

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



**NECESIDAD DE DOTAR DE FACULTADES
A LOS ARBITROS PARA DECRETAR Y EJECUTAR
PROVIDENCIAS CAUTELARES SIN INTERVENCIÓN
DE UN ÓRGANO JURISDICCIONAL COMPETENTE**

EDGARDO ARMÍN LORENZO JIMÉNEZ

GUATEMALA, NOVIEMBRE DE 2006.

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

**NECESIDAD DE DOTAR DE FACULTADES A LOS ARBITROS PARA DECRETAR
Y EJECUTAR PROVIDENCIAS CAUTELARES SIN INTERVENCIÓN DE UN
ÓRGANO JURISDICCIONAL COMPETENTE**

TESIS

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

Por

EDGARDO ARMÍN LORENZO JIMÉNEZ

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, noviembre de 2006.

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



DECANO: Lic. Bonerge Amilcar Mejía Orellana
VOCAL I: Lic. César Landelino Franco López
VOCAL II: Lic. Gustavo Bonilla
VOCAL III: Lic. Erick Rolando Huitz Enríquez
VOCAL IV: Br. José Domingo Rodríguez Marroquín
VOCAL V: Br. Edgar Alfredo Valdez López
SECRETARIO: Lic. Avidán Ortiz Orellana

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera fase:

Presidenta: Licda. Marisol Morales Chew
Vocal: Lic. Luis Rodolfo Polanco Gil
Secretario: Lic. Otto Marroquín Guerra

Segunda fase:

Presidente: Lic. Sergio Amadeo Pineda Castañeda
Vocal: Licda. Ileana Noemy Villatoro Fernández
Secretaria: Licda. Marisol Morales Chew

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



Melgar & Melgar Asociados
Abogados y Notarios
Bufete Corporativo.



Licenciado
Mario Ismael Aguilar Elizardi
Jefe de la Unidad Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Su despacho.

08 JUN 2006

Respetable Licenciado Aguilar Elizardi.

Tengo el honor de dirigirme a usted, en el sentido de darle cumplimiento a la resolución emanada de esa Unidad, mediante la cual se me designó **ASESOR DE TESIS** del Bachiller **EDGARDO ARMÍN LORENZO JIMÉNEZ**, en la elaboración de su trabajo de graduación titulado.

“ NECESIDAD DE DOTAR DE FACULTADES A LOS ARBITROS PARA DECRETAR Y EJECUTAR PROVIDENCIAS CAUTELARES SIN INTERVENCIÓN DE UN ORGANO JURISDICCIONAL COMPETENTE ”.

En ese sentido procedente resulta dictaminar respecto a la asesoría del mismo debido a las siguientes justificaciones.

- i.- Por el contenido objeto de desarrollo, análisis, aportaciones y teorías sustentadas por el autor, ello se calificó de sustento importante y valedero al momento de la asesoría; circunstancias académicas que desde todo punto de vista deben concurrir y son atinentes a un trabajo de investigación.
- ii.- Su contenido es de orden legal y doctrinario, y por lógica resulta científico y técnico; los métodos utilizados análisis y de síntesis, inductivo y deductivo, técnicas de investigación bibliográfica, documental y de campo, así como redacción de análisis, cumpliendo así con el contenido del artículo treinta y dos (32) del Reglamento para exámenes Técnico Profesionales y Público de tesis.
- iii.- Se pudo apreciar que dicho trabajo se efectuó bajo mi inmediata dirección y sugerencias, así como el cumplimiento de los presupuestos tanto de forma como de fondo, exigidos por el normativo reglamentario respectivo para trabajos de tal naturaleza.
- iv.- En la elaboración del precitado trabajo, el autor observó las instrucciones y recomendaciones hechas en cuanto a la presentación y desarrollo del mismo.
- v.- El tema seleccionado por el autor reviste vital importancia y por ende constituye un gran aporte académico no solo para nuestra casa de estudios, sino también para el régimen de legalidad, cuyas apreciaciones que puedan hacerse del mismo por esa unidad resultaría valedero y oportuno, puesto que la finalidad de toda elaboración de tesis reposa en hacer valer los aportes insertos en las investigaciones de tesis de grado.

República de Guatemala, Ciudad de Guatemala.
6a. Avenida 11-43, Zona 1, Oficina 203 2do. Nivel, Edificio Panam
Teléfonos: 232-2170, 251-7350, 253-7101. Fax 232-2170
E-mail: carlgiomelcia@yahoo.es



Melgar & Melgar Asociados
Abogados y Notarios
Bufete Corporativo.



- vi.- En consecuencia concluyo que el trabajo de tesis del bachiller EDGARDO ARMÍN LORENZO JIMÉNEZ, reúne los presupuestos exigidos por el Reglamento para exámenes Técnico Profesionales y Público de tesis, extremos por los cuales me permito **DICTAMINAR FAVORABLEMENTE**, sugiriendo que dicho trabajo debe seguir el trámite establecido hasta su aprobación definitiva.

Sin más por el momento me suscribo del señor Jefe de la Unidad Asesoría de Tesis con las más altas muestras de consideración, respeto y estima.

Deferentemente;


Lic. Carlos Giovanni Melgar García
ABOGADO Y NOTARIO
Lic. Carlos Giovanni Melgar García.
Asesor.
Colegiado 5,912.

“ ID Y ENSEÑAD A TODOS “.

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA



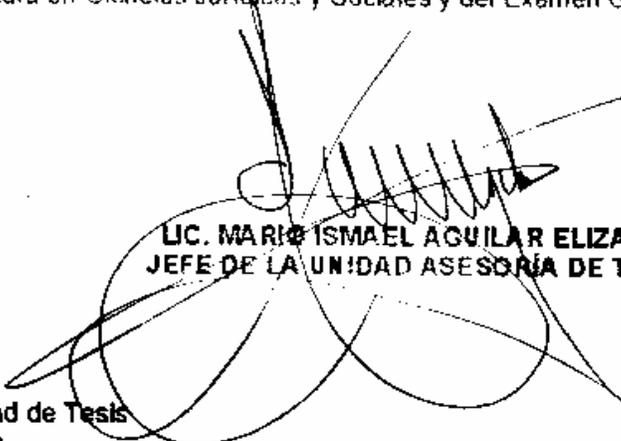
FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES
Ciudad Universitaria, Zona 12
Guatemala, C.A.



UNIDAD DE ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, doce de junio de dos mil seis.

Atentamente, pase al (a) **LICENCIADO (A) BYRON VINICIO MELGAR GARCÍA**, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (a) estudiante **EDGARDO ARMÍN LORENZO JIMÉNEZ**, intitulado: "**NECESIDAD DE DOTAR DE FACULTADES A LOS ARBITROS PARA DECRETAR Y EJECUTAR PROVIDENCIAS CAUTELARES SIN INTERVENCIÓN DE UN ÓRGANO JURISDICCIONAL COMPETENTE**".

Me permito hacer de su conocimiento que está facultado (a) para realizar las modificaciones de forma y fondo que tengan por objeto mejorar la investigación, asimismo, del título de trabajo de tesis. En el dictamen correspondiente debe hacer constar el contenido del Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.


LIC. MARIO ISMAEL AGUILAR ELIZARD
JEFE DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS



cc. Unidad de Tesis
MIAE/slh



Melgar & Melgar Asociados
Abogados y Notarios
Bufete Corporativo.

Licenciado:

Mario Ismael Aguilar Elizardi
Jefe de la Unidad Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Su despacho.

Respetable Licenciado Aguilar Elizardi.

Tengo el honor de dirigirme a usted, para manifestarle que en cumplimiento a la resolución emitida por esa Unidad, procedí a revisar el trabajo de tesis del Bachiller **EDGARDO ARMÍN LORENZO JIMÉNEZ**, titulado.

"NECESIDAD DE DOTAR DE FACULTADES A LOS ARBITROS PARA DECRETAR Y EJECUTAR PROVIDENCIAS CAUTELARES SIN INTERVENCIÓN DE UN ÓRGANO JURISDICCIONAL COMPETENTE".

El trabajo se divide en cinco capítulos en los cuales el autor trata: El Arbitraje, Análisis de la Jurisdicción de Tribunales Arbitrales basada en la Legislación Guatemalteca; Providencias Cautelares; el Arbitraje Comercial en Centroamérica y Panamá; Necesidad de Dotar de Facultades a los Árbitros para Decretar y Ejecutar Providencias Cautelares sin Intervención de un Órgano Jurisdiccional Competente; conclusiones y recomendaciones.

De la revisión efectuada y en cumplimiento de lo establecido en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, concluyo:

- i. Que el trabajo de investigación de merito, resulta de vital importancia en virtud de que el tema seleccionado por el autor, se enfoca en la institución del Arbitraje haciendo mención sobre los antecedentes de esta institución, la historia del mismo en nuestro país, su naturaleza jurídica, sus características, clasificación, la materia objeto de arbitraje, la composición del tribunal arbitral y la competencia del mismo.
- ii. El autor hace un análisis de la jurisdicción propiamente dicha, sus caracteres y elementos, así como la fundamentación del Arbitraje en la Constitución Política de la República de Guatemala por medio de la cual tácitamente se deduce la facultad otorgada a los Árbitros para ejercer jurisdicción.
- iii. En el capítulo tres el autor define lo relacionado a Providencias cautelares, su finalidad, los presupuestos importantes como requisitos indispensables para dictar una medida cautelar, el carácter de las medidas cautelares, así como las condiciones que resultan necesarias para la ejecución y validez de las mismas, situación por la cual considero que en general el presente tema constituiría un significativo valor para nuestra legislación en materia de Arbitraje, puesto que debería de facultarse a los Árbitros para que decreten las medidas cautelares que a su juicio busquen garantizar el cumplimiento de la decisión final incluyendo las medidas -

República de Guatemala, Ciudad de Guatemala.

6a. Avenida 11-43, Zona 1, Oficina 203 2do. Nivel, Edificio Panam
Teléfonos: 232-2170, 251-7350, 253-7101. Fax 232-2170
E-mail: carlgiomelcia@yahoo.es





Melgar & Melgar Asociados
Abogados y Notarios
Bufete Corporativo.



- que deban ser ejecutadas por terceros, sin necesidad de que el Arbitro o el Tribunal arbitral tenga que recurrir a la justicia ordinaria para que puedan ejecutarse sus decisiones; al otorgarse esta facultad no se desvirtuaría la naturaleza jurídica de las mismas.
- iv. Lo tratado en el capítulo cuatro ilustra los Antecedentes Constitucionales del Arbitraje en Centroamérica, así como un análisis comparativo entre las legislaciones de los países Centroamericanos en lo que respecta al otorgamiento de medidas cautelares, las cuales reflejan cierta similitud;
 - v. En el capítulo cinco el autor hace un análisis sobre la necesidad de dotar de facultades a los árbitros para decretar y ejecutar providencias cautelares sin intervención de un órgano jurisdiccional competente, basándose en que se estaría desvirtuando la naturaleza jurídica de una providencia cautelar, la cual busca garantizar que el resultado del proceso pueda concretarse y que no quede tan solo en forma declarativa de derechos; asimismo el autor hace mención que la importancia de que las providencias cautelares las pueda decretar y ejecutar el arbitro o tribunal arbitral sin recurrir ante un órgano jurisdiccional competente, estriba en que el arbitro o tribunal arbitral conoce el proceso arbitral incluyendo todas las incidencias, no obstante a ello el autor hace referencia de que la jurisdicción que tiene un juez ordinario de conocer sobre decretar o ejecutar providencias cautelares, le ha sido quitada por las mismas partes que de común acuerdo han decidido someter sus diferencias a conocimiento de un arbitro o tribunal arbitral.

Por lo tanto me permito rendir el dictamen en forma favorable, en virtud de que el trabajo de Tesis elaborado, cumple con los requisitos establecidos en las normas contenidas en el Reglamento para exámenes Técnico Profesional y Público de Tesis (Artículo 32), por lo que puede continuarse con el trámite correspondiente.

Sin otro particular me suscribo del señor Jefe de la Unidad Asesoría de Tesis,

Deferentemente,


Lic. Byron Vinicio Melgar García.
Revisor
Colegiado 6,030.

Lic. Byron Vinicio Melgar García
ABOGADO Y NOTARIO

"ID Y ENSEÑAD A TODOS"

República de Guatemala, Ciudad de Guatemala.
6a. Avenida 11-43, Zona 1, Oficina 203 2do. Nivel, Edificio Panam
Teléfonos: 232-2170, 251-7350, 253-7101. Fax 232-2170
E-mail: carlgiomelcia@yahoo.es



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, cuatro de octubre del año dos mil seis-

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del trabajo de Tesis del (de la) estudiante **EDGARDO ARMÍN LORENZO JIMÉNEZ** Titulado **NECESIDAD DE DOTAR DE FACULTADES A LOS ARBITROS PARA DECRETAR Y EJECUTAR PROVIDENCIAS CAUTELARES SIN INTERVENCIÓN DE UN ÓRGANO JURISDICCIONAL COMPETENTE** Artículo 31 Y 34 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen Público de Tesis.-

MTCL/sjh





ACTO QUE DEDICO

- A DIOS:** Ser supremo, que me llena de fe, bendiciones, esperanza y perseverancia.
- A MIS PADRES:** Carlos Armin Lorenzo Ardón y Esperanza Consuelo Jiménez de Lorenzo, por sus múltiples sacrificios, oraciones y principios inculcados en toda mi vida.
- A MI ESPOSA:** Flor de Maria Moreno Hernández de Lorenzo, por su apoyo incondicional, amor y esfuerzo en conjunto, para lograr una meta más en mi vida.
- A MI HIJO:** Luis Emmanuel Lorenzo Moreno, una razón más en mi vida para esforzarme y seguir adelante, esperando que este triunfo le sirva de ejemplo.
- A MIS HERMANOS:** Roger Stuardo, Claudia Alejandra y Roberto Carlos, por su cariño, apoyo incondicional y confianza.
- A MIS AMIGOS:** Por su apoyo.
- A:** La Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala.

ÍNDICE



Pág.

