>39</sup>. La definición de

---

<sup>38</sup>García, Eduardo. **Introducción a la lógica jurídica**. Pág. 32

<sup>39</sup>Bobbio, Norberto. **Teoría general del derecho**. Pág. 90



anterior reafirma el hecho de que ambas normas deben pertenecer a un mismo ordenamiento jurídico, sean incompatibles entre sí (contradictorias). De las definiciones anteriores se desprenden algunas características de las antinomias, tales como las siguientes:

1. Se producen entre dos normas contradictorias, en las que la aplicación de una excluye a la otra. Existe un desencuentro entre dos normas.
2. Ambas normas deben coexistir en un mismo ámbito de validez. Las dos normas en desavenencia deben coexistir en un mismo espacio, tiempo y lugar, y también deben aplicar a los mismos sujetos.
3. Ambas normas deben pertenecer a un mismo ordenamiento jurídico. Un elemento lógico de la antinomia, ya que esta refleja un error en el carácter sistemático o coherente de los ordenamientos jurídicos.
4. Ambas normas no pueden ser verdaderas al mismo tiempo. Es decir que, atendiendo al principio lógico de tercero excluido, se debe determinar cuál de las normas será la que debe aplicarse, con exclusión de la otra.
5. La legislación establece la forma en que debe resolverse la antinomia. Los ordenamientos jurídicos han incluido dentro de sus normas, preceptos hipotéticos orientados a resolver las antinomias que ocasionalmente puedan presentarse. Se establecen diversas formas de solución, y los casos en los cuales debe aplicarse cada una de ellas.

Cuando se trata de antinomias toman relevancia múltiples principios. Tal es el caso del principio de seguridad jurídica, dado que al resolver una antinomia se busca garantizar la



seguridad jurídica. Otro principio relevante es el de unidad del ordenamiento jurídico, toda vez que una antinomia vulnera este precepto.

Analizando lo anterior, se dilucida que estos principios giran en torno a la solución de la antinomia y no a ésta como tal. En ese sentido, resultan de gran importancia para la antinomia los principios de la lógica jurídica.

Los principios fundamentales de la lógica jurídica son identidad, no contradicción, tercero excluido y razón suficiente. Los primeros tres principios, fueron expuestos por Aristóteles y el cuarto por el filósofo alemán Gottfried Leibniz.

El principio de identidad establece que todo ente es igual a sí mismo, y se enuncia  $A=A$ . En el campo del derecho se establece que: “La norma que permite lo que jurídicamente no está prohibido, es necesariamente válida y a la inversa”<sup>40</sup>.

Y es acá en donde radica la importancia para la antinomia, al establecerse que una norma únicamente puede permitir aquello que no es prohibido por otra norma.

El principio de no contradicción establece: “No pueden ser verdaderos simultáneamente dos juicios, de los cuales uno afirma algo acerca de un objeto del pensamiento, mientras que en el otro se niega lo mismo del mismo objeto de pensamiento”<sup>41</sup>. Este principio constituye el punto de partida del estudio de las antinomias.

---

<sup>40</sup>Pemouth, Luis. **Presentación prospectiva de la lógica jurídica**. Pág. 42

<sup>41</sup>Ibíd.



El principio de tercero excluido establece: “En dos juicios, en que uno niega al otro, no pueden ambos ser falsos al mismo tiempo. Si uno es falso, el otro es verdadero o viceversa”<sup>42</sup>. Es por ello que las normas antinómicas no pueden prevalecer simultáneamente, ya que, si una es válida, la que la contradice debe, necesariamente, ser inválida.

Y finalmente se encuentra el principio de razón suficiente. Este principio establece que todo juicio debe tener fundamento suficiente para ser considerado válido. En el caso de las normas, estas encuentran su fundamento en una norma superior y en el proceso legislativo para su creación.

### **3.2 Clasificación de las antinomias**

En cuanto a la clasificación de las antinomias, como en cualquier tipo de clasificación, existen posturas muy diversas. Sin embargo, existen división antinomias según el ámbito de aplicación de las normas, como por ejemplo: “de tipo total-total, de tipo total-parcial y de tipo parcial-parcial”<sup>43</sup>.

En las antinomias de tipo total-total las normas en conflicto pertenecen al mismo ámbito de aplicación. En este caso, cada vez que deba aplicarse una de las normas, necesariamente debe aplicarse la otra, pues ambas coinciden en el momento de aplicación. En este tipo de antinomia la incompatibilidad es total. Verbigracia, puede

---

<sup>42</sup>Ibíd.

<sup>43</sup>Ross, Alf. **Sobre el derecho y la justicia**. Pág. 125



encontrarse una norma que prohíba estacionar en zona uno y otra que permita estacionar en zona uno. Es así como, ambas normas son idéntica en su ámbito de aplicación, pero contrarias en su contenido, por lo que devienen incompatibles.

Las antinomias total-parcial parten de que las normas antinómicas no pertenecen en su totalidad al mismo ámbito de aplicación. En esta antinomia una norma general abarca una específica. De forma que, cuando se aplique la norma general, necesariamente entrará en contrariedad con la específica, no sucediendo lo mismo a la inversa.

A manera de ejemplo, puede encontrarse una norma general que prohíbe estacionarse en una zona determinada, mientras que una específica establece que se permita parquearse en una avenida determinada avenida de la zona en la que se prohíbe estacionarse por la norma general. Pese a que el ámbito de aplicación no es idéntico, se ocasiona un desencuentro o contradicción entre ambas normas.

Por último, se encuentra la antinomia parcial-parcial. En este caso, los ámbitos de aplicación son completamente distintos, por lo que la normas no necesariamente devienen incompatibles. Sino más bien cuando ambas tienen en sí una parte de aplicación que es compatible, pero otra que no lo es.

Por ejemplo, puede tratarse de una norma que prohíba estacionar en zona uno y otra que permita a los camiones de carga pueden estacionar en cualquier lugar. Y así una norma puede prohibir una conducta, mientras que otra permitir una permite una excepción dentro de esa conducta.



El ámbito de aplicación de ambas normas es completamente distinto y no existe contradicción, a menos que un camión de carga estacione en zona uno, en cuyo caso las normas entrarían en conflicto. De tal forma que esta antinomia se presenta sólo ocasionalmente.

Las antinomias también pueden clasificarse según la validez jurídica. Para ello: “Se entiende la validez jurídica como la pertenencia al sistema jurídico”<sup>44</sup>. De forma que las antinomias pueden clasificarse en antinomias auténticas y antinomias aparentes.

Las antinomias auténticas serán aquellas en que ambas normas en conflicto tienen validez jurídica, es decir, pertenecen al mismo sistema jurídico. En este caso la antinomia generará un conflicto real que debe ser resuelto para brindar certeza jurídica.

En el caso de las antinomias aparentes, serán aquellas en las que al menos una de las normas en desencuentro carece de validez jurídica, es decir, no pertenece al mismo sistema jurídico. En este caso, si bien existen normas contradictorias, no generan problema alguno, toda vez que su aplicación es independiente una de otra. Este tipo de antinomias se analizan únicamente desde el plano teórico o como un ejercicio de derecho comparado.

Finalmente, las antinomias pueden ser clasificadas según el tipo de conflicto que generen en antinomias bilaterales y antinomias unilaterales.

---

<sup>44</sup>Zorrilla, David. *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho*. Volumen II. Pág. 1115



Las antinomias bilaterales surgen cuando: “Cuando el cumplimiento de cualquiera de las normas en pugna implica la violación de la otra”<sup>45</sup>. Estas antinomias surgen cuando una norma permite y otra prohíbe, cuando una faculta y otra obliga o cuando una no castiga y la otra sí. Una antinomia es unilateral cuando: “El cumplimiento de una de las normas en conflicto implica la violación de la otra, mas no al revés”<sup>46</sup>.

Por ejemplo, esta antinomia se podría presentar cuando una norma fije un límite de 20 años de edad para realizar un determinado acto y otra lo fije en 18 años. En este caso, cuando se aplica la de 20 años no se contradice a la que establece un rango menor, pero si se genera contradicción cuando se aplica a la inversa la norma que fije en 18 años la edad para realizar el acto para el que la otra norma exija 20 años.

### **3.3 Criterios de solución**

Al momento de presentarse una antinomia se vulnera la armonía sistemática del ordenamiento jurídico. Por ello, estas deben ser resueltas por los operadores de derecho atendiendo a los principios de certeza y seguridad jurídicas.

La resolución de antinomias es una tarea que suele recaer sobre el juez. Al momento de presentarse un conflicto de normas, el juez debe establecer a qué norma dará preminencia. En esta labor los abogados litigantes también tienen una función importante, ellos deben persuadir al juez para dar prevalencia a alguna de las normas. Además de lo

---

<sup>45</sup>García, Víctor. *La constitución y el sistema jurídico nacional*. Pág. 29.

<sup>46</sup>Ibíd.



anterior, los mismos legisladores han optado por establecer las formas en que se deben resolver las antinomias. Estas formas de solución se encuentran reguladas en normas que forman parte del mismo sistema jurídico.

