

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

**LA IMPARCIALIDAD E INDEPENDENCIA DEL ÁRBITRO EN EL ARBITRAJE DE
DERECHO AD-HOC EN EL SISTEMA GUATEMALTECO**

MARÍA CRISTINA PARRA LIMA

GUATEMALA, JULIO DE 2023

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

**LA IMPARCIALIDAD E INDEPENDENCIA DEL ÁRBITRO EN EL ARBITRAJE DE
DERECHO AD-HOC EN EL SISTEMA GUATEMALTECO**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

MARÍA CRISTINA PARRA LIMA

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

ABOGADA Y NOTARIA

Guatemala, julio de 2023

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

DECANO:	M.Sc.	Henry Manuel Arriaga Contreras
VOCAL I:	Lcda.	Astrid Jeannette Lemus Rodríguez
VOCAL II:	Lic.	Rodolfo Barahona Jácome
VOCAL III:	Lic.	Helmer Rolando Reyes García
VOCAL IV:	Br.	Javier Eduardo Sarmiento Cabrera
VOCAL V:	Br.	Gustavo Adolfo Oroxom Aguilar
SECRETARIO:	Lcda.	Evelyn Johana Chevez Juárez

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

PRIMERA FASE:

Presidente:	Lic.	Marco Vinicio Villatoro
Vocal:	Lic.	Herber Donanin Aguilera Toledo
Secretario:	Lic.	René Siboney Polillo Cornejo

SEGUNDA FASE:

Presidente:	Lic.	Héctor Rene Guerra
Vocal:	Lcda.	Adela Lorena Pineda Herrera
Secretario:	Lic.	Ronaldo David Ortiz Orantes

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



Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Unidad de Asesoría de Tesis. Ciudad de Guatemala,
 12 de mayo de 2022

Atentamente pase al (a) Profesional, **MARLEN LUCRECIA GÓMEZ SCALA**, para que proceda a asesorar el trabajo de tesis del (a) estudiante **MARÍA CRISTINA PARRA LIMA**, con carné 200418144, intitulado: **LA IMPARCIALIDAD E INDEPENDENCIA DEL ÁRBITRO EN EL ARBITRAJE DE DERECHO AD-HOC EN EL SISTEMA GUATEMALTECO.**

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.



CARLOS EBERTITO HERRERA RECINOS

Jefe (a) de la Unidad de Asesoría de Tesis

SAQO

Marlen Lucrecia Gómez Scala
 ABOGADA Y NOTARIA

Fecha de recepción 19 / 05 / 2022

(f)

Asesor(a)
 (Firma y sello)



Marlen Lucrecia Gómez Scala
Abogada y Notaria
Km 19.5 Carretera a San José Pinula, Villa Los Pinabetes Sauces 35
Celular: 40027712

Guatemala, 08 de agosto de 2022

Doctor

Carlos Ebertito Herrera Recinos

Jefe de la Unidad de Tesis

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Universidad de San Carlos de Guatemala

Doctor Herrera Recinos:

En atención a la providencia emitida por la unidad de tesis, de fecha cinco de julio de dos mil veintidós, en el cual se me nombra asesor de tesis de la bachiller MARÍA CRISTINA PARRA LIMA, con número de carné 200418144. Declaro que no tengo ningún impedimento legal para desempeñar el cargo de asesora de tesis, no soy pariente de la estudiante, ni ella tiene relación de dependencia con la suscrita. Se le brindó asesoría de su trabajo de tesis que se denomina: **“LA IMPARCIALIDAD E INDEPENDENCIA DEL ÁRBITRO EN EL ARBITRAJE DE DERECHO AD-HOC EN EL SISTEMA GUATEMALTECO”**, en su oportunidad sugerí algunas correcciones de tipo gramatical y de redacción que consideré eran necesarias para la mejor comprensión del tema que se desarrolla.

El desarrollo de la tesis abarca un contenido que señala con bastante claridad lo fundamental de analizar la responsabilidad de un árbitro en el sistema de Guatemala y la imparcialidad como la equidad e independencia que debe de tener el mismo en el arbitraje como en el derecho AD-HOC.

La estudiante desarrolló el contenido técnico y científico de su trabajo de investigación, analizando aspectos legales e importantes sobre la necesidad que los árbitros manejen conceptos legales y de mediación para dictaminar las resoluciones de los procesos mercantiles de los cuales son convocados.

El empleo de los distintos métodos de inducción a la deducción donde la bachiller analizó y expuso los aspectos más relevantes relacionados con la necesidad que los árbitros sean abogados y notarios; y la técnica de investigación fue utilizada para el efecto en bibliografías

Marlen Lucrecia Gómez Scala
Abogada y Notaria
Km 19.5 Carretera a San José Pinula, Villa Los Pinabetes Sauces 35
Celular: 40027712

La redacción de la tesis es clara, concisa y explicativa, utilizando la bachiller un lenguaje técnico y comprensible para el lector, asimismo, hizo uso de las reglas ortográficas de la Real Academia Española

La bachiller acepto sugerencias realizadas durante la elaboración de la tesis y aportó al trabajo sus propias opiniones y criterios, los cuales lo enriquecen, sin embargo, pueden ser no compartidos y sujetos a polémica, pero, en cualquier caso, se encuentran fundamentados, puesto que son planteamientos serios y ordenados que demuestran un buen manejo de criterios jurídicos sobre la materia. Con respecto a la conclusión discursiva, mi opinión es que es acordé al tema investigado.

Por lo expuesto, opino que el trabajo de la bachiller **MARIA CRISTINA PARRA LIMA**, se ajusta a los requerimientos científicos y técnicas que se deben cumplir de conformidad, la redacción, la conclusión discursiva y bibliografía utilizadas, los cuales son congruentes con los temas desarrollados dentro de la investigación, por lo que al haberse cumplido con los requisitos mínimos establecidos en el Artículo 31 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y Examen General Público, resulta procedente emitir el **DICTAMEN FAVORABLE**, aprobando el trabajo de asesorado.


MARLEN LUCRECIA GÓMEZ SCALA
Asesora de Tesis
Colegiado No. 10259

Marlen Lucrecia Gómez Scala
ABOGADA Y NOTARIA

Guatemala 10 de agosto de 2022

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

Estimado Director:

De manera atenta le informo que fui consejero de redacción y estilo de tesis titulada: **IMPARCIALIDAD E INDEPENDENCIA DEL ÁRBITRO EN EL ARBITRAJE DE DERECHO EN EL SISTEMA GUATEMALTECO**, realizada por el bachiller: **MARÍA CRISTINA PARRA LIMA**, para obtener el grado académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales.

La estudiante realizó todos los cambios sugeridos, por lo que, a mi criterio, la misma cumple con todos los requisitos establecidos en el Normativo respectivo para que le otorgue la **ORDEN DE IMPRESIÓN** correspondiente.

"ID Y ENSEÑAD A TODOS"



Licda. Norma Beatriz Santos Quezada
Consejero Docente de Redacción y 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, nueve de junio de dos mil veintitrés.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis de la estudiante MARÍA CRISTINA PARRA LIMA, titulado LA IMPARCIALIDAD E INDEPENDENCIA DEL ÁRBITRO EN EL ARBITRAJE DE DERECHO AD-HOC EN EL SISTEMA GUATEMALTECO. 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/SAQO





DEDICATORIA

- A DIOS:** Porque siempre ha estado conmigo en todo momento.
- A LA VIRGEN:** Porque hasta aquí, ella me ayudó.
- A MI ABUELO:** Ovidio Parra Sánchez, por ser el ángel de toda la familia.
- A MI MAMÁ:** Thelma Lima de Parra, porque en todo momento estuviste conmigo apoyándome y las veces que quise dejar los estudios, me motivaste a culminarlos y por supuesto siempre tuve todo tu apoyo para cuidar de mis hijos, te amo.
- A MI PAPÁ:** Ovidio Parra, porque siempre has estado allí apoyándome y enseñándome hacer lo correcto, espero te sientas orgulloso de mí, te amo.
- A MIS HIJOS:** Dana Nicole, Adrián René, Fabio André y Emilio Julián, porque este esfuerzo es por ustedes, por todas las noches que llegue tarde y se encontraban dormidos o me esperaban despiertos, los amo y son lo mejor de mi vida.
- A MI ESPOSO:** Haroldo Mazariegos, por todo tu apoyo incondicional, por todas las veces que me esperabas en la universidad a que saliera de clases, por las veces que te quedabas cuidando de nuestros hijos, y por estar siempre conmigo en las buenas y en las malas, te amo.



A MIS HERMANOS:

Thelma Alejandra, Ovidio David y Paula Roksanda,
por su apoyo y por que más de alguna vez cuidaron de
mis hijos, por irme a la universidad, los amo.

A MIS AMIGOS:

María José Gramajo, Daniel Paz, Anita Tzul, Cristina
Abac, Miriam Fajardo, Mario Aguilar, Ana Lucía
Recinos y Mónica Ayala por todo su apoyo.

A:

La gloriosa tricentenaria Universidad de San Carlos de
Guatemala, en especial a la Facultad de Ciencias
Jurídicas y Sociales.



PRESENTACIÓN

Se realizó una investigación científica de carácter cualitativa, desde el punto de vista del derecho procesal civil y mercantil, así como del derecho laboral, consiste en el conjunto de teorías, normas y doctrinas cuyo objetivo tiende al estudio de la forma en la cual se hace efectiva la garantía jurisdiccional correspondiente a las normas jurídicas.

El objeto de la tesis fue demostrar la necesidad del conocimiento del Derecho que debe de poseer los árbitros que asisten y ayudan en impartir justicia en los juzgados en materia mercantil, siendo de vital importancia conocer de forma extensa y concisa los métodos alternativos de mediación de conflictos (RAC) y sus limitantes en cuando al derecho y su accionar como árbitros en la diversidad de problemas en que las personas se ven involucradas y muchas de ellas provocan que se resuelvan en los tribunales de justicia de su competencia, en los cuales se deben de resolver esas controversias a que las partes han aceptado y sometido. El lugar de la diligencia son los diversos órganos jurisdiccionales, específicamente los tribunales de conciliación y arbitraje, siendo como enfoque el estudio de la intervención de los árbitros en los procesos jurisdiccionales que se entablan en el Organismo Judicial.

El aporte académico consiste en demostrar que el árbitro debe de resolver no solo con base a su conocimiento, sí no que también de aplicar la ley de acuerdo con su leal saber y entender que solamente le puede dar la imparcialidad fundamentada en la ética de eje primordial del arbitraje, para dimitir las controversias y que no solamente haya una aplicación de la ley, si no especialmente la concreción de la justicia.



HIPÓTESIS

El árbitro debe ser una persona estudiosa, trabajadora y deberá dedicar el tiempo necesario para entender el fondo de la controversia, independientemente de la forma concreta en que va a ser remunerado. El árbitro tiene que estudiar a profundidad los hechos de la controversia y el derecho aplicable que hayan acordado las partes o que el tribunal considere aplicable al caso.

El conocimiento previo del juez en un caso puede dar lugar a la recusación del juez por la amistad o enemistad manifiesta que pudiera tener con alguna de las partes. La misma regla se aplica al proceso arbitral. Un árbitro no puede fundar su decisión en el conocimiento personal que tenga del asunto o de las partes, sino debe basarse en las pruebas presentadas por ellas.



COMPROBACIÓN DE LA HIPÓTESIS

La hipótesis formulada al tema de tesis la imparcialidad e independencia del árbitro en el arbitraje de derecho y *Ad-Hoc* en el sistema Guatemala, se comprobó la validez de la hipótesis ya que en el arbitraje es requisito primordial que el árbitro no solamente resuelve a su capacidad y conocimiento demostrándolo en la imparcialidad que resuelve.

Para la comprobación de la hipótesis se utilizaron los métodos: documental y los métodos investigativos fueron los siguientes: analítico, sintético, inductivo y deductivo, que permitieron la comprobación de la hipótesis, toda vez que se logró determinar con ayuda de la información doctrinaria y legislativa, ya que el derecho aplica las reglas imperativas, los árbitros deben examinar sólo las cuestiones controvertidas que hayan surgido en el procedimiento y necesarias para tomar una decisión, una discrepancia entre el juez y el árbitro comercial internacionales que este último debe estar familiarizado con el sistema jurídico de las partes en el conflicto.



ÍNDICE

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

CAPÍTULO I

1. Origen del arbitraje.....	01
1.1. Historia.....	02
1.1.1. Sociedad primitiva	02
1.1.2. Derecho romano	04
1.1.3. Derecho eclesiástico	06
1.1.4. Edad media	07
1.1.5. Estados modernos	08
1.1.6. Época contemporánea	13
1.1.7. Reseña histórica de Guatemala	17
1.2. Definición del arbitraje	21
1.3. Arbitraje mercantil	23
1.4. Naturaleza jurídica.....	24
1.4.1. Teoría procesal	25
1.4.2. Teoría contractualista	27
1.4.3. Teoría mixta	29
1.4.4. Teoría autónoma	31
1.4.5. Teoría negocial-procesal	32
1.5. Clases de arbitraje.....	33
1.5.1. Arbitraje nacional e internacional	34
1.5.2. Arbitraje de derecho y equidad	38
1.5.3. Arbitraje institucional y ad hoc	41
1.5.4. Arbitraje voluntario y forzoso	44
1.5.5. Arbitraje de derecho o de conciencia	46



CAPÍTULO II

2.	Arbitraje en Guatemala.....	49
2.1.	Características.....	55
2.2.	Derecho de equidad según la forma de resolver.....	56
2.3.	Elementos del arbitraje.....	56
2.3.1.	Consentimiento.....	57
2.3.2.	Capacidad	58
2.3.3.	Forma.....	58
2.4.	Laudo arbitral.....	59
2.5.	Importancia del arbitraje.....	61
2.6.	Teoría del arbitraje en Guatemala.....	63
2.7.	El arbitraje como procedimiento en Guatemala.....	64

CAPÍTULO III

3.	Cualidades éticas y profesionales del árbitro.....	75
3.1.	Definición del árbitro.....	75
3.2.	Naturaleza del árbitro.....	75
3.2.1.	Definición legal, doctrinal y empírica	76
3.2.2.	Definición doctrinal	77
3.2.3.	Definición empírica	77
3.2.4.	Mediación y conciliación	78
3.2.5.	Mandato	79
3.2.6.	Transacción	79
3.2.7.	Expertise	80
3.3.	Características del árbitro.....	83
3.4.	Tribunal arbitral.....	89
3.5.	Requisitos para ser árbitro.....	90



CONCLUSIÓN DISCURSIVA.....	91
BIBLIOGRAFÍA.....	93



INTRODUCCIÓN

En este trabajo de tesis fue compendiado desde el punto de vista de jurídico-procesal en materia mercantil y sistema *AD-HOC del sistema del arbitraje en Guatemala*, que trata sobre el estudio de las características morales y éticas que debe reunir todo árbitro, además del conocimiento y capacidad profesional demostrada para que exista un laudo justo que dé solución al caso concreto sujeto a la decisión del arbitraje por medio de un documento.

Al elegir el arbitraje, las partes cuentan con otro tipo de justicia, que es justicia estatal. El árbitro comparte, como el juez, el poder jurisdiccional y resuelve en forma imparcial. El árbitro a diferencia del juez cuenta con un tipo de justicia estatal basada en la independencia e imparcialidad, al igual que juez que debe de cumplir con estos requisitos personales y cualidades ético-morales además del derecho comparado. Pero en la práctica del arbitraje, la independencia y la imparcialidad del árbitro no basten ya que se necesita además la neutralidad del árbitro, sino también de que goce la reconocida honorabilidad y ética profesional.

Como punto de partida se analizó el objetivo general de la condición exigida de toda persona que quiere ser nombrada como árbitro; de existir árbitros parciales el arbitraje es ilegítimo. Tal neutralidad se requiere no solo del árbitro tercero o del árbitro único, sino también de los árbitros designados por las partes ya que la deliberación dentro de un tribunal arbitral no es un debate adversarial de dos árbitros ante un tercero que va a decidir entre dos tesis opuestas; es una cooperación de tres mentes que tienen el objetivo común de dar a un litigio la solución justa y honorable

Esto a su vez, se comprueba la hipótesis en la cual se valida, ya que el arbitraje es requisito primordial que el árbitro, no solamente resuelve a su capacidad y conocimiento sino también con su imparcialidad en la que resuelve un proceso arbitral.



La tesis se desarrolló en tres capítulos. En el primero, se describe el origen del arbitraje, definición, naturaleza jurídica del arbitraje; en el segundo se desarrolla el arbitraje en Guatemala, características, derechos de equidad según la forma de resolver; y en el tercero se describe las cualidades éticas y profesionales del árbitro, definición de árbitro, naturaleza jurídica del árbitro, se enfatiza el hecho del porqué un árbitro debe ser abogado. La técnica utilizada fue la documental y los métodos investigativos fueron los siguientes: analítico, sintético, inductivo y deductivo, las técnicas que se utilizaron en este trabajo de tesis fueron; deductivo, inductivo, de lo general a lo particular.