Introducción

I

CAPÍTULO I

1.	El arbitraje	1
1.1	Antecedentes	1
1.2.	Historia del arbitraje en Guatemala	2
1.3.	Definición	3
1.4.	Naturaleza jurídica	4
1.4.1.	Doctrina contractual.....	4
1.4.2.	Doctrina Jurisdiccional	6
1.4.3.	Doctrina mixta	8
1.5.	Características del arbitraje	9
1.5.1.	Considerado una garantía	9
1.5.2.	Definición del tribunal	9
1.5.3.	Carácter desnacionalizado	9
1.5.4.	Especializado	9
1.5.5.	De procedimiento ágil y rápido	10
1.5.6.	Económico	10
1.5.7.	Confidencial	10
1.5.8.	No se pierde la relación comercial	10
1.5.9.	Es equitativo	11
1.5.10.	Otorga seguridad jurídica	11
1.5.10.1.	El laudo es vinculante	11
1.5.10.2.	El laudo se considera cosa juzgada formal por su propia esencia	11
1.5.10.3.	El laudo es equiparado a un título ejecutivo	11
1.6.	Clasificación del arbitraje	12
1.6.1.	Por las personas	12



1.6.1.1.	Ad hoc	
1.6.1.2.	Institucional	12
1.6.2.	Por su origen	13
1.6.2.1.	Voluntario	13
1.6.2.2.	Forzoso	13
1.6.3.	Por el procedimiento	14
1.6.3.1.	De derecho	14
1.6.3.2.	De equidad	14
1.6.4.	Por derecho	15
1.6.4.1.	Derecho público	15
1.6.4.2.	Derecho privado	15
1.7.	Materia objeto de arbitraje o materia arbitrable	15
1.8.	Composición del tribunal arbitral	19
1.9.	Competencia del tribunal arbitral	23
1.10.	Ventajas del arbitraje	24
1.11.	El acuerdo arbitral	26
1.12.	Los árbitros	27

CAPÍTULO II

2.	Análisis de la jurisdicción de tribunales arbitrales basada en la legislación guatemalteca	29
2.1.	Jurisdicción	29
2.2.	Concepto	29
2.3.	Definición	29
2.4.	Caracteres de la jurisdicción judicial	31
2.5.	Elementos de la jurisdicción	33
2.6.	Fundamento legal del arbitraje, según nuestra Constitución Política de la República de Guatemala	34



2.6.1.	Análisis de cada uno de los elementos de la jurisdicción en el arbitraje	36
2.6.2.	El imperium o imperio	39

CAPÍTULO III

3.	Providencias cautelares	43
3.1.	Definición	43
3.2.	Finalidad	45
3.3.	Presupuestos importantes para medidas cautelares	48
3.4.	Carácter de las medidas cautelares	50
3.5.	Condiciones necesarias para la ejecución y validez de las providencias cautelares	51
3.6.	Facultad otorgada a los árbitros por medio de la ley de arbitraje (Decreto 67-95 del Congreso de la República de Guatemala) para decretar providencias cautelares	53
3.7.	Procedimiento específico para la prestación de auxilio judicial para decretar o ejecutar providencias cautelares (Artículos 9,22 y 35 de la Ley de Arbitraje vigente).....	57
3.8.	Legislación comparada	59
3.8.1.	Costa Rica	59
3.8.2.	Colombia	60

CAPÍTULO IV

4.	El arbitraje comercial en Centroamérica y Panamá	63
4.1.	Antecedentes Constitucionales del arbitraje en Centroamérica	63
4.2.	Métodos alternativos de resolución de conflictos	65
4.2.1.	Métodos alternativos de resolución de conflictos más reconocidos	66
4.3.	El acuerdo arbitral	67
4.4.	Materia arbitrable	73



4.5. Composición del tribunal arbitral	
4.6. Análisis comparativo entre legislaciones Centroamericanas respecto a las medidas cautelares provisionales en el arbitraje	80

CAPÍTULO V

5. Necesidad de dotar de facultades a los árbitros para decretar y ejecutar providencias cautelares sin intervención de un órgano jurisdiccional competente	85
5.1. Análisis	85
CONCLUSIONES	89
RECOMENDACIONES	91
BIBLIOGRAFÍA	93



INTRODUCCIÓN

El arbitraje, principalmente el comercial como método alternativo extrajudicial de solución, ha adquirido importancia significativa en los últimos años, debido a que con más frecuencia las partes deciden someter sus controversias a terceros imparciales, denominados árbitros, con el ánimo de obtener soluciones rápidas.

Dentro la dinámica social guatemalteca, el arbitraje ha tomado enorme magnitud debido a que día a día esta figura es utilizada con mayor frecuencia, en virtud de que los árbitros cuentan con amplias facultades para conocer y resolver cuestiones sometidas a su conocimiento planteadas por las partes; sin embargo en algunos casos, tropiezan con ciertas limitaciones, estando entre estas la limitación de decretar y ejecutar providencias cautelares ya que la autorización de decretar y ejecutar las providencias en mención debe provenir de un órgano jurisdiccional competente previa solicitud que realice el Tribunal Arbitral.

Situación por la cual resulta necesario dotar de facultades a los árbitros para decretar y ejecutar providencias cautelares sin intervención de un órgano jurisdiccional competente; ya que la importancia de las providencias cautelares consisten en prevenir los riesgos que pueden lesionar la integridad física y el patrimonio de las partes, así como contribuir a garantizar el resultado en un proceso judicial o arbitral, salvaguardando los derechos de una de las partes, durante el tiempo que tarda en resolverse sobre el fondo del proceso.

En el desarrollo de los capítulos que integran el presente trabajo, se hace una breve comparación entre las facultades que poseen los titulares de los órganos jurisdiccionales competentes y los árbitros, encontrando que los árbitros salvo acuerdo en contrario de las partes, tienen facultades para ordenar a cualquiera de las partes que adopte las providencias cautelares que el tribunal arbitral estime necesarias respecto del objeto del litigio, careciendo de facultad para ejecutar las mismas, por lo que debe de solicitar auxilio judicial, para que un Juez ordinario



decrete y ordene su ejecución, principalmente cuando se trata de providencias cautelares que deban ser cumplidas por terceros.

La limitación que tienen los tribunales arbitrales o árbitros de decretar y ejecutar providencias cautelares que estos mismos ordenan, hacen que las providencias cautelares pierdan su naturaleza jurídica, la cual consiste en prevenir los riesgos que pueden lesionar la integridad física y el patrimonio de las partes, así como contribuir a garantizar el resultado de un proceso arbitral, salvaguardando los derechos de una de las partes, durante el tiempo que tarda en resolverse sobre el fondo del proceso.

Situación por la cual en el presente trabajo se desarrolla la institución del arbitraje en el capítulo primero; en el capítulo segundo se hace un breve análisis de la jurisdicción de tribunales arbitrales basada en la legislación guatemalteca; en el capítulo tercero se desarrolla lo relativo a las providencias cautelares; en el capítulo cuarto se hace referencia del arbitraje en Centroamérica y Panamá; y por último en el capítulo quinto, se hace referencia sobre la necesidad de dotar de facultades a los árbitros para decretar y ejecutar providencias cautelares sin intervención de un órgano jurisdiccional competente.



CAPÍTULO I

1. El arbitraje.

1.1. Antecedentes.

El arbitraje es un concepto que viene desde la antigüedad, tan venerable como la ciencia del Derecho. Carnelutti ha dicho que el árbitro nació antes que el derecho y la autoridad judicial, sus raíces se encuentran en forma incipiente desde los tiempos más remotos. En las sagradas escrituras se hace referencia a los árbitros y en el Génesis y el Éxodo. En Roma las doce (XII) tablas ya hacían mención del arbitraje.

Al principio, los árbitros solo atendían los conflictos surgidos entre ciudadanos romanos y con posterioridad se incluyeron los conflictos entre extranjeros o entre ciudadanos y estos. A finales del siglo tres (III) de la época cristiana desaparece la institución de los árbitros oficiales, nace la de los árbitros particulares, institución en la cual las partes tienen la libertad de nombrarlos para resolver sus controversias; Justiniano en el Digesto hace mención de los árbitros indicando que había libertad para acatar o dejar de acatar la decisión que estos dictaran, situación distinta sucedió en la Constitución del año 529 de este emperador donde se ordeno que cuando se hubiese juramentado acatar la sentencia por cualquiera de las partes, y siempre que fuere un fallo con verdad, debía de cumplirse el laudo.

Los principios y las normas del Derecho Romano, se transfirieron al Sacro Imperio Germánico y de allí pasaron a España. El fuero juzgo, el fuero real, las siete partidas, la nueva y la novísima recopilación contenían disposiciones referentes a la designación de “avenidores”, de “árbitros”(letrados) y de Arbitradores (no letrados). Se regula también el compromiso arbitral y otros pormenores en relación con el laudo y la ejecución del mismo.

Las Leyes Indias, juntamente con la legislación de la metrópoli, formaban prácticamente el derecho positivo de las colonias españolas en América. Similar apreciación puede hacerse de la



legislación portuguesa en Brasil. La mayor parte de las naciones latinoamericanas obtuvieron su independencia política de España en la primera década del siglo diecinueve (XIX). Sin embargo, en la mayoría de países ya emancipados continuó aplicándose la legislación española en materias civiles y comerciales, situación por la cual las leyes de Indias, las Ordenanzas de Bilbao y los Principios generales contenidos en las Siete Partidas y en la Nueva y Novísima Recopilación continuaron regulando las operaciones de derecho privado en tanto que las mismas no infringieran la nueva orden y estructura política.

Aunado a los principios jurídicos españoles, las legislaciones latinoamericanas importaron el concepto de la solución pacífica de las controversias por medio de árbitros terceros; así, el uso del arbitraje para resolver diferendos comerciales fue gradualmente adquiriendo importancia en los códigos de comercio y en los ordenamientos de procedimiento civil de todas las naciones latinoamericanas. En el momento que el derecho español y la legislación Portuguesa (en el caso de Brasil) dejaron de ser aplicadas en las legislaciones internas, los nuevos ordenamientos mantuvieron la vigencia de los viejos principios y la antigua tradición de permitir a las partes el comprometer en árbitros las disputas iniciadas ante tribunales. La mayoría de los códigos de procedimientos civiles promulgados durante la segunda mitad del siglo diecinueve (XIX) regulaban el arbitraje permitiendo que los negocios civiles y mercantiles, con pocas excepciones, se resolvieran a través del compromiso arbitral y que el laudo pudiera dictarse conforme a derecho o en equidad¹.

1.2. Historia del arbitraje en Guatemala.

En Guatemala, los antecedentes del arbitraje se remontan hacia el año de mil ochocientos veintinueve, que según el licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Fernando Linares Beltranena, los primeros se encuentran en la Ley de Enjuiciamiento del Código de Comercio Español de 1,829 el cual estuvo vigente en nuestro país hasta la promulgación del Código de Comercio de Guatemala del veinte de julio de mil ochocientos setenta y siete, posteriormente

¹ “Publicaciones Barra Mexicana Colegio de Abogados A.C. **El arbitraje como método para la solución pacífica de las controversias**, la versión electrónica puede encontrarse en <http://WWW.bma.org.mx/publicaciones/index.html> (24 de abril de 2006).



estuvo regulado por el Código Procesal Civil y Mercantil (Decreto Ley 107 a partir del día de julio de mil novecientos sesenta y cuatro, del Artículo 269 al 293, adicionalmente el Código regulaba el contrato de compromiso arbitral del Artículo 2170 al 2177.- Posteriormente el veinticinco de noviembre de mil novecientos noventa y cinco entro en vigencia la Ley de Arbitraje, Decreto 67-95 del Congreso de la República y derogó casi en su totalidad las disposiciones referentes al arbitraje citadas, tanto en el Código Procesal Civil y Mercantil, como en el Código Civil ².

1.3. Definición.

Para el Jurista Manuel Antonio Juárez Melgar, define al arbitraje como un juicio de conocimiento en donde el papel de jueces lo realizan particulares y no los jueces ordinarios de la administración de justicia. Estos jueces particulares reciben el nombre de árbitros, teniendo su veredicto, denominado laudo, el cual tiene toda la validez de una sentencia judicial.

La Ley de Arbitraje, Decreto 67-95 del Congreso de la República, en su Artículo 4 define lo que es el arbitraje: “Significa cualquier procedimiento arbitral, con independencia de que sea o no una institución arbitral permanente ante la que se lleve a cabo.

El Licenciado Antonio Rivera Neutze, indica que el arbitraje es “un juicio de conocimiento jurisdiccional, derivado de una relación jurídica contractual mediante la cual, no hay controversias entre dos o más personas, empresas o estados, éstos recurren a personas no vinculadas con el poder judicial, sino a particulares, o a una institución para que los designe, a las que reconoce, autoridad y prestigio, a fin de que después de apreciar los argumentos, pruebas y alegatos de las partes, emitan un veredicto, conviniendo previamente y en forma libre acatar el fallo con características y efectos idénticos a una sentencia judicial denominada “Laudo Arbitral”³.

² Linares Beltranena, Fernando, **Arbitraje de equidad**, Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales, Pág. 15.

³ Rivera Neutze, Antonio, **Arbitraje y Conciliación, Alternativas Extrajudiciales de Solución de Conflictos**, Pág. 8.



Rafael Gamboa Serrano establece: “El arbitramento es un sistema, y nada más que eso, sucedáneo del proceso ante el juez ordinario, que busca la celeridad y acaso la especialidad en la decisión.”⁴

De las definiciones anteriores, resulta importante resaltar las de Juárez Melgar y de Rivera Neutze, debido a que ambos consideran al arbitraje como un juicio de conocimiento, entre estas la definición de Rivera Neutze se refiere a que el arbitraje es un juicio de conocimiento jurisdiccional, ya que dentro del mismo, los árbitros deciden una controversia que les ha sido sometida a su conocimiento a través de un laudo arbitral y al decir juicio de conocimiento jurisdiccional afirma que los mismos ejercen jurisdicción.

En conclusión puede decirse que el Arbitraje, es aquel juicio de conocimiento, a través del cual las partes deciden someter sus controversias presentes o futuras a la decisión de terceros imparciales denominados árbitros, quienes luego de escuchar los argumentos, y con base a las pruebas y alegatos, resuelven a través de un resolución denominada laudo, cuyos efectos son los mismos que una sentencia judicial.