Las formas en que se resuelven las antinomias son los denominados criterios de solución. Estos criterios son definidos como: "Aquel tipo particular de meta normas metodológicas cuya función consiste en establecer: a) cuál, de entre dos normas incompatibles, debe prevalecer sobre otra; y además, b) de qué manera ésta debe prevalecer, esto es, con qué efectos desde el punto de vista del ordenamiento jurídico pertinente, o bien de un sector o subsector de aquél"<sup>47</sup>

La definición anterior establece que estos criterios son meta normas, lo cual resulta evidente toda vez que son normas aplicables a otras normas. Así mismo establece cuáles son las finalidades de estas normas.

En primer lugar, se debe establecer cuál norma prevalecerá, siendo esta la finalidad esencial. Al establecer la norma que se aplicará se entiende que la otra será deroga tácitamente. Y en segundo lugar se establece en qué forma prevalecerá la norma, en qué condiciones, siendo este el criterio de solución *per se*. Pese a que los criterios de solución suelen ser sumamente variados los principales son los siguientes: criterio jerárquico, criterio cronológico y criterio de especialidad. Estos son los criterios que han recogido la mayoría de legislaciones.

---

<sup>47</sup>Chiassoni, Pierluigi. **Técnicas de interpretación jurídica**. Pág. 319.



El criterio jerárquico se resume en la locución latina *lex superior derogat legi inferior*, que significa: Ley superior deroga ley inferior. Para establecer la jerarquía normativa se suele utilizar el criterio kelseniano, el cual establece en la cúspide del ordenamiento normativo a las normas constitucionales, en el segundo escalón se ubican las normas ordinarias, en el tercer escalón las normas reglamentarias y en el nivel más bajo las normas individualizadas. Esta es la línea que se debe seguir para determinar cuál es la norma superior.

El criterio jerárquico se encuentra regulado en la legislación guatemalteca, concretamente en el Artículo 9 de la Ley del Organismo Judicial. Artículo que establece: “Supremacía de la Constitución y jerarquía normativa. Los Tribunales observarán siempre el principio de jerarquía normativa y de supremacía de la Constitución Política de la República, sobre cualquier ley o tratado, salvo los tratados o convenciones sobre derechos humanos, que prevalecen sobre el derecho interno. Las leyes o tratados prevalecen sobre los reglamentos. Carecen de validez las disposiciones que contradigan una norma de jerarquía superior”.

En esta disposición se otorga en primer lugar preminencia a la Constitución sobre el ordenamiento jurídico, en la misma forma se otorga preminencia a los tratados internacionales en materia de derechos humanos.

El aspecto más importante lo encontramos al final del Artículo citado, en el cual se establece que: “Carecen de validez las disposiciones que contradigan una norma de jerarquía superior”, siendo esta la tipificación del criterio jerárquico. El criterio cronológico



establece que *lex derogat legi priori*, es decir, ley posterior deroga ley anterior. Este criterio responde al carácter dinámico del derecho y a la necesidad de ir renovando la legislación.

Se aplica la Ley posterior sobre la anterior, toda vez que la Ley posterior se adecua más a la época de aplicación, por ser más reciente.

Este criterio lo encontramos en la Ley del Organismo Judicial, en el Artículo 8 el cual establece: “Derogatoria de las leyes. Las leyes se derogan por leyes posteriores”. De esta forma la legislación guatemalteca otorga preminencia a las Leyes posteriores.

Y finalmente el criterio de especialidad establece *lex specialis derogat generali*, Ley especial deroga Ley general. Este criterio tiene sentido, ya que las normas especiales regulan de forma adecuada materias determinadas, mientras que las normas generales lo hacen únicamente de forma somera.

La Ley del Organismo Judicial incluye este criterio en el Artículo 13, el cual establece: “Primacía de las disposiciones especiales. Las disposiciones especiales de las leyes, prevalecen sobre las disposiciones generales”. Queda establecido que nuestra legislación reconoce los tres criterios de solución planteados: de especialidad, jerárquico y cronológico.

Ya se sabe cómo manejar las antinomias según los casos planteados, pero qué sucede cuando concurren dos de estas posibles soluciones. O ambas pertenecen a la misma.



### **3.4 Antinomia de segundo grado**

Los operadores jurídicos deben procurar aplicar los criterios de solución a las antinomias, y de tal forma establecer qué norma debe predominar, en caso de que estas se contradigan en su contenido y siempre y cuando pueda encajarse su solución en las anteriormente mencionadas (de especialidad, de jerarquía y de cronología).

Empero de lo anterior, y dado el carácter general e hipotético de las normas, estos criterios no siempre son suficientes para resolver todos los conflictos normativos. Sería complicado para el legislador prever todos los casos posibles y dar una adecuada solución a cada uno de ellos. Así como es imposible regular todos los aspectos de la vida humana. Es así como surgen las antinomias de segundo grado.

Esta es un tipo de antinomia de mayor complejidad, que exige un análisis más profundo para su solución. Las antinomias de segundo grado parten de la ineficacia de los criterios tradicionales para la solución de una antinomia. Es por ello por lo que se deben establecer criterios adicionales para resolver este tipo de desencuentro entre normas. Dado a que concurren dos de las posibles soluciones previstas para la antinomia, pero cuál prevalece sobre cuál.

Estos criterios adicionales son aún más variados, mutando de un ordenamiento jurídico a otro, y también de un caso a otro. Dado su carácter mutable, resulta sumamente complejo establecer una directriz hipotética que pueda ser aplicable como regla general. Cada caso debe recibir un tratamiento especial, de acuerdo con el contexto del mismo.



### 3.4.1 Definición y características

De forma somera una antinomia de segundo grado se puede definir como aquella antinomia que no puede ser resuelta por los criterios de solución tradicionales: de especialidad, de jerarquía normativa, de cronología. Es a partir de aquí que se encuentra una clasificación para las antinomias de segundo grado en específico:

“Solubles e insolubles”<sup>48</sup>. Las solubles serán aquellas que se resuelven mediante la aplicación de los criterios tradicionales de solución, mientras que las insolubles son las denominadas antinomias de segundo grado. En esa línea una antinomia no puede ser resuelta cuando: “a) Hay casos de antinomias a las cuales no se les puede aplicar ninguna regla ideada para la solución de antinomias, b) hay casos en los cuales se pueden aplicar al mismo tiempo dos o más reglas opuestas entre sí”<sup>49</sup>.

En el primer supuesto se indica que para la solución del conflicto normativo no resulta útil ningún criterio de solución. Esto puede ocurrir siempre que las normas en desencuentro sean totalmente idénticas. Es decir que, deben ser del mismo grado, de la misma aplicación y debieron ser dictadas al mismo tiempo o momento cronológico. Al ser dictada al mismo tiempo no se podría aplicar el criterio cronológico, y al tener la misma aplicación y grado, tampoco se podría aplicar el criterio cronológico o de especialidad. Es poco probable que esto ocurra a la práctica, pero en caso se presente se recaería en una antinomia de segundo grado.

---

<sup>48</sup>Bobbio. **Op. Cit.** Pág. 191

<sup>49</sup>Ibíd.



En el segundo supuesto, al momento de la solución de la antinomia, se podrían aplicar dos criterios. Se da una concurrencia de criterios de solución, generan una dicotomía en la que se debe determinar cuál de los dos principios en pugna debe aplicarse.

Por ejemplo, esta situación podría ocurrir, si una norma general y posterior contradice a una norma anterior y especial, en este caso se podrían aplicar dos criterios, el de especialidad o el de cronología. El problema se presenta ya que si se aplica el criterio cronológico se daría preminencia a la primera norma, pero si se aplica el criterio de especialidad se dará preminencia a la segunda norma.

En este segundo tipo de antinomia concurre un desacuerdo de normas y a su vez de criterios de solución. Actualmente se discute un tipo adicional de conflicto entre principios, pero estos de carácter constitucional. En este caso ocurre que un principio constitucional contradice otro del mismo rango.

El ejemplo común de esta situación son las manifestaciones ciudadanas que bloquean vías públicas. Porque en este caso se respeta el principio constitucional de libertad de reunión y manifestación pacífica sin armas regulada en el Artículo 33 constitucional, pero se vulnera el principio de libertad de locomoción de los ciudadanos que se vean afectados por el bloqueo, regulada en el Artículo 26 constitucional.

Lo anterior se ha denominado conflictos constitucionales y suelen resolverse mediante la aplicación del principio de proporcionalidad. En los conflictos constitucionales: "Su tratamiento teórico por parte de la doctrina mayoritaria ha sido hasta el momento



notoriamente distinto al enfoque clásico de las antinomias<sup>50</sup>. Por lo que este tipo de contradicción de principios no ha sido incluido como una antinomia en sí. Las antinomias de segundo grado presentan peculiaridades que son similares a las propias de las antinomias comunes o de primer grado.

Empero, también presentan sus propias características que permiten diferenciarlas de una antinomia común, siendo estas las siguientes:

1. Ambas normas pertenecen al mismo ámbito de validez, al igual que una antinomia común.
2. No existe un criterio homologado para el tratamiento de este tipo de conflictos normativos.
3. Son poco frecuentes en la práctica jurídica.
4. No están previstas dentro de la legislación ordinaria.
5. Su resolución depende de los operadores jurídicos, según las peculiaridades del caso en concreto.