Con este trabajo de investigación se pretende dar un aporte a la función del árbitro en las diferentes controversias, así como también la especialización y participación del abogado fungiendo esa función.



CAPÍTULO I

1. Origen del arbitraje

El arbitraje pudo haber surgido o sus raíces puede que se encuentren en una forma naciente desde los tiempos más remotos, cómo en la Biblia ya que se hace referencia a los árbitros en el Génesis, Éxodo y en Roma las XII Tablas, también mencionan el arbitraje.

En el derecho romano, inicialmente, era el propio jefe del grupo familia *-parter familias-* el que trataba de conciliar a las partes, en una fase posterior, esta función se asignó a un árbitro ante el que se planteaban en forma voluntaria las discrepancias o enfrentamientos a través de una ordalía llena de ritos y reglas con fuerte carácter religioso; finalmente se reconoció a las partes la libertad de elección del tercero que debía resolver sus controversias. Este tercero imparcial, investido, se encargaría de resolver la controversia existente entre ellos en virtud de una decisión que tenía que ser obedecida por los litigantes.

En la Ley de las XII Tablas aparece reglamentado el procedimiento en el cual un magistrado impone pactos entre las partes de forma que la imposición de una sanción pecuniaria fija sustituir la venganza privada y obliga a las partes a someterse al arbitraje, en el cual se fallaría sobre los reclamos formulados.



1.1 Historia

Dentro de los inicios de esta figura del arbitraje se puede mencionar sucesos importantes que dieron vida a un procedimiento de solución de conflictos, entre lo más general e importante abarcamos lo que a continuación se presenta.

1.1.1 Sociedades primitivas

Concuerdan, quienes han trabajado con detenimiento los orígenes del arbitraje, en reconocer que desde el principio de la humanidad se encuentra de alguna manera registrada su existencia y sentadas las bases que, aún hoy en día, o bien determinan algunos de los pilares de la institución o propician para algunos de los más reiterados equívocos vinculados con él.

De igual manera, y confirmando la apreciación a partir de la cual los hoy llamados métodos alternativos de resolución de controversias, dentro de ellos el arbitraje, no son nada diferentes que los usos naturales para lograr este objetivo, se aprecia, desde el inicio de los tiempos, una marcada influencia de este en el desarrollo de las instituciones judiciales que hoy conocemos.

Ciertamente reconocido por los historiadores, en relación con el tema, es el hecho de que en las sociedades primitivas cada individuo y grupo se administraban la justicia por ellos mismos y la manera de hacerlo, el instrumento para llevarlo a cabo era la fuerza, quizás la mejor expresión de esta filosofía era la Ley de la Venganza sin medida.



Así, el nivel de reacción no guardaba tampoco ninguna proporcionalidad, ni el remedio a la ofensa, en un medio donde la actual división entre la parte penal y civil de la acción no tenía ninguna diferencia ni consecuencia.

Con el paso del tiempo, nuevos criterios entran a hacerse sentir, uno de ellos vigente aún en la actualidad, es el de la relación entre la ofensa y la pena, así como el necesario condicionamiento; se encuentra gráficamente retratado en la norma: ojo por ojo y diente por diente.

Dentro de esta nueva visión, Merchán establece que: “Aparece cada día con más fuerza la tendencia a renunciar al derecho de decidir las disputas a mano armada, propias de las bárbaras sociedades primitivas y es cada día más sentida la tendencia a someterlas al conocimiento, para su decisión de terceros elegidos entre las personas más prominentes de la comunidad”¹; entonces, el ofendido y ofensor recurrían ante el tercero designado de común acuerdo, para que éste regulara la composición, que el segundo debía pagar al primero o en otros casos dicho tercero ejercía las funciones de un mediador exhortando a las partes a encuadrar su conducta a un arreglo pacífico.

Este a su vez, fuera incluso el rey o el jefe del clan del grupo, carecería de jurisdicción obligatoria; su intervención tan solo se debía en aquellos asuntos en que las partes voluntariamente se lo solicitaban y no podía imponer coactivamente sus decisiones, basadas exclusivamente en el compromiso contraído por ellas para acatarlas, qué duda

¹ Documento sobre el desarrollo histórico del arbitraje. Pág. 145



presentó, ya que se encuentran en estas remotas épocas los orígenes del actual ~~del~~ del arbitraje.

Ese carácter de la justicia se observa en todos los pueblos primitivos y aún en los propios griegos, los matices variaban, según el grado de evolución de cada grupo social, pues a medida que progresaban estos tipos de procedimiento, de características puramente voluntarias, se fueron tornando en obligatorios y a partir de allí, se desarrolla el fundamento de lo que, posteriormente, se convierte en la función jurisdiccional a cargo del Estado.

1.1.2 Derecho romano

En tanto se daba la evolución reseñada, se desarrolla en Roma esta institución de forma privada, como una vía extrajudicial de terminar las controversias y se sientan las bases doctrinales y jurídicas de lo que hoy conocemos como tal.

Sobre este tema los estudios del Derecho José María Chillón Medina y José Fernando Merino Merchán, sostienen que: “Desde ese entonces los individuos, por simple acuerdo, entre ellos, podían encargar el fallo de una contienda a un particular cualquiera”²; lo anterior, quiere decir que desde el inicio se hacen referencias a la materia y ya Cicerón hablaba y ponderaba las ventajas de acudir al arbitraje para escapar de la dura ley y resolver en un medio más propio y menos publicitado.

² Chillón Medina, Merdino Merchan. **Tratado de arbitraje privado interno e internacional**. Pág. 156



El desarrollo de estos procedimientos culmina cuando los jueces dejando de nombrados por los particulares y son designados de manera soberana por el pretor, no obstante, al mantener el reconocimiento del derecho de los litigantes para que privadamente y por fuera del género ordinario, pudieran resolver sus controversias con lo cual se encarga el fallo a un tercero, encontramos el punto de formación del arbitraje en el derecho romano.

Nace así la institución bajo el amparo de dos figuras:

a) El compromiso, conforme al cual dos contendientes acuerdan someter al conocimiento no al fallo de la autoridad pública competente sino a la decisión de un tercero llamado *arbitre*, como nota característica y curiosa, dicho pacto traía adherida una cláusula penal para el caso de que una de las partes no cumpliera con lo adquirido y ordenado por quien conocía del juicio; es también a partir del derecho romano que se fija la materia objeto del procedimiento hoy reiterados y vigentes, la materia era cualquiera a menos que afecte el orden público, al estado de las personas o tenga por objeto una *restitutio in integrum*;

b) El *receptum arbitrii* conforme al cual el árbitro se obliga respecto de las partes que lo designan, en el evento en que este por cualquier causa, no quisiera dictar un laudo, el pretor imponía su autoridad para que cumpliera con su cometido.

Otras notas relevantes de la institución romana las constituían, por un lado, que la sentencia era irrevocable, no era susceptible de apelación, pero tampoco de ejecución



forzosa, en virtud que no era proveniente de una persona gozaba del poder público por ende carente de imperio, el vencedor debía obtener su cumplimiento por los medios indirectos que conforme a la costumbre eran procedentes.

No obstante, no se podía rehusar la ejecución de la resolución sobre la base en la cual era iniciada; dicha alegación, en nada alteraba el alcance de la obligación adquirida de aceptar la decisión de árbitro, siendo el único evento de excepción en el cual estaba de por medio una acción dolosa de alguna de las partes.

De la evolución a que se hizo referencia, queda en evidencia que surge el paso de la justicia privada a la pública y cómo el arbitraje está a la base del desarrollo judicial romano como lo exponen diferentes historiadores.

1.1.3 Derecho eclesiástico

Es claro para quienes han reseñado el devenir del arbitraje a quienes hemos mencionado, que en el derecho eclesiástico dio un desarrollo similar al del romano, a esto se debe que la actual jurisdicción en este sentido fue determinada en sus orígenes y evolución, por el arbitraje.

Los primeros cristianos rehuyeron la utilización de la justicia de los romanos y sometían la decisión de sus controversias al juicio de los obispos, al generalizarse esta práctica, se envía a los hoy conocidos como tribunales eclesiásticos que tuvieron su



reconocimiento original en la época de Constantino y que hasta hoy día tienen existencia.

1.1.4 Edad media

Es preponderante, como lo reconoce la doctrina, a la cual venimos siguiendo, la incidencia e influencia durante esta etapa de la historia, surge dentro de la misma, una falta de organización estable de parte de los Estados y la autoridad de los poderes públicos formales resulta casi nula, como consecuencia, se carece de los medios efectivos para imponer sus jurisdicciones de manera obligatoria.

De otra parte, el auge de las agremiaciones o corporaciones que tuvieron su origen en esta época y del nacimiento de la burguesía, presionaron decididamente en la búsqueda de una jurisdicción especial y particular para resolver las controversias que en el interior de las asociaciones se presentaban.

Es en primera instancia en el *fuero juzgo* donde parece encontrarse una primera regulación ordenada y completa del arbitraje, así como regulaciones parciales que venían desde el breviario de Alarico, de tendencia privatista y, en el *liber iudiciorum* que determinó la tendencia judicialista del procedimiento como regla general, no era originalmente la sentencia ejecutoria por sí misma, su ejecutabilidad se forzaba mediante la presencia de la cláusula penal desarrollada a semejanza de la fórmula romana.



A finales de la edad media se practicaba el procedimiento de homologación de laudo arbitral ante juez competente, lo que otorgaba fuerza ejecutiva para sí mismo, se considera a quien conocía como una especie de juez, las sentencias en tanto llegaron a tener fuerza ejecutiva estaban dotadas de cosa juzgada en la época romana.

Surge igualmente, por esta época, en las leyes de partida la distinción entre árbitro propiamente dicho, que declara el derecho y amigable componedor, que no está sujeto a ninguna regla de procedimiento ni de derecho en este cuerpo legal se encuentra un refuerzo en la eficacia del laudo al establecerse, adicionalmente a la pena, la presunción legal de una confirmación tácita de la sentencia, por el silencio de las partes una vez transcurridos diez días después de pronunciada.

1.1.5 Estados modernos

Constituidos los Estados modernos al centro de los cuales se encuentra un poder público más o menos absoluto, el órgano supremo reclama para sí el ejercicio exclusivo de las funciones jurisdiccionales y el procedimiento arbitral deja entonces de ser el motor del desarrollo de las instituciones judiciales para adquirir la fisonomía particular que hasta hoy le distingue.

Tanto las legislaciones consuetudinarias como las escritas reconocen al particular derecho de sustraer al conocimiento de los tribunales de Estado y juzgamiento de ciertos asuntos para ser entregados al conocimiento de simples particulares de su libre



elección y confianza. No obstante, es visto con cierta desconfianza y se le rodea de la intervención de los jueces para efectos de un control más o menos riguroso.

Se le considera como un medio ventajoso para resolver ciertos asuntos, en específico aquellos en que la discusión versa más sobre circunstancias de hecho que de derecho.

En Francia, se establece dentro de ese orden de ideas y en las ordenanzas de 1560 y 1673, el arbitraje obligatorio en litigios entre familiares, que someten al juicio de parientes próximos, y para las dificultades que surjan entre los socios en las sociedades comerciales.

De particular importancia e incidencia resulta la revolución francesa que determina y provoca una gran extensión en éste, se le mira como un remedio contra los abusos, lentitudes y gastos de la justicia, se estima muy de acuerdo con los principios republicanos y liberales que, fundamentados en la idea del contrato social, engrandecen la libre elección por los ciudadanos de todos los funcionarios del Estado.

A partir de estos criterios, la Asamblea Constituyente lo declara el medio más razonable de terminar los litigios entre ciudadanos y lo eleva a la categoría de principio constitucional, la cual establece el derecho de los ciudadanos para terminar definitivamente sus litigios por la vía del arbitraje, no puede sufrir restricción alguna por actos del poder legislativo.



La realidad, no obstante, visto de las ideales formulaciones de los legisladores y fue así como prontamente se produjo una vigorosa reacción que derogó todos los casos de arbitraje forzoso, a excepción de la hecha de las diferencias entre socios de sociedades comerciales, e incluso, estuvo a punto de llevar a la supresión aún de un voluntario en general.

Por otra parte, el profesional Miguel Ángel Garro en su libro Refuerzos de procedimientos de arbitraje y la jurisdicción de los tribunales arbitrales en Latinoamérica menciona que: “Pasados algunos años y ante la reacción en contra de la ideología revolucionaria, comenzó a crecer la hostilidad del poder judicial francés hacia el arbitraje, lo que se tradujo en la redacción de una normatividad sumamente controlista contenida en el Código de Procedimientos Civiles de 1806”.

Esta hostilidad hacia la institución tuvo como punto culminante el fallo de la Corte Suprema francesa del 10 de julio de 1843, en el caso seguido entre L'Alliance contra Prunier y que en ese fallo se declaró expresamente que era nulo el pacto por el cual las partes acuerdan arbitrar cualquier futura controversia cláusula compromisoria³; así la explicación de esta reacción del Supremo Tribunal de Justicia Francés poco tuvo que ver con consideraciones jurídicas y más con criterios políticos, juicios que manifiesta hostilidad y temor hacia el arbitraje.

³Garro. Refuerzos de procedimientos de arbitraje y la jurisdicción de los tribunales arbitrales en Latinoamérica. Pág. 314



Por su parte el estudio del derecho mercantil el profesional Arthur Taylor Von Mehren explica de lo anterior que: “El fallo demostró el temor de los jueces de que si el pacto arbitral suscrito antes de que surja una controversia luego denominado cláusula compromisoria era permitida”⁴; es decir que, este sería pactado por la generalidad de los individuos, quitándole de esa manera poder a los magistrados y obviamente este tuvo como única finalidad de impedir que las partes acudieran a arbitrar sus controversias, ya que la experiencia había demostrado en esa época, como hoy en día, que en la generalidad de los casos las partes acuerdan arbitrar antes de que se presente el conflicto; en cambio, los pactos arbitrales post conflicto son excepcionales.

Fue luego del fallo del tribunal francés que los juristas se encargaron de explicar jurídicamente, la distinción entre el pacto previo, cláusula compromisoria y el acuerdo suscrito una vez surgida la controversia compromiso arbitral, dando a entender, mediante la aplicación de un sin número de teorías, que existían entre ambos contratos grandes diferencias, cuando en la realidad la distinción poco o nada tenía que hacer con el derecho, sino simplemente con una visión discrepante hacia el arbitraje.

Es así que, a partir de los primeros años del siglo XX, pero en especial luego de la Segunda Guerra Mundial, el arbitraje ha vuelto a constituirse en un mecanismo idóneo de resolución de conflictos entre particulares, especialmente en la solución de discusiones derivadas del intercambio comercial internacional.

⁴ Arthur Taylor. **Arbitraje comercial internacional: contribución a la jurisprudencia**. Pág. 1047



Como reflejo de ese renacimiento del arbitraje, los países que efectivamente decidieron promover su utilización eliminaron la absurda distinción entre cláusula compromisoria y compromiso arbitral.

Sin embargo, la gran mayoría de legislaciones latinoamericanas no sólo copiaron la cláusula compromisoria y compromiso arbitral en sus primeras legislaciones arbitrales, sino que inclusive la mantuvieron inmutable hasta años muy recientes, despreocupándose, no sabemos si de forma intencional, de sus funestas consecuencias prácticas.

En España, por su parte, el nutrido desarrollo de normatividad proclive de la institución y la extensión en su utilización, tuvo su punto más alto en la constitución de 1812 que, siguió el ejemplo de la constitución francesa de 1791, tributaria de la declaración de la Asamblea Constituyente, le dio rango constitucional a éste, como un derecho fundamental del ciudadano, expresado en la presentación de dicho cuerpo constitucional español como el derecho de todo individuo de una sociedad a terminar sus diferencias por medio de jueces árbitros, basado en el incontrastable principio de la libertad natural.

A partir de estas premisas, el histórico Código de Comercio de 1829, y su ley procesal de 1830, lo desarrollaron como medio privilegiado para que se resolvieran las controversias entre comerciantes que, por otra parte, abrieron, en especial el primero de dichos cuerpos legislativos, la puerta al traumático debate del arbitraje como forzoso



en tanto, hasta esta época siempre se había hablado de él como una institución derivada de la autonomía de la voluntad.

No sobra por último reseñar como otro negativo legado del legislador español lo fue el de haber abierto el debate sobre la ubicación real de él; esta discusión, derivada de la toma de partido por las diversas tesis sobre la naturaleza jurídica del arbitraje, derivaron de que, en cierto momento, el legislador civil español, apartándose de la tradición formada en el derecho comparado que lo ubicó siempre en el derecho procesal, instituyeran el compromiso como contrato, en tanto las normas procedimentales le abrían campo dentro de la regulación de juicio de conocimiento, dando así lugar a infinitas discusiones que, aún hoy, se mantienen en numerosos países y legislaciones.