1.4. Naturaleza jurídica.

Existen varias doctrinas en cuanto a la naturaleza jurídica del arbitraje. El estudio de la naturaleza del mismo resulta ser de suma importancia ya que a partir de allí se analiza como actúan los árbitros y la doctrina que acoge el ordenamiento jurídico guatemalteco. Entre las doctrinas más importantes se citan las siguientes:

1.4.1. Doctrina contractual.

Algunos autores asignan al arbitraje un carácter propio del contrato, razón por la cual lo sitúan dentro del Derecho Privado. Esto resulta ser comprensible debido a que el arbitraje surge por la existencia de un contrato. Así, en el contrato puede existir una cláusula en que se especifique que

⁴ Gamboa Serrano, Rafael, **El proceso arbitral en Colombia**, Pág. 13.



en caso de existir controversias se recurra al arbitraje, de no ser así, la sola existencia del contrato, al surgir la controversia, da lugar a que si las partes se ponen de acuerdo, se recurra de todas formas al arbitraje, por ser éste más ágil que el procedimiento legal estatal. En ambas formas, al recurrir al arbitraje, se manifiesta la voluntad de las partes a hacerlo, ya sea a priori, dejándolo escrito o plasmado en el contrato (clause compromissoire) o a posteriori con el consentimiento de las partes a resolver sus diferencias.

Por esta situación los seguidores a esta doctrina, afirman que posee las características de un contrato, es decir, que debe de ser lícito, determinado y posible, en el cual no debe existir dolo, vicios, coacción ni violencia.

Los contratos forman parte del derecho civil en sentido estricto y por tanto, el arbitraje es parte del mismo.

Dentro de la categoría del derecho privado se encuadra la contratación civil y mercantil. Una de las características de la contratación es la autonomía de la voluntad de los contratantes; las partes están inmersas en un campo de amplia libertad, donde el derecho no cumple más que la función de mediar a fin de proporcionar seguridad a los contratantes que, a su entera voluntad, realizan negocios, casi todos de naturaleza bilateral, es decir, adquieren derechos y obligaciones en forma recíproca.

La autonomía de la voluntad, como punto de partida de la contratación privada, dio vida a esta parte del derecho privado. A primera vista pareciera que el arbitraje encuadra en la definición de contrato o negocio privado porque si bien es cierto que por el acuerdo reciproco de voluntades en el acto del compromiso las partes se comprometen a la consecución de un fin, éste es de naturaleza enteramente diferente al de los contratos en general, porque en ellos lo que se busca es el perfeccionamiento de una situación jurídica, con derechos y obligaciones fijados en el acto contractual y no, como se da en el arbitraje, en el cual se encomienda a terceras personas que están revestidas de jurisdicción, que decidan sobre algo incierto.



El arbitraje es un acto complejo, un proceso, una sucesión de actos lógicos en los que intervienen además de los árbitros, las partes y personas con categoría procesal de terceros, o no interesados, culminando con un pronunciamiento o fallo que tiene la categoría de una sentencia.

En los negocios de derecho privado solamente se fijan obligaciones y derechos de carácter sustantivo y nunca de carácter adjetivo, como es el caso del arbitraje, por cuanto en él se dilucida la litis, por lo que no es un negocio o contrato privado.

1.4.2. Doctrina jurisdiccional.

Esta teoría afirma que el arbitraje tiene carácter de juicio y que al otorgársele tal, su naturaleza es jurisdiccional. Al poseer los árbitros funciones de juez, sus resoluciones tienen carácter de sentencias. Los seguidores de esta doctrina no dejan de tener razón porque cuando el Estado norma toda la actividad del arbitraje, está sustituyendo la jurisdicción tradicional del mismo y trasladándola a otra instancia.

Si se analiza, la normativa del Decreto 67-95 del Congreso de la República, tiene en sí las características de un proceso judicial, otorgándole funciones de juez al árbitro y regulando las mismas. El procedimiento en este sentido se vuelve de carácter formalista, por lo que tiende a convertirse en una especie de litigio judicial un poco más ágil.

Con tal grado de intervención estatal, el arbitraje casi se convierte en una institución de naturaleza pública, que diluye la calidad privada que debe tener.

El procesalista italiano Zanzucchi, dice que el proceso arbitral no puede asimilarse a la contratación privada y que tampoco encuadra dentro del ámbito procesal y que es, más bien un acto puramente jurisdiccional.

Para comprender de mejor manera esta doctrina, se debe definir lo que se entiende por jurisdicción. Desde que no se permite a los individuos hacer justicia por mano propia, el Estado ha asumido la obligación de administrar justicia, de lo que se deriva el derecho de acudir a la



intervención estatal para la protección de un derecho, y la jurisdicción –como consecuencia del derecho de acción-, es la potestad que el Estado tiene para que por medio de los órganos creados para tal fin, se puedan resolver estas cuestiones, y lo haga mediante sentencia.

La jurisdicción se da entonces en la aplicación del derecho mediante la coerción estatal. Hugo Alsina enumera los elementos que debe tener la jurisdicción y los describe de la siguiente manera:

- a. “La Notio: derecho de conocer una cuestión litigiosa.
- b. La Vocatio: Facultad para obligar a las partes a comparecer a juicio.
- c. La Coertio: empleo de medidas de fuerza para obligar a las partes al cumplimiento de las resoluciones judiciales.
- d. La Iudicium: el resumen de la actividad jurisdiccional que se pone de relieve en la sentencia.
- e. La Executio: la ejecución forzosa de las resoluciones judiciales, mediante el empleo de la fuerza pública si fuere necesario”⁵.

Como notamos, el juicio arbitral carece de mayoría de elementos que contiene un proceso planteado ante un órgano jurisdiccional común. En primer lugar los árbitros no poseen facultades para obligar a las partes a acudir a juicio; esta facultad puede darse por la voluntad de las partes interesadas cuando suscriben el compromiso respectivo, es decir, no existe la Notio.

La Coertio tampoco se da porque los árbitros no poseen facultades coercitivas que obliguen al cumplimiento de las resoluciones judiciales.

⁵ Alsina, Hugo. **Tratado teórico practico de derecho procesal civil y comercial**, Pág. 543.



La Executio no puede ser llevada a cabo porque los árbitros, jueces ocasionales, no pueden ejecutar su fallo sino que son las partes las que deben recurrir a los jueces de orden común para que el laudo sea cumplido.

Únicamente el Iudicium es el que se cumple puesto que el árbitro deberá hacer un resumen de su actividad jurisdiccional, emitiendo además su sentencia. Por ello se estima que el arbitraje no se encuentra en la actividad jurisdiccional.

1.4.3. Doctrina mixta.

La Doctrina Mixta le objeta a la Doctrina Contractualista que al dejar que el laudo no posea el efecto ejecutorio, entonces el fallo del tribunal no es sentencia, puesto que adolece de eso, de la eficacia ejecutoria.

Debemos recordar que la ejecución es la parte última que da cumplimiento a la sentencia del tribunal competente, en forma obligatoria.

A los jurisdiccionalistas les objeta que no pueden emitir una sentencia que posee los mismos efectos que las emitidas por los jueces ordinarios. Debemos recordar sin embargo, que los árbitros son nombrados de forma temporal y que, al final del proceso, emiten una resolución no una sentencia. Por ello, es que el laudo no tiene poder de ejecutorio por sí mismo sino que debe ser confirmado por un juez ordinario.

Según esta doctrina, el arbitraje sigue el camino del juicio lógico y preposicional pero derivado de una previa relación contractual.



1.5. Características del arbitraje.

Según el doctor Francisco Javier Gorjón Gómez ⁶, en un artículo publicado en un sitio de internet, el arbitraje comercial posee varias características, las cuales se indican a continuación:

1.5.1. Considerado una garantía.

Al arbitraje se le considera una garantía, ya que según él, todo país que quiera ingresar a la comunidad comercial internacional tendrá que sustentar un aparato judicial moderno y el arbitraje lo representa.

1.5.2. Definición del tribunal.

El tribunal arbitral se constituye en el momento en que surge la controversia o el conflicto, si no es que ya está señalado, aún antes de que surja la controversia.

1.5.3. Carácter desnacionalizado.

El árbitro en la mayoría de los casos se basa en los usos y costumbres del comercio internacional, lo que conocemos como *lex mercatoria*, a diferencia del juez, que se basa estrictamente en un derecho determinado, apoyado en su *lex fori*.

1.5.4. Especializado.

El laudo o sentencia es dictado por especialistas en la materia sobre la que versa el arbitraje, tratándose de una sentencia judicial en la mayoría de los casos el juez no necesariamente es especialista, sobre todo si son cuestiones de carácter internacional.

⁶ Gorjón Gómez, Francisco Javier. **Paradigma de derecho**, Publicado en la Revista Iberoamericana de Arbitraje y Conciliación, la versión electrónica puede encontrarse en http://WWW.servilex.com.pe/arbitraje/colaboraciones/paradigma_arbitraje.html (24 de abril de 2006)



1.5.5. De procedimiento ágil y rápido.

Debido a que no es un procedimiento estrictamente formalista, aunque señala que siempre tiene que seguirse o regirse por las reglas a las cuales se han sometido las partes, es esto último lo que otorga agilidad al proceso.

1.5.6. Económico.

El procedimiento arbitral resulta ser más económico a corto o mediano plazo, ya que desde un inicio se sabe lo que el procedimiento va a costar, situación totalmente distinta pasa en un procedimiento judicial.

1.5.7. Confidencial.

Se ha sostenido que la naturaleza privada del arbitraje está íntimamente vinculada con el deber de confidencialidad, en el sentido de que la primera facilita a la última; la confidencialidad se aplica al laudo y documentos adicionales suministrados al tribunal arbitral, siempre y cuando no sea necesario ejecutarlo en sede judicial. Sin embargo, la confidencialidad podría aceptar excepciones especiales, en función a la naturaleza de los documentos, legitimidad de su uso, la protección de derechos, la existencia de requisitos legales y público interés, entre otros.

1.5.8. No se pierde la relación comercial.

En algunos casos, a diferencia de un procedimiento judicial, desde el momento en que se entabla la demanda, la relación comercial se termina, situación contraria se da en un proceso arbitral, ya que si bien es cierto los árbitros también resuelven controversias entre las partes y éstas acuden a un tribunal arbitral para resolver las mismas, en ocasiones frecuentes aceptan de mutuo acuerdo la decisión del tribunal arbitral y los laudos son cumplidos de manera voluntaria, sin que ello implique el rompimiento de la relación comercial, ya que las partes de mutuo acuerdo han decidido someter la decisión a un juez, decisión que deciden respetar.



1.5.9. Es equitativo.

Cuando se habla de equidad se refiere a que el árbitro buscará dar una solución, adecuada a las necesidades de los comerciantes, teniendo siempre de base el marco jurídico, pero apoyado de los usos y costumbres del comercio, que integran la renombrada, lex mercatoria, con un resultado imparcial.

1.5.10. Otorga seguridad jurídica.

El arbitraje otorga seguridad jurídica por las siguientes razones:

1.5.10.1. El laudo es vinculante.

Lo cual significa que obliga a las partes.

1.5.10.2. El laudo se considera cosa juzgada formal por su propia esencia.

En virtud de que lo juzgado y resuelto ante un tribunal arbitral por medio de un laudo, no puede ser objeto de otro juicio posterior, ni ante la justicia ordinaria, ni ante otro tribunal arbitral.

El concepto real es cosa arbitrada.

1.5.10.3. El laudo es equiparado a un título ejecutivo.

Por considerársele una sentencia.

De todo lo anterior, resulta importante resaltar que las características más importantes que posee el arbitraje son la celeridad y la especialidad. A diferencia de los procesos judiciales, en donde los jueces se encuentran saturados de trabajo, y donde los mismos resuelven controversias de distinta índole ya sea de carácter civil y mercantil, en el arbitraje los tribunales arbitrales resuelven única y exclusivamente la controversia para la cual se les haya instituido y designado por las propias partes, por lo que su tarea es encontrar la solución a la controversia planteada, sin



ningún contratiempo o distracción tomando en consideración que son especialistas en la controversia objeto del litigio.

1.6. Clasificación del arbitraje.

1.6.1. Por las personas.

1.6.1.1. Ad hoc.

Para referirse a este tipo de arbitraje, resulta importante determinar que se entiende por ad hoc, según Guillermo Cabanellas Cuevas, es la “Expresión adverbial que significa para esto, para el caso. Lo que sirve a un fin determinado”⁷.

Según Rivera Neutze, “El arbitraje ad hoc es aquel que se realiza caso por caso por árbitros independientes, cuya actividad se agota en el laudo respectivo con la consecuencia de que el tribunal concluye su actuación, se termina la jurisdicción transitoria que para el efecto le ha concedido la ley mediante la voluntad de las partes, y por lo mismo desaparece definitivamente con la desintegración de sus miembros”⁸.

De lo indicado con anterioridad se concluye que el arbitraje ad hoc es aquel que realizan los árbitros independientes no ligados a ninguna institución y que son requeridos únicamente para el caso en cuestión ya que una vez finalizada su labor o intervención, es decir una vez se haya concluido el proceso arbitral o sea se haya emitido la resolución o laudo respectivo, se termina la actuación del tribunal y se desintegra totalmente.

1.6.1.2. Institucional.

Citando al doctor Rafael Bernal Gutiérrez, establece este que el arbitraje “institucional, es el procedimiento arbitral llevado a cabo ante una institución arbitral permanente, esto es, una

⁷ Cabanellas de las Cuevas, Guillermo, **Diccionario jurídico elemental**, Pág. 25.

⁸ Rivera Neutze, **Op. Cit**; Pág. 31.



institución legalmente reconocida a la cual las partes le pueden encargar libremente de conformidad con sus reglamentos o normas, la administración del arbitraje y la designación de los árbitros”⁹.

A diferencia del arbitraje ad hoc, el arbitraje institucional se lleva a cabo ante una institución denominada centro o corte arbitral permanente, la cual una vez concluido el procedimiento arbitral, continúa en funcionamiento y no agota su actividad al finalizar un proceso arbitral llevado ante ella, y según el doctor Bernal, otra diferencia fundamental sería que se encuentre legalmente reconocida de acuerdo a los parámetros que establece la ley.

1.6.2. Por su origen.

1.6.2.1. Voluntario.

El espíritu del arbitraje es la manifestación de la voluntad para que éste se lleve a cabo. Así, tenemos que el arbitraje voluntario es aquél que se deriva de la voluntad de los entes que se comprometen a participar en un proceso arbitral, en el que nada los impele a hacerlo. Esta forma de arbitraje es la que más encuadra en la noción original del mismo, ya que el arbitraje tiene su razón de ser en el arbitrio de las personas para renunciar a la jurisdicción ordinaria y someterse a la decisión arbitral.