### **3.4.2 Tipos de antinomias de segundo grado**

Con base a los posibles casos en que puede presentarse una antinomia de segundo grado, se establece que existen cuatro tipos. En primer lugar, tenemos la antinomia en la que no se puede aplicar ningún criterio de solución, por ser estos insuficientes para el caso en concreto. Este tipo de antinomias no son comunes, debido a que los criterios de

---

<sup>50</sup>Zorrilla. **Op. Cit.** Pág. 1325



solución son lo suficientemente amplios. Pese a ello, nos podríamos encontrar: "Frente a una antinomia entre dos normas dictadas por el mismo órgano, de la misma jerarquía, promulgada al mismo tiempo y sin que exista entre ellas una relación de especialidad"<sup>51</sup>.

En el caso relacionado ningún criterio podría aplicarse a la solución de esta antinomia. Ambas normas comparten los mismos ámbitos de validez, por lo que resulta imposible determinar la preminencia de una de las dos normas.

Por aparte encontramos las antinomias en las que se pueden aplicar dos o más criterios de solución al mismo caso. En ese sentido, al ser tres criterios de solución, se pueden presentar también tres tipos adicionales de antinomias de segundo grado.

Estos tres posibles desencuentros se podrían presentar entre el criterio jerárquico y cronológico, jerárquico y de especialidad y de especialidad y cronológico. En el primer caso: "Los criterios de la jerarquía y la cronología entrarían en conflicto si una norma superior y anterior es incompatible con otra norma inferior y posterior"<sup>52</sup>. La concurrencia estos criterios de debe a que al aplicar uno u otro se daría preminencia a normas distintas.

En el segundo caso: "Los criterios de la jerarquía y la especialidad entrarían en conflicto si una norma superior y general es incompatible con otra norma inferior y especial"<sup>53</sup>. Verbigracia de ello podría ser si una norma de rango ordinario, pero de carácter general,

---

<sup>51</sup>Ibíd.

<sup>52</sup>Ezquiaga, Francisco. **Conflictos normativos e interpretación jurídica**. Pág. 32

<sup>53</sup>Ibíd.



contradice lo estipulado por una norma reglamentaria pero especializada en una determinada materia.

Y en el último caso “Los criterios de la cronología y de la especialidad entrarían en conflicto si una norma posterior y general es incompatible con otra norma anterior y especial”<sup>54</sup>. Este tipo de antinomia es sumamente común en la práctica jurídica. Suele ocurrir que reformas o legislaciones ordinarias recién emitidas entren en conflicto con legislaciones especiales más antiguas.

Cada una de estas antinomias ponen en vilo el carácter armónico del sistema jurídico. Es por ello por lo que es preciso brindar una pronto y adecuada solución, para preservar los sistemas jurídicos. Al resolver las antinomias se consagra la certeza y seguridad jurídica, indispensables para cualquier sistema normativo.

### **3.4.3 Criterios de solución de antinomias de segundo grado**

Las antinomias de segundo grado son de compleja solución. Este tipo de conflictos normativos surgen cuando los criterios tradicionales de solución de antinomias no son suficientes. Los criterios de solución tradicionales son recogidos en las legislaciones ordinarias, lo que permite homologar la forma en que se resolverán las antinomias comunes. En el caso de las antinomias de segundo grado: “En términos generales, no existe una regla unívoca que determine cómo se resuelven estas situaciones”<sup>55</sup>. No existe

---

<sup>54</sup>Ibíd.

<sup>55</sup>Zorrilla. **Op. Cit.** Pág.1323



una forma única en la cual deba resolverse las antinomias de segundo grado. La falta de homologación frente a este tipo de conflictos normativos se debe a que la solución es meramente casuística.

El tratamiento que se dé a cada antinomia dependerá de las peculiaridades de cada caso en concreto. Con ello se busca hacer un análisis a fondo, para determinar cuál de las dos normas se adecua al caso que se conoce en ese momento. Pese a lo anterior se han adoptado ciertas formas para resolver determinadas antinomias de segundo grado. En el caso de las antinomias causadas por una contravención entre el principio de jerarquía y cronología, se ha dado preminencia al criterio de jerarquía.

Se opta por dar preminencia a la norma superior, toda vez que las normas inferiores se encuentran supeditadas a estas. Por ejemplo, se alude que una norma ordinaria no predomina sobre una constitucional, sin importar que esta última sea más antigua. Sin embargo, esta no es una regla general.

Por otra parte, la desavenencia de los criterios de jerarquía y especialidad. En el mismo sentido que la antinomia anterior se arguye que debe predominar el principio de jerarquía, ya que la norma inferior encuentra sustento en la norma superior. En este tipo de antinomia el conceso resulta aún más complejo, ya que los criterios varían con frecuencia. En cuanto al conflicto que pueda surgir entre los criterios de cronología y de especialidad, es un asunto que: “Ha llamado mucho la atención de los teóricos del derecho”<sup>56</sup>, esto

---

<sup>56</sup>Ibíd.



debido a que se trata de una antinomia en la que los criterios de solución se encuentran equiparados, por lo que se debe analizar proporcionalmente a cuál de ellos se dará preminencia.

En algunos casos se ha optado por dar preminencia al criterio de cronología, partiendo de que la norma posterior deroga la ley anterior. Con ello se busca que la legislación se encuentre actualizada.

En esa línea también se ha optado por dar preminencia al criterio cronológico toda vez que, si ha emitido una norma posterior general, sobre una anterior especial, se debe a que es voluntad del legislador retirar el tratamiento como norma especial, y por ello se deroga tácitamente. Dada la ambigüedad de los criterios de solución de las antinomias de segundo grado, se han utilizado criterios jurisprudenciales. Estos criterios dependerán de la forma en que vayan operando los órganos jurisdiccionales de cada Estado.





## CAPÍTULO IV

### 4. Antinomia entre el Código de Comercio de Guatemala y la Ley de Arbitraje

Existe una contraposición entre la Ley de Arbitraje y el Código de Comercio de Guatemala. Concretamente la antinomia se suscita entre el Artículo 1039 del Código de Comercio y el Artículo 3, numeral 3, literal C de la Ley de Arbitraje. El Artículo 3 numeral 3 inciso C de la Ley de Arbitraje se señala lo siguiente: “3) No podrán ser objeto de arbitraje: c) Cuando la ley lo prohíba expresamente o señale un procedimiento especial para determinados casos”. La antinomia indicada surge a partir de la prohibición de arbitrar aquellos asuntos que tengan un procedimiento especial. Es decir, aquello a lo que la propia Ley señala una vía judicial específica.

Por otro lado, el Código de Comercio establece en el Artículo 1039 que: “Todas las acciones a que dé lugar su aplicación se ventilarán en juicio sumario, salvo que las partes hayan convenido en someter sus diferencias a arbitraje, en cuyo caso prevalecerá el acuerdo arbitral sobre cualquier proceso vía judicial señalada específicamente en este Código o en otras leyes de naturaleza mercantil”.

En el Artículo anterior se establece que todas las acciones contenidas en el Código de Comercio se ventilarán, por regla general, en juicio sumario, salvo que haya acuerdo arbitral. “En caso de que exista acuerdo arbitral, este primará sobre cualquier vía judicial”<sup>57</sup>.

---

<sup>57</sup> Zorrilla. **Op. Cit.** Pág.1200



De tal forma que el Código de Comercio, pese a señalar una vía procedimental especial, permite optar por arbitraje, otorgando, de forma expresa, prevalencia a esta vía sobre cualquier otra.

De lo anterior se dilucida que la Ley de Arbitraje prohíbe arbitrar aquello que tenga un procedimiento especial establecido en Ley, mientras que el Código de Comercio faculta para someter a arbitraje las acciones contenidas en ese cuerpo normativo peses a tener un proceso especial determinado. Es esta contraposición la que da surgimiento a la antinomia objeto de estudio.

En el caso de desencuentro de las normas anteriormente relacionadas, se debe determinar si se trata de una antinomia real o bien de una antinomia aparente.

Una antinomia aparente es aquella en: "La que al menos una de las normas originadoras del conflicto carece de validez jurídica en sentido de pertenencia al mismo sistema"<sup>58</sup>. De tal forma que se debe determinar si en el presente caso ambas normas pertenecen al mismo sistema.

Al establecer sistema, se debe entender este como el ordenamiento jurídico *per se*, es decir que se refiere al: "Sistema de normas que posee el carácter de derecho"<sup>59</sup>. En el presente caso el sistema de derecho que atañe es el ordenamiento jurídico guatemalteco. En ese sentido, tanto el Código de Comercio, como la Ley de Arbitraje, pertenecen al

---

<sup>58</sup>Ibíd.

<sup>59</sup>Raz, Joseph. *The morality of freedom*. Pág. 112



ordenamiento jurídico guatemalteco, por lo que la contrariedad se presenta en dos normas pertenecientes a un mismo sistema.