1.1.6. Época contemporánea

No cabe duda de que en la época actual todos los países, con mayor o menor desarrollo e índice de modernidad, lo contemplan y regulan, muchas de las notas originalmente reseñadas siguen siendo vigentes y muchos de los cuestionamientos que desde los primeros días o en el transcurso de esta panorámica se han puesto de presente siguen sin respuesta definitiva.

Así mismo es cada vez mayor la fuerza su utilización siendo también cada vez más extendida en especial en los últimos tiempos, cuando del campo nacional se ha pasado a una muy intensa utilización en el ámbito exterior en la medida en la que la



internacionalización de las economías y la apertura comercial ha determinado la necesidad de buscar métodos de solución de controversias más universales.

Numerosos instrumentos de derecho internacional han aparecido en el escenario desde comienzos del siglo pasado con las convenciones de Ginebra y posteriormente los ya cuantiosos instrumentos que se encuentran vigentes siendo de particular importancia las Convenciones de Nueva York de 1958, Panamá de 1975, y la que ha sido considerada como su complementaria la Interamericana sobre eficacia extraterritorial de las sentencias y laudos arbitrales de Montevideo de 1979.

Muchos son los países y dentro de ellos un buen número de países latinoamericanos, que han desarrollado nuevos y modernos instrumentos legales inspirados, en términos generales, por los trabajos de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil -UNCITRAL- y su modelo de ley que, en la versión de 1985, ha servido de marco de referencia para estos procesos.

Cabe destacar al respecto las reformas en México, en Perú la Ley General de Arbitraje, Bolivia la Ley de Arbitraje y Conciliación 1770, en Ecuador la Ley de Arbitraje y Mediación, de Costa Rica la Ley 7727 y Colombia el Decreto 2279, sin perjuicio de las que actualmente cursan en Honduras y El Salvador, entre otros.

Entre los países referidos se destaca Perú, que como pionero inició con los estudios básicos entre la distinción de la cláusula compromisoria y el compromiso arbitral; esta distinción no solo se mantuvo en el reciente Código Civil de 1984, sino que inclusive



sobrevivió cuando se dictó la primera Ley General de Arbitraje, (LGA), aprobada mediante Decreto Ley número 25935 del año 1992.

En efecto, si bien se supone que la derogada Ley General de Arbitraje -LGA-, peruana había derogado la distinción entre cláusula compromisoria y compromiso arbitral, al reconocer en su Artículo 4 la figura del convenio arbitral; lo cierto es que luego su Artículo 10 estableció como requisitos esenciales del convenio, prácticamente los mismos requisitos que generalmente se exigen para la validez del compromiso arbitral.

Es más, los efectos de una cláusula compromisoria regulada por las disposiciones del Código Civil, como de un convenio arbitral pendiente de integración como lo definía la derogada Ley General de Arbitraje, eran prácticamente los mismos.

Así, cuando resultaban de aplicación las disposiciones del Código Civil, existía una cláusula compromisoria y surgía una controversia, la parte interesada si no lograba que la otra parte suscribiera un compromiso arbitral nombrando a los árbitros y determinando la controversia, pues tenía que ir al juez para que otorgara dicho contrato en rebeldía.

Lo mismo sucedía en aplicación de la derogada ley ya que, si al convenio arbitral le faltaba la designación de los árbitros y la materia controvertida, de conformidad con el Artículo 13 de dicha Ley, el interesado tenía que solicitar la colaboración de la otra parte para determinar la materia controvertida y designar a los árbitros y, si no lograba, pues tenía que acudir al juez para que integrara los elementos faltantes del convenio. De



esta manera, el interesado tenía que acudir al juez tal y como tenía que hacerlo cuando estuvo vigente el contrato de compromiso arbitral en el Código Civil de 1984.

Es más, Ginebra se refirió a todo esto de la siguiente manera: “El Perú cuenta con la curiosa institución de la integración del convenio arbitral cuando se trata de arbitraje no administrado y la cláusula arbitral ha omitido alguno de los requisitos esenciales, como la designación de los árbitros o la determinación de la controversia a ser resuelta (Artículos 10º y 13º de la Ley General de Arbitraje).

En ese caso es competente el juez estatal, quien procederá a la integración por proceso sumarísimo y cuya decisión es apelable”⁵ de manera tal que este y otros problemas identificados en la anterior ley se debieron a una deficiente regulación legal, y en la práctica conllevaron a que se avanzara muy poco con respecto a la anticuada legislación arbitral contenida en el Código Civil de 1984.

Obviamente esta situación motivó la urgente modificación legislativa que se produjo con la entrega de la nueva Ley General de Arbitraje, aprobada por la Ley número 26,572 de 1996, vigente hasta la fecha.

Así, entre los principales cambios operados a partir del nuevo texto arbitral peruano, destaca la correcta incorporación de la figura del convenio arbitral, esta reforma ha sido sin duda alguna, una de las razones principales que ha impulsado el crecimiento asombroso y constante de la práctica arbitral en el Perú, desde 1996.

⁵ Grigera Naón. *Arbitraje en Latinoamérica*. Pág. 51



Muchos son también los países que han mantenido y otros que han adoptado la defensa del arbitraje desde la misma carta constitucional, dando así proyección a los principios que desde la Asamblea Constituyente de la Revolución Francesa definieron este como un derecho fundamental del individuo; esto, sin duda, ha permitido darle mayor consistencia y ha abierto la puerta a que ya no solo los particulares sino estos y los Estados nacionales de diversos países tengan en el arbitraje una fórmula eficaz y eficiente para la resolución de su controversias.

Los nuevos afanes y desarrollos se vislumbran en esta materia y en ellos se avanza rápidamente, la utilización del arbitraje en campos especializados tales como el financiero, el medio ambiente, la propiedad intelectual, la electrónica, se abren paso, la ejecución de arbitraje por la vía del internet tiene ya serias y sólidas instituciones trabajando en la materia y pactos y convenciones internacionales.

Regulado la generalización del comercio electrónico traerá sin duda nuevos y más rigurosos retos para el arbitraje que, no dudamos, sabrá abordar y responder con generosidad como ha ocurrido en el pasado, en esta medida mucha falta aún por verse y mucho por descubrirse.

1.1.7 Reseña histórica de Guatemala

Guatemala ha sido como tal un país interesado en el arbitraje de tiempo atrás, si bien lo ha hecho por mucho lapso tiempo, tan sólo en el campo del derecho internacional



público, no ha sido así en el campo del derecho privado que ya regulado, no había logrado hasta hace no mucho tiempo un nivel de desarrollo importante.

Determinante de esta situación fue, según el criterio de algunos estudiosos, la deficiente regulación que, antes que invitar y facilitar el desarrollo de este, se constituía en un serio obstáculo una limitación, y a veces insalvable.

El Código de Enjuiciamiento Civil y Mercantil de 1934, repitiendo las disposiciones tradicionales al respecto, establecía la vía procesal ejecutiva para aquellos eventos, en los cuales no se honra el compromiso adquirido por alguna de las partes, de llevar un determinado asunto al conocimiento de este, resultó siempre poco expedita, costosa y lenta.

Este problema, entre otros, produjo siempre un reservado desánimo, y desincentivó el uso del arbitraje, ya que ante la falta de una normatividad que permitiera el respeto al pacto celebrado y abriera la puerta por el contrario hacer de éste un debate judicial, la efectividad y celeridad del arbitraje, desde sus inicios estuvo siempre sujeta a cuestionamiento y, por ende, la importancia de utilizar un sistema de resolución controversias que presuponía un juicio previo ante el juzgado ordinario.

Conscientes parcialmente de tan seria limitante, en el Código Procesal Civil y Mercantil de 1965; se reforma la norma para derivar ya no en la necesidad de un proceso sino un trámite de tipo incidental con lo que, según estiman algunos comentaristas guatemaltecos pioneros de la materia en el país se logró un adelanto significativo sin



que, en la práctica ésta y otras reformas menores de la materia, hubieran logrado motivar el estudio y aplicación del procedimiento que, por otra parte siguió siendo muy poco recomendada e incentivada por el gremio de los abogados.

No obstante, fue derivando cada vez más hacia la aplicación de soluciones que como la conciliación y el arbitraje mismo, se desarrollaron en los despachos de los abogados y notarios por fuera de un ambiente formal y sin que estratégicamente, estos y otros de los métodos alternos tuvieran importancia.

En la normatividad vigente, la editorial transnacional en uno de sus documentos, la profesional Marta Gonzalo afirmaba que: “La doctrina hasta antes de 1995 brindaba procedimientos complicados, llenos de formalismos”⁶; y por lo tanto, quiere decir que son inoperantes para actividades ágiles a las que urge dar una solución, conforme a la legislación vigente, recurrir al procedimiento arbitral implica algo tan engorroso, dispendioso y demorado en el tiempo como acudir a los tribunales.

Con el paso del tiempo, más evidente se hizo el rezago en la legislación, cuando se llegó a la adopción en 1984, en la Convención de Nueva York Decreto 9-84 y en 1986, con la Convención de Panamá Decreto 35-86, que no sólo se distancian en lo teórico con la normatividad interna vigente, sino que, incluso propiciaron discusiones doctrinales sobre la derogatoria de diversos preceptos internos a partir de la puesta en vigencia de estos textos constitucionales.

⁶ Gonzalo Quiroga. **Arbitraje comercial**. Pág. 253



Por otro lado, en el mismo documento anteriormente mencionado se afirma que el Estado guatemalteco al respecto ha aceptado arbitrajes en materia de Derecho Internacional Público⁷; pero sin embargo en materia de derecho privado, el Estado de Guatemala se ha manifestado renuente a aceptarlo.

Desde la Constitución Política de la República de Guatemala vigente de 1986, se vislumbra un cambio de actitud, si bien no se inscribe abierta y enfáticamente que afirme expresamente el rango constitucional de este, tampoco se encuentra en su construcción el ánimo de oponerse al desarrollo del mismo; al igual que ocurre en diversos países, abre la puerta para que a través de la ley, se establezcan además de los tribunales judiciales ordinarios otros adicionales, y se ha constituido como base para que conforme ha ocurrido en otros países, se encuentre allí el soporte constitucional para esta institución.

La nueva sistemática reguladora, que consta en el Decreto 67-95 y está tomada de la ley modelo de esta institución comercial internacional propuesta por *United Nations Commission On International Trade Law* (UNCITRAL), corrige en buena medida todas las inconsistencias y limitaciones que la normatividad anterior contenía, si bien es cierto que quedan asuntos por superar y otros por mejorar, es evidente que el grado de avance, en lo fundamental, dado por el país, permite afirmar que el cuerpo legislativo con que cuenta es pro-arbitraje y permite el desarrollo tanto a nivel local como internacional.

⁷ *Ibíd.* Pág. 254



La institucionalización de este procedimiento, considerada de menos y controvertida por la doctrina, hoy es de especial importancia, desde la aparición y creación de diversos centros tales como el Centro de Estudios de la Construcción y el Desarrollo Urbano y Regional -CENAC-.

Es evidente que el proceso de información y formulación en la materia, los niveles, de difusión y utilización se han incrementado muy seriamente y hoy, podría hablarse su franca expansión, con todos los compromisos y requerimientos que ello comporta, como parte de la Organización Mundial de Propiedad Intelectual -OMPI-, se lleva a adherir a los diversos instrumentos internacionales en la materia, lo que le ha llevado a colocar en vigencia los textos que lo regulan por la vía electrónica para solucionar las controversias que hoy el internet y el uso de los nombres protegidos proporcionan lugar en esta materia.

1.2 Definición de arbitraje

El arbitraje es un procedimiento por el cual se somete una controversia, por acuerdo de las partes, a un árbitro o a un tribunal de varios árbitros que dicta una decisión sobre la controversia que es obligatoria para las partes. Al escoger el arbitraje, las partes optan por un procedimiento privado de solución de controversias en el lugar de acudir ante los tribunales.

También lo representa una forma no judicial de dirimir conflictos, mediante la que las personas naturales o jurídicas convienen en someter a la decisión de uno o de varios



árbitros (siempre número impar) las cuestiones litigiosas surgidas, o que puedan surgir, en materias de su libre disposición conforme a derecho.

La Ley del Arbitraje del 5 de diciembre de 1988, reconoce dos modalidades:

1. El arbitraje de derecho y el de equidad. En el primero, los árbitros, que requieren la condición de abogados en ejercicio, deben atenerse al rigor de las reglas sustantivas o accidentales impuestas por la ley; por el contrario.
2. El arbitraje de equidad es menos formalista, y además el árbitro no ha de tener imperativamente formación jurídica, siendo suficiente que sea persona física y esté en pleno ejercicio de sus derechos civiles.

Es el procedimiento legal que prevé los requisitos y actos que se desarrollarán y cumplirán para solucionar una controversia sin necesidad de acudir a la autoridad judicial.

De esta manera, las partes enfrentadas en un conflicto social deciden encomendar a un tercero la solución del conflicto planteado, aceptando por adelantado dicha solución, pueden utilizar la institución arbitral las personas físicas o las jurídicas.

Las cuestiones sometidas a arbitraje han de ser de libre disposición por las mismas conforme a derecho, no cabe decidir en arbitraje en las cuestiones que es preceptiva la intervención del fiscal, así como tampoco son arbitrables las materias laborales.



Dentro de la Enciclopedia Jurídica reconoce al arbitraje como: “Derecho que exige que la decisión arbitral sea tomada con arreglo al derecho positivo; en el arbitraje en equidad la decisión puede tomarse sin sujetarse a las formas legales ni ajustarse al derecho positivo en cuanto al fondo.”⁸

Siendo este la facultad de mediar en toda decisión que se puede participar como tercero, teniendo la autoridad de cuestionar el argumento en materia; y así inducir la mediación de los participantes.

1.3 Arbitraje mercantil

Dentro del arbitraje mercantil lo conoce un árbitro que estudia y decide la solución más adecuada a la situación que se le presenta o expone, siendo objeto del conflicto un inconveniente entre empresas y profesionales tiene en sus manos la decisión que se vuelve de carácter vinculante, es decir de carácter obligatorio.

Con el transcurso del tiempo, aparece la tendencia a renunciar al derecho de decidir una litis a mano armada propias de las sociedades primitivas y es cada día más sentida la propensión a someterlas al conocimiento, para su decisión, de terceros elegidos entre las personas más preparadas por así decirlo de una comunidad.

Dentro del desarrollo del ofendido y ofensor recurrían ante el tercero designado de común acuerdo, para que este regulara la composición que el segundo debía pagar al

⁸ www.enciclopedia-juridicabiz14.com Enciclopedia Jurídica.



primero o, en otros casos, dicho tercero ejercía la función de mediador, el cual exhorta a las partes a someterse a un arreglo que era por supuesto pacífico.

Este fuera incluso el rey o jefe del clan del grupo, carecería de jurisdicción obligatoria; su intervención tan solo se daba en aquellos asuntos en que las partes por decisión propia se lo solicitaban y no podía imponer coactivamente sus decisiones, basadas éstas exclusivamente en el compromiso contraído por los dirimientes para acatarlas, entonces, qué duda cabe que se encuentran en estas remotas épocas los orígenes del actual diseño del arbitraje mercantil.

En los propios griegos, aunque bien sus aspectos variaban, según el grado de evolución de cada grupo social, en el que se constituía esta forma de llevar justicia, pues a medida que progresaban sus tipos, pasaron a ser voluntarios a obligatorios, desarrollándolo como un pasado a una función jurisdiccional.

1.4 Naturaleza jurídica

Muchas y muy profundas discusiones se han presentado en la doctrina sobre el particular, sin que el objeto de este trabajo sea el profundizar en ellas, resulta a todas luces pertinente el hacer una presentación de los diversos puntos de vista que sobre el relativo se han propuesto, de forma superficial pero completa para lograr llegar a su debido entendimiento.



En esta discusión, no puede perderse de vista la compleja estructura del arbitraje, que ha llevado a reconocidos expertos en la materia, como Briceño al afirmar que: “Esta forma de juicio es una estructura que se forma por cuatro cuerpos, que son: un acuerdo, un procedimiento, un laudo y una ejecución”⁹; es decir, el utilizado en el precepto legal guatemalteco y que tiene como fin la solución de conflictos dirigidos hacia el comercio.

1.4.1. Teoría procesal

Quienes abogan por este pensamiento, apuntan básicamente que el arbitraje es una institución de derecho público procesal, sostienen que el problema de la naturaleza debe enforzarse desde un punto de vista funcional y de eficacia práctico-jurídico del laudo.