No siempre todas las situaciones motivo de controversia pueden ser llevadas a un juicio arbitral por la voluntad de las partes, ya que la ley marca las limitaciones.

1.6.2.2. Forzoso.

Según Rivera Neutze, el arbitraje forzoso se opone al voluntario y se hace obligatorio cuando la ley lo impone como un medio para solucionar un conflicto, o cuando las partes pueden exigirlo de acuerdo a un convenio anterior¹⁰.

⁹ Bernal Gutiérrez, Rafael, **El arbitraje en Guatemala, apoyo a la justicia**, Pág. 46.



El arbitraje se vuelve forzoso, cuando las partes lo han convenido de esa manera y bajo ese concepto cualquiera de las partes puede exigirlo o bien se hace obligatorio si es un mandato de ley para que se solucione el conflicto o controversia. En el primer caso nos encontramos frente a un arbitraje forzoso convencional y en el segundo caso nos encontramos frente a un arbitraje forzoso legal. El segundo de los casos es el más frecuente o común, principalmente para resolver cuestiones de carácter mercantil. En Francia, Alemania y otros países se ha impuesto el arbitraje obligatorio como medida para resolver las diferentes controversias de carácter privado.

1.6.3. Por el procedimiento.

1.6.3.1. De derecho.

Según el doctor. Gorjón Gómez¹¹, los arbitrajes de Derecho, se llevarán acabo cuando el convenio arbitral señala de forma específica la aplicación de una norma conforme a un caso concreto, pudiendo fundamentarse en la lex mercatoria integrada por los usos y costumbres del comercio, mismos que son considerados norma en el derecho del comercio internacional.

En este tipo de proceso los árbitros deben actuar conforme a derecho, emitiendo fallos apegados a las leyes. En este tipo de arbitraje los árbitros necesariamente deberán ser Abogados.

1.6.3.2. De equidad.

En este proceso arbitral los árbitros fallan según su leal saber y entender, apelando a la conciencia. Esta es la forma en que surgió primero la vida jurídica de los pueblos primitivos, configurando la fase de la justicia auto compositiva y siendo la forma verdaderamente arbitral. Su procedimiento es sencillo y desprovisto de las exigencias del juicio arbitral de derecho.

¹⁰ **Ibid**, Pág. 32.

¹¹ Gorjón Gómez, Francisco Javier; **Paradigma de derecho**, Publicado en la Revista Iberoamericana de Arbitraje y Conciliación, la versión electrónica puede encontrarse en http://WWW.servilex.com.pe/arbitraje/colaboraciones/paradigma_arbitraje.html (24 de abril de 2006).



En la legislación guatemalteca, no se exige ni se diferencian que en uno u otro procedimiento, el tribunal deba o no estar conformado por Abogados, esto se confirma con lo establecido en el Artículo 37 de la Ley de Arbitraje decreto 67-95 del Congreso de la República de Guatemala, que define lo que es el arbitraje de equidad y el arbitraje de derecho, estableciendo: “1) En el arbitraje de equidad (“ex aequo et bono”), también llamado amigable composición, los árbitros no se encuentran obligados a decidir basándose en las normas de derecho, sino que pueden hacerlo en conciencia o según su leal saber y entender”. 2) Con excepción de los dispuesto en el párrafo anterior, el arbitraje “de derecho” y el arbitraje “de equidad (ex aequo et bono) se encuentran sujetos a la misma regulación contemplada en esta ley. 3) El tribunal arbitral compuesto de amigables componedores o árbitros arbitradores decidirá conforme a la equidad (ex aequo et bono) sólo si las partes lo han autorizado expresamente a hacerlo así”.

1.6.4. Por derecho.

1.6.4.1. Derecho público.

Este tipo de arbitraje se refiere principalmente al que se lleva a cabo en la controversia de carácter internacional, entre Estados.

1.6.4.2. Derecho privado.

Se da cuando el arbitraje se refiere a normas sustantivas del derecho civil o mercantil, que son ramas del derecho privado.

1.7. Materia objeto de arbitraje o materia arbitrable.

Cuando se hace referencia al objeto de arbitraje o materia de arbitraje, se hace referencia a todo aquello que puede ser resuelto mediante arbitraje, es decir, todas aquellas situaciones,



controversias, conflictos o materias que pueden ser sometidas por las partes a la resolución de un tribunal arbitral, y que las propias leyes lo permiten.

El ámbito y materia objeto del arbitraje, se encuentra regulado en el Capítulo I de la Ley de Arbitraje, Decreto Número 67-95, del Congreso de la República. El Artículo 1, establece que la ley se aplicará tanto al arbitraje nacional como al internacional, se adapta de manera especial al arbitraje comercial de tipo internacional y establece que no afecta a cualquier tratado multilateral o bilateral al que se hubiere adherido Guatemala.

Asimismo, resalta la aplicación de la ley aun cuando el lugar del arbitraje se encuentre fuera del territorio nacional e impide a los jueces del orden común conocer conflictos que se encuentren sometidos a un proceso arbitral, siempre y cuando las partes lo pidan por medio de una excepción de incompetencia fundada en el acuerdo de arbitraje.

El Artículo 2, del cuerpo legal citado, delimita claramente lo considerado como arbitraje internacional, lo que es importante pues es necesario conocer cual es el carácter del arbitraje, para poder determinar las normas que son aplicables al litigio que hubiere, resultante de una transacción comercial internacional.

Para los efectos de este Artículo 2, el arbitraje es internacional cuando:

- “a) Las partes en un acuerdo de arbitraje tienen, al momento de su celebración, sus domicilios en estados diferentes;
- b) Uno de los lugares siguientes esta situado fuera del estado en el que las partes tienen sus domicilios:
 - i) El lugar del arbitraje, si éste se ha determinado en acuerdo de arbitraje o con arreglo al acuerdo de arbitraje.
 - ii) El lugar del cumplimiento de una partes sustancial de las obligaciones de la relación comercial o el lugar con el cual el objeto del litigio tenga una relación más estrecha; o



- c) Las partes han convenido expresamente en que la cuestión objeto del acuerdo de arbitraje está relacionada con más de un Estado.”

Se hace la aclaración, de que si alguna de las partes posee más de un domicilio, el que se debe tomar en cuenta es que tenga una relación más estrecha con el acuerdo de arbitraje que se haya contratado. Ahora bien, si no existe esta situación el domicilio será donde se encuentre.

Una vez aclarada esta situación que favorece definitivamente al comercio y las diferencias que puedan presentarse entre las partes contratantes, la ley indica de manera general la materia que puede ser objeto de arbitraje y, de forma particular, lo que no puede ser susceptible del mismo.

De esa forma, las partes contratantes pueden someter a arbitraje cualquier controversia que pudiera surgir entre ellas o una que hubiese surgido con anterioridad, siempre y cuando las partes posean la facultad de disponer con respecto a las mismas. Es decir, que se pueden someter al procedimiento arbitral todas aquellas divergencias en las que exista libre disposición de hacerlo.

Es necesario dejar claro que muchos temas que no se contemplaba que pudieran ser sometidos al arbitraje, ahora la ley no los prohíbe, siempre y cuando sean cuestiones del ámbito del derecho privado.

Cuando una de las partes del litigio sea el Estado, será el tribunal de lo contencioso administrativo quien actúe con funciones de asistencia y supervisión.

El alcance de la ley, pues tiende a que se abarque cualquier operación comercial como: de suministro e intercambio de bienes, acuerdos de representación, distribución o mandato comercial, transferencia de créditos con objeto de cobro, arrendamiento con opción de compra, construcción de obras, consultoría, ingeniería, concesión de explotación, transporte de mercancías o pasajeros y todas las formas de cooperación comercial o industrial. Estos negocios jurídicos podrán cobijarse al proceso arbitral, evitando de esta manera acudir a los órganos jurisdiccionales competentes y dando por sentado que darán su aceptación a la decisión obligatoria, y pondrán fin a su controversia por esta vía.



El Artículo 3 de la Ley de Arbitraje, Decreto 67-95 del Congreso de la República de Guatemala, establece cuando se aplicará la presente Ley y cuando; el cual se transcribe a continuación:

1. “La presente ley se aplicará en todos aquellos casos en que la controversia verse sobre materias en que las partes tengan libre disposición conforme a derecho.
2. También se aplicará la presente ley a todos aquellos otros casos en que, por disposición de otras leyes, se permita el procedimiento arbitral, siempre que el acuerdo arbitral sea válido conforme esta ley.
3. No podrán ser objeto de arbitraje:
 - a. Las cuestiones sobre las que haya recaído resolución judicial firme, salvo los aspectos derivados de su ejecución.
 - b. Las materias inseparablemente unidas a otras sobre las que las partes no tengan la libre disposición.
 - c. Cuando la ley lo prohíba expresamente o señale un procedimiento especial para determinados casos.
 - d. Quedan excluidos del ámbito de aplicación de la presente ley los arbitrajes laborales.

Al respecto es necesario hacer ver que existe un régimen especial de orden público, que se encuentra establecido en el Código de Trabajo guatemalteco, el cual norma lo relativo al arbitraje en materia de relaciones laborales. Por lo que este punto se encuentra taxativamente fuera de la Ley de Arbitraje.

Es importante hacer énfasis en que el proceso arbitral dentro de nuestro ordenamiento jurídico, tiene bien delimitada la materia que puede ser objeto de arbitraje.



Asimismo es importante resaltar que los tribunales arbitrales pueden conocer de los asuntos que les sometan las partes, siempre que la materia sea objeto del mismo, por lo que no existe ninguna interferencia con los tribunales jurisdiccionales ordinarios, ya que los mismos pueden resolver de todo tipo de controversias que se les presenten, mientras que los tribunales arbitrales, únicamente pueden conocer de materia sobre las cuales las partes tengan libres disposición y no se encuentren dentro de las prohibiciones que establece el Artículo 3 de la Ley de Arbitraje.

1.8. Composición del tribunal arbitral.

Previo a considerar la composición del tribunal arbitral, debemos considerar la naturaleza jurídica del mismo y definir lo que se entiende por árbitro.

El árbitro no es más que la persona designada por las partes en conflicto, para que conozca y decida sobre sus diferencias. Aquí, se incluye a los árbitros iuris y a los amigables compondores.

Existen básicamente dos corrientes sobre la naturaleza de la unción de los árbitros, la contractualista y la jurisdiccionalista.

Para los contractualistas, las partes lo que hacen es perfeccionar un contrato, porque lo que existe es una relación contractual de Derecho Privado. Algunos creen que ésta es una relación de Mandato porque consideran a los árbitros como mandatarios de las partes en discordia, que los han nombrado para dirimir el conflicto. Sin embargo, un árbitro nunca puede considerarse como un mandatario porque el Mandato deviene de un contrato en el que una persona le confía a otra la gestión de sus negocios por cuenta y riesgo del primero. En este sentido perdería su imparcialidad e independencia lo que reñiría con su calidad de juez, para resolver controversias.

Otros autores sostienen que es un contrato de prestación de servicios, pero esto tampoco se apega a la finalidad del arbitraje.

Analizando este punto, nos damos cuenta que la teoría contractualista no es una respuesta a tomar en cuanto a la naturaleza de los árbitros. Los partidarios de esta teoría consideran que el



compromiso se da en dos actos contractuales: el primero, cuando se da el compromiso en sí, y el otro cuando los árbitros aceptan la designación. A este acto, lo designan como “Contrato de recepción de arbitraje”.

Lo cierto es, que a consideración del investigador, la misión del árbitro no es constitutiva de un contrato, sino un acto procesal derivado de los efectos del compromiso en el campo del derecho adjetivo.

Por otra parte, tenemos a los jurisdiccionalistas que sostienen que el árbitro cuando realiza su misión ejerce jurisdicción. Alsina, dice: “Se trata de verdaderos jueces que desempeñan una función pública y que sólo difieren en cuanto a la forma de su designación, pues en lugar de nombrarlos el Estado, la ley permite que lo hagan los particulares. La circunstancia de que sus servicios sean remunerados por las partes no modifica la posición, porque no es un elemento característico de la función. . .”¹².

El Artículo 13 del Decreto Número 67-95 del Congreso de la República de Guatemala, da libre albedrío para determinar el numero de árbitros que conocerán la controversia; pero si no existe un acuerdo en su nombramiento, los árbitros serán en numero de tres, salvo que el monto de lo dirimido no exceda de cincuenta mil quetzales, en cuyo caso el arbitro será uno.

Este Artículo, refleja que para el nombramiento de los árbitros rige la autonomía de la voluntad, tanto para la designación de las personas como para su número. Si alguna de las partes se niega a nombrar un arbitro, entonces se podrá pedir por una de las partes que intervenga un Juez de Primera Instancia del ramo Civil o Mercantil para que realice el nombramiento de los árbitros. El juez, debe ser del lugar donde se realice la celebración del acuerdo de arbitraje, de donde se lleve a cabo el arbitraje, de donde se deba dictar el laudo, en el domicilio de cualquiera de los demandados o en cualquiera de los lugares ya citados, si en estos coinciden todas o algunas de las circunstancias mencionadas (Artículo 9, Ley de Arbitraje, Decreto 67-95 del Congreso de la República de Guatemala).

¹² Alsina, **Ob. Cit**; Pág. 816.



El Artículo 35 de la Ley de Arbitraje, establece que la solicitud de nombramiento de los miembros del Tribunal Arbitral, deberá resolverse en un plazo máximo de siete días y que resuelto por el mismo no admite oposición ni recurso alguno. Es de hacer notar que el Tribunal solamente es un auxiliar en el nombramiento de los árbitros y no podrá emitir juicio acerca de la controversia.

Para facilidad de las partes, existen centros de arbitraje institucionales como el de la Cámara de Comercio, que poseen un listado de personas de reconocida honorabilidad, quienes pueden ejercer estas funciones cuando así se les solicite.

Los árbitros nombrados deben encontrarse en el libre ejercicio de sus derechos civiles sin importar si son de nacionalidad guatemalteca o no. No podrán ejercer esa función los miembros del Organismo Judicial ni los que estén en posición de abstenerse, excusarse o ser motivo de reacusación por alguna de las partes. Pero si a pesar de lo anterior se nombra a una persona con estas características como arbitro, las decisiones tomadas no podrán ser impugnadas.