Otro aspecto importante para tomar en cuenta debe ser si ambas normas comparten los mismos ámbitos de validez jurídica. Se establece como condición para determinar si realmente existe una antinomia el hecho: "Que las dos normas tengan el mismo ámbito de validez"<sup>60</sup>. Es por ello por lo que se debe analizar cada ámbito de validez.

En primer lugar, se debe analizar el ámbito espacial de validez de la norma. En ese sentido tanto el Código de Comercio como la Ley de Arbitraje se aplican en todo el territorio nacional. Al respecto de la territorialidad de la Ley, se establece en el Artículo 180 de la Constitución Política de la República de Guatemala lo siguiente: "La ley empieza a regir en todo el territorio nacional, ocho días después de su publicación íntegra en el diario Oficial, a menos que la misma ley amplíe o restrinja dicho plazo o su ámbito territorial de aplicación".

En cuanto las normas relacionadas, ninguna tiene reservas respecto a su territorio de aplicación, por lo que ambas comparten el mismo ámbito espacial.

Respecto del ámbito material de validez, entendiendo este como la tradicional división entre derecho público y derecho privado, ambos cuerpos normativos pertenecen al derecho privado. Tanto el Código de Comercio como la Ley de Arbitraje son una:

---

<sup>60</sup>Bobbio. **Op Cit.** Pág. 269.



“Limitación legal del poder de los particulares”<sup>61</sup>, por lo que ambas normas se encuentran en un ámbito material común.

En cuanto al ámbito temporal de validez es menester establecer la vigencia de cada cuerpo normativo. En el caso del Código de Comercio, este se encuentra vigente desde el 1 de enero de 1971. Por su parte la Ley de Arbitraje se encuentra vigente desde el 25 de noviembre de 1995. Si bien los dos cuerpos normativos entraron en vigor en distintos momentos, ambas leyes se encuentran vigentes en la actualidad, por lo que comparten ámbito temporal de validez.

Finalmente se debe analizar el ámbito personal de validez. En el caso de la Ley de Arbitraje de Guatemala, de conformidad con el Artículo 1, esta aplica a cualquier persona que forme parte de un: “Arbitraje nacional y al internacional, cuando el lugar del arbitraje se encuentre en el territorio”.

Por su parte, el Código de Comercio, según lo regulado en el Artículo 1, aplica a “los comerciantes en su actividad profesional”. Los dos cuerpos normativos no aplican *strictu sensu* a las mis personas.

La Ley de Arbitraje aplica a cualquier persona, mientras que el Código de Comercio únicamente a los comerciantes. Empero, el desencuentro no se presenta por los sujetos que intervienen, sino por la existencia o no de un procedimiento especial para el asunto

---

<sup>61</sup>Bodenheimer. **Op. Cit.** Pág. 28



que se desea arbitrar. En ese sentido queda claro que las dos leyes relacionadas comparten los mismos ámbitos de validez.

Así mismo se establece que ambas pertenecen al mismo sistema jurídico, por lo que se determina que la presente se trata de una antinomia real y no de una aparente. Por sus peculiaridades esta antinomia es de tipo total-total. Es decir que las “dos normas en contraposición tienen ámbitos de validez idénticos”<sup>62</sup>. Ambas normas son aplicables en el mismo tiempo y espacio, regulando una materia en común. De tal forma que una norma excluye a la otra.

Es por lo anterior que esta antinomia también se categoriza como una antinomia bilateral, toda vez que la aplicación de una de las normas en discordia implica la violación de la otra, y viceversa. Esto ocurre toda vez que la Ley de Arbitraje prohíbe arbitrar los asuntos con procedimiento específico, mientras que el Código de Comercio lo permite. La contradicción es directa entre una norma prohibitiva y otra permisiva.

#### **4.1 Antecedentes.**

La Ley de Arbitraje fue aprobada por el Congreso de la República de Guatemala el 3 de octubre de 1995, y se encuentra contenida en el Decreto 67-95. De conformidad con el Artículo 56 la Ley de Arbitraje, esta: “Entrará en vigencia 8 días después de su publicación en el diario oficial”. Fue publicada en el diario oficial el 17 de noviembre de 1995, por lo

---

<sup>62</sup> Zorrilla. **Op. Cit.** Pág.1326



que entró en vigor el 25 de noviembre de 1995. En la versión original de la Ley de Arbitraje el Artículo 3, numeral 3, literal C estipulaba que no se podrá someter a arbitraje aquello para lo que la Ley: “Señale un procedimiento especial”. Esta disposición nunca ha sido reformada, por lo que en la actualidad se regula de la misma forma.

En esa línea, el Código de Comercio de Guatemala fue aprobado por el Congreso de la República de Guatemala el 28 de enero de 1970 y se encuentra contenido en el Decreto 2-70. El Artículo XI de las Disposiciones Derogatorias y Modificadorias del Código de Comercio establece: “El presente Decreto entrará en vigor el primero de enero de 1971”, siendo esta su fecha de vigencia.

En la versión original del Código de Comercio el Artículo 1039 establecía: “A menos que se estipule lo contrario en este Código, todas las acciones a que dé lugar su aplicación, se ventilarán en juicio sumario, salvo que las partes hayan convenido en someter sus diferencias a arbitraje”.

La regulación anterior permitía que los comerciantes pudieran acudir a la vía arbitral, para la solución de sus controversias. Sin embargo, no se estipulaba nada respecto de vías judiciales especiales o procedimientos especiales, estableciendo únicamente que se podrá acudir a arbitraje.

Al no establecer nada respecto de procedimientos especiales, esta disposición se interpretaba de forma armónica con la Ley de Arbitraje, y en concreto con el Artículo 3 de este cuerpo normativo. De tal forma que los comerciantes podían someter a arbitraje



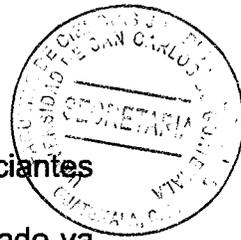
aquellos asuntos contenidos en el Código de Comercio que no tuvieran señalado un procedimiento especial o una vía judicial específica.

No obstante, el Artículo 1039 del Código de Comercio fue reformado por el Congreso de la República de Guatemala, mediante el Decreto 18-2017. El Decreto 18-2017, denominado Reformas al Código de Comercio de Guatemala, Decreto Número 2-70 del Congreso de la República, fue aprobado por el Congreso de la República el 3 de octubre de 2017.

De conformidad con el Artículo 20 de este Decreto, el mismo: “Entrará en vigencia noventa días después de su publicación en el Diario Oficial”, entrando en vigor el 29 de enero del año 2018. Es a partir de esta reforma que surge el desencuentro entre el Código de Comercio y la Ley de Arbitraje.

El Artículo 18 del Decreto 18-2017 establece: “Se reforma el Artículo 1039 del Código de Comercio de Guatemala, Decreto Número 2-70 del Congreso de la República, el cual queda así: “Artículo 1039. Vía procesal. A menos que se estipule lo contrario en este Código, todas las acciones a que dé lugar su aplicación se ventilarán en juicio sumario, salvo que las partes hayan convenido en someter sus diferencias a arbitraje, en cuyo caso prevalecerá el acuerdo arbitral sobre cualquier proceso o vía judicial señalada específicamente en este Código o en otras leyes de naturaleza mercantil”.

El Artículo 1039 del Código de Comercio reformado, si bien es similar a su versión original, incluye un cambio sustancial que ha generado debate en la práctica arbitral



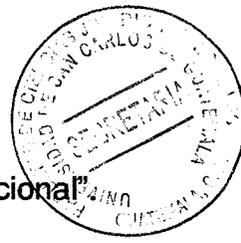
guatemalteca. Tanto el Artículo original, como el reformado, permiten a los comerciantes acudir a la vía arbitral para solventar sus litigios, sin embargo, el Artículo reformado va más allá.

El Artículo 1039 reformado, aparte de permitir el arbitraje, establece: “Prevalecerá el acuerdo arbitral sobre cualquier proceso o vía judicial señalada específicamente en este Código o en otras leyes de naturaleza mercantil”.

En ese sentido, este precepto da preminencia al procedimiento arbitral sobre cualquier procedimiento especial. Es por lo anterior que se asume que la reforma del Artículo 1039 del Código de Comercio tiende a ampliar la arbitrabilidad de los asuntos contenidos en el Código de Comercio. Es así como ahora se podrá arbitrar un asunto mercantil, pese a que este tenga un procedimiento especial establecido en Ley.

Como consecuencia de esta reforma, el Artículo 1039 del Código de Comercio contradice lo preceptuado en el Artículo 3, numeral 3, literal C de la Ley de Arbitraje de Guatemala. La antinomia se configura toda vez que una ley permita arbitrar asuntos mercantiles con procedimiento especial y la otra lo prohíba. El legislador, al momento de reformar el Código de Comercio, partió de la necesidad de actualizar esta Ley.