En este sentido, Vásquez afirma al respecto y al referirse a los árbitros señala: “Que ellos son personas instituidas con calidad de jueces por el Estado”¹⁰; por tanto, se infiere que si la función de este es dirimir controversias su labor es sustancialmente idéntica a la de un juez.

Lohmann refuerza, acerca de la naturaleza de la institución su punto de vista, agregando que: “Entre la sentencia judicial y el laudo arbitral no existen importantes diferencias de fondo y añaden que éste posee fuerza ejecutiva porque el ordenamiento

⁹ El arbitraje en el derecho privado. Pág. 3

¹⁰ Métodos alternos de resolución de conflictos. Pág. 181



jurídico se la otorga, más no las partes que suscriben el compromiso quienes no tienen ni el derecho, ni el poder, ni la autoridad para concederle este atributo y forzar su cumplimiento”¹¹.

En otras palabras, si no tuviera quien lo respaldara, quedaría al criterio y exclusiva voluntad de las partes la posibilidad de acatarlo o de no respetarlo tal cual, si de un contrato se tratara, si bien los pilares del arbitraje descansan en la previa conformidad de los particulares, una vez emitido el laudo y firme, la virtualidad del mismo como sentencia impregna todo con la nota publicista que la cosa juzgada posee, así no es sino la conclusión de una sentencia procesal especial que comienza con la cláusula compromisoria o con el compromiso.

En el conjunto de su análisis que por encima de la legítima autonomía de las partes se encuentra el orden público al que ellas y los árbitros se deben subordinar, a fin de dotar de eficacia al laudo, de este principio concluyen que las bases contractuales de esta institución no son auténticamente de derecho privado, sino acuerdos procesales.

Al abordar el tema en relación, Redenti señala que: “El acuerdo fundamental entre las partes tiene objeto y contenido procesales”¹²; es decir, que el compromiso sería un acto voluntario de naturaleza procesal, por el cual las partes se excluyen de la jurisdicción común creando una individual con un procedimiento especial o sujetándose al general.

¹¹ El arbitraje. Pág. 42

¹² El compromiso y la cláusula compromisoria. Pág. 21



Históricamente, afirman las raíces de esta tesis en el derecho romano, que atribuyó, en cierto momento, la autorización al pretor del actor de dación arbitral y la declaración formal del valor al final como sentencia.

A modo de síntesis, puede señalarse que quienes patrocinan la teoría procesal publicista, tienden a equiparar al árbitro con el juez con funciones delegadas o como funcionario público temporal, al procedimiento convencional con el procesado que rige las actuaciones judiciales y al laudo con la sentencia.

1.4.2. Teoría contractualista

En este pensamiento se excluyen las consideraciones precedentes, afirma el derecho de los individuos para resolver sus diferencias como les resulte parecerles dentro de un marco jurídico en que juega papel preponderante la autonomía de la voluntad mientras no se llegue a vulnerar intereses y orden público ni derechos de terceros.

No es pertinente asignar notas publicistas a los acuerdos de voluntad para resolver controversias cuando los titulares están dispuestos de antemano a acatar lo que un tercero resuelva; es decir, no desean, en suma, verse forzados a aceptar decisiones judiciales obligatorias, cuando están conformes en obligarse por propia voluntad a lo que el árbitro resuelva.



El autor Cárdenas al respecto sostiene que: “el arbitraje tiene como presupuesto la decisión de los particulares de evadirse de la jurisdicción ordinaria.”¹³, es así, que el Estado administra y debe considerarse obligatoria por su misma fuerza soberana, pero no porque las partes, libres y voluntariamente, consientan de modo previo en verse establecidas por sus sentencias, como ocurre en aquí.

Más aún, mientras que en éste el sometimiento es consensuado, la justicia estatal interviene y juzga a pedido de un solo lado de los litigantes, incluso contra la voluntad del otro, mientras que el laudo arbitral encuentra su origen y fundamento en que las dos personas en apremio lo han querido, solicitado y desean verse comprometidas para lo que se resuelva.

Sin embargo, no puede decirse lo mismo del juicio común, pues su fuerza deriva de un poder superior al de los sujetos individuales considerados, poderío e imperio en que no son renunciables de antemano los recursos impugnatorios judiciales, como sí lo son en este tipo de procedimiento.

Al juez, dentro de esta visión, y como representante de un poder estatal, no lo está dado, como sí el árbitro, por expreso deseo de los dirimientes, pronunciarse prescindiendo de consideraciones jurídicas; a este no se le permite fallar solamente con arreglo a su leal saber y entender o verdad sabida y buena fe guardada.

¹³ Cláusula compromisoria y compromiso arbitral. Pág. 85



Si por las razones expuestas, este tipo de procedimiento no puede anclarse en el derecho procesal, como no sea para el auxilio ocasional que éste le presta, su naturaleza debe buscarse en el derecho sustantivo, a fin de explicar y justificar la visión privatista del arbitraje como un acuerdo de voluntades que regula la forma para una solución extrajudicial de determinadas controversias.

De este modo, las partes pueden hacer surgir al arbitraje por el mérito de un convenio, pueden igualmente de mutuo acuerdo dejarlo sin efecto antes o incluso después del laudo ya pronunciado y resolver sus discrepancias de otro modo, recurriendo a juicio si así lo desean.

1.4.3. Teoría mixta

Para el profesional Tito Carnacini, la propone de la siguiente forma: “Entre estas dos diferentes tesis, jurisdiccionalista y privatista, se había situado un tercera, que a la primera le oponía la objeción de no tomar en cuenta que el laudo sin el decreto de ejecutoriedad no es sentencia, ya que la falta no sólo la eficacia ejecutiva, sino también y sobre todo la obligatoria, y que reprochaba a la segunda que no distinguía entre intensidad y naturaleza de la función desplegada por los árbitros, ya que, si indudablemente el poder de ellos sería siempre la misma”¹⁴.

Por consiguiente el compromiso implicaría una ampliación de jurisdicción, ya que no sólo impediría la constitución de la relación procesal ante juez ordinario sino produciría

¹⁴ Tito Carnacini. Prenda Mercantil. Pág. 151. 1961.



también el efecto de constituir una distinta relación procesal, en virtud de la cual por obra de estos y del pretor, se decidiría la controversia tal como hubiera sido definida mediante una sentencia del juez ordinario, para lo cual se debe de garantizar los derechos de las personas, ya que es indispensable la protección de la integridad de las personas.

Esta teoría presenta necesariamente un origen contractual, en la medida en que la regla general establecida para la definición de las controversias está radicada en el poder judicial y para sustraerse de ella se requiere de pacto expreso, salvo las excepciones en que el mismo legislador consagra en el forzoso; pues una vez celebrado da vía a que los árbitros por ministerio de la ley, ejerzan una función que se concreta en un laudo arbitral que en nada se diferencia en lo que a sus efectos se refiere de una sentencia judicial.

En este pensamiento, quienes conocen como jueces instituidos por el Estado, pero designados por los litigantes, en cuanto el pretor concurriría a la formación de la sentencia arbitral como acto complejo, pero no en el sentido de que el segundo haría propiamente el juicio lógico de los primeros; pues de lo contrario resultaría irrelevante su proveniencia, sino en el otro sentido de que también a ellos les atribuiría la ley una función judicial bajo forma de colaboración en la decisión.



1.4.4. Teoría autónoma

Por su lado Montoya establece lo siguiente: “El carácter del arbitraje sólo puede ser realistamente determinado mirando a su uso y propósito”¹⁵. En este sentido, no puede ser clasificado como puramente contractual o jurisdiccional e igualmente no es una institución mixta.

Se considera a esta institución, desde un ángulo completamente diferente a anteriores, la razón es en que el sistema legal nacional e internacional se adecúa a éste en el cómo y hasta qué medida la ley restringe el derecho a someter y a conducir el procedimiento arbitral, la autónoma lo mira por ser, o sea consistente en la forma y manera cómo funciona, las leyes que se han dictado para ayudar y facilitar su desenvolvimiento.

Se infiere de lo antes indicado, que se rechaza las formas contractuales y jurisdiccionales por no estar de acuerdo con la realidad, además de estar una con otra en contradicción, la ventaja no es la ejecución de este sino más bien la rapidez y flexibilidad del procedimiento, en cuanto a la teoría mixta se le rechaza por demasiado indefinida e imprecisa.

Para este pensamiento, tanto el acuerdo de esta forma de juicio como los laudos tienen fuerza, no como un contrato ni como una concesión por parte del Estado soberano para

¹⁵ Arbitraje comercial. Pág. 90



efectos de la ejecución, sino más bien como un requisito esencial para facilitar el funcionamiento de las relaciones comerciales nacionales e internacionales.

Con respecto a la ley que rige los aspectos sustanciales, las partes son libres para escoger el sistema de leyes a aplicarse, esta autonomía absoluta sería el medio por el cual el acuerdo de este procedimiento obtiene un carácter verdaderamente supra nacional, en el cual la Ley Comercial Internacional puede ser aplicada directamente.

De esta manera, en el arbitraje las partes están facultadas para seleccionar la forma como se regirán sus relaciones, se aplica un sistema nacional de leyes o la Ley del Comercio Internacional, la costumbre y usos que conciernen al comercio *lex mercatoria* a los principios generales de equidad.

1.4.5. Teoría negocial-procesal

Se establece una naturaleza procesal en el arbitraje complementado con la visión de un negocio jurídico, el tratadista español Lorca, en relación con el tema expresa que: “Pese a la existencia de dos teorías básicamente contrapuestas la llamada naturaleza jurisdiccional del procedimiento arbitral o las teorías contractualistas.

Lo que importa, es la actividad que resuelva la cuestión litigiosa y que se corresponde con la existencia de un debido proceso sustantivo de éste a partir del cual se puede establecer la más variada sofisticación de técnica procedimental, siendo el resultado final procesal sustantivo y técnico o formal, a la vez procedimental; y si bien, esa



sustantividad se jurisdiccionaliza a través pero no antes de la vía del recurso constitucionaliza al situarse dentro de la esfera de actuación de la tutela efectiva.”¹⁶.

Dicha anotación en relación al tema refleja que es preciso sostener el carácter procesal del arbitraje, pues resulta obvio que este no es una actividad jurisdiccional, resulta evidente, que no todo en él se reconduce a un planteamiento estrictamente negocial insuficiente para justificar la existencia de un derecho al debido proceso sustantivo arbitral.

Al vincularse con aspectos tan íntimamente ligados con la sustantividad de un proceso como es la exigencia de alegar, de probar, de oponerse a la tramitación del procedimiento arbitral para explicar el acceso a la jurisdicción estática mediante la petición de anulación del laudo, ese acceso además justifica su eficacia vinculante sobre la base de la firmeza negocial.

1.5. Clases de arbitraje

Se establecen tanto doctrinariamente y así como la misma ley la presenta, diferentes formas en las cuales se puede presentar el conocimiento de esta figura, ya que es indispensable determinar las diversidades de arbitraje que se contempla, para lo cual se puede mencionar la siguiente clasificación importante, para el efecto:

¹⁶Manual del derecho de arbitraje: el proceso arbitral. Pág. 85



1.5.1. Arbitraje nacional e internacional

El arbitraje nacional, según Feldstein lo ha llamado también: “domestico”¹⁷; puesto que abarca las controversias dentro del marco estatal, va así a encuadrarlo y presentarlo en el ámbito interno o sea que existe un círculo imaginario por así decirlo, en el cual su aplicación va a surtir efecto dentro del territorio al cual va dirigido su objeto y aplicabilidad.

El arbitraje internacional, se establece por discusiones fuera del marco estatal, siendo así que las partes involucradas tengan su residencia en países diferentes; cuando la sede de este, el procedimiento, la aplicabilidad y su cumplimiento en la obligación vaya más allá de los límites de un Estado.

Se expone dentro del análisis de estas dos primeras formas en que se presenta esta figura procedimental haciendo referencia a lo que sitúa el Artículo 1 numeral 1° del Decreto 67-95 que establece: “La presente ley se aplicará al arbitraje nacional y al internacional, cuando se encuentre en el territorio nacional, sin perjuicio de cualquier tratado multilateral o bilateral vigente del cual Guatemala sea parte”.

Esta disposición impone, dado que se fija desde allí el ámbito de aplicación de la normatividad, el que se distingue cuando se está en presencia del nacional y cuándo del internacional, no tiene la ley guatemalteca una definición del nacional y a ella habrá que llegar por exclusión en cuanto el internacional sí se encuentra delimitado en el

¹⁷ Arbitraje interno e internacional. Pág. 91



Artículo 2 de dicha práctica, conforme a lo previsto en dicha norma, es internacional cuando las partes en un acuerdo tienen, al momento de su celebración, sus domicilios en Estados diferentes, o uno de los lugares siguientes están situados fuera del de sus domicilios; el lugar del mismo, si este se ha determinado en el ajuste de arbitraje con arreglo al convenio; el lugar del cumplimiento de una porción sustancial de las obligaciones de la dependencia comercial o el lugar con el cual el objeto del litigio tenga una analogía más estrecha, o que han convenido expresamente en que la cuestión objeto del lugar está relacionada con más de uno.

- a) Para los efectos de la norma descrita, el legislador aclara lo referente al domicilio, así, si alguna de las partes tiene más de uno, éste será el que guarde una relación más estrecha con el pacto arbitral;
- b) Sí una parte no tiene residencia habitual, se considerará establecida en el lugar donde se encuentre, estas dos disposiciones, coinciden con lo establecido para eventos similares por el Código Civil en los Artículos 34 y 35.

Para las compañías o asociaciones extranjeras, en este entendido es preciso tener en cuenta que conforme a lo dispuesto en el Artículo 30 de la misma codificación, están obligadas a constituir sucursal o agencia en el país cuando van a desarrollar negocios en Guatemala lo que, de alguna manera, determinará el domicilio para los conflictos que estén ligados con dicha agencia o sucursal.

En el campo mercantil, el Código de Comercio, por su parte, regula la materia a partir del Artículo 213, del contexto de la normatividad en especial lo previsto en el Artículo



221, parece concluirse que el criterio es similar, esto es, en la medida en que se trate de realizar actividades con carácter permanente deberá obtener autorización para radicarse en el país de parte del Registro Mercantil y conforme a los términos de la Ley del Organismo Judicial e igualmente, cuando deseen retirarse del país o suspenden sus operaciones en la república.

Sobresale en la medida en que se trate de actuaciones incidentales no se requerirá de autorización alguna ni registro en el país y cuando sean actuaciones temporales deberán obtener una autorización del Registro Mercantil de idéntica naturaleza en cuanto no vayan a durar más de dos años, llama así la atención el hecho que, conforme a criterios generales y normas de extendida aplicación en materia societaria se tenga por extranjera aquella sociedad constituida en el extranjero que tenga en dicho país su domicilio.

Este criterio, adoptado por la ley modelo y en secuencia por la pauta arbitral de Guatemala, tiene en las normas mercantiles antes mencionadas una curiosa excepción en cuanto, si bien reconoce como extranjera no sujeta por ende en su constitución a la ley guatemalteca a tales sociedades.

En la medida en que ellas tengan en el territorio su administración o ejerzan el objeto principal de la empresa se sujetan a las reglas del Código de Comercio y demás propias de las sociedades nacionales, con lo cual tenemos un criterio totalmente encontrado al respecto derivado quizás de la mezcla de conceptos respecto de la forma como se determina la nacionalidad pero inadecuado, pues no resulta clara la mezcla de



criterios deriva en que, luego de definir una sociedad como extranjera la sujeta luego a las reglas nacionales aún para lo referente a su constitución que, por definición, corresponde fijar a los criterios del lugar de origen.

En fin, depende de que si se trata de persona jurídica, en general, o de una sociedad comercial para aplicar los criterios antes referidos y poder concluir cuando, en un momento determinado, estamos en presencia de un arbitraje nacional y cuando de uno extranjero que, visto lo anterior, bien podría tener algún grado de dificultad en su precisa determinación.

En la medida en que nos encontremos en presencia de un procedimiento tan importante como este para su aplicación que se califique como internacional, varias consecuencias surgen: si bien es aplicable el Decreto 67-95 establece en el Artículo 1, “que es sin perjuicio de los tratados multilaterales o bilaterales que tenga vigencia Guatemala”, en este orden de ideas y correspondiente a la pirámide de las normas, tiene antelación para la regulación de la materia lo que dispongan los tratados en aquellos casos en que la normatividad local nada dice o para efectos de eventuales contradicciones entre la legislación interna y la internacional.

También debe señalarse que el arbitraje, se adelantará en el idioma que las partes convengan y en caso de que no hayan previsto en el que el tribunal determine, en los términos del Artículo 27 de la ley referida.



Pues tanto en la ley de fondo como en la ley procedimental, la selección de los dirimientes tendrá prelación por sobre la aplicación de la normatividad local, salvo en aquellos eventos en que ésta, extienda sus efectos más allá del territorio nacional.