El Centro de Arbitraje y Conciliación, en el Artículo 32 de su reglamento, describe la calidad que los árbitros deben poseer para ser parte del mismo, diciendo: “Salvo pacto en contrario de las partes, en arbitrajes de derecho, la designación de árbitros deberá recaer en Abogados.

En caso de que las partes hayan autorizado expresamente que el arbitraje sea de equidad, se puede designar como árbitros a personas que estén en el pleno ejercicio de sus derechos civiles y que, a juicio del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Guatemala, tengan una reconocida capacidad para tratar el asunto que se someta a su conocimiento.”

El Artículo 15, del Decreto 67-95 del Congreso de la República de Guatemala, indica que las partes tienen la libertad de nombrar a los árbitros o bien de dejar esta función al reglamento de la entidad encargada de administrar el arbitraje. Esto, da a las partes beligerantes la facultad de ejercer su autonomía en el nombramiento del Tribunal Arbitral. Si no existe acuerdo, en el arbitraje con tres árbitros, cada parte nombrará un árbitro y los dos árbitros así designados nombrarán al tercero; luego entre los tres árbitros, designarán a quien fungirá como Presidente



del Tribunal Arbitral, y si no logran ponerse de acuerdo, ejercerá como presidente el de mayor edad. Si una de las partes no nombra su árbitro dentro de los quince días de recibido el requerimiento o bien si los dos árbitros no nombran al tercero, dentro del mismo plazo, entonces será un tribunal jurisdiccional el que lo haga. Cuando el arbitraje sea con árbitro único y si no existe acuerdo al transcurrir los quince días, también se deberá recurrir al tribunal para que de solución al asunto.

Los árbitros nombrados deberán declarar la aceptación del cargo por escrito y si en dos semanas no lo hicieran, se da por aceptado el nombramiento.

En todo caso, a falta de árbitros, el Juzgado de Primera Instancia será el encargado de nombrarlos. Todo árbitro nombrado ya sea por las partes o por el tribunal, ejercerá el cargo con “absoluta imparcialidad e independencia”.

Los árbitros, al momento de ser nombrados, deberán declarar si poseen las calidades exigidas para ser tales, esto con el fin de que no exista una recusación. Si un árbitro es recusado, el Tribunal Arbitral deberá resolver al respecto dentro de un plazo de quince días. Si se acepta la recusación, se nombrará otro, pero si no es así, la parte recusante podrá dirigirse, dentro de los quince días siguientes, al Tribunal de Primera Instancia. En caso de ser un solo árbitro, la recusación deberá dirigirse directamente al tribunal jurisdiccional.

Cuando un árbitro nombrado no pueda, de hecho o por derecho, ejercer sus funciones deberá cesar en el cargo ya sea por voluntad propia o por acuerdo de las partes. Si no existe acuerdo, una de las partes podrá recurrir al Tribunal de Primera Instancia del Ramo Civil o Mercantil, cuya resolución no admite impugnación alguna.

Dado el caso que falte un árbitro, su nombramiento seguirá el proceso descrito con anterioridad.

Las instituciones encargadas de la administración del arbitraje, podrán exigir el pago de anticipo por concepto de gastos que ocasione dicha administración, concediendo un plazo de



quince días para su cumplimiento, so pena de, según el Artículo 20, de la Ley de Arbitraje que
“... el tribunal correspondiente podrá ordenar la suspensión o la conclusión del procedimiento de
arbitraje”.

1.9. Competencia del tribunal arbitral.

La competencia es el contenido del compromiso, el acto esencial que determina la competencia de los árbitros, toda vez que estos actúan en la forma, tiempo y puntos que se han pactado en la escritura de compromiso arbitral. Hugo Alsina dice: “. . . la competencia de los árbitros esta limitada, en la materia y en el tiempo por voluntad de las partes, y su competencia de ser interpretada en sentido restrictivo”¹³.

De acuerdo con el Artículo 21 de la Ley de Arbitraje, el Tribunal Arbitral se encuentra facultado para decidir acerca de su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o validez del acuerdo de arbitraje, que se ha denominado “kompetenz-kompetenz”, es decir que los árbitros puedan dirimir acerca de su propia competencia.

El mismo Artículo en el inciso 2), establece la excepción de incompetencia, la cual deberá hacerse efectiva al momento de contestar la demanda o de la reconvenición, salvo que una demora en la misma presentación sea considerada por el tribunal como justificada. La excepción puede tener como argumento que el tribunal jurisdiccional esta rebasando los limites del mandato; esta debe plantearse haciendo hincapié en la materia que supuestamente se esta excediendo. El principio de preclusión, pues, es aplicable por ley a este Artículo.

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

Salvo acuerdo en contrario de las partes, el Tribunal Arbitral podrá solicitar a petición de una de ellas, que se adopten las providencias cautelares estimadas como necesarias. Si la parte contra

¹³ **Ibid**, Pág. 821.



la que se ha tomado la providencia cautelar no la cumple, se puede recurrir al Tribunal jurisdiccional respectivo para que de forma coercitiva la cumpla, asimismo, se le pueden someter al tribunal común providencias cautelares a ser cumplidas por terceros.

El procedimiento arbitral deberá ser equitativo, es decir, que deberá existir una igualdad procesal; las partes pueden convenir la manera en la que se llevara a cabo el procedimiento pero si no existiere acuerdo, será el Tribunal Arbitral quien lo decida. Por ejemplo, a este respecto, el Artículo 37 del Reglamento del Centro de Arbitraje y Conciliación, estipula: “Cuando el Tribunal Arbitral sea colegiado, siempre se integrara con un numero impar de miembros y las decisiones serán tomadas por mayoría de votos de sus integrantes. El Arbitro Presidente podrá decidir cuestiones de procedimiento, si asi lo autorizan los miembros del Tribunal Arbitral”.

Las partes pueden elegir a voluntad según la Ley de Arbitraje, Decreto Numero 67-95 del Congreso de la República de Guatemala, el lugar en que se realice el arbitraje, si no llegaren a un acuerdo, el Tribunal de Arbitraje deberá decidir al respecto.

1.10. Ventajas del arbitraje.

El arbitraje posee varias ventajas que lo hacen más atractivo a las partes que la jurisdicción ordinaria, dentro de las ventajas podemos citar la celeridad, el conocimiento por personas especializadas en la materia objeto del litigio, la eficacia, etcétera.

Manuel Antonio Juárez Melgar, considera que dentro de las ventajas que ofrece el arbitraje, las más importantes se encuentran en el primer considerando en la ley de arbitraje, estando entre estas:

- a. “Contribuye en el descongestionamiento de la carga de los órganos jurisdiccionales, como consecuencia de no someter a conocimiento de jueces ordinarios, las divergencias que surjan.



- b. Celeridad: Cualquier conflicto resuelto a través de un proceso arbitral se tramitará de forma más rápida que un proceso sometido a los jueces ordinarios, debido a que los árbitros llevarán únicamente los casos que puedan diligenciar, incidiendo esto en aspectos de carácter económico, en comparación del tiempo en que se dicta un laudo arbitral o una sentencia por un tribunal arbitral o un órgano jurisdiccional respectivamente.
- c. Eficacia: esto se deriva de la posibilidad de seleccionar al juzgador. En el caso de los jueces ordinarios, todos son abogados, regularmente sin conocimientos específicos de otra materia que no sea la legal. Situación distinta sucede con los árbitros, ya que estos se pueden escoger dependiendo de la materia objeto del conflicto. Por ejemplo, para resolver un problema derivado de un contrato de obra, puede nombrarse árbitros que sean ingenieros, o si se quiere establecer un equilibrio, se puede designar a dos ingenieros y un abogado especialista en derecho arbitral. Es evidente que en este caso, los árbitros ingenieros podrían entender mejor el conflicto que el juez abogado”¹⁴.

Con relación a las innumerables ventajas que posee el arbitraje, el Centro de arbitraje y conciliación, hizo mención de las mismas, por medio de un artículo publicado en una de sus revistas, enumerando las siguientes ventajas:

- Celeridad y oralidad
Permite solucionar sus controversias en forma rápida utilizando la exposición directa en el proceso.
- Imparcialidad y especialización
Los árbitros, conciliadores y la institución que los nombra cuentan con el prestigio necesario para asegurar un fallo justo e imparcial.
- Certeza Jurídica
Estos métodos son reconocidos por la ley, los fallos dictados por un tribunal arbitral y los acuerdos arribados en conciliación, producen plenos efectos jurídicos.

¹⁴ Juárez Melgar, Manuel Antonio. **Conciliación y Arbitraje en la Resolución de Conflictos con el Estado**, Pág. 4.



- Confidencialidad

Cada caso es manejado con estricta privacidad, en beneficio de las partes, evitando que se haga público.

- Proximidad entre las partes

Tanto en un tribunal arbitral como en la conciliación, las partes mantienen una comunicación directa con los árbitros y conciliadores, pudiendo expresar en las respectivas audiencias sus necesidades y demandas.

Como se puede observar el arbitraje posee innumerables ventajas, que hacen que el mismo cada vez se utilice con más frecuencia en las relaciones comerciales, así, cada vez se incluyen más cláusulas compromisorias dentro de diversos contratos, para que las posibles controversias que puedan surgir derivados del mismo se resuelvan a través del arbitraje, por sus múltiples ventajas y obtener así una solución más pronta a sus conflictos, evitando la justicia ordinaria, que generalmente es más tardada por la carga de trabajo.

1.11. El acuerdo arbitral.

Con anterioridad se establecía que el acuerdo arbitral debía ser sumamente estricto, debido a que para poder acudir a arbitraje era necesario que existiera una cláusula compromisoria establecida con anterioridad en escritura pública bajo pena de nulidad e indicar si el arbitraje sería de equidad o de derecho, ósea si se resolvía de acuerdo al leal saber y entender de los árbitros, o debía sujetarse a la ley. Este estaba consignado en el Artículo 2175 del Código Civil artículo que en la actualidad se encuentra derogado; este establecía un trámite engorroso para el caso en que una de las partes se negare a otorgar la escritura pública y era sumamente formal el acuerdo arbitral.

En la actualidad se ha dejado atrás una serie de formalidades.- La misma ley establece que se entiende por acuerdo de arbitraje o simplemente acuerdo: “es aquél por virtud del cual las partes deciden someter a arbitraje todas o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual”.



Por el acuerdo de arbitraje las partes deciden sustraer sus controversias de la justicia ordinaria y trasladarlas a jueces alternos, sometiendo las controversias ya surgidas o los conflictos futuros que puedan surgir derivados de una relación jurídica contractual previa entre las partes o de cualquier otra relación cuya materia sea arbitrable.

La misma establece la forma en que debe hacerse el acuerdo de arbitraje y establece dos modalidades para el mismo, el compromiso y la cláusula compromisoria, el Artículo 10 de la Ley de Arbitraje vigente, establece:

“1) El acuerdo de arbitraje deberá constar por escrito y podrá adoptar la fórmula de un “compromiso” o de una “cláusula compromisoria”, sin que dicha distinción tenga consecuencia alguna respecto a los efectos jurídicos del acuerdo de arbitraje. Se entenderá que el acuerdo consta por escrito cuando esté consignado en un documento firmado por las partes o en un intercambio de cartas, telex, telegramas, telefax u otros medios de telecomunicación que dejen constancia del acuerdo, o en un intercambio de escritos de demanda y contestación en los que la existencia de un acuerdo sea afirmada por una parte sin ser negada por la otra.

La referencia hecha en un contrato a un documento que contiene cláusula arbitral constituye acuerdo de arbitraje siempre que el contrato conste por escrito y la referencia implique que esa Cláusula forma parte del contrato.

2) El acuerdo arbitral podrá constar tanto en una cláusula incluida en un contrato, o en la forma de un acuerdo independiente.

3) Si el acuerdo de arbitraje ha sido incorporado a contratos mediante formularios o mediante pólizas, dichos contratos deberán incorporar en caracteres destacados, claros y precisos, la siguiente advertencia: “ESTE CONTRATO INCLUYE UN ACUERDO DE ARBITRAJE”.

1.12. Los árbitros.

Los árbitros resultan ser, dentro del procedimiento arbitral, lo que los jueces son dentro de los procesos judiciales, son las personas encargadas de dirimir las controversias planteadas ante ellos.



Según el tratadista, Rafael Bernal, los árbitros están instituidos por la ley y desempeñan funciones públicas. Como tribunales, los árbitros están encargados de administrar justicia y desempeñan una función pública, ya que la jurisdicción es un atributo exclusivo del Estado y sólo los órganos autorizados por él pueden ejercerla.

Su nombramiento es privado, pero si la función de los árbitros es pública, su investidura tiene carácter de privado. Nuestra legislación solo instituye a los jueces arbitrales, pero no los establece como órganos de existencia real permanente. Puesto que se trata de tribunales extraordinarios, cuya jurisdicción por regla general es facultativa para las partes, autoriza a éstas para darles vida y ponerlos en movimiento en cada caso concreto, cuando quieran de común acuerdo someterse a ellos”¹⁵.

La actuación de árbitros y jueces, al momento de resolver conflictos, es muy similar, por ejemplo la imparcialidad, los impedimentos, las causas de excusa y recusación, sus resoluciones denominadas laudos tienen los mismos efectos jurídicos que una sentencia emitida por jueces y la principal similitud es que ambos ejercen función jurisdiccional.

¹⁵ Bernal Gutiérrez, **Ob. Cit**; Pág. 66.



CAPÍTULO II

1. Análisis de la jurisdicción de tribunales arbitrales basada en la legislación guatemalteca.

2.1. Jurisdicción.

2.2. Concepto.

En términos generales, se puede mencionar que Jurisdicción es la facultad que tiene el Estado de administrar justicia.

2.3. Definición.

La jurisdicción es una función pública, y deriva de una de las principales funciones del Estado, la función jurisdiccional.- Dicha función indica el jurisconsulto Mario Aguirre Godoy¹⁶, presupone no solo, la creación de los órganos encargados de administrar justicia, sino también la determinación de sus facultades y la fijación de las reglas para la tramitación de juicios.

Según el mismo autor¹⁷, citando a Alsina, establece que desde que se prohíbe a las personas hacerse justicia por su mano propia, el Estado asume la obligación de administrarla, de lo cual deriva “la acción, o sea , el derecho de requerir la intervención del Estado para el esclarecimiento o la protección de un derecho, y la jurisdicción, o sea la potestad conferida por el Estado a determinados órganos para resolver mediante la sentencia las cuestiones litigiosas que le sean sometidas y hacer cumplir sus propias resoluciones”.