El Decreto 18-2017 establece en su considerando segundo: “Que el Código de Comercio de Guatemala se fundamenta en un criterio mercantil cuya flexibilidad y amplitud debe estimular la libre empresa, facilitando su organización y regulando sus operaciones únicamente dentro de limitaciones justas y necesarias, que permitan al Estado mantener



la vigilancia de las mismas, como parte de su función coordinadora de la vida nacional.<sup>63</sup> Es por ello que pareciera que el motivo que impulsó la reforma legal era ampliar el margen operacional de los particulares, reduciendo al mínimo necesario la intervención del Estado en la solución de conflictos entre comerciantes. En esa amplitud de la esfera operacional de los particulares, encaja la ampliación de la arbitrabilidad. La reforma tiende a flexibilizar el articulado del Código de Comercio. Empero, la posible limitante de la arbitrabilidad que enfrenta la reforma no se encuentra contenida en el Código de Comercio, sino en la Ley de Arbitraje, lo que genera un “desencuentro entre dos cuerpos normativos distintos”<sup>63</sup>.

#### 4.2 Análisis

El primer aspecto por abordar sobre la antinomia objeto de análisis, es determinar si realmente es una antinomia de segundo grado. Se ha determinado que en el caso bajo análisis la contravención se produce entre la Ley de Arbitraje y el Código de Comercio. Si bien el desencuentro surge con el Código de Comercio, se genera a partir de una reforma, y no de la promulgación del texto original del Código. Ello se debe enfatizar, ya que si bien el Decreto 2-70 que promulgó el Código de Comercio inició su vigencia en 1971, la reforma que genera la antinomia entró en vigor en el 2018.

En ese sentido, la antinomia se produce entre la Ley de Arbitraje, que entró en vigor en 1995 y la reforma del Código de Comercio del 2018. Si se otorga preminencia a la norma

---

<sup>63</sup> Gaillard. *Op. Cit.* Pág. 108



posterior en fecha, conforme las disposiciones aplicables a los conflictos de leyes en el tiempo de la Ley del Organismo Judicial, se debe entender que la norma jurídica aplicar será el Código de Comercio reformado, por ser la más reciente.

No obstante, debe tomarse en cuenta que la Ley de Arbitraje es una Ley especializada en la materia. Mientras que el Código de Comercio es una norma general. Es por ello por lo que esta antinomia presenta la peculiaridad que el desencuentro se presenta entre una norma posterior pero general (Código de Comercio) y una norma anterior pero especial (Ley de Arbitraje). Se debe decidir entre los criterios en pugna de temporalidad y de especialidad, configurando una antinomia de segundo grado, compleja o de difícil solución.

Dicho lo anterior, debe tomarse en cuenta otro aspecto relevante. El punto medular de la antinomia es la existencia de un procedimiento especial, como causal para permitir o excluir la arbitrabilidad de un asunto. En tal sentido, la dificultad gira en torno a la arbitrabilidad objetiva, es decir sobre: "Derechos que pueden legalmente, someterse a arbitraje"<sup>64</sup>. La arbitrabilidad objetiva es un asunto que depende de cada legislación en particular: "Cada Estado decide qué cuestiones pueden o no resolverse por arbitraje según su propio plan de acción en materia política, social y económica"<sup>65</sup>.

En ese sentido, el Estado de Guatemala ha optado, en la Ley de Arbitraje, por reservar el arbitraje únicamente para aquellos asuntos a los que la Ley no les señale un

---

<sup>64</sup>Caivano. **Op. Cit.** Pág. 64.

<sup>65</sup>Blakaby; Partesides; Redfern y Hunter. **Op. Cit.** Pág. 228



procedimiento especial. En ese orden de ideas, se debe determinar ¿qué es un procedimiento especial? Esto nos servirá para poder establecer con precisión en qué casos si existe procedimiento especial y en cuáles no existe, para poder o no optar a arbitraje. Los procedimientos especiales son aquellos procedimientos judiciales, con tramitación específica para determinados asuntos. Son procesos aplicables a un grupo de materias determinadas. Este tipo de procesos surgen en contraposición a los procedimientos ordinarios o comunes.

Los procedimientos ordinarios o comunes están orientados a la generalidad de los asuntos, mientras que los específicos a asuntos determinados. Al respecto se ha establecido que: “Los procesos declarativos ordinarios están destinados a la composición de cualquier tipo de relación o situación jurídica, con plenitud de cognición, produciendo las sentencias pronunciadas en los mismos la totalidad de los efectos de la cosa juzgada material; los procesos especiales sirven como medio para el debate de determinadas relaciones jurídico materiales y sólo para ellas”<sup>66</sup>.

Queda establecido que los procedimientos especiales se aplican a un grupo reducido de asuntos, mientras que los procedimientos generales a un grupo más amplio.

Los procedimientos ordinarios son aquellos: “A través del cual se tramitan la generalidad de los litigios, o sea todos aquellos litigios que no tengan señalada una tramitación especial”<sup>67</sup>. Mientras que los procedimientos especiales serán aquellos: “Previstos para

---

<sup>66</sup>Pérez, Agustín. **Los procedimientos civiles ordinarios con especialidades procesales**. Pág. 557

<sup>67</sup>Fix-Zamudio, Héctor y Ovalle José. **Derecho procesal**. Pág. 63



sólo determinado tipo de litigios”<sup>68</sup>. En esta clasificación de procesos, uno excluye al otro.

La razón que determinados asuntos tengan una tramitación especial es debido a políticas legislativas y estatales. Da la peculiaridad y trascendencia de determinadas materias, se opta por una vía procedimental específica más acorde.

Se indica que: “La tramitación especial tomará como base las circunstancias especiales que el legislador haya previsto para extraer un proceso de la regulación ordinaria o general”<sup>69</sup>. De tal forma que la tramitación especial de una materia debe estar establecida en Ley.

Una peculiaridad propia de los procedimientos especiales es que su tramitación generalmente es breve. En este tipo de procesos: “Se suele, en cambio, concentrar las etapas procesales y abreviar los plazos y, en ocasiones, abreviar el orden de aquéllas”<sup>70</sup>. Esta peculiaridad no es un requisito esencial, sin embargo, es frecuentes que se presente. En ese sentido el Artículo 3, numeral 3, literal C de la Ley de Arbitraje señala que no se podrá arbitrar aquello para lo que la Ley: “Señale un procedimiento especial”. Esto hace referencia a cualquier asunto con una tramitación determinada establecida en Ley.

Al respecto de la prohibición de arbitrar asuntos con tramitación especial, contenida en la Ley de Arbitraje, la Corte de Constitucionalidad señaló en el fallo contenido en el

---

<sup>68</sup>Ibíd.

<sup>69</sup>Espinosa, Alejandro. **Apuntes en derecho procesal**. Pág. 10

<sup>70</sup>Fix-Zamudio y Ovalle. **Op. Cit.** Pág. 63



expediente 307-2015 que: “Aun cuando existe cláusula compromisoria, tal extremo no es suficiente poder acudir a la vía del arbitraje, ello porque priva la limitante del segundo de los supuestos comentados, que impide instar esa vía cuando la ley señala un procedimiento específico para abordar el tema”. Queda establecido que la existencia de un procedimiento especial impide que un tribunal arbitral conozca de un asunto, limitando su competencia.

Continúa exponiendo la Corte en ese mismo expediente que: “Estima desacertado el enfoque dado por el Tribunal de primer grado cuando que afirmó “el hecho que nuestro Código Procesal Civil (sic) tenga previsto un procedimiento para un conflicto en particular no implica una prohibición a utilizar el arbitraje si éste ha sido previamente aceptado por las partes”, porque, como se dijo, no está en discusión la existencia o no de la prohibición de utilizar el arbitraje a que se refiere la ley. Lo que el articulado normativo regula claramente para este caso, es la improcedencia del arbitraje cuando la ley señale dentro de la jurisdicción ordinaria un procedimiento especial para determinados casos”.

De esta forma la Corte reafirma lo preceptuado en la Ley de Arbitraje. En el momento en que una norma establece una vía procedimental para un asunto específico, se excluye la posibilidad de acudir al fuero arbitral. Esta disposición no es renunciable por las partes, sino que es una norma imperativa, de observancia obligatoria, que limita la arbitrabilidad.

En ese sentido la Corte de Constitucionalidad concluye estableciendo que: “Tampoco comparte la opinión contenida en la sentencia sobre que en la ley está previsto cual es el procedimiento normal o general que deberá respetarse si no hubiese un acuerdo de



arbitraje, puesto que, como se dijo, la supletoriedad corresponde al arbitraje y no al juicio oral de rendición de cuentas”.

De tal forma que la jurisdicción ordinaria será la predominante cuando se establezca un procedimiento específico, y el arbitraje solo regirá en defecto de este. Pese a todo lo expuesto el Artículo 1039 del Código de Comercio establece que: “Prevalecerá el acuerdo arbitral sobre cualquier proceso vía judicial señalada específicamente en este Código o en otras leyes de naturaleza mercantil”.

Esta disposición vendría a anular lo preceptuado sobre procedimientos especiales y arbitraje. Por ello se genera un conflicto normativo que “no permite determinar con claridad”<sup>71</sup> si estos asuntos pueden o no someterse a arbitraje.