Asimismo, tendrán aplicación los principios establecidos en los Artículos 45 y 48 sobre el reconocimiento y ejecución de los laudos extranjeros o internacionales, por lo demás, esta institución en el marco nacional, que sería por cualquiera de los extremos vistos no puede clasificar como internacional, está sujeto al ordenamiento sustantivo y procedimental del país y no le serían aplicables las disposiciones de derecho internacional o los tratados o demás instrumentos que en materia arbitral ha ratificado Guatemala.

Otros criterios sobre este tema nos parecen oportunos, como ayuda para el análisis, en general aquí, todos los elementos se producen dentro del mismo Estado y por ello, la ley que los rige es en donde dichos elementos se presentan, visto así se presenta como una alternativa a la jurisdicción.

1.5.2. Arbitraje de derecho y de equidad

El arbitraje de derecho establece, se desarrolla y se finaliza con el laudo a través de un árbitro, enmarcado por un conjunto de normas, principios y doctrinas previamente establecidas.



La finalización y resolución de este debe ser acorde a derecho, a preliminarmente instituidas y su resolución de aplicación forzosa, pero apegada a la legislación.

El arbitraje de equidad es al momento de describirlo, quien conoce resuelve, estableciendo el laudo a su saber y entender *ex aequo et bono*, dejando a la ley en un margen más discreto.

Si lo dirigimos al conocimiento de un conflicto de carácter mercantil, para los particulares, es mucho más conveniente y que éstos pueden ser comerciantes a la vez y que posean conocimiento sobre los problemas que nacen entre ellos.

Se expone dentro del análisis de estas formas en que se presenta esta figura que no trae específicamente la normatividad, una puntual clasificación en este sentido, pero surge ella con absoluta claridad de los términos del Artículo 37, a partir de allí se puede arribar a que si es de derecho, es aquél en el cual los árbitros se encuentran obligados a decidir en base a las normas de derecho y, por el contrario, en el de equidad los que no se encuentran obligados a fallar conforme a dichas disposiciones sino que pueden hacerlo en conciencia o según su leal saber y entender.

Es imperativo decidir conforme a derecho y en el segundo, si a los términos de la norma legal, podría pensarse que podrían, siendo en equidad decidir en derecho, en la medida en que no les es obligatorio, sino potestativo decidir en conciencia o según su leal saber y entender, no es afortunado el legislador en la medida en que, universal y



tradicionalmente, en el de conciencia, o *ex a quo et bono* o amigable composición ~~están~~ o han estado alejados de la normatividad, del derecho y más ligados con los conceptos expresados y no resultaría para nada adecuado el proponer un arbitraje en igualdad pero basado en derecho ya que culminaría siendo en derecho y no en el otro mencionado.

Así las cosas, a pesar de la poca fortuna con que aparece diseñado el texto en esta materia deben tenerse presente y ese criterio de la esencia de la diferenciación que en ambos casos los principios a aplicar son obligatorios y marcan la distancia entre uno y otro procedimiento.

Las partes son quienes deben escoger respeto de la clase que se trate, a falta de determinación legal será en derecho; a este entendido se llega, necesariamente por oposición, en cuanto el legislador ha establecido que para fallar en igualdad se requiere de una disposición expresa de las particulares en este sentido, por el contrario, si no existe ninguna previsión al respecto, este no podrá ser en equidad, sino que, fatalmente lo será en derecho.

No existe ninguna diferencia cuando es de uno o de otro, referido a estas dos formas de procedimiento en cuanto a la regulación a que se encuentran sometidos; a este respecto y a partir de lo así previsto en el numeral 2 del Artículo 37 de la ley referida, es evidente que la diferencia de fondo entre las dos clases es en la manera de cómo los árbitros van a apoyarse para proferir el laudo más no en cuanto al trámite para llegar allí el cual es idéntico para ambos tipos.



Así, la normatividad vigente se aleja de un principio bastante generalizado que cuando se trate de equidad o de amigables componedores, no solo se pronuncie el laudo conforme al leal saber y entender de los árbitros, sino que les permite un amplio margen de flexibilidad para establecer y diseñar el procedimiento a seguir.

Esta posibilidad no está contemplada, desde el punto de vista legal, en Guatemala donde, si bien en términos generales quienes discuten pueden fijar las reglas, tanto en los arbitrajes de derecho como en los de equidad, de no hacerlo habrán de sujetarse a las reglas y principios diseñados por el legislador como principio suplente aplicable, cabría sí la inquietud en la medida en que algún centro, con base en las facultades que al efecto establece la ley, diseñara procedimientos diferenciados para uno y otro evento.

El derecho guatemalteco continúa dentro de la tendencia a tener como norma supletoria al derecho y no a la equidad como ha hecho, en cierta medida, carrera en diversos países que han realizado recientes reformas en la materia.

1.5.3. Arbitraje institucional y *ad hoc*

El arbitraje institucional, las partes en controversia convienen en llevar un procedimiento arbitral por medio de instituciones especializadas en el tema, entra en juego las instituciones llamadas centros de arbitraje.



El arbitraje *ad hoc*, lo que dispone para un fin particular y no otro, llamado también *ad hoc*, se establece por las personas dirimientes en discusión apegado al procedimiento y al derecho aplicable, respetando las garantías mínimas.

Se expone dentro del análisis de estas formas en que se presenta esta figura procedimental esta clasificación a partir de los Artículos 4 y 5 de la ley, del institucional podríamos establecer que es el medio llevado a cabo ante una institución arbitral permanente, que está legalmente reconocida a la cual las partes le pueden encargar libremente, de conformidad con sus reglamentos o normas, la administración y la designación de los árbitros; y del otro llamado también independiente tiene las mismas características que el anterior, pero con la diferencia que quien conoce de este no está legalmente reconocido, sólo por los particulares del litigio.

En consonancia con este principio el Artículo 5 y dentro de las normas de interpretación de la Ley mencionada y tratándose del institucional, da pleno efecto y valor a las normas del reglamento de arbitraje y la institución administradora para el tomar con relación al trámite.

Para distinguir el uno del otro tendremos entonces que buscar si el procedimiento se lleva o no ante una institución arbitral permanente, esto es si la institución está establecida con carácter temporal o para el caso, estaremos en un procedimiento *ad hoc* y no ante un arbitraje institucional en los términos de la ley.



Vista la institución en referencia, es preciso que ella se encuentre legalmente reconocida, de conformidad con los parámetros de la ley, dado que dentro de la misma no existe un trámite especial para tal efecto y tampoco se le ha asignado a una entidad del Estado en particular el dicho reconocimiento.

Habrà de estar a la clase particular de institución para determinar si se encuentra conforme con la legislación vigente para ese tipo de entidad, que es como debería entenderse ese reconocimiento legal, antes que a buscar licencia o permiso o a sugerir trámites especiales que, de alguna manera, se establecieron el cual no fue esa la intención del legislador al respeto.

Pareciera ser un binomio inseparable para efectos de catalogarlo como institucional, el someterse no sólo a los reglamentos o normas pertinentes en cuanto al procedimiento arbitral en sí mismo sino también deferir al centro la facultad para la designación de los árbitros.

No obstante, el Artículo 15 de la ley, deja establecido que esta remisión para efectos del nombramiento puede ser potestativa o conservar las partes, por haberlo pactado así o por no haberse pronunciado al respecto, la facultad para la designación de los árbitros, salvo que el reglamento respectivo establezca principios diferentes caso en el cual, tratándose de institucional o administrado estas serán las obligatoriamente aplicables en los términos del Artículo 5 de la misma ley.



1.5.4. Arbitraje voluntario y forzoso

El arbitraje voluntario, se toma en cuenta la voluntad de las partes en controversia, ya que son estas quienes deciden la resolución de un conflicto de esta forma, tiene su origen en la autonomía de la voluntad.

El arbitraje forzoso, es impuesto para la solución de alguna diferencia en el cumplimiento de una obligación, quiere decir que, ante el conocimiento de un conflicto, las personas no eligen este procedimiento ni mucho menos se ha establecido un acuerdo para el mismo, pero deben solucionar su problema a la medida de este.

Se expone dentro del análisis de estas dos clases en que se presenta esta figura procedimental que, dentro de la relación a tratar, a si se acude a éste en ejercicio de la voluntad de las partes o si, por el contrario, se presenta a él por una disposición legal imperativa.

La normativa guatemalteca no trae una definición sobre el particular, no obstante, de los términos de esta y, en particular, del Artículo 4, podría concluirse que la vocación del sistema legal es la del arbitraje voluntario no del forzoso.

Se parte de la base de que el juicio se llega por la vía del acuerdo y que para los efectos de la ley, se considera que es aquel por virtud del cual los particulares en discusión deciden someterse a este todas o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto a una determinada relación jurídica contractual o no



contractual, es claro que por principio estamos hablando de uno eminentemente voluntario en cuanto media la determinación de las partes que, de no existir, llevará a solución de la misma al conocimiento de la justicia ordinaria.

Por otra parte, en la ley se aprecian diversos y muy importantes eventos en que es evidente la potencialidad de la decisión de las partes y la generosidad, con la cual el legislador ha respaldado el ejercicio de la autonomía de la voluntad.

Al respecto, se menciona: el Artículo 4 numeral 1° estipula que: “el acuerdo se llega por vía voluntaria”; Artículo 4 numeral 3°: “delegación a la institución escogida por las partes para delegar la administración del arbitraje y la designación de los árbitros”; Artículo 6: “Todo lo referente a las notificaciones y plazos del trámite arbitral está sujeto a que las partes no hayan pactado en contrario”.

El Artículo 11: “las partes pueden renunciar voluntariamente al acuerdo arbitral”; Artículo 13 y 15: “las partes determinan el número de árbitros y el sistema para su designación”; Artículo 17: “las partes diseñan el sistema para la recusación de los árbitros”; Artículo 24: “las partes pueden libremente diseñar el procedimiento arbitral”; Artículo 25: “las partes pueden libremente determinar el lugar del arbitraje”.

Artículo 27: “las partes pueden libremente acordar el idioma del arbitraje”; Artículo 29: “la determinación de si el procedimiento se lleva de manera escrita o por audiencias puede ser adoptada por las partes prioritariamente”; Artículo 32: “toda la regulación de la rebeldía de las partes y sus efectos puede ser objeto de pacto de las partes al



respecto”; Artículo 36: “la escogencia de las normas de fondo aplicables para el arbitraje internacional corresponde, en primera instancia, a las partes”; Artículo 39: “los efectos de la transacción y el eventual laudo adoptado a partir de ella, son todos productos de la determinación de las partes al respecto”.

Se deduce de lo anterior, que el legislador no solo escogió el conocimiento de este, voluntariamente como el vehículo para utilización de esta figura, sino que, en su diseño privilegió a lo largo y ancho del mismo, la autonomía de la voluntad, principio que habrá de guiar constantemente a las partes, a los árbitros y a las mismas instituciones, como rector fundamental en el diseño, manejo y administración de esta forma procedimental.

1.5.5. Arbitraje de derecho o de conciencia

Los árbitros se rigen por normas legales y deciden los asuntos litigiosos con arreglo al derecho escrito, en cambio, el árbitro de conciencia puede dejar de lado la norma jurídica en el proceso mismo como en la sustentación del laudo, es decir, que resuelven de acuerdo con su criterio, sin embargo, esa discrecionalidad no es ilimitada puesto que debe respetar el principio elemental de garantizar la defensa en juicio, en él se debe tener en cuenta la equidad.

La ley da prioridad al arbitraje de conciencia, por cuanto contempla que en caso de no haber pactado que el arbitraje sea de derecho, se tiene por entendido que es de conciencia. La diferencia entre ambos estriba en que, en el laudo de derecho, cabe apelación, en los laudos de conciencia, no procede ningún recurso.



Se puede entender dentro del presente capítulo que los diferentes tipos de arbitraje tiene en común un mismo fin que es el de solucionar las diferentes controversias dentro de dos partes sin llegar a la vía judicial, aplicando las alternativas proporcionales para ambas partes de manera amigable, la figura del arbitraje ha tenido consigo factores beneficiosos a los diferentes litigios y evitado que judicialmente se lleven procesos engorrosos que al final tienen resultados.





CAPÍTULO II

2. Arbitraje en Guatemala

Desde hace mucho tiempo, la sociedad guatemalteca ha mostrado un interés bien acentuado por el arbitraje, y si bien, durante un largo tiempo, lo fue únicamente en el ámbito del derecho internacional público, con anterioridad a la existencia del arbitraje, existían serios problemas y limitaciones, en muchas ocasiones insalvables al tratar de solucionar las controversias.

El Código de Enjuiciamiento Civil y Mercantil del año 1934, regulaba la vía procesal ejecutiva para aquellos eventos en los que no fuera honrado el compromiso que adquiriría una de las partes, consistente de llevar un asunto determinado al saber de los árbitros.

La vía procesal anotada en el párrafo anterior resultó que era bastante poco expedita, lenta y costosa, dicha problemática, generó en nuestra sociedad guatemalteca un desincentivo y desánimo al utilizar el arbitraje para la resolución de controversias, debido a que ante la falta de una norma que permitiera el respeto al pacto que se había celebrado y se encargara de abrir el camino, sino que al contrario hacía del arbitraje un debate judicial.

Tanto la celeridad, como la efectividad y rapidez del arbitraje, desde sus comienzos se encontró bajo la sujeción de dudas y consecuentemente, la importancia de poder utilizar



un sistema para la resolución de controversias que presuponia un juicio previo frente al juzgador.

Debido a las limitantes existentes en el Código Procesal Civil y Mercantil del año 1965, la norma fue reformada para derivar ya no en la necesidad de que existiera un proceso sino un trámite de incidentes con el cual, según se considera en Guatemala, alcanzó un adelanto bien significativo.

En la vida real, fue derivado de cada día hacia la aplicación de soluciones como la conciliación y el arbitraje, los cuales se fueron desarrollando en los bufetes profesionales.

Las normas vigentes en Guatemala, afirmaba la doctrina hasta antes del año 1995, concedían procedimientos bien complicados, llenos de formalismos y por ende inaceptable e inoperante para llevar a cabo actividades ágiles a las cuales es urgente brindarles una solución, indudablemente en nuestros días la situación relativa al arbitraje ha cambiado totalmente.

Desde la Constitución Política de la República de Guatemala vigente del año 1985, se puede notar muy claramente un cambio, si bien es cierto que no se inscribe abiertamente la misma dentro de aquellas que afirman de manera expresa el rango constitucional con el cual cuenta el arbitraje, tampoco en su construcción se encuentra el ánimo de oponerse a que el mismo se desarrolle.



El arbitraje, al igual que en otros países, abre el camino para que a través de la misma norma se determinen además de los tribunales judiciales ordinarios otros que son adicionales como lo regula la Constitución Política de la República de Guatemala en el Artículo 203: “Independencia del Organismo Judicial y potestad de juzgar”.

La justicia se imparte de conformidad con la Constitución y las leyes de la República. Corresponde a los tribunales de justicia la potestad de juzgar y promover la ejecución de lo juzgado, los otros organismos del Estado deberán prestar a los tribunales el auxilio que requieran para el cumplimiento de sus resoluciones.

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

La función jurisdiccional se ejerce, con exclusividad absoluta, por la Corte Suprema de Justicia y por los demás tribunales que la ley establezca. “Ninguna otra autoridad podrá intervenir en la administración de justicia”.

La Ley de Arbitraje, Decreto número 67-95 del Congreso de la República de Guatemala, se encuentra tomada de la Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional del año 1995, y corrige tanto las limitaciones como las inconsistencias que contenía la normativa anterior.



Es cierto que existen asuntos que deben ser superados y otros mejorados, también es claro que el grado de avance que ha existido es bastante acentuado, debido a que mediante dicha norma se permite afirmar que el cuerpo legislativo actual en la sociedad guatemalteca cuenta con un desarrollo tanto a nivel nacional como internacional.

En Guatemala, la institucionalización del arbitraje es de muy especial importancia, desde los comienzos y la creación del arbitraje, es claro que el proceso de formación y de información del arbitraje, así como los niveles de difusión y de utilización han ido aumentando, y hoy en día se puede entonces hablar de la existencia de un arbitraje expansivo.

Guatemala, como miembro de la Organización Mundial de Propiedad Intelectual conocida por sus siglas como OMPI, ha adherido a los distintos instrumentos internacionales relativos al arbitraje, aquello que lo ha llevado a que los textos reguladores de la materia a través del correo electrónico cuenten con la debida vigencia y validez, así como la utilización de los nombres protegidos ha dado lugar en la materia.

El Artículo 4 numeral 1° de la Ley de Arbitraje, Decreto número 67-95 del Congreso de la República de Guatemala, regula y define que el Acuerdo de Arbitraje es: "Aquel por virtud del cual las partes deciden someter a arbitraje todas o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual".