Para Guillermo Cabanellas, la función jurisdiccional es el “Conjunto de atribuciones que corresponden en una materia y en cierta esfera territorial”, “Poder para gobernar y para aplicar las leyes” y “Territorio en que un juez o tribunal ejerce su autoridad”.

¹⁶ Aguirre Godoy, Mario, **Derecho Procesal Civil**, Tomo I, Pág. 80.

¹⁷ **Ibid.**



Existe confusión entre algunos autores sobre lo que es jurisdicción y competencia ya que como se observa en la definición anterior, establece que jurisdicción también puede ser el territorio en que un juez o tribunal ejerce autoridad. Es importante no confundir los conceptos y tener claro que la competencia es el límite de la jurisdicción, es la aptitud del juez para ejercer su jurisdicción en un caso determinado, pero uno y otro término no significan lo mismo.

Según Chiovenda “Jurisdicción es la función del Estado que tiene por fin la actuación de la voluntad concreta de la ley mediante la sustitución por la actividad de los órganos públicos de la actividad de los particulares o de otros órganos públicos al afirmar la existencia de la voluntad de la ley o al hacerla prácticamente efectiva”¹⁸.

José Castillo Larrañaga, establece “la jurisdicción puede definirse como la actividad del Estado encaminada a la actuación del derecho objetivo mediante la aplicación de la norma general al caso concreto”¹⁹.

Es importante hacer notar que analizando las distintas definiciones, puede observarse elementos comunes entre estas, lo que permite concluir que jurisdicción es la facultad que el Estado otorga a determinados órganos establecidos en la ley, para administrar justicia, es decir, resolver los asuntos que le sean sometidos a su conocimiento, esta resolución se da a través de una sentencia y ejecutar lo resuelto en la misma.

En relación al análisis de la jurisdicción de los tribunales arbitrales, resulta importante tomar en consideración que los árbitros o tribunales arbitrales, son personas que poseen potestad conferida por el Estado para resolver mediante una sentencia las decisiones que les son sometidas a su conocimiento, tal afirmación deviene, del Artículo 203 tercer párrafo de la Constitución Política de la República de Guatemala, el cual establece: “La función jurisdiccional se ejerce, con exclusividad absoluta, por la Corte Suprema de Justicia y por los demás tribunales que la ley establezca”. En este sentido, se observa que la Constitución autoriza la creación de tribunales que

¹⁸ Giuseppe Chiovenda, Biblioteca, **Clásicos del Derecho Procesal, Derecho Procesal Civil**, Pág. 195.

¹⁹ Castillo Larrañaga, José, de Pina, Rafael, **Instituciones de Derecho Procesal Civil**, Pág. 49.



la ley establezca, por lo que los tribunales de arbitraje se encuentran, de manera general, autorizados por la Constitución para ejercer su función.

La ley del Organismo Judicial, en su Artículo 57, reitera que la función jurisdiccional es ejercida por la Corte Suprema de Justicia en forma absoluta y agrega, “. . . por los demás tribunales establecidos por la ley. . .”.

El Código de Comercio, en su Artículo 671, regula que es de plena validez que en los contratos se incluyan cláusulas compromisorias y también el pacto de someter a arbitraje las controversias que surjan.

Concluyendo podemos mencionar que el Decreto número 67-95, del Congreso de la República de Guatemala, regula todo lo relativo al arbitraje.

2.4. Caracteres de la jurisdicción judicial.

- a) Servicio público: La jurisdicción judicial realiza una función de naturaleza pública, puesto que la actividad de los jueces esta regulada por la normas de carácter imperativo y como consecuencia, los administradores tienen derecho a ejercitar sus acciones en igualdad de condiciones. Este derecho esta protegido legalmente por la denominada tutela jurisdiccional, por recursos y sanciones impuestas a los funcionarios que las violen;
- b) Derecho público y subjetivo del estado: A este derecho se someten y sujetan las personas independientemente a toda clase de relación material privada;
- c) Deber del estado: Toda persona tiene derecho de pretender, bajo ciertas condiciones, se le administre justicia por el órgano jurisdiccional sin que este pueda dejar de hacerlo en ninguna circunstancia, lo que implica que no puede denegar, retardar o mal administrar justicia;



- d) Ejercicio dentro de los límites del estado: Es dentro de los límites establecidos del Estado, territorialmente hablando, que se ejercita la potestad de aplicar las leyes; De este concepto desprende:
- d.a) Los órganos jurisdiccionales ejercen su función en el territorio del Estado y si necesitan hacerlo fuera del mismo, deben requerir la intervención de las autoridades extranjeras por medio del Ministerio de Relaciones Exteriores, empleando el instrumento del suplicatorio;
- d.b) Los jueces no pueden aplicar otras leyes que las sancionadas por el Estado, excepcionalmente es permitido aplicar una ley extranjera cuando se trata de la capacidad de las personas o la forma en que los actos o negocios jurídicos fueron celebrados, por ejemplo; y, en el caso de los tratados y convenciones internacionales aceptados y ratificados por Guatemala;
- d.c) Las decisiones de los jueces no tienen eficacia ni fuerza ejecutiva fuera del Territorio del Estado, salvo que puedan ejecutarse en otros países cuando existen tratados y convenciones y principios de reciprocidad que lo permita;
- e) Ejercicio sobre personas y cosas que existan dentro del territorio del Estado: El imperio de la ley se extiende y ejerce, a todos los habitantes del Estado, nacionales o extranjeros, residentes o transeúntes y sobre los bienes situados en el mismo;
- f) Indelegable: La jurisdicción debe, necesariamente, ejercerse por la persona a quien le ha sido confiada y delegada; esta persona es el Juez quien, a su vez puede comisionar a terceros el diligenciamiento de actos jurisdiccionales;
- g) Igualitaria a la de los otros organismos del Estado: Tanto el poder legislativo como el ejecutivo, realizan actos jurisdiccionales con las modificaciones y restricciones del poder propiamente jurisdiccional que establecen las normas constitucionales y ordinarias del poder judicial.



2.5. Elementos de la jurisdicción.

Estos elementos o poderes de la jurisdicción expresan las facultades de que dispone el órgano jurisdiccional, para el cumplimiento de su función y objeto.

Según Alsina²⁰, los elementos de la jurisdicción son:

- a) Conocimiento de causa (notio). Este es el derecho que tiene el juez de conocer de una cuestión determinada.

Establece que este conocimiento compete a los órganos estatales, no está determinado de oficio, pues los tribunales actúan a requerimiento de parte, y en el proceso civil, donde prevalece el principio dispositivo, en virtud del cual el papel primordial corresponde a las partes, y los jueces resuelven atendiendo a los hechos alegados por estas y a las pruebas ofrecidas. También es necesario aclarar que también los jueces tienen la facultad de conocer de oficio, en las diligencias para mejor proveer, pero todo esto previo al examen de su propia competencia.

- b) Citación a juicio (Vocatio). Esta es la facultad que tiene un juez para citar, obligar y conminar a las partes para que comparezcan a juicio dentro del plazo del emplazamiento, en cuya virtud el juicio puede proseguir en rebeldía de la parte que no comparezca, sin que este afecte la validez de las resoluciones o actuaciones jurisdiccionales.

- c) Castigo o coerción (coertio). Consisten en el empleo de la fuerza, para el cumplimiento de las resoluciones y medidas dictadas y ordenadas por el Juez en el proceso, con el objeto de que se desenvuelva normalmente.- Como ejemplos puede citarse, las ordenes de conducción al tribunal, la obligación del testigo de asistir a juicio, las sanciones disciplinarias a las partes o sus representantes y funcionarios que deben participar en el proceso, la evacuación de audiencias, etcétera.

²⁰Aguirre Godoy, **Ob. Cit;** Pág.87.



- d) Declarar el derecho (iudicium). Este elemento es el que pone fin al litigio y consiste en la facultad que tienen los jueces para dictar sentencia con carácter definitivo y consiguiente efecto de cosa juzgada.
- e) Ejecución (executium). Esto es el imperio para la ejecución de las resoluciones judiciales mediante el auxilio de la fuerza pública.

2.6. Fundamento legal del arbitraje, según nuestra Constitución Política de la República de Guatemala.

Los árbitros o tribunales arbitrales, son personas que tienen potestad conferida por el Estado para resolver mediante una sentencia las decisiones que les son sometidas a su conocimiento, dicha afirmación esta establecida en el Artículo 203 de la Constitución Política de la República de Guatemala, el cual preceptúa lo siguiente: “La justicia se imparte de conformidad con la Constitución y las leyes de la República. Corresponde a los tribunales de justicia la potestad de juzgar y promover la ejecución de lo juzgado. Los otros organismos del Estado deberán prestar a los tribunales el auxilio que requieran para el cumplimiento de sus resoluciones.

Los magistrados y jueces son independientes en el ejercicio de sus funciones y únicamente están sujetos a la Constitución de la República y 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 por la Corte Suprema de Justicia y por los demás tribunales que establece la ley. Ninguna otra autoridad podrá intervenir en la administración de la Justicia”.

Del Artículo anteriormente transcrito, se observa que claramente se establece lo relativo a impartir justicia e indica que corresponde a los tribunales de justicia la facultad de juzgar y promover la ejecución de lo juzgado, por lo que a quienes se otorga jurisdicción, deben necesariamente ejercer esas dos facultades.



Así mismo establece a quienes reconoce jurisdicción: “Se ejerce con exclusividad por la Corte Suprema de Justicia y por los demás tribunales que establezca la ley” por lo que en principio establece que esta se ejerce por todos los tribunales que conforman la Corte Suprema de Justicia, sin embargo no es limitativa al establecer que únicamente ellos la puedan ejercer, ya que acepta que tribunales fuera del Organismo Judicial también puedan ejercer jurisdicción, siempre que los mismos sean establecidos en la Ley.

Al respecto, resulta importante indicar que los tribunales arbitrales son creados y establecidos de conformidad con una ley específica (Ley de Arbitraje, Decreto 67-95 del Congreso de la República), y por tener los mismos una naturaleza mixta, es decir en principio contractual y posteriormente jurisdiccional, dichos tribunales también ejercen jurisdicción, en virtud de que la propia Constitución en forma tácita los reviste de ella por ser creados por un cuerpo normativo específico (Ley de Arbitraje, Decreto 67-95 del Congreso de la República).

Según lo afirmado por el Licenciado Alfonso Umaña Aragón, citado por Bernal Gutiérrez indica que es claro que el Licenciado Umaña apoya la jurisdicción de los tribunales arbitrales indicando que el Artículo 203 de la Constitución Política actual circunscribe a los tribunales ordinarios sino que va mas allá de los mismos, aceptando que los tribunales puedan ejercer también jurisdicción, ubicándose perfectamente dentro de los mismos los tribunales arbitrales, creados expresamente por la Ley de Arbitraje, Decreto 67-95 del Congreso de la República.

Lo anteriormente indicado se complementa con lo establecido en el Artículo 57 de la Ley del Organismo Judicial, el cual establece que “La justicia se imparte de conformidad con la Constitución Política de la República y las demás leyes que integran el ordenamiento del país”.

Con base a lo indicado con anterioridad, se concluye que nuestra Constitución Política de la República reconoce a los tribunales arbitrales el ejercicio de la jurisdicción, que si bien la misma le es limitada por la vigente Ley de arbitraje, no puede negarse su jurisdicción.- Resulta importante acotar que existen algunas posturas que afirman que los árbitros ejercen un tipo especial de jurisdicción, una jurisdicción extraordinaria o especial, porque si bien ejercen algunas de las funciones que conlleva la misma, carecen de la función fundamental, la ejecutiva.



Nuestra Constitución Política de la República ha investido a los tribunales arbitrales de jurisdicción, al mismo tiempo establece lo que se entiende por jurisdicción. Con base establecido, en principio se podría dotar a los tribunales arbitrales de todas aquellas facultades que ejercen los jueces ordinarios, y no limitárseles los elementos de la jurisdicción de castigo o coerción (coercitio) y ejecución (executium), en virtud de que las mismas complementan el concepto de jurisdicción, que en sentido estricto, es la facultad de juzgar y promover la ejecución de lo juzgado.

2.6.1. Análisis de cada uno de los elementos de la jurisdicción en el arbitraje.

El presente análisis de los elementos de la jurisdicción se hace con base a lo escrito por el autor Hugo Alsina.

- Notio (conocimiento de causa) o sea, el derecho a conocer de una cuestión litigiosa. Esta facultad la poseen los árbitros, en virtud de que son las partes, quienes disponen someter a su conocimiento determinadas cuestiones litigiosas, para que sean estos quienes tomen una decisión sobre la cuestión litigiosa sometida a su conocimiento.

- Vocatio (citación a juicio) facultad de obligar a las partes a comparecer a juicio, con la sanción de rebeldía en caso de no hacerlo o del abandono. Esta facultad la poseen los árbitros, la cual se encuentra regulada en el Artículo 32 de la Ley de Arbitraje, la cual establece:
 - “ 1) Salvo Acuerdo en contrario de las partes, cuando sin invocar causa suficiente:
 - a) El demandante no presente su demanda con arreglo al párrafo 1) del Artículo 28, el tribunal arbitral dará por terminadas sus actuaciones.

 - b) El demandado, estando debidamente notificado, no presente su contestación con arreglo al párrafo 1 del Artículo 28, el tribunal arbitral continuara las actuaciones, sin que esta omisión se considere por si.



- c) Una de las partes no comparezca a una audiencia o no presente pruebas documentales, el tribunal arbitral podrá continuar las actuaciones y dictar el laudo basándose en las pruebas de que disponga.

2) Una vez notificada debidamente la demanda, la inactividad de cualquiera de las partes no impedirá que se dicte el laudo ni lo privara de eficacia”.

- Coertio (castigo o coerción) es el empleo de medidas de fuerza para el cumplimiento de sus resoluciones.