Esta falta de claridad deviene en falta de certeza jurídica. Siendo aún mayor la necesidad de solventar el conflicto toda vez que este recae sobre asuntos comerciales y mercantiles, que deben ser dotados de un soporte jurídico firme para garantizar la estabilidad.

#### **4.3 Acciones contenidas en el Código de Comercio de Guatemala**

Previo a la reforma existía un consenso sobre que se podía arbitrar asuntos contenidos en el Código de Comercio siempre y cuando no tuvieran una vía procedimental específica. Con la reforma se posibilita arbitrar todos los asuntos. Si bien resultaría

---

<sup>71</sup> *Ibíd.*



sumamente extenso abordar todos los asuntos procesales contenidos en este cuerpo normativo, es menester al menos analizar procedimientos que pueden resultar relevantes. Uno de los primeros aspectos que se debe tomar en cuenta es el arbitraje societario. Este tipo de arbitraje es aquel pactado por los socios de una sociedad mercantil para resolver todos los conflictos que puedan surgir entre ellos, durante la existencia de la sociedad.

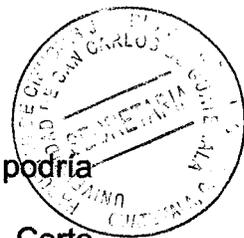
Este tipo de arbitraje es común en la práctica mercantil actual, tanto a nivel internacional como a nivel nacional. Es por ello que se indica que: “En la actualidad existe una tendencia muy favorable a la arbitrabilidad en el ámbito societario”<sup>72</sup>. Esta tendencia se debe a que resulta más práctico para los socios optar por el arbitraje, siendo este más rápido y confidencial que la vía ordinaria.

En Guatemala este arbitraje ya se utilizaba previamente a la reforma. No presentaba problemas siempre y cuando no se tratará de dirimir en la vía arbitral asuntos con procedimientos especiales. Tal es el caso de la impugnación de los acuerdos de las asambleas generales. Respecto de estas impugnaciones establece el Artículo 157 del Código de Comercio que: “Salvo pacto en contrario, se ventilarán en juicio ordinario”. La Ley señala una vía especial, el juicio ordinario, pese a que se permite pactar en contrario.

Al respecto la Corte de Constitucionalidad estableció en fallo contenido en el expediente 1783-2011 que: “Acuerdos por parte de la Asamblea General de Accionistas, en cuyo

---

<sup>72</sup>Pérez de Miguel, Montserrat. **Arbitraje societario, evolución y perspectivas**. Pág. 1



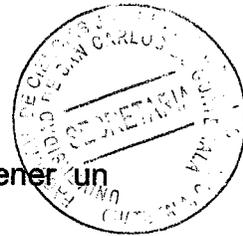
caso, de ser objetados de nulidad tales instrumentos, dicha impugnación podría ventilarse, válidamente, en un procedimiento arbitral”. En este caso la misma Corte permite optar por el arbitraje, ya que, si bien existe una vía específica, la misma Ley faculta para optar por otra vía.

Otro aspecto que en la actualidad ha tomado auge en la materia arbitral es el derecho de competencia. En el caso de Guatemala la libre competencia está regulada en la Constitución Política de la República de Guatemala, concretamente en el Artículo 130 que prohíbe los monopolios y privilegios.

Este Artículo, en su parte conducente, establece: “El Estado protegerá la economía de mercado e impedirá las asociaciones que tiendan a restringir la libertad del mercado o a perjudicar a los consumidores”. Es por ello por lo que la libre competencia y la protección de mercado es de gran interés para el Estado, toda vez que se busca proteger la economía nacional.

La libre competencia también se regula en el Código de Comercio de Guatemala, del Artículo 361 al 367. El Artículo 364 de este cuerpo normativo establece: “La acción de competencia desleal podrá ser entablada en la vía ordinaria, por cualquier perjudicado, la asociación gremial respectiva o el Ministerio Público”.

Este Artículo señala que la vía procedimental para tramitar la competencia desleal sería la vía ordinaria, en otras palabras, el juicio ordinario. De tal forma que, la Ley señala un procedimiento específico para la tramitación de este asunto. En ese orden de ideas,



previo a la reforma el derecho de competencia no podría arbitrarse, por tener un procedimiento establecido en Ley, para a la luz del Artículo reformado se podría optar por la vía arbitral.

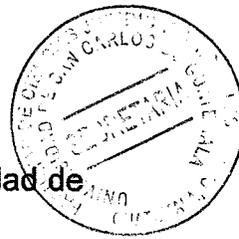
Pese a lo anterior, la arbitrabilidad de la libre competencia también ha sido cuestionada por considerarse un tema de interés público que no se encuentra dentro de la libre disposición de las partes. No obstante, se ha establecido que: “Derivado de la naturaleza de orden público de las normas de libre competencia, se tiene admitido y establecido que la vulneración de esta normativa acarrea dos efectos que podríamos considerar de carácter civil o privado: (i) la nulidad absoluta del acuerdo restrictivo y, (ii) la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados con la conducta”<sup>73</sup>.

De tal forma que la vulneración de la libre competencia y sanción por ello si es considerada de orden público, sin embargo, los efectos de esta vulneración que afecten a particulares en concreto se consideran incluidos dentro del ámbito privado.

Finalmente, la arbitrabilidad de la libre competencia por atentar contra el orden público será un asunto para determinar por el propio tribunal arbitral, dependiendo de las peculiaridades del caso en concreto que se encuentre bajo estudio. Este es uno de los temas que mayor polémica ha generado en la actualidad, no obstante, la tendencia seguida por los Tribunales Arbitrales es reconocer la arbitrabilidad de los asuntos relacionados con la libre competencia, según los parámetros que ya se han establecido.

---

<sup>73</sup>Ortiz, Ingrid. **La aplicación privada del derecho *antitrust* y la indemnización de los daños derivados de ilícitos contra la libre competencia.** Pág. 5



Es menester acotar que la reforma del Artículo 1039 no sólo permite la arbitrabilidad de los asuntos contenidos en el Código de Comercio, sino también de aquellos asuntos contenidos en Leyes Mercantiles.

El Artículo 1039 establece: “El acuerdo arbitral sobre cualquier proceso vía judicial señalada específicamente en este Código o en otras leyes de naturaleza mercantil”. De tal forma que primará el arbitraje sobre cualquier procedimiento específico establecido en leyes mercantiles conexas.

Un ejemplo de lo anterior podría ser la Ley de Derechos de Autor y Derechos Conexos de Guatemala. Esta Ley establece en el Artículo 133 que: “Los procesos civiles que se promuevan para hacer valer derechos reconocidos en esta ley se tramitarán de acuerdo con el procedimiento del juicio oral”.

De tal forma que se señala un procedimiento especial, pese a ello el mismo Artículo establece: “Los interesados también podrán utilizar métodos alternativos de resolución de controversias, tales como la conciliación y el arbitraje”.

En esta Ley se permite al arbitraje para los asuntos que proceda su aplicación. La Ley de Propiedad Industrial regula la vía procedimental de forma idéntica a como lo regula la Ley de Derechos de Autor y Derechos Conexos. Establece en el Artículo 182 que el juicio tipo será el juicio oral, pero que las partes pueden optar por el arbitraje. La arbitrabilidad de la propiedad industrial surge a partir de la necesidad de preservar la confidencialidad de los secretos industriales, tendencia que Guatemala ha seguido.



Relativo a las leyes conexas, llama especialmente la atención la Ley del Mercado de Valores y Mercancías, en cuyo Artículo 69 establece que: “Los conflictos entre las partes, derivados de un contrato de bolsa, entre los agentes y las partes, los agentes entre sí, o entre los agentes y las bolsas de comercio, deberán ser resueltos, salvo pacto en contrario, por arbitraje de equidad”. En este caso el arbitraje es el procedimiento principal, salvo pacto en contrario.

La Ley de Bancos y Grupos Financieros no contempla expresamente el arbitraje. Por el contrario, el Artículo 105 dispone que: “El conocimiento y la resolución de los negocios y cuestiones litigiosas entre los bancos y grupos financieros, y entre éstos y terceros, corresponde a los tribunales ordinarios”.

En esta disposición no se establece un procedimiento específico, pero se estipula que sólo los tribunales ordinarios pueden conocer estos asuntos. Para concluir, el arbitraje ha sido incluido en la mayoría, no en la totalidad, de las leyes mercantiles conexas.

#### **4.4 Análisis de los criterios de solución**

Respecto de los criterios de solución se ha establecido que comúnmente existen tres. “Estos son el criterio jerárquico, criterio cronológico y criterio de especialidad”<sup>74</sup>. Estos tres criterios se encuentran reconocidos en el ordenamiento jurídico guatemalteco.

---

<sup>74</sup> Espinosa. **Op. Cit.** Pág. 46



Para la resolución de la antinomia generada entre el Artículo 1039 del Código de Comercio de Guatemala y el Artículo 3, numeral 3 literal C de la Ley de Arbitraje se podría aplicar el criterio cronológico. En ese caso se daría preminencia a la Ley posterior sobre la ley anterior. Es decir que se establecería que prevalece el Código de Comercio, como se encuentra actualmente luego de su modificación, sobre la Ley de Arbitraje.