La Ley de Arbitraje, Decreto número 67-95 del Congreso de la República de Guatemala en su Artículo 4, numeral 2° lo define como: “Cualquier procedimiento arbitral, con independencia de que sea o no una institución arbitral permanente ante la que se lleva a cabo”. Si se toma exclusivamente en cuenta la definición legal de arbitraje anotada con anterioridad, resulta definitivamente imposible logra ubicar dicha institución en una de las teorías anteriores.

El acuerdo arbitral es indispensable para las partes, las cuales deben estar en concordancia y respetar lo que se haya estipulado, y además tienen que encargarse de impedir que el juez ordinario conozca del asunto relacionado.

Entonces el juez cuenta con limitaciones para no conocer de determinados asuntos siempre que la parte interesada lo invoque a través de la excepción de incompetencia, con ello se impiden las actuaciones de manera oficiosa.

El Artículo 11 de la Ley de Arbitraje, Decreto número 67-95 del Congreso de la República de Guatemala, regula la excepción de incompetencia fundada en el acuerdo de arbitraje: “Excepción de incompetencia fundada en el acuerdo de arbitraje:

1. El acuerdo arbitral obliga a las partes a respetar y cumplir lo estipulado, el acuerdo arbitral impedirá a los jueces y tribunales conocer de las acciones originadas por controversias sometidas al proceso arbitral, siempre que la parte interesada lo invoque mediante la excepción de incompetencia.



Se entenderá que las partes renuncian al arbitraje y se tendrá por prorrogada la competencia de los tribunales cuando el demandado omite interponer la excepción de incompetencia.

2. Si se ha entablado la acción a que se refiere el párrafo primero del presente Artículo, habiéndose hecho valer la excepción de incompetencia, se podrá, no obstante, iniciar o proseguir las actuaciones arbitrales y dictar un laudo mientras la cuestión esté pendiente ante el tribunal”.

Mientras no exista un acuerdo arbitral, el conocimiento de las controversias existentes estas corresponden a la jurisdicción del juez ordinario, de conformidad con las normas establecidas en la legislación vigente en Guatemala.

El vehículo determinado legalmente para la sustracción del conocimiento judicial consiste en un acuerdo que se celebra mediante las partes con interés en la solución de la controversia.

El acuerdo arbitral no obliga únicamente a las partes, sino que también al juez ordinario, quien debe limitarse de conocer la controversia existente, a menos de que las mismas partes lo soliciten.

El arbitraje en Guatemala cuenta con la característica de ser vinculante y de ejecución obligatoria, salvo determinadas excepciones, la normatividad y naturaleza jurídica del arbitraje en nuestra sociedad guatemalteca se inscribe dentro de la teoría mixta, de conformidad con la cual la aplicación del arbitraje encuentra una decisión ya sea



contractual o bien convencional que permite la intervención de los árbitros generando como consecuencia un pronunciamiento con efectos iguales a los producidos por una sentencia dictada por un juez ordinario.

2.1. Características

Es un contrato bilateral ya que, a través de él, se generan derechos y obligaciones para las partes que intervienen, también es un contrato oneroso, en virtud de que se producen provechos y gravámenes recíprocos.

Siendo una característica del contrato lo conmutativo, debido a que las prestaciones son conocidas y ciertas para cada una de las partes, desde el momento de su celebración, ya que es mutuo en cuanto a las obligaciones que cada una de las partes debe de cumplir.

También es consensual en oposición a real, debido a que para su perfeccionamiento no necesita que se entregue cosa alguna. Otra clasificación dentro de la cual pertenece es que es un contrato accesorio, ya que se celebra con la finalidad de que las partes en que haya surgido una controversia, o aquellas que admitan la posibilidad de que pueda existir en un futuro una diferencia entre los intereses, sometan su decisión al juicio de un árbitro.

Siendo de esta forma que, existe previamente al contrato de compromiso una relación entre las partes, tal vez una compraventa, un depósito o cualquier otra relación que pueda dar origen al contrato de compromiso.



2.2. Derecho de equidad según la forma de resolver

El arbitraje en derecho consiste en que los árbitros están obligados a tomar decisiones en base a las normas de derecho y, en el de equidad los mismos no tienen la obligación de fallar acorde a las disposiciones normativas.

Siendo las partes quienes deben escoger en relación con la clase de arbitraje que se trate, pudiendo ser el mismo en derecho o en equidad, cuando no existe una determinación legal específica el arbitraje será en derecho.

No hay diferenciación alguna entre el arbitraje de equidad y el de derecho en lo relativo a la regulación a la cual se encuentran sometidos, es claro y determinante que la diferenciación de fondo entre ambas clases de arbitraje es la forma en la cual los árbitros se apoyan para proferir el laudo.

Es derecho de la sociedad guatemalteca que continúa actualmente dentro de la tendencia de tener como norma supletoria al derecho y no la equidad para resolver sus controversias en situaciones que debe de ser resueltas en un arbitraje sin ser forzoso.

2.3. Elementos del arbitraje

Son dos los elementos en los que se puede emitir el consentimiento o sea el compromiso que crean las partes para llevar un asunto controvertido al arbitraje:



- a) El compromiso puede celebrarse antes de que haya juicio, durante este o después de la sentencia, sea cual fuere el estado en que se encuentre.
- b) El compromiso posterior a la sentencia irrevocable solo tendrá lugar si los interesados la conocieren.

2.3.1. Consentimiento

Se encuentra manifiesto cuando las partes acuerdan someter sus diferencias al juicio de un tercero, mejor conocido como árbitro, con el objeto siguiente: la Ley de Arbitraje, señala que las partes pueden sujetar sus diferencias al juicio arbitral, sin embargo, a continuación, veremos algunas materias excluidas del arbitraje, por su propia naturaleza de cierto tipo de asuntos en los que prevalece el interés general o los intereses de menores no permite que haya compromiso en árbitros.

No se pueden comprometer en árbitros los siguientes negocios.

- a) Cuando haya recaído resolución judicial firme.
- b) Las materias inseparables unidas a otras sobre las que las partes no tengan libre disposición.
- c) Cuando la ley lo prohíba expresamente o señale un procedimiento especial.
- d) Los arbitrajes laborales.



2.3.2. Capacidad

Todo individuo que esté en pleno ejercicio de sus derechos civiles puede comprometer en árbitros sus negocios, sin embargo, también es necesario tener capacidad sobre el objeto del compromiso, ya que, de lo contrario, el contrato se verá afectado de nulidad relativa, siendo una regla de excepción.

En cuanto a los tutores, no pueden comprometer los negocios que tienen bajo su tutela al arbitraje, ahora en cuanto a los albaceas, sí pueden, siempre y cuando tengan el consentimiento unánime de todos los herederos; de igual forma se encuentran los síndicos, quienes necesitan el consentimiento de todos los acreedores, ahora bien, el procurador, necesita un poder especial para ello, o una autorización dictada en cláusula especial.

En cuanto a la capacidad para ser árbitro, estos deben estar en el pleno ejercicio de sus derechos civiles, aunque pueden ser recusables al igual que los jueces, y no deben ser miembros del Organismo Judicial.

2.3.3. Forma

El compromiso arbitral puede celebrarse por escritura pública, por documento privado, o en acta ante el juez, sin importar la cuantía de que se trate, lo que sí es importante es que se encuentre por escrito.



Puede adoptar la forma de un compromiso o de una cláusula compromisoria, según se establezca en un acuerdo independiente, o dentro del mismo contrato, incluso se entiende que el acuerdo consta por escrito según la legislación, “Cuando este consignado en un documento firmado por las partes o en un intercambio de cartas, telegramas, telefax u otros medios de telecomunicación que dejen constancia del acuerdo, o en un intercambio de escritos de demanda y contestación en los que la existencia de un acuerdo sea afirmada por una parte sin ser negada por la otra”¹⁸

En el compromiso deberá aparecer claramente estipulado el negocio para el cual se sujetan las partes al arbitraje, y determinarán las partes el número de árbitros, pero a falta de acuerdo serán tres los árbitros que tendrán que intervenir en el proceso.

2.4. Laudo arbitral

Es la decisión que emiten los árbitros para finalizar un litigio, de tal forma dan cumplimiento a su designación como árbitro, a diferencia del juez de jurisdicción, que al provenir de la estructura orgánica del estado tiene carácter permanente y genérica, con delimitaciones, propias en materia territorial y funcional, y su labor no culmina con la emisión de una sentencia definitiva.

Es más, el juez tiene la potestad para hacerla cumplir disponiendo las medidas pertinentes para ello, los árbitros en cambio nacen de una fuente convencional y por lo

¹⁸ Tratado de arbitraje interno e internacional. Pág. 123



tanto limitada al caso de la resolución de una situación concreta, así una vez finalizado el conflicto desaparecen sus facultades.

El laudo equivale a una sentencia, que, de acuerdo con la Ley del Arbitraje, debe ser escrito bajo sanción de nulidad, en principio los árbitros no pueden abstenerse y de hacerlo, debe entenderse que se adhieren a lo decidido por la mayoría.

“En caso de arbitraje de derecho, el laudo debe consignar el lugar y la fecha de emisión, los datos que identifiquen a las partes y a los árbitros, la cuestión sometida a arbitraje y a una somera relación de los hechos, alegaciones y conclusiones de las partes, la valoración de las pruebas en que se sustenta la decisión, la decisión concreta y los fundamentos de hecho y derecho en que se fundamenta”¹⁹.

En caso de arbitraje de conciencia, no se exige en términos estrictos la valoración de las pruebas ni la fundamentación de derecho, no obstante, lo cual no requiere una fundamentación razonada de la decisión.

La emisión del laudo debe darse dentro del plazo acordado por las partes o fijado en las normas reglamentarias en la Ley de la materia, a falta de acuerdo entre las partes, su incumplimiento acarrea graves consecuencias, tanto en lo concerniente a la validez del laudo, y a la responsabilidad de los árbitros.

¹⁹ Vega Meere, Yuri. **El derecho del consumidor y la contratación contemporánea**. Pág. 500



En caso de que los árbitros fallen fuera del plazo, constituye causal de nulidad laudo, por carácter de jurisdicción al agotarse el vencimiento del plazo.

En principio los laudos son definitivos, no procediendo recurso alguno salvo los expresamente autorizados por Ley, el único recurso que procede en contra de un laudo arbitral es el Recurso de Revisión.

2.5. Importancia del arbitraje

Dentro de la sociedad actual existe un aumento del comercio, tanto a nivel nacional como internacional, en virtud de ello existe la necesidad de actualizar o renovar a nuevos procedimientos tanto de intercambio como de solución de conflictos, estos cambios nos llevan a tomar nuevos caminos económicos que favorezcan al desarrollo del comercio interno y externo, siendo el canje de bienes, de la prestación de servicios y en algunos de casos de personas; existe la necesidad de la incorporación de un orden económico más actual ya que también existen relaciones internacionales que requieren legitimidad en sus acciones.

Dentro de esta institución solucionadora de conflictos, es necesario hacer un desarrollo más profundo como figura procedimental que nos lleve a reforzar y asegurar las garantías del mismo; ya que el aumento de disputas que deben resolverse dentro del comercio propio y universal lleva a los órganos jurisdiccionales a actuar.



Pero en una administración de justicia saturada de expedientes, con normas que llevan a un desgaste a los abogados y al mismo órgano jurisdiccional que es en su mayoría onerosa y lenta, que da como resultado a quienes necesitan la solución de un problema de tipo mercantil a no acudir a la administración de justicia, a raíz de esto mismo se presenta la necesidad de optar por el arbitraje como una excelente opción, por su juridicidad y conveniencia que son una sólida de base para su institucionalidad.

Estas bases hacen que se produzca el nacimiento de un tribunal que brinde justicia accesible, rápida, menos costosa, intermediación, idoneidad y confiabilidad, para con ello, si lo integramos a un procedimiento de solución de conflictos dentro del ámbito comercial, logremos encuadrados a los principios fundamentales de esta rama jurídica.

A pesar de que esta figura tiene un desarrollo que inicia desde tiempos muy antiguos, como se desarrollará más adelante, se ve actualmente en la necesidad de su utilización.

Por otra parte, Feldstein establece que: "El arbitraje al revalorizar la autonomía de la voluntad, contribuye a la democratización en la creación del derecho, nacional e internacional"²⁰; quiere decir, entonces que existe dentro de la sociedad guatemalteca la necesidad de conducir las controversias de una manera rápida y poco costosa, y aunque es tarea del Estado, éste como figura ya establecida dentro de la legislación es buena opción en el ámbito mercantil.

²⁰ Op. Cit. Pág. 180



2.6. Teoría del arbitraje en Guatemala

Este inciso deviene de las teorías que hablamos en el capítulo anterior, solo que este inciso es específico a nuestro país, si a la definición de esta institución que proporciona la ley vigente nos atendemos, resulta en verdad imposible tratar de ubicarla dentro de cualquiera de las teorías expuestas, ya que, si partimos de la naturaleza del mismo y de las corrientes que tratan de establecer, en cual encaja, debemos tomar en cuenta únicamente el fin que el mismo persigue y es como tal el punto medular de la investigación, su aplicación mercantil.

En efecto, el Artículo 4 numeral 2° del Decreto 67-95 lo define como: "Cualquier procedimiento arbitral, con independencia de que sea o no una institución de este tipo permanente ante la que se lleve a cabo"; así las cosas, resulta pertinente acudir al criterio.

En el mismo Artículo cuando al definir en el numeral 1° el convenio de este procedimiento, nos señala que este: "Es aquel por virtud del cual las partes deciden someter a arbitraje todas o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual".

Así que resulta obligatorio para las partes, las cuales deben respetar lo estipulado e impide que el juez ordinario conozca del fondo, supone ello una limitante para él, quien no podrá conocer de dichos asuntos siempre y cuando la parte interesada lo invoque



mediante la excepción de incompetencia, exigencia que impide que actúe de manera oficiosa en este sentido.

Se puede concretar que, en tanto no medie un acuerdo arbitral, el conocimiento de las controversias corresponde al juez ordinario, conforme a las reglas comunes, en segundo lugar, que el vehículo establecido por la Ley, para sustraer del conocimiento judicial es un acuerdo celebrado por las partes interesadas, dicho compromiso no sólo las obliga, sino que al juez ordinario quien, frente a él y salvo que las mismas dirimientes renuncien a su eficacia, debe abstenerse de conocer de la discusión.

Si de otra parte y conforme a lo dispuesto en los Artículos 46 y 47 de la Ley, el laudo es vinculante y su ejecución obligatoria, salvo excepciones, tendremos que concluir que la normatividad de Guatemala, se inscribe dentro de la teoría mixta, conforme a la cual a la base de aplicación del procedimiento se encuentra una decisión de tipo convencional o contractual que abre la puerta a la intervención de los árbitros generando como consecuencia un pronunciamiento con un efecto igual al producido por una sentencia.

2.7. El arbitraje como procedimiento en Guatemala

Es la institución jurídica que permite a las partes confiar la decisión de una controversia a uno o más particulares, es decir, que está previamente establecida y tiene como fin la solución de conflictos, funcionando como una alternativa a los medios de justicia ordinarios.



Que lleva apegado una forma de llevar la controversia que se le presente, recordando que es decisión de quien tiene el problema encaminarlo al uso de esta, ya que cuando las partes quieren una pronta resolución la dirigen a particulares, celebran un convenio al cual se le conoce con el nombre de Compromiso en Árbitros o Cláusula Compromisoria, según se trate, existente o todavía sin resolver.

Cuando el procedimiento de este ha sido solicitado por facultad previa de las personas en disputa, se requiere la intervención judicial, quien está preestablecido y que será competente para conocer, es decir, el juez de primera instancia donde se lleve a cabo el mismo.

Es determinado en el acuerdo arbitral, el lugar de cumplimiento de la parte sustancial de la obligación, o bien seguir las reglas que el mismo les otorgue, o a falta de éste lo preceptuado dentro de la legislación, el tribunal arbitral, de varios o de uno sólo es el órgano encargado, previa designación para decidir una respuesta, las partes podrán determinar libremente el número de estos o falta de acuerdo serán tres, salvo que el monto no exceda de Q. 50,000.00, en cuyo caso será uno.

Para el nombramiento de quien conoce, salvo acuerdo contrario de las partes, la nacionalidad de una persona no será obstáculo para que actúe como tal, ya dentro del procedimiento lo que se busca es dirimir el problema de forma más rápida, sin perjuicio de lo dispuesto para este, las partes podrán acordar el procedimiento para el nombramiento de estos y a falta de tal acuerdo, se estipula éste como único, si las partes no logran ponerse de acuerdo sobre la designación de este.



Pueden ser árbitros las personas individuales y que al momento de su aceptación estén en el pleno goce de sus derechos civiles, hay que tener presente que no pueden ser nombrados por el Organismo Judicial, o quienes tengan parte en la controversia o alguna de las posibles abstenciones, excusas y recusaciones de un juez.