De esta facultad carecen los tribunales arbitrales, ya que carecen de potestad para imponer el cumplimiento de de sus resoluciones. El ejemplo típico se encuentra en lo que a medidas cautelares se refiere, ya que si las partes no cumplen voluntariamente una providencia precautoria dictada por el tribunal arbitral, o si se tiene que decretar una medida cautelar que deba ser ejecutada por un tercero (en caso de embargo de cuentas bancarias) el mismo no tiene facultades necesarias para obligar coactivamente a las partes a que cumplan con tal orden, ni al tercero a que cumpla con lo que se ordena, sino que debe acudir a un órgano jurisdiccional competente para que sea este el que utilice su poder coactivo.

- Iudicium (declarar el derecho) facultad de decidir el conflicto o controversia a través de la sentencia.

Esta facultad esta limitada para los árbitros, ya que la decisión de la controversia es por medio de un laudo el cual la ley da los mismos efectos que una sentencia.

- Executio (ejecución) es la facultad o el imperio para la ejecución de sus resoluciones. De esta facultad esencial carecen los tribunales arbitrales, no obstante de que han sido investidos de facultades para decidir un determinado litigio y resolverlo mediante un laudo que produce los efectos de una sentencia, la ley no les confiere las facultades suficientes para la ejecución de sus resoluciones. No poseen ese elemento de la



jurisdicción, por tal razón se afirma que en la actualidad los árbitros se encuentran investidos de jurisdicción, careciendo de imperio necesario para hacer valer sus resoluciones, imperio que la ley únicamente confiere a los tribunales ordinarios.

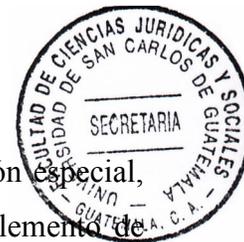
Citando al autor Chioventa ²¹, este hace una clasificación sobre los poderes que ejercen los jueces dentro de la función jurisdiccional, siendo estos, el poder de decisión, el poder de documentación, y el poder de coerción. De estos poderes los árbitros ejercen: el de decisión, ya que es transferido casi íntegramente al tribunal arbitral. El arbitro puede decidir sobre las controversias que se le someten siempre que la materia objeto del arbitraje este dentro de la materia arbitrable.

El poder de documentación, es también transferido a los árbitros, salvo acuerdo en contrario de las partes, es decir, si las partes no acuerdan lo contrario, ellos pueden determinar y ordenar la practica de aquellas pruebas que estimen convenientes para la toma de decisión final en el caso.

Los tribunales arbitrales, en la actualidad ejercen poderes de decisión y de documentación no asi el de coerción y ejecución, ya que los mismos reflejan el carácter de autoridad pública de los jueces ordinarios. La falta de estos dos últimos poderes, el de coerción y el de ejecución, constituyen la razón de ser de la intervención de la justicia ordinaria como auxiliar en el proceso arbitral. Esta es la única explicación para que los jueces de justicia ordinaria, intervengan en los procesos arbitrales.

Actualmente en la legislación guatemalteca, los tribunales de arbitraje ejercen poderes de notio, vocatio, iudicium, no asi los de coertio y executio, ya que como se encuentra regulada actualmente la jurisdicción arbitral se les otorgan facultades de decisión y resolución, no asi de ejecución.- Por tal razón se dice que los árbitros ejercen un tipo de jurisdicción especial en virtud de que conocen y resuelven, pero no ejecutan, se encuentran limitados en ciertas situaciones, teniendo que solicitar en varias ocasiones intervención de la justicia ordinaria para que los auxilie, lo cual ocasiona retrasos dentro del trámite del proceso arbitral.

²¹ Giuseppe, Chioventa, **Ob. Cit**; Págs. de 208 a 211.



De lo anteriormente indicado, se establece que los árbitros ejercen una jurisdicción especial, dentro de la cual no pueden ejecutar sus resoluciones, careciendo totalmente del elemento de ejecución, elemento que resulta ser indispensable y complementario de la facultad jurisdiccional, sin embargo si tal limitación ha sido impuesta por la Ley de Arbitraje, no impide que se pueda dotar a los árbitros de dichas facultades y equiparar sus facultades a las de jueces ordinarios, quienes ejercen jurisdicción en la forma establecida por nuestra Constitución Política de la República.

2.6.2. El imperium o imperio.

Como parte fundamental del tema, resulta importante hacer un estudio sobre lo que algunos denominan el imperio o imperium, situación por la cual es importante que se trate el punto de jurisdicción plena y jurisdicción especial, citada por algunos autores como jurisdicción ordinaria y jurisdicción extraordinaria.

Citando al autor Carlos Castellanos²², se entiende por jurisdicción plena u ordinaria la que ejercitan los jueces y tribunales que funcionan permanentemente, componentes del poder judicial de la republica, a quienes la Ley fundamental les da única y exclusivamente la potestad de aplicar las leyes en los juicios que les son sometidos a su conocimiento y se les concede la autoridad suficiente para ejecutar y hacer cumplir sus decisiones a través de funciones permanentes. Se trata de una jurisdicción que necesariamente es perfecta.

Esta es la jurisdicción plena y es la que actualmente ejercen los tribunales ordinarios, ya que los mismos se les conceden facultades para juzgar y ejecutar lo resuelto por ellos mismos.

Este mismo autor hace referencia a la jurisdicción extraordinaria, la cual se caracteriza por el hecho de que los jueces son completamente ajenos al poder judicial, es decir, los jueces no pertenecen a la jurisdicción ordinaria; porque no los nombra el Estado ni les da el poder de administrar justicia en los asuntos, tanto del orden civil como del criminal. El nombramiento de

²² Castellanos, **Ob. Cit**; Págs. 439,440.



los jueces lo hacen directamente las partes interesadas. Ellas lo facultan para juzgar en ciertos y determinados asuntos. Por ello se viene a crear una situación extraordinaria, que es una característica de la jurisdicción de este nombre.

Según este autor, la jurisdicción extraordinaria se distingue de la ordinaria en que la última es perfecta porque los ministros de justicia pueden hacer cumplir sus decisiones, mediante la potestad dada por el Estado para tal fin, en tanto que la extraordinaria es imperfecta, por no tener los juzgadores ejercitantes de ella ese poder conferido tan solo a los jueces ordinarios, para ejecutar lo resuelto por ellos.

La figura del arbitraje podría incluirse dentro de este tipo de jurisdicción, ya que sus funciones son temporales y no son nombrados directamente por el Estado sino por las partes, en virtud de que la misma ley faculta a estos para resolver determinados litigios que son sometidos a su conocimiento por las partes y de los cuales tienen libre disposición, con la limitación de la facultad de ejecución, debido a que no pueden ejecutar sus propias resoluciones, siendo necesario que acudan a los tribunales que la ley establece para que sean ellos quienes ejecuten las resoluciones de los tribunales arbitrales.

A la facultad de ejecutar o imponer sus resoluciones, es lo que comúnmente se conoce como imperio o imperium, potestad por medio de la cual la ley inviste a los tribunales ordinarios para poder ejecutar sus resoluciones.

Según Rafael Bernal Gutiérrez, “Los jueces permanentes no solo tienen la facultad de conocer y juzgar las causas que se le someten, sino también la de hacer ejecutar lo juzgado, pudiendo disponer para el efecto el empleo de la fuerza pública, sin que las autoridades de que esta depende, puedan negarles ni discutirles su auxilio. Esta última atribución, de hacer uso del poder coercitivo del Estado, emanación directa de la soberanía es lo que se denomina imperio”.

Precisamente de imperio o imperium es del que carecen los tribunales arbitrales en la mayoría de legislaciones, estando entre estas la legislación guatemalteca, ese uso del poder coercitivo del estado, resumido en los poderes de coerción y ejecución propios de la jurisdicción. Resulta



importante no confundir los términos y establecer que por carecer de tales poderes los tribunales arbitrales no ejercen jurisdicción, e impedirles desarrollar de manera mas libre la actividad de conocer y resolver controversias que son sometidas a su conocimiento por las partes.

El hecho de que los árbitros carezcan de imperio para ejecutar sus laudos, no significa que no ejerzan jurisdicción, según lo establece el autor Bernal Gutiérrez, quien alude al respecto “En general, se afirma que los árbitros carecen de imperium, con lo cual, mal entendido este principio, se ha intentado incluso descalificar su función y cercenar el ámbito sus atribuciones. Lo cierto es que aunque se carece de él en general bajo el entendido de que la ejecución del laudo arbitral se ha reservado para ser ejercida por el funcionario estatal juez, y de que en algunos eventos se requiere el apoyo del Estado para la práctica de pruebas cuando las partes o terceros son renuentes a ellos, es tan solo esta faceta la que se encuentra limitada, ya que afirmar que no tienen imperio no puede llevarse al extremo de desconocer que ejercen jurisdicción...”.

Si jurisdicción significa ejecutar y juzgar, nada impide que se pueda completar la función jurisdiccional que ejercen los tribunales arbitrales, otorgándoseles, las facultades de imperium, con el ánimo de que puedan hacer cumplir y ejecutar las resoluciones que en el ejercicio de función dicten, por lo que al otorgárseles tales facultades, podrían también decretar y ejecutar providencias cautelares sin intervención de un órgano jurisdiccional competente.



CAPÍTULO III



3. Providencias cautelares.

3.1. Definición.

Citando al Licenciado Mario Aguirre Godoy²³ en su obra titulada “Derecho Procesal Civil de Guatemala” con relación al proceso preventivo o cautelar, denomina que estos son recursos o medios que tiene una persona para prevenir una serie de consecuencias o de riesgos que puedan lesionar su patrimonio, su integridad moral, su personalidad, etcétera. Porque realmente la gama de recursos debería de ser ilimitada, es decir no estar fijada en preceptos legales que contuvieran medidas concretas más que en casos determinados, sino en disposiciones generales que garantizarán en forma plena la función preventiva del derecho o de la jurisdicción.

Según el juriconsulto Calamandrei, citado por el licenciado Mario Aguirre Godoy, se han fijado con precisión los caracteres de la providencia cautelar así: a) provisoriedad (limitación de la duración de sus efectos); b) existencia de un peligro de daño jurídico, derivado del retardo de una providencia jurisdiccional definitiva (prevenir un daño que se teme, el cual por la inminencia del peligro puede convertirse en un daño efectivo si no se dicta la providencia cautelar); c) instrumentalizado o de subsidiariedad, que liga la providencia cautelar con la providencia definitiva, lo cual es resultado de que las providencias cautelares no constituyen un fin en si mismas sino que están preordenadas a la emanación de una ulterior providencia definitiva cuyo resultado práctico aseguran preventivamente.

Continuando con la obra del Licenciado Mario Aguirre Godoy, no existe una posición unánime en la doctrina respecto a la clasificación de los institutos cautelares, aunque las que han esbozado parten de la propuesta por Calamandrei en su monografía citada.

²³ Aguirre Godoy, **ob. cit**;Pág.32.



Calamandrei formula una clasificación en cuatro grupos:

- A) Providencias instructoras anticipadas, que tienen en cuenta un posible futuro proceso de cognición, y por ello, tratan de fijar y de conservar ciertas resultancias probatorias, que serán utilizadas en aquel proceso en el momento oportuno. Aquí se incluyen todas las hipótesis de conservación o aseguración de la prueba;
- B) Providencias dirigidas a asegurara la futura ejecución forzada, entre las cuales destaca como importante la figura del secuestro;
- C) Providencias mediante las cuales se decide interinamente una relación controvertida, entre las cuales se incluyen las denuncias de obra nueva y de daño temido, alimentos, providencias de “urgencia” o “temporales”; y
- D) Providencias que imponen por parte del Juez una caución, la cual debe prestar el interesado como condición para obtener una ulterior providencia judicial.

El Código Procesal Civil y Mercantil Decreto Ley 107, establece en su libro quinto, título primero, las Providencias Cautelares, las cuales por norma general buscan garantizar que las personas prevengan los riesgos que pueden lesionar su integridad física o su patrimonio, asimismo buscan contribuir a garantizar el resultado de un proceso judicial o arbitral, etcétera.

Dentro de las providencias cautelares que regula el cuerpo legal antes citado se encuentran: a) Seguridad de las Personas; y b) Medidas de garantía (arraigo, anotación de la demanda, embargo, secuestro, intervención, providencias de urgencia, garantía y contra garantía).

El Artículo 12 de la Ley de Arbitraje, establece “... cualquiera de las partes podrá solicitar del tribunal competente las providencias cautelares que estime adecuadas para asegurar su derecho.”

Sin embargo, el Artículo 22 de la misma ley, establece que esto se da salvo acuerdo en contrario por parte de los involucrados. La petición de adopción de medidas cautelares será



efectuado por una de las partes al tribunal arbitral y este será el que lo solicite al órgano jurisdiccional competente. Por supuesto, todo lo solicitado deberá girar en torno al litigio de que se trate.

El punto delicado, a este respecto, es cuando el citado Artículo 22 establece que: “El tribunal arbitral podrá exigir a cualquiera de las partes que haya solicitado la providencia, una garantía suficiente para caucionar su responsabilidad en conexión con tales medidas.” Por ello el árbitro debe ser una persona idónea.

Se considera, pese a la existencia del párrafo anterior, que la solicitud de providencias cautelares es sana por cuanto contribuye a la realización de un juicio arbitral justo y eficaz y apegado de manera objetiva a la realidad. Según el Artículo 12 de la Ley de Arbitraje, no se entenderá que existe renuncia al acuerdo de arbitraje cuando una de las partes solicite la adopción de medidas cautelares, ya sea con anterioridad o durante el juicio.

3.2. Finalidad.

Para abordar este punto, resulta necesario hacer mención de un elemento relevante de las mismas, el cual consiste en el tiempo.

Según el autor Carnelutti, “el valor que el tiempo tiene en el proceso es inmenso y en gran parte desconocido”²⁴, ya que desde que se inicia un proceso hasta que este se concluye con una sentencia puede transcurrir un tiempo mas o menos largo, y esto puede ser aprovechado por alguna de las partes para causar un perjuicio a la otra, ya sea mediante el traslado de sus bienes o venta de los mismos, para evitar cumplir con una sentencia que le obliga al pago, pero que por tardía, el deudor ya se deshizo de todos los bienes que poseía, haciendo la sentencia inútil para el acreedor, por no existir garantía suficiente que pueda garantizar el cumplimiento de la misma.

²⁴ Ibid.



Para el tratadista Carlos Castellanos, “la finalidad de las providencias precautorias o medidas de seguridad, es la de evitar las maquinaciones de los malos litigantes, tendientes a dejar sin eficacia alguna las sentencias de los jueces, y por ende, a perjudicar los intereses de quienes demandan justicia en los tribunales”²⁵.