También se podría optar por aplicar el criterio de especialidad. En esa línea se debería de dar preminencia a la Ley de Arbitraje, por ser una especializada en materia arbitral, mientras que el Código de Comercio de Guatemala es una ley general.

Es por ello por lo que esta antinomia se encuadra como una antinomia de segundo grado. Se encuentran claramente en contradicción dos posibles criterios de solución, el criterio cronológico y el de especialidad.

Si se aplica el criterio cronológico se daría preminencia al Código de Comercio de Guatemala, y por ende se podría someter a arbitraje los asuntos contenidos en este cuerpo normativo y en las leyes mercantiles conexas, pese a tener un procedimiento especial. Mientras que, si se aplica el criterio de especialidad, se utilizaría la Ley de Arbitraje, y en este caso no se podrían arbitrar aquellos asuntos que tengan un procedimiento establecido en Ley.

En caso de aplicar el criterio cronológico suscitaría lo que en la doctrina se conoce como derogación tácita. Este es aquel tipo de derogación que ocurre cuando una Ley posterior modifica a una ley anterior sin derogarla de forma expresa, sobreentendiéndose que la



más antigua es derogada de forma tácita. Se indica que: “La derogación está relacionada con la vigencia de la norma y no con su validez”<sup>75</sup>.

Esto se debe establecer ya que ambas normas son jurídicamente válidas, y ambas siguieron el procedimiento legislativo establecido. Sin embargo, se da preminencia a la posterior por un aspecto de temporalidad y no por un aspecto de validez material o formal.

Por su parte el criterio de especialidad atiende directamente a la peculiaridad de la materia que se regula. El objeto de las leyes especiales es una materia en particular que exige un tratamiento especial. Se necesita un cuerpo normativo más técnico, que se adecue de mejor forma a la materia objeto de regulación.

La especialidad también puede surgir atendiendo a un grupo de sujetos al que aplicará la norma. En ese sentido no se trata de una desigualdad ante la norma. Por el contrario, se busca brindar una regulación que responda mejor a las necesidades del grupo al que aplica, al sujeto de la norma jurídica.

Respecto del criterio de especialidad: “El paso de una regla más amplia (que abarca cierto *genus*) a una regla derogatoria menos amplia (que abarca una *species* del *genus*) corresponde a una exigencia fundamental de justicia, entendida como igual tratamiento a las personas que pertenecen a una misma categoría”<sup>76</sup>.

---

<sup>75</sup>Henríquez Miriam. **Los jueces y la resolución de antinomias desde la perspectiva de las fuentes del derecho constitucional chileno**. Pág. 467

<sup>76</sup>Bobbio. **Op. Cit.** Pág. 195



El tratamiento por igual de las personas que comparten determinadas condiciones relevantes jurídicamente es el fundamento de las normas especiales. En virtud de lo expuesto tanto el criterio de cronología como el de especialidad tienen suficiente fundamentación. Ambos criterios también son aplicables al caso en concreto, por lo que se debe determinar, a la luz del ordenamiento jurídico nacional, cuál de los dos criterios debe primar.

#### **4.5 Aplicación al caso en concreto**

Se debe determinar qué norma debe prevalecer para poder solucionar la contravención generada entre el Artículo 1039 del Código de Comercio de Guatemala y el Artículo 3, numeral 3 literal C de la Ley de Arbitraje. Al brindar una adecuada solución a esta antinomia, se logra reforzar la certeza jurídica en el ámbito mercantil.

Es necesario tener en cuenta que este desencuentro de normas se configura como una antinomia de segundo grado. Esto debido a que este tipo de antinomias son de compleja resolución. En estos conflictos: "En términos generales, no existe una regla unívoca que determine cómo se resuelven estas situaciones"<sup>77</sup>, esto debido a que dependerá de cada caso en concreto para determinar a qué norma se da preminencia.

Esta antinomia de segundo grado ocurre entre los criterios cronológicos y de especialidad. Este desencuentro de criterios: "Es un conflicto que ha llamado mucho la

---

<sup>77</sup>Zorrilla. **Op. Cit.** Pág. 1323



atención de los teóricos del Derecho”<sup>78</sup>, esto dada la frecuencia con que **suele** presentarse. En algunos casos se ha optado por dar preminencia al criterio de especialidad, aduciendo que una norma específica regula mejor una determinada materia que una norma general.

Se indica esto partiendo de la idea que el legislador al emitir una norma especial lo hace porque conoce las peculiaridades concretas de la materia que se regula. Al tener este conocimiento se crea una ley especial basada en ciertos criterios técnicos y teóricos que abordan de forma integral el asunto del que se trate.

En esa línea, es una realidad que en la mayoría de caso se ha preferido utilizar el criterio de especialidad sobre el criterio cronológico. Es así como: “En términos fundamentalmente estadísticos, una cierta prevalencia del criterio de especialidad”<sup>79</sup>. Esta tendencia responde precisamente a la forma en que las leyes especiales abordan su objeto.

No obstante lo anterior, también se fundamentado la utilización del criterio cronológico. Esto aduciendo que por el carácter dinámico del derecho las normas se encuentran en una constante evolución, adecuándose a la realidad las normas más recientes. Se señala que la norma anterior se encuentra desactualizada, mientras que la posterior es más acorde a la época vigente. Se ha indicado que: “Si el legislador ha dictado una regulación general que contradice otra anterior especial es porque deseaba terminar con ese trato

---

<sup>78</sup>Ibíd.

<sup>79</sup>Ibíd.



excepcional, ya que, de lo contrario, en la nueva norma general hubiera incluido una salvedad expresa en relación con la situación anterior”<sup>80</sup>.

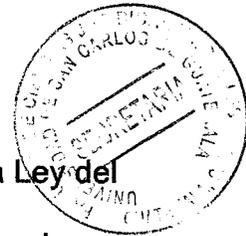
Lo anterior hace referencia a la técnica legislativa, si se el legislador ha creado una norma posterior lo hace a sabiendas que existía una anterior que regulaba la misma materia, pero de forma distinta, y si pese a ello se emite la norma posterior es porque se considera que la anterior era deficiente. Como se puede observar, la decisión de a qué criterio se dará preminencia puede ser muy variable. Esta decisión depende de los operadores jurídicos, y será meramente casuística.

En el caso de Guatemala, la Corte de Constitucionalidad estableció en fallos contenidos en los expedientes 3484-2006 y 943-2007, respecto de la antinomia de segundo grado entre los criterios de especialidad y cronológico que: “En la doctrina, este tipo de antinomias no ha encontrado una solución efectiva que permita asegurar cuándo puede hacerse una interpretación restrictiva (especialidad) o consideraciones que fundamenten la preferencia de la *lex posterior* (cronológico).

Sin embargo, el legislador dispuso que las leyes se derogan parcialmente por incompatibilidad de disposiciones contenidas en las leyes nuevas con las precedentes, según el inciso d) del Artículo 8° de la Ley del Organismo Judicial”. De tal forma que la Corte de Constitucionalidad opta por dar preminencia al criterio cronológico sobre el criterio de especialidad.

---

<sup>80</sup>Ezquiagua. **Op. Cit.** Pág. 34



Para utilizar el criterio cronológico, la Corte se fundamenta en el Artículo 8 de la Ley del Organismo Judicial, el cual establece que las leyes posteriores derogan a las leyes anteriores. Es así como, en los expedientes previamente relacionados, la Corte de Constitucionalidad concluye que en este tipo de antinomias se debe optar por la: “Aplicación de la norma posterior” para la solución de antinomias presentadas entre conflictos de criterio cronológico y criterio de especialidad.

En el mismo sentido se pronunció la Corte de Constitucionalidad en fallo contenido en el expediente 3229-2007, en el cual se estableció: “Como forma de solución previsor de tal antinomia también ya se ha decantado este tribunal en la sentencia de Expediente 943-2007. De ahí que, para el presente caso, se interpreta en su debido contexto la norma posterior”. La corte confirma que, en las antinomias de segundo grado, en las que se encuentran en discordia los principios de cronología y de especialidad se debe dar preminencia al criterio cronológico.

De tal forma que, según lo expuesto, para resolver la antinomia entre el Artículo 1039 del Código de Comercio de Guatemala y el Artículo 3, numeral 3, literal C de la Ley de Arbitraje se debe utilizar el criterio cronológico. En ese sentido, se debe optar por atender lo dispuesto en el Código de Comercio de Guatemala, ya que la disposición bajo estudio entró en vigor en el 2018 a partir de una reforma, mientras que la Ley de Arbitraje entró en vigor en 1995.

En ese sentido, se entiende que se podrá someter a arbitraje cualquier asunto contenido en este Código y Leyes mercantiles, pese a que estas tengan señalado un procedimiento



especial. Es así como esta antinomia de segundo grado se podría resolver aplicando el criterio cronológico por encima que el de especialidad.