En la Constitución Política de la República de Guatemala en el Artículo 4 se establece que: “En Guatemala todos los seres humanos son libres en dignidad y derechos”; entonces encaminado a la substanciación de la actuación, las partes serán tratadas con igualdad para hacer valer los derechos de cada una de ellas.

Así como el procedimiento a que se haya de ajustar quien conoce, las partes tienen la libertad de convenirlo, en la sustanciación de las actuaciones entonces se deberá tratar a las partes equitativamente y darse cada una de ellas plena oportunidad de hacer valer sus derechos, conforme a los principios esenciales de audiencia, contradicción e igualdad entre las partes, quienes podrán actuar por sí mismas o valerse de representantes, que pueden ser abogados.

El tribunal podrá dirigir el arbitraje del modo que considere apropiado, determinar libremente el lugar de realización, así como tiene la facultad de decidir su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia y validez del mismo acuerdo y a ese efecto, que conste en una cláusula que forme parte de un contrato debe considerarse como independiente de las demás estipulaciones, pudiendo declararlo nulo, solo esa cuestión más no el asunto principal.



Se debe tener presente que no podrá ser objeto de conocimiento del procedimiento las cuestiones sobre las que haya recaído resolución judicial firme, salvo los aspectos derivados de su ejecución, las materias inseparablemente unidas a otras sobre las que las partes no tengan libre disposición y cuando la ley lo prohíba expresamente para determinados casos de ámbito comercial.

Las partes acordaran libremente el o los idiomas que hayan de utilizarse en las actuaciones arbitrales, ya que hay que considerar que la actividad comercial se puede presentar la necesidad de una solución de ámbito nacional como internacional por las relaciones tan amplias y dinámicas en las que se mueve el comercio.

Así mismo y dada la circunstancia el tribunal que lleva el procedimiento podrá ordenar cualquier prueba documental, si es en otro idioma, acompañada de una traducción a uno de los idiomas convenidos por las partes.

En las decisiones que se tomen dentro del litigio, el tribunal arbitral tomará las providencias conforme a las normas de derecho elegidas, atendiendo a toda indicación del ordenamiento jurídico de un país determinado si fuese internacional, a menos que se exprese lo contrario, al derecho sustantivo de ese país y no a sus normas de conflicto de leyes.

Si no indicaren las partes la ley que debe regir el fondo del litigio, es decir, quien conoce determinará el derecho aplicable, tomando en cuenta las características a que se



refiera, ya que al conocimiento del mismo una vez constituido se entiende sometido a él.

Todas las cuestiones conexas con la principal, que surjan en el curso del procedimiento, en dichas cuestiones se tramitarán por el medio que las partes convenga, y en su defecto por el señalado por un incidente, se decidirá como amigable componedor, solo si se han acreditado expresamente a hacerlo, que es en todos los casos, decidirá con arreglo a las estipulaciones del convenio y tendrá en cuenta los usos mercantiles aplicables al caso.

En las actuaciones en que hubiere más de un árbitro, toda decisión del mismo se adoptara, salvo acuerdo en contrario, por mayoría de votos; sin embargo, el presidente del tribunal, podrá decidir cuestiones de procedimiento, si así lo autorizan, o todos los miembros de éste, si durante las actuaciones del proceso, llegaren a una transacción que resuelva el litigio, quien conoce dará por terminadas las actuaciones y si lo piden ambas y no existe oposición, hará constar la transacción en forma de laudo arbitral en los términos convenidos por las personas.

Para la iniciación de este tipo de juicio de conocimiento si se ha convenido otra cosa, el procedimiento respecto de una determinada controversia mercantil se iniciarán en la fecha en que el demandado haya recibido el requerimiento de someterse a éste; así también hay que tomar en consideración que la presentación de la demanda en las acciones arbitrales interrumpe la prescripción, ocurre lo mismo si en el curso de este se transfiere derecho controvertido por acto entre vivos a título particular.



El proceso prosigue entre las partes originarias, si fuera por causa de muerte el proceso prosigue por el sucesor universal o en contra de él, en cualquier caso, el sucesor a título particular puede intervenir o ser llamado al proceso en calidad de parte y si la o las demás consienten puede ser el enajenante objeto de exclusión, tomando en cuenta que al final el laudo dictado contra estos últimos produce efectos contra el de título particular.

En el plazo convenido o por quien lleva el procedimiento, la persona perjudicada deberá alegar los hechos en primer lugar y fundamentados, los puntos controvertidos que para efecto de la investigación son de ámbito mercantil y el objeto de la demanda, y el demandado deberá responder, con excepción que hubieran acordado tratar este punto de otra forma, presenta todos y cada uno de los documentos que consideren pertinentes u otros medios de prueba, que puede ser también tratado en audiencias para presentar otros medios o alegatos orales, si fuera así cada una debe notificarse, pudiendo en cualquier momento modificar o ampliar la demanda.

Sin embargo, puede haber rebeldía, para el demandante cuando no presente la demanda en el tiempo convenido y aquí se dan por terminadas las actuaciones, el demandado cuando estando debidamente notificado no presente su contestación, siguiendo el proceso sin derecho a alegaciones y cuando una de ellas no comparezca a una audiencia y no presente pruebas documentales, en el caso que ambas estén previamente notificadas, su falta de acción no impedirá que se dicte el laudo ni perderá su eficacia.



Dentro de las normas generales al fondo del litigio, quien conoce decide, si fue el procedimiento internacional lo hará de conformidad con las elegidas por las partes, o a las del derecho internacional privado, así como tener en cuenta las prácticas y principios del derecho comercial internacional, sus usos y actividades comerciales; cuando haya más de un árbitro toda decisión se adoptará por mayoría de votos de todos los miembros, dirimiendo los empates el voto del presidente, quien también podrá decidir cuestiones de procedimiento, todo esto salvo que las partes o los mismos miembros establezcan lo contrario.

El laudo se dictará conforme a la ley correspondiente, tendrá la misma naturaleza y efectos que cualquier otro emitido sobre el fondo del litigio, será por escrito y será firmado por el o los árbitros.

En actuaciones arbitrales con más de uno, bastaran las firmas de la mayoría de los miembros del tribunal, siempre que se deje constancia de las razones de la falta de una o más firmas, deberá ser motivado, a menos que las partes hayan convenido otra cosa o se trate de uno pronunciado en los términos mencionados por éstas, constaran en él, la fecha en que ha sido resuelto y el lugar del mismo y se considerara dictado en ese lugar, quien lo emite lo notificará a cada una de las personas mediante entrega de una copia firmada por los mismos.

Las actuaciones del tribunal terminan por laudo definitivo y orden del tribunal arbitral, siendo:



- a) El primero cuando el actor retire su demanda, a menos que el demandado se oponga a ello y el Tribunal Arbitral reconozca su legítimo interés en obtener una solución definitiva de litigio.
- b) El segundo cuando acuerden presentar por terminadas las actuaciones y,
- c) El tercero cuando el Tribunal Arbitral compruebe que la prosecución de las actuaciones resultaría innecesaria o imposible, éste cesará en sus funciones al concluir con las actuaciones arbitrales.

Dentro de los 30 días siguientes a la notificación de este, salvo que se haya acordado otro plazo, cualquiera de los dirimientes podrá, con notificación a la otra pedir al tribunal arbitral, reprecisa cualquier error de cálculo, de copia, tipográfico o de naturaleza similar.

Asimismo podrá corregir cualquiera de los errores mencionados por su propia iniciativa dentro del mes siguiente al laudo, y si así lo convienen, de una interpretación sobre un punto o una fracción concreta, si quien emite lo estima justificado, efectuará la corrección o proveerá la interpretación dentro de los treinta días siguientes a la recepción de la solicitud, dicha interpretación formará fragmento del laudo.

Salvo acuerdo en contrario de las partes, dentro de los treinta días siguientes a la recepción finalizar, cualquier dirimente, con notificación del otro, podrá solicitar al tribunal que dicte uno adicional respecto de reclamaciones formuladas en las actuaciones, pero omitidas al final, si lo estima justificado, dictará el adicional dentro de



sesenta días, éste podrá prorrogar, de ser necesario, el plazo para efectuar corrección, dar una interpretación o dictar un laudo adicional.

Como medio de impugnación a la resolución de un procedimiento arbitral de tipo mercantil, puede hacerse referencia al establecido en la Ley de la materia y que se presenta como único, siendo el Recurso de Revisión, el cual puede recurrirse ante una Sala de la Corte de Apelaciones con competencia territorial sobre el lugar donde se dicte y el auto que lo resuelva no podrá ser impugnado mediante ningún otro recurso o remedio procesal, debiendo confirmar, revocar o modificar el mismo haciendo el pronunciamiento correspondiente.

Procede cuando, quien lo solicite pruebe alguna incapacidad o sea nulo en virtud de la ley, que no se haya notificado la designación de un árbitro o sus actuaciones, que resuelva alguna situación no prevista, o que alguna disposición no se haya apegado al convenio; también ocurre cuando quien conoce del recurso compruebe que según el ordenamiento jurídico el proceso no sea objeto de su conocimiento o que su resolución sea contraria al orden público.

El plazo para interponerlo será transcurrido treinta días contado desde la fecha de recepción, la parte que lo requiere omite plantear una protesta y objeción oportuna no podrá invocar posteriormente la misma causal.

Para la ejecución del laudo que fuere extranjero, que tenga que hacerse valer en Guatemala serán reconocidos y ejecutados de acuerdo con la convención sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, la Convención



Interamericana Comercial Internacional en la materia; también cualquier otro tratado sobre reconocimiento y ejecución de éstos al cual sea parte el país.

Así como en caso que más de un tratado internacional sea aplicable y de acuerdo a las normas del Decreto 67-95 del Congreso de la República de Guatemala, será reconocido como vinculante y ser presentado en original, debidamente autenticado o copia certificada del documento, el original del acuerdo, traducido al español bajo juramento de traductor autorizado aquí y de no haberlo será traducido bajo juramento por dos personas que hablen y escriban ambos idiomas, con legalización notarial de sus firmas.

Se concluye entonces que el arbitraje en Guatemala ha evolucionado poco a poco de tal forma que es parte de la cláusulas compromisorias dentro de cualquier contrato de obra dentro de los diferentes organismos de Estado, haciendo más fácil la solución de controversias dentro de las partes involucradas, siendo una alternativa de solución práctica y ecuánime.





CAPÍTULO III

3. Cualidades éticas y profesionales del árbitro

Al hablar de las características de un árbitro, describo las cualidades que debe tener la persona a cargo del arbitraje, dentro de las características esenciales esta la imparcialidad, la objetividad, la facilidad de buscar soluciones en cada problema que deberá de sostener.

3.1. Definición de árbitro

“El árbitro es la persona elegida por las partes para resolver una controversia, es por ello la parte esencial del arbitraje mismo, todo el sistema gira en torno a él, desde que en su integridad moral y buen criterio descansa la confiabilidad y la eficacia del arbitraje como mecanismo de resolución de conflictos”²¹. El árbitro debe reunir cualidades de idoneidad y experiencia, aplicando su criterio personal y buen juicio, manteniendo la imparcialidad e independencia frente a las partes.

3.2. Naturaleza del árbitro

El arbitraje como se ha mencionado con anterioridad es un modo de solución del conflicto que surge de acuerdo entre las partes por el cual un tercero ajeno a ellas y

²¹ Rivera Neutze, Antonio Guillermo. **El arbitraje comercial internacional**. Pág. 60



desprovisto de la condición de órgano judicial y que además actúa con arreglo al mandato recibido (compromiso arbitral), resuelve la controversia.

La naturaleza jurídica de la institución arbitral ha mostrado ser elusiva por diferentes razones, de las cuales se destacan dos siendo las siguientes:

- a) Debe de existir diferencia de opinión sobre cuáles son los elementos esenciales del compuesto arbitral; y,
- b) Por su frecuente mezcla con otras instituciones (elementos) que hacen que el compuesto final sea complejo.

Por ello puede afirmarse que el árbitro es la persona que resuelve las controversias en una forma de composición escogida autónomamente por las partes, aun cuando el laudo arbitral propiamente dicho represente una heterocomposición del conflicto.

3.2.1. Definición legal, doctrinal y empírica

Para ampliar la definición se puede entender que el arbitraje es cualquier procedimiento arbitral de carácter comercial, con independencia de que sea o no una institución arbitral permanente ante la que se lleve a cabo. El objetivo del arbitraje es adoptar el mayor número de jurisdicciones posibles y evitar temas controvertidos.



3.2.2. Definición doctrinal

De las diversas definiciones académicas se encuentra la del experto francés Charles Jarrosson, el cual expone el estudioso del derecho González Cossio indicando que el arbitraje es “Una institución por la cual un tercero resuelve una diferencia que divide a dos o más partes, en ejercicio de la misión jurisdiccional que le ha sido confiada por ellos.”²²

Por lo que se establece que el árbitro y su figura se entiende que es un juez privado designado por aquellos quienes desean que resuelva su controversia, otra experta Jaquelin Rubellin-Devichi comparten la postura que el árbitro es “Un juez privado investido de una misión jurisdiccional de origen contractual.”²³ El que sea un juez privado implica que la misión del árbitro y el juez son las mismas, la única diferencia es la fuente, ya que comparte las facultades, pero su régimen es el de un prestador de servicios profesionales.

3.2.3. Definición empírica

Los compuestos con los que se ha asemejado el arbitraje son y de los cuales hablaremos a continuación:

- 1) La mediación y conciliación,
- 2) El mandato,

²² **González de Cossío.** La naturaleza jurídica del arbitraje. Pág. 4.

²³ **Rubellin-Devinchi.** El arbitraje jurídico Natural. Pág. 24.



- 3) La transacción; y,
- 4) *Expertise*.

3.2.4. Mediación y conciliación

Existe un amplio debate sobre el concepto y diferencia entre la mediación y conciliación, ambos son concebidos como mecanismos de solución de controversias en los que participa un tercero—neutral para asistir a que las partes lleguen a una solución de su controversia sin que la decisión u opinión que el tercero pueda sugerir sea ejecutable.

Hay quien confunde al árbitro con el mediador o conciliador, ello deriva de que las tres figuras comparten un vestigio: en todas participa un tercero extraño que, con niveles distintos de intervención, colabora para resolver la controversia de las partes.

Pero no comparten otras propiedades tales como las facultades del tercero, mientras que el mediador interviene para ayudar a las partes a que ellas mismas resuelvan su controversia y el conciliador sugiere una solución; el árbitro realiza un acto jurisdiccional que emite un fallo (el laudo) que tiene fuerza de cosa juzgada y que vincula existiendo una obligación entre las partes.

Otra diferencia es la participación de las partes en la solución de la controversia, siendo que mientras que en la mediación y conciliación se trata de procedimientos de caucus, el arbitraje es un procedimiento adversarial.



3.2.5. Mandato

Hay quien postula que el árbitro es un mandatario de las partes, por lo cual el arbitraje es asimilable a un mandato en la realización de un acto jurídico cuando resuelve una controversia cuyo efecto impactará un patrimonio distinto al suyo o al de sus mandantes.

En el mandato, los mandantes no solo pueden encomendar qué hacer al mandatario, sino cómo hacerlo, en cuanto a las partes no pueden decirle al árbitro cómo resolver.

3.2.6. Transacción

Algunos postulan disolver al arbitraje con una transacción (asimilándolos), el motivo principal reside en que comparten una propiedad: mediante ambos se obtiene un documento que tiene fuerza de cosa juzgada, considero que hacerlo sería una reacción de oxidación: implica la pérdida de electrones.

Existen dos motivos por los que la institución dista de poder abarcar al arbitraje, siendo estos los siguientes:

- a) El primero es palpable,
- b) En la transacción no hay tercero.



El segundo es un poco más sutil: mediante la transacción las partes, haciendo recíprocas concesiones, resuelven una controversia.

En el arbitraje esto no sucede porque no existe reciprocidad de las concesiones, además el árbitro determinará a quien asiste el derecho, sin que por dicho motivo haya ocurrido una concesión frente a la otra parte.

También, el arbitraje resulta en un acto jurisdiccional, ya que la transacción es un contrato y no hay una renuncia de ejercer ante tribunales siendo un derecho de acción, en el arbitraje sí, como puede verse, la transacción y el arbitraje son agua y aceite.

3.2.7. Expertise

Hay quien, en lo que puede caracterizarse de una reacción química, a la cual se le conoce como *redox*, confunde al *expertise* con el arbitraje, mediante un procedimiento de expertos o el galicismo bajo el cual es más conocido: *expertise*, se busca obtener una opinión sobre una cuestión técnica, que no necesariamente es jurídica.

El arbitraje y el *expertise* comparten algo: un tercero (o varios) participa dando su opinión para resolver una controversia. Sin embargo, difieren tanto subjetiva como objetivamente.