Pese a lo anterior: “La única conclusión cierta es que para estas situaciones no existe en la práctica jurídica una solución unívoca, dado que en algunos supuestos se ha dado preferencia al criterio cronológico y en otros al de especialidad, sin que pueda fijarse una relación clara entre ambos”<sup>81</sup>. Esto debido a que si bien de momento existen criterios jurisprudenciales que otorgan preminencia a la cronología sobre la especialidad, estos criterios son cambiantes. De tal forma, que dado el carácter evolutivo del derecho y al no haber una forma específica de resolución de antinomias de segundo grado, únicamente se pueden abordar soluciones temporales y en casos en concreto.

---

<sup>81</sup>Zorrilla. **Op. Cit.** Pág. 1324



## CONCLUSIÓN DISCURSIVA

Al reformar el Artículo 1039 del Código de Comercio de Guatemala se generó una antinomia con el Artículo 3, numeral 3, literal C de la Ley de Arbitraje. Lo anterior debido a que el Código de Comercio permite arbitrar asuntos que tengan establecidos procedimientos especiales, mientras que la Ley de Arbitraje. Esta antinomia se torna más compleja toda vez que para su solución se puede aplicar el criterio cronológico y dar prevalencia al Código de Comercio de Guatemala, o bien se puede optar por el criterio de especialidad y aplicar la Ley de Arbitraje.

Dada la desavenencia de criterios se constituye como una antinomia de segundo grado. Pese a que en este tipo de antinomias no existe conceso en cuanto su forma de solución, en el caso de Guatemala se ha optado por aplicar el criterio cronológico.

Se estableció que la Corte de Constitucionalidad, en fallos contenidos en los expedientes 3484-2006, 943-2007 y 3229-2007, opta por dar preminencia a la ley posterior sobre la ley especial. Por lo que en el caso bajo análisis se concluye que se debe dar preminencia al Código de Comercio de Guatemala, permitiendo arbitrar asuntos mercantiles, aunque estos tengan un procedimiento especial.





## BIBLIOGRAFÍA

- BARRIOS DE ANGELIS, Dante. **Sistema y estructuras del arbitraje comercial internacional**. Montevideo, Uruguay. Universidad de Montevideo. 1959.
- BLACKABY, Nigel; PARTASIDES, Constantine; REDFERN, Alan y MARTIN Hunter. **Teoría y práctica del arbitraje comercial internacional**. 4ª. ed. Navarra, España. Ed. Aranzadi, S.A. 2006.
- BOBBIO, Norberto. **Teoría general del derecho**. Bogotá, Colombia. Ed. Temis S.A. 2007.
- BODENHEIMER, Edgar. **Teoría del derecho**. 2ª. Ciudad de México, México. Ed. Fondo de Cultura Económica. 1994.
- BULLARD GONZÁLEZ Alfredo; SOTO COAGUILA, Carlos. **Comentarios a la ley peruana de arbitraje**. Lima, Perú. Ed. Instituto Peruano de Arbitraje. 2011.
- BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. **¿Es un arbitraje un juicio?** Lima, Perú. Pontificia Universidad Católica del Perú. 2008.
- CAIVANO, Roque. **Arbitrabilidad y orden público**. Lima, Perú. Ed. Foro Jurídico 2013.
- CAIVANO, Roque. **El arbitraje: nociones introductorias**. Buenos Aires, Argentina. Universidad de Buenos Aires. 2001.
- CASTELLANOS HOWELL, Álvaro. **El arbitraje comercial internacional en Guatemala: marco legal y jurisprudencial**. España. Ed. La Ley. 2009.
- CHIASSONI, Pierluigi. **Técnicas de interpretación jurídica**. Madrid, España. Ed. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales. 2011.
- ESPINOSA, Alejandro. **Apuntes en derecho procesal**. México, México. UNAM. 2015.



EZQUIAGA GANUZAS, Francisco. **Conflictos normativos e interpretación jurídica**. México. Tribunal Electoral del Estado de Michoacán. 2010.

FIX-ZAMUDIO, Héctor y OVALLE José. **Derecho procesal**. Ciudad de México, México. Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México. 1991.

GAILLARD, Emmanuel. **Teoría jurídica del arbitraje internacional**. Ciudad de México, México. Ed. Autor-Editor. 2012.

GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo. **Introducción a la lógica jurídica**. Ciudad de México, México. Ed. Editorial Colofón. 2006.

GARCÍA TOMA, Víctor. **La constitución y el sistema jurídico nacional**. Lima, Perú. Pontificia Universidad Católica del Perú. 2015.

HASCHER, Dominique. **Les recours judiciaires concernant les sentences reconnaissance, xécution, annulation**. São Paulo, Brasil. Ed. *Comité Brasileiro de Arbitragem*. 2006.

HENRÍQUEZ Miriam. **Los jueces y la resolución de antinomias desde la perspectiva de las fuentes del derecho constitucional chileno**. Talca, Chile. Ed. Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca. 2013.

JARROSSON, Charles. **L'arbitrabilité: présentation méthodologique, revue de jurisprudence commerciale**. Francia. Ed. *Bruylant*. 1996.

JEQUIER LEHUEDE, Eduardo. **La arbitrabilidad de las controversia contencioso-administrativa en el ámbito de las relaciones contractuales del estado**. Santiago de Chile, Chile. Ed. *Revista Chilena de Derecho*. 2013.

KELSEN, Hans. **El contrato y el tratado**. Ciudad de México, México. Ed. *Imprenta Universitaria*. 1943.

LÓPEZ PEMOUTH, Luis. **Presentación prospectiva de la lógica jurídica**. Ciudad de Guatemala, Guatemala. Ed. *Editorial Fénix*. 2017.



MARZORATI, Osvaldo. **Los límites del acuerdo arbitral**. España. Ed. La Ley. 2010.

NACIONES UNIDAS. **Documentos de las Naciones Unidas A/40/17, anexo I, y A/61/17, anexo I**. Nueva York, Estados Unidos. Naciones Unidas. 1985.

NAKAMURA, Tatsuya. **Arbitrability and the lex arbitri**. Filadelfia, Estados Unidos. Ed. Mealey's. 2002.

ORTIZ BAQUERO, Ingrid. **La aplicación privada del derecho antitrust y la indemnización de los daños derivados de ilícitos contra la libre competencia**. Colombia. Ed. Revista Mercatoria. 2008.

PÉREZ, Agustín. **Los procedimientos civiles ordinarios con especialidades procesales**. La Coruña, España. Facultad de Derecho de la Universidad de la Coruña. 2001.

RAZ, Joseph. **The morality of freedom**. Oxford, Reino Unido. Ed. Oxford. 2009.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. **Diccionario de la Real Academia Española**. Madrid, España. Real Academia Española. 2006.

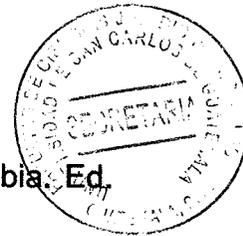
ROSS, Alf. **Sobre el derecho y la justicia**. Buenos Aires, Argentina. Ed. Eudeba. 2005.

SALCEDO CASTRO, Myriam. **Arbitrabilidad: la capacidad de las entidades públicas para concluir contratos de arbitraje**. Bogotá, Colombia. Ed. Leegis. 2005

SILVA, Romero. **Breves observaciones sobre el principio de kompetenz-kompetenz en el contrato de arbitraje**. Bogotá, Colombia. Ed. Silva & F. Mantilla. 2008.

TALERO, Santiago. **Arbitraje comercial internacional, instituciones básicas y derecho aplicable**. Bogotá, Colombia. Ed. Ediciones Uniandes. 2008.

VILLALBA CUÉLLAR, Juan; MOSCOSO VALDERRAMA, Rodrigo. **Orígenes y panorama actual del arbitraje**. Bogotá, Colombia. UMNG. 2008.



ZAPPALA, Francesco. **Universalismo histórico del arbitraje**. Bogotá, Colombia, Ed. Universitas. 2010.

ZORRILLA, David. **Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho**. Ciudad de México, México. Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México. 2017.

### **Legislación:**

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

**Convenio de Washington Convenio Sobre Arreglo De Diferencias Relativas a Inversiones Entre Estados Y Nacionales de Otros Estados, Convenio Centro Internacional de Arreglo de Diferencias**. Aprobada por 154 Estados Contratantes, 14 de octubre de 1966.

**Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, Convención de Nueva York**. Aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, 10 de junio de 1958.

**Convención Interamericana Sobre Arbitraje Comercial Internacional**. Aprobada por Gobiernos de los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos, 30 de enero de 1975.

**Convención Europea de Arbitraje Comercial**. Aprobada por la Comisión Económica para Europa de las Naciones Unidas, 21 de abril de 1961.

**Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional**. Aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, 15 de diciembre de 1976.

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

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



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

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

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

**Ley de Derechos de Autor y Derechos Conexos, Decreto Número 33-98.** Congreso de la República de Guatemala, 1998.

**Ley de Propiedad Industrial, Decreto Número 5-2000.** Congreso de la República de Guatemala, 2000.

**Ley del Mercado de Valores y Mercancía, Decreto Número 34-96.** Congreso de la República de Guatemala, 1996.

**Ley de Bancos y Grupos Financieros, Decreto Número 19-2002.** Congreso de la República de Guatemala, 2002.

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