Objetivamente, mientras que en el arbitraje el árbitro resuelve una disputa después de realizar un acto jurisdiccional, el experto no hace más que dar una opinión sobre una cuestión técnica, de hecho.

Subjetivamente, mientras que una es un experto en un área del conocimiento humano, la otra va a resolver una disputa, en esencia, sus diferencias en propiedades químicas son:

- a) "Sujeto: El árbitro es un juzgador, el experto simplemente un tercero conocedor de una disciplina particular.
- b) Objeto/Facultades: El árbitro emite un laudo que vincula a las partes por tener fuerza de cosa juzgada, el experto emite una opinión que (en principio) no vincula a las partes.
- c) Producto/Resultado: El árbitro resuelve un litigio que involucra una pretensión jurídica, el experto emite una opinión sobre un hecho"²⁴.

Existe una práctica que invita a una (aparente) reacción de combinación: con frecuencia las partes establecen cláusulas arbitrales escalonadas y ello ha generado dudas sobre el papel y naturaleza del perito en dicho contexto.

Un acuerdo arbitral escalonado es en el cual se contempla más de un mecanismo para resolver las controversias que puedan surgir de su relación, la forma en que se conjuga la pluralidad de métodos es variable, no estática.

²⁴ Op. Cit. Pág. 26



En ocasiones implica que una tiene que agotarse antes de acudir a otra, en otras pueden seguirse en forma paralela o complementaria, la necesidad de agotar previamente uno antes de acudir a otro es una determinación contractual y circunstancial, depende de lo que las partes hayan pactado. No es automática y no admite generalizaciones, más bien atiende a la composición molecular contractual.

La práctica ha mostrado diversas situaciones ambiguas en las que, estando claro que existe un procedimiento de expertos, no queda claro si *in natura* se trata de arbitraje o no, ello dado las facultades que se les dan a los peritos.

En ocasiones ha sucedido que se le dan facultades que se asemejan más a un acto jurisdiccional que a la emisión de una opinión técnica donde se pueda. Las diferencias en las facultades que las partes pactan, aunado a la variedad de matices dentro de las mismas, han mostrado ser asombrosas.

En cuanto a las posturas de diferentes expertos se añaden a la complejidad, el principio de que la naturaleza de una institución no la dicta el título que las partes le den, sino su contenido (su régimen), hay quien postula que en ocasiones dichos **peritos en verdad son árbitros y el procedimiento no es un *Expertise* sino un arbitraje**, pero las posturas varían, y el motivo es claro pues la ausencia de una definición clara de cada una que las distinga.

3.3. Características del árbitro

Un árbitro, debe tener la llamada habilidad para juzgar, lo que implica la capacidad de evaluar los puntos controvertidos de derecho y/o de hecho y tener la sabiduría, valentía y experiencia para emitir un laudo que las partes, especialmente la parte que pierda, reconozcan y ejecuten.

No hay un árbitro ideal para todo arbitraje y que las características del árbitro ideal son muy similares a las del juez ideal, de la misma forma que no se pueden codificar todas las virtudes y características para llegar a ser juez, tampoco existe un elenco de condiciones necesarias para llegar a ser árbitro.

Ser árbitro es tener la oportunidad de ejercer una función de honorable, no es una profesión, requiere de experiencia, conocimientos, reputación y ser incluido en las listas de las instituciones que administran arbitrajes.

Los criterios para la elección del árbitro generalmente no son tomados en consideración cuando las partes redactan la cláusula de arbitraje en su contrato, cuando mucho se hace una referencia a si la designación recaerá en un abogado, un ingeniero o alguien dedicado a la alta dirección de una empresa, debe tomarse en cuenta lo siguiente:

- “El árbitro comparte con el juez el poder jurisdiccional, esto explica por qué debe ser imparcial, así como justo, diligente con decisión: cuando se tiene muchas opciones, esto genera indecisión y crea conflictos de análisis, ya que el hecho de no saber qué



camino tomar, todo esto antes te genera un caos y retrasa el crecimiento profesional y personal.

- También debe tener disciplina, de ella se deriva la puntualidad, la disciplina te da serenidad para concluir las tareas en el momento justo y ayuda a aumentar la capacidad intelectual. La organización establece las prioridades, realizando las actividades más importantes en el momento justo.
- El árbitro debe tener iniciativa, debe dar el primer paso, para no cargar a la persona con información, pero si conocerlo a fondo para saber que más se le puede ofrecer en el momento ideal y con prontitud debiendo colocar un tiempo limitado a cada labor y saber en dónde aplicar la concentración.
- El árbitro debe de tener mucha responsabilidad debe estar inmerso, si deambula en su fallo es prácticamente irremediable, en un panel arbitral ningún miembro puede privar a los demás árbitros del derecho a participar en todos los aspectos del procedimiento.
- Ningún árbitro puede delegar en otra persona el deber de decidir. Saber cooperar, especialmente cuando se trata de arbitrajes en donde se escogen tres o cinco árbitros, quien funge como presidente debe saber escuchar a las partes; hacer propuestas y saber trabajar en equipo con los otros miembros del panel arbitral, Un aspecto concreto de esta característica en los arbitrajes institucionales es que el árbitro debe asegurarse que se pueda establecer contacto con ellos en todo momento razonable, a fin de desempeñar las funciones del panel o comité²⁵.

²⁵ Op. Cit. Página 35-36



La imparcialidad e Independencia, posiblemente uno de los requisitos más importantes en la impartición de justicia es la imparcialidad del juzgador o árbitro, la imparcialidad es un concepto subjetivo y que su respeto se verifica generalmente a posteriori, a la luz de las actuaciones y decisiones del árbitro, la independencia, concepto objetivo, es la condición exigida de toda persona que quiere ser nombrada como tal.

Sin embargo, en la práctica puede resultar un poco difícil lograr la imparcialidad e independencia del árbitro respecto a la parte que lo ha nombrado. Este punto no debe de causar excesiva preocupación, ya que la mayoría de las reglas de procedimiento arbitral contienen disposiciones para la recusación de los árbitros y además resulta claro que un árbitro que haya sido notoriamente parcial a una de las partes no será elegido nuevamente como árbitro en asuntos similares.

Es frecuente que los clientes pidan a sus abogados designar a un árbitro parcial, lo que es una práctica, ya que el presidente del tribunal fácilmente se va a percatar de la parcialidad del árbitro, lo que tendrá como consecuencia que el árbitro pierda la influencia eficaz en el proceso de deliberación.

Como árbitro es conveniente seguir la práctica de olvidar a la parte que lo designó y actuar en forma totalmente independiente, centrándose en un análisis objetivo de la disputa planteada.

Cuando el tribunal arbitral cumple plenamente con sus obligaciones de escuchar a las partes y de estudiar a profundidad el expediente y luego emitir un laudo debidamente



razonado y fundado, la parte perderá, aunque subjetivamente desilusionada seguramente estará satisfecha de la calidad jurídica del aludo, disminuyendo con ello las posibilidades de su impugnación ante los tribunales locales mediante un procedimiento de nulidad.

La confidencialidad, es otra característica que debe de tener un árbitro respecto al procedimiento judicial la confidencialidad, entre las ventajas del arbitraje destaca la discrecionalidad y confidencialidad, resulta difícil saber cuáles criterios se siguen en la práctica arbitral pues resulta muy difícil conseguir las fuentes y establecer jurisprudencia.

El árbitro nunca debe revelar o utilizar información relacionada con el procedimiento que haya adquirido durante el mismo, que no sea del dominio público, excepto para propósitos del procedimiento.

La nacionalidad de las partes, señalado al individuo como miembro del pueblo constitutivo de un listado, sino también incluyendo su acepción sociológica, como el vínculo que une a un individuo con un grupo en virtud de la vida en común y la conciencia social idéntica. El árbitro en ocasiones es elegido en virtud de conocer no solamente el sistema jurídico de determinado lugar, sino también por compartir su conciencia social.



El idioma utilizado en el proceso arbitral, uno de los criterios para la elección del árbitro es el dominio del idioma en el cual se llevará a cabo el arbitraje ya que de no ser así se incurrirían en mayores gastos y se prolongaría el proceso.

El conocimiento y experiencia en la materia de lo arbitrable, el arbitraje en el proceso judicial debe contar con personas expertas en la materia del conflicto, precisamente por esta razón no todo árbitro es idóneo para todo tipo de conflicto.

El tiempo disponible, los árbitros con tan particulares características son muy pocos y “son personas muy ocupadas, una de las características por las que se prefiere el arbitraje al procedimiento judicial es por su celeridad”²⁶; este fin no se podrá lograr si se eligen árbitros cuyos compromisos adquiridos con anterioridades impidan dedicar el tiempo necesario al arbitraje, además un buen presidente de un tribunal arbitral debe tener las cualidades de un buen administrador, estas cualidades llevarán a establecer un cronograma y ajustarse lo más posible a lo planeado.

Conocer el derecho aplicable y aplica las reglas imperativas, los árbitros deben examinar sólo las cuestiones controvertidas que hayan surgido en el procedimiento y necesarias para tomar una decisión, una discrepancia entre el juez y el árbitro comercial internacional que este último debe estar familiarizado con el sistema jurídico de las partes en el conflicto.

²⁶ Op. Cit. Página 40.



Incluso cuando las partes han decidido regular su contrato por los principios de *un droit* o por la *lex mercatoria*, estos no pueden prevalecer sobre normas imperativas aplicables, ya sea de origen nacional, internacional o supranacional.

La profesión de árbitro, en ocasiones se piensa que debe ser un abogado, en cambio en otras se prefiere a un perito ya que un árbitro vale tanto como vale el árbitro porque la importancia radica en la institución que administrara el arbitraje como quién era el árbitro.

El conocimiento previo del juez en un caso puede dar lugar a la recusación del juez por la amistad o enemistad manifiesta que pudiera tener con alguna de las partes, la misma regla se aplica al proceso arbitral, un árbitro no puede fundar su decisión en el conocimiento personal que tenga del asunto o de las partes, sino debe basarse en las pruebas presentadas por ellas.

El árbitro debe ser una persona estudiosa, trabajadora y deberá dedicar el tiempo necesario para entender el fondo de la controversia, independientemente de la forma concreta en que va a ser remunerado, el árbitro tiene que estudiar a profundidad los hechos de la controversia y el derecho aplicable que hayan acordado las partes o que el tribunal considere aplicable al caso.

El árbitro deberá contar con un amplio criterio jurídico que únicamente pudo haber desarrollado en el ejercicio de la profesión, por lo que es frecuente que abogados sean



designados como árbitros por sus conocimientos de la materia del fondo de la controversia y no necesariamente por sus conocimientos en materia de arbitraje.

Sin embargo, en los casos en que las partes han elegido a cierto árbitro en particular por su experiencia o conocimiento en cierta área, el árbitro no solamente puede, sino que debe hacer uso de su experiencia, edad, salud y otras características personales que puedan afectar el desarrollo del proceso arbitral, como la experiencia requiere de años y en la profesión jurídica se piensa que la prudencia se desarrolla con los años; los árbitros tienden a ser de cierta edad.

Sin embargo, no debe dejarse de considerar que un árbitro comercial internacional debe tener cierta disponibilidad de traslados, viajar muchas veces por horas, adaptarse a cambio de horario, asistir a audiencias que requieran varias horas, esto requiere gozar de cierta resistencia física que puede verse disminuida con el paso de los años.

3.4. Tribunal arbitral

Es aquel que se inicia desarrolla y finaliza con el concurso y administración de una entidad o institución especializada en la materia la cual está regida por su propio reglamento.

El arbitraje institucional nace como una necesidad de darle respaldo, agilidad y eficacia a la técnica arbitral organizando centros de arbitraje con reglas administrativas propias y una infraestructura adecuada que permite atender con prontitud los tramites sin que



haya moras en la instalación y en el funcionamiento del tribunal arbitral dotándola para el efecto de los mecanismos adecuados para mejor desempeño.

3.5. Requisitos para ser árbitro

Dentro de los requisitos indispensables podemos mencionar de las siguientes:

- a) No más que un departamento por institución;
- b) Quienes participan en arbitrajes deben de provenir, en su mayoría, de abogados prestigiados que han sabido combinar su ocupación profesional con actividades académicas;
- c) Puede ser árbitro quien ha sido juez, por la experiencia que tiene en impartir justicia, en situaciones internacionales es el idóneo por su conocimiento en las leyes nacionales, ratificaciones de convenios y procedimiento arbitral internacional;
- d) Especializado en arbitraje de equidad

Los diferentes conceptos vertidos dentro del presente capítulo enriquece el conocimiento en materia de arbitraje, así mismo se puede diferenciar los diferentes actores que participan dentro del arbitraje, estableciendo un cumulo de aportes dentro de la presente investigación científica.



CONCLUSIÓN DISCURSIVA

En la diversidad de problemas en que las personas se ven involucradas y muchas de ellas se deben de resolver por la vía judicial, para la aplicación de la ley, y al no estar de acuerdo con los tribunales de justicia, deciden llevar su problemática en los tribunales arbitrales, en los cuales se deben de resolver esas controversias que las partes se han sometido.

Esas partes han decidió someterse a un acuerdo arbitral según como lo establece la Constitución Política de la República de Guatemala, Artículo 203 y la Ley de Arbitraje, Decreto Número 67-95, Artículo 4, donde se fijan las reglas que regirán ese proceso.

Proceso que, al finalizar mediante un laudo dictado por un árbitro o varios árbitros debe ser respetado, no obstante, puede ser revisado por la solicitud de partes, por un órgano jurisdiccional, para que dicho proceso se lleve hasta el final.

El objeto primordial de esta tesis es demostrar que el árbitro debe de resolver no sólo con base a su conocimiento, sí no que también de aplicar la ley de acuerdo a su leal saber y entender que solamente le puede dar la imparcialidad fundamentada en la ética de eje primordial del arbitraje, para dimitir las controversias y que no solamente haya una aplicación de la ley, si no especialmente la concreción de la justicia.





BIBLIOGRAFÍA

BRISEÑO SIERRA, Humberto. **El arbitraje en el derecho privado**. Imprenta Universitaria. México. 1983.

CÁRDENAS QUIROZ, Carlos. **Cláusula compromisoria y compromiso arbitral**. Universitaria, Universidad Católica de Lima. Perú. 2005.

CARNACINI, Tito. **Prenda mercantil**. Honduras. Universidad Autónoma de Honduras. 1961.

CHILLÓN MEDINA, José María y MERINO MERCHAN, José Fernando. **Tratados de arbitraje privado interno e internacional**. España. Tapadura. 2006.

FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara Lidia. **Arbitraje interno e internacional**. Argentina. Abeledo-Perrot. 1998.

GARRO, Alejandro Miguel. **Refuerzos de procedimientos de arbitraje y la jurisdicción de los tribunales arbitrales en Latinoamérica. No. 2**. Argentina. La Rocca. 1990.

GONZÁLEZ DE COSSIO, Francisco. **El árbitro**. Porrúa. Páginas 165. México. 2008.

GONZALO QUIROGA, Marta. **Arbitraje comercial**. España. Transnacional. 2003.

GONZÁLEZ RANERO, Roberto David. **Consecuencias jurídicas de la inexistencia de la cláusula compromisoria en los contratos atípicos mercantiles**. Guatemala. 2007.

GRIGERA NAÓN, Horacio A. **Arbitraje Comercial Internacional**. <http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/223-242.GrigeraNa%C3%B3n92.pdf> 20 páginas.

LOARCA NAVARRETE, Antonio María. **Manual del derecho de arbitraje: el proceso arbitral**. España. Plaza Madrid. 2004.



LOHMANN LUCA DE TENA, Juan. **El arbitraje**. Perú. Universitaria, Universidad Pontificia Católica de Perú. 1993.

MERCHÁN ÁLVAREZ, Antonio. **Documento sobre el desarrollo histórico del arbitraje**. España. Universitaria de Sevilla. 2000.

MONTOYA ALBERTI, Ulises. **Arbitraje comercial**. Perú. Revista Jurídica. 2007.

REDENTI, Enrico. **El compromiso y la cláusula compromisoria**. Argentina. EJE. 1961.

RIVERA NEUTZE, Antonio Guillermo. **El arbitraje comercial internacional**. Guatemala. Llenera. 1996.

RUBELLIN-DEVICHI, Jacqueline. **El arbitraje jurídico natural**. Tomo 63. Porrúa. México, Páginas 413.

VÁSQUEZ MAYORGA, Enrique. **Métodos alternos de resolución de conflictos**. Perú. Cámara de Comercio de Lima. 2004.

VEGA MERE, Yuri. **El derecho del consumidor y la contratación contemporánea**. Perú.

www.encyclopedia-juridicabiz14.com Enciclopedia jurídica. (consultado: 20/11/2021)

LEGISLACIÓN

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

Código de Comercio. Congreso de la República. Decreto número 2-70. 1970.

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