En el mismo sentido para Carnelutti, el fin del proceso cautelar es “el fin de evitar dentro de los límites de lo posible, aquellas alteraciones en el equilibrio inicial de las partes que pueden derivar de la duración del proceso”²⁶.

El Código Procesal Civil y Mercantil, Decreto Ley 107 establece en su Artículo 530 lo relacionando con las providencias de urgencia, resaltando la finalidad propia de las mismas, finalidad que es similar a la establecida por los tratadistas antes citados, el cual literalmente establece “Fuera de los casos regulados en los artículos anteriores y en otras disposiciones de este Código sobre medidas cautelares, quien tenga fundado motivo para temer que durante el tiempo necesario para hacer valer su derecho a través de los procesos instituidos en este Código, se halle tal derecho amenazado por un perjuicio inminente e irreparable, puede pedir por escrito al juez, las providencias de urgencia que, según las circunstancias, parezcan más idóneas, para asegurar provisionalmente los efectos de la decisión sobre el fondo”.

El objetivo o fin de solicitar una providencia cautelar, consiste en prevenir riesgos que pueden lesionar la integridad física y el patrimonio de las partes, así como garantizar el resultado de un proceso judicial o arbitral y con ello garantizar el cumplimiento de una sentencia o laudo arbitral.

Citando al Licenciado Mario Aguirre Godoy en su obra titulada “Derecho Procesal Civil de Guatemala” con relación al proceso preventivo o cautelar, denomina que estos son recursos o medios que tiene una persona para prevenir una serie de consecuencias o de riesgos que puedan lesionar su patrimonio, su integridad moral, su personalidad, etcétera. Porque realmente la gama de recursos debería de ser ilimitada, es decir no estar fijada en preceptos legales que contuvieran

²⁵ Castellanos, , **Ob. Cit**, Pág. 237.

²⁶ Carnelutti, **Ob. Cit**, Pág. 231.



medidas concretas más que en casos determinados, sino en disposiciones generales que garantizaran en forma plena la función preventiva del derecho o de la jurisdicción.

Según el jurisconsulto Calamandrei, citado por el licenciado Mario Aguirre Godoy, se han fijado con precisión los caracteres de la providencia cautelar así: a) provisoriedad (limitación de la duración de sus efectos); b) existencia de un peligro de daño jurídico, derivado del retardo de una providencia jurisdiccional definitiva (prevenir un daño que se teme, el cual por la inminencia del peligro puede convertirse en un daño efectivo si no se dicta la providencia cautelar); c) instrumentalizado o de subsidiariedad, que liga la providencia cautelar con la providencia definitiva, lo cual es resultado de que las providencias cautelares no constituyen un fin en sí mismas sino que están preordenadas a la emanación de una ulterior providencia definitiva cuyo resultado práctico aseguran preventivamente.

Continuando con la obra del Licenciado Mario Aguirre Godoy, no existe una posición unánime en la doctrina respecto a la clasificación de los institutos cautelares, aunque las que han esbozado parten de la propuesta por Calamandrei en su monografía citada.

Calamandrei formula una clasificación en cuatro grupos:

- Providencias instructoras anticipadas, que tienen en cuenta un posible futuro proceso de cognición, y por ello, tratan de fijar y de conservar ciertas resultancias probatorias, que serán utilizadas en aquel proceso en el momento oportuno. Aquí se incluyen todas las hipótesis de conservación o aseguración de la prueba;
- Providencias dirigidas a asegurar la futura ejecución forzada, entre las cuales destaca como importante la figura del secuestro;
- Providencias mediante las cuales se decide interinamente una relación controvertida, entre las cuales se incluyen las denuncias de obra nueva y de daño temido, alimentos, providencias de “urgencia” o “temporales”; y



- Providencias que imponen por parte del Juez una caución, la cual debe prestar el interesado como condición para obtener una ulterior providencia judicial.

El Código Procesal Civil y Mercantil, Decreto Ley 107, establece en su libro quinto, título primero, las Providencias Cautelares, las cuales por norma general buscan garantizar que las personas prevengan los riesgos que pueden lesionar su integridad física, su patrimonio y contribuir a garantizar el resultado de un proceso judicial y en su caso un proceso arbitral.

Las providencias cautelares que regula el cuerpo legal antes citado son:

- a) Seguridad de las Personas; y
- b) Medidas de garantía (arraigo, anotación de la demanda, embargo, secuestro, intervención, providencias de urgencia, garantía y contra garantía).

En conclusión puede establecerse que las providencias cautelares funcionan como una herramienta para prevenir riesgos que pueden lesionar la integridad física y el patrimonio de las partes, así como garantizar el resultado de un proceso judicial o arbitral; situación por la cual se hace necesario que dentro de un proceso arbitral puedan los propios árbitros decretar providencias cautelares sin autorización de un órgano jurisdiccional, caso contrario se desnaturalizaría el objetivo de las providencias cautelares y se dejaría de aprovechar los beneficios de un proceso arbitral.

3.3. Presupuestos importantes para medidas cautelares.

Los presupuestos de las medidas cautelares, resultan ser los requisitos indispensables para dictar una medida cautelar, siendo estos “fomus boni iuris” y “periculum in mora”.

La medida cautelar solicitada encuentra su presupuesto esencial en el de la verosimilitud del derecho invocado (fomus boni iuris). En efecto, la medida cautelar consiste en asegurar eficiencia practica de la petición realizada sin que esto prejuzgue sobre el fondo del negocio, sino que se basa en el conocimiento periférico o superficial dirigido a lograr una decisión



respecto la existencia del derecho discutido en el proceso, que para cuando este sea resuelto, no sea tarde ni ineficaz la concesión de la medida solicitada.

En consecuencia debe ser suficiente para el juzgador la apariencia o verosimilitud del derecho invocado, de tal modo que la concesión de la medida que se solicita alcance y anticipe que el proceso principal se declarará la certeza del derecho.

El otro requisito es el peligro en la demora (*periculum in mora*) esto es, si en razón del transcurso del tiempo, los efectos de la decisión final pueden resultar prácticamente inoperantes.

Este requisito se basa en el temor fundado de la configuración de un daño a un derecho, en el caso concreto del daño al patrimonio de la parte demandante, ya que lo único que se pretende es diferir en la medida de lo posible, por un periodo determinado, el cumplimiento de las obligaciones, por consiguiente, el peligro en la demora del otorgamiento de la medida cautelar, de no concederse en forma inmediata se corre el riesgo de que en el supuesto de recaer sentencia definitiva favorable, esta puede permanecer incumplida.

En conclusión se establece, que son dos los requisitos o presupuestos indispensables para dictar una medida cautelar, el *fomus boni iuris*, que consiste en la apariencia o verosimilitud del derecho invocado, sin entrar a prejuzgar sobre el fondo del asunto, y el *periculum in mora*, esto es, el peligro en la demora del otorgamiento de la medida, ya que si no se otorga de forma inmediata, se pueden perjudicar los derechos de la parte solicitante, ya que cuando finalice el juicio, y se dicte sentencia la misma no pueda llegar a cumplirse por no existir los medios necesarios por no haber otorgado la medida a tiempo.

Deberá tomarse en cuenta que para que una medida cautelar, pueda ser otorgada, previo cumplimiento de los dos presupuestos anteriormente indicados (*fomus boni iuris* y *periculum in mora*) debe existir la apariencia de que se va a asegurar algo y que de no hacerlo se causaría perjuicio.



3.4. Carácter de las medidas cautelares.

Para algunos tratadistas como Calamandrei citado por Aguirre Godoy²⁷, los caracteres de las medidas cautelares son:

- La provisoriedad y se refiere a la limitación de la duración de sus efectos, esto es en un lapso que se da entre la emisión de la providencia cautelar y la sentencia definitiva.
- El periculum in mora, este consiste en la existencia de un peligro de daño jurídico derivado del retardo de una providencia jurisdiccional definitiva y ligado a esto también que la tutela ordinaria se manifiesta como demasiado lenta.
- La instrumentalidad o subsidiariedad, la que considera la nota verdaderamente típica, que liga a la providencia cautelar con la providencia definitiva, ya que estas se dictan en virtud de un juicio posterior o sentencia posterior cuyo resultado se asegura preventivamente.

Según el autor Raúl Martínez Botos, considera que los caracteres del proceso cautelar son:

- Instrumentalidad debido a que el mismo carece de autonomía funcional, ya que consiste en asegurar la eficacia práctica de la sentencia o resolución que debe dictarse en otro proceso, el cual necesariamente se halla contenido por un vínculo de instrumentalidad o subsidiariedad. Establece que Novelino, respecto del carácter de subsidiariedad, citando a Alfredo di Iorio, indica: las medidas cautelares son instrumentales por cuanto no tienen un fin en sí mismo sino que constituyen un accesorio de otro proceso principal del cual dependen y a la vez aseguran el cumplimiento de la sentencia que vaya a dictarse.
- Sumariedad, determina que las resoluciones que en él se adoptan sean el resultado no de un juicio de certeza, sino de mera probabilidad acerca de la existencia del derecho alegado o discutido en el proceso principal, se trata de generar una apariencia de certeza o un

²⁷ Aguirre Godoy, **Ob. Cit**; Pág. 285.



grado de credibilidad suficiente en el derecho invocado, circunstancia a precisar con la superficialidad atinente a la materia caucional.

- Provisionalidad, ello implica que los efectos de la resolución que en él recaen tienen, inexorablemente, un *ad quem* representado por el momento en que adquiere carácter firme la resolución o sentencia pronunciada en el proceso principal o definitivo, expresado de otra manera, cuando alcanza autoridad de cosa juzgada el pronunciamiento sobre el fondo del asunto, se extingue *ipso iure* la eficacia de la resolución cautelar, también se tiene conocimiento de la provisionalidad del proceso cautelar con referencia al hecho de que las medidas que en él se decretan conservan su eficacia en tanto se mantenga la situación fáctica que las sustenta.
- Flexibilidad, implica por una parte que el órgano judicial está en todo caso autorizado para establecer la clase de medida adecuada a las circunstancias del caso, y por la otra, que el sujeto activo y el sujeto pasivo de la pretensión tienen la posibilidad de petitionar en cualquier momento la modificación de la medida decretada.

Las características de las medidas cautelares tienen cierta relación con los presupuestos necesarios para las mismas, y las principales se resumen en la existencia de un peligro de daño derivado del retardo de la providencia; la instrumentalidad, esto es, que se dictan para asegurar la eficacia de una sentencia posterior, la probabilidad de la existencia del derecho que se alega, la provisionalidad o provisoriedad, que se refiere al tiempo que dura la medida y que la misma se agota al momento en que la sentencia adquiere carácter de firme.

3.5. Condiciones necesarias para la ejecución y validez de las providencias cautelares.

- Que el perjuicio que se cause sea inminentemente irreparable; tomando en consideración que la naturaleza de una providencia cautelar, es evitar perjuicios que pudieran producirse durante el tiempo en que se ventile o tramite un juicio hasta la conclusión del mismo a través de la sentencia, por lo que debe asegurarse



provisionalmente los efectos de la decisión sobre el fondo; surgiendo como consecuencia la garantía.- Según lo establecido por el Artículo 530 del Código Procesal Civil y Mercantil Decreto Ley 107.

- Garantía; Debe de tomarse en cuenta que la decisión de decretar una medida cautelar no puede ser tomada de manera arbitraria, por lo que la ley exige que tal derecho se halle amenazado por un perjuicio inminente e irreparable, solicitando a su vez al actor de la providencia que garantice la misma en caso la persona contra la que se solicite sea absuelta y haya de cubrir daños y perjuicios causados por tal medida.- Según lo establecido en el Artículo 531 y 532 tercer párrafo, del Código Procesal Civil y Mercantil, Decreto Ley 107.
 - Dentro de las condiciones para la ejecución y validez de la providencia cautelar solicitada, resulta necesario dar cumplimiento a tres requisitos que la ley requiere para otorgar la medida solicitada por el actor, dichos requisitos se encuentran establecidos en el Artículo 531 del Código Procesal Civil y Mercantil, Decreto Ley 107, siendo los siguientes:
 - a. Determinar con claridad y precisión lo que va a exigir del demandado.
 - b. Fijar la cuantía de la acción, si fuere el caso.
 - c. Indicar el título de ella.

Al respecto debe de tomarse en cuenta que la misma Ley establece un plazo para la constitución de la garantía solicitada, con el fin de evitar retrasos y medidas precautorias infundadas o con el ánimo de evitar que se vea perjudicado algún derecho. Asimismo establece que si la garantía no se presta en el término (el cual no deberá ser menor de cinco días, dejando en libertad al juzgador de poder fijar el plazo máximo para el otorgamiento de la garantía) y monto señalados por el juez, la medida precautoria dictada se levantará.

La Ley establece un último requisito, el cual tiene relación con la eficacia, validez y vigencia de la medida cautelar que se haya solicitado, el cual va dirigido específicamente a las medidas



precautorias solicitadas antes de iniciarse el juicio y es el de la interposición de la demanda que debe realizarse dentro del plazo de quince días siguientes a la solicitud de la medida precautoria. En caso contrario la providencia o medida precautoria se revocará al pedirlo el demandado, previo incidente; según lo establecido en el Artículo 535 del Código Procesal Civil y Mercantil, Decreto Ley 107.

3.6. Facultad otorgada a los árbitros por medio de la ley de arbitraje (Decreto 67-95 del Congreso de la Republica de Guatemala) para decretar providencias cautelares.

El Artículo 22 del Decreto 67-95 del Congreso de la República de Guatemala, establece las facultades que poseen los árbitros para decretar medidas cautelares, siempre y cuando:

- No exista acuerdo en contrario de las partes
- Afecte únicamente a las partes
- No intervengan terceros
- No se obligue a las partes coactivamente a su cumplimiento.

Lo anteriormente indicado tiene su asidero legal en el Artículo 22 de la Ley de Arbitraje, el cual literalmente establece: “1. Salvo acuerdo en contrario de las partes, el tribunal arbitral podrá, a petición de una de ellas, ordenar a cualquiera de las partes que adopte las providencias cautelares que el tribunal arbitral estime necesarias respecto del objeto del litigio.- El tribunal arbitral podrá exigir de cualquiera de las partes que haya solicitado la providencia, una garantía suficiente para caucionar su responsabilidad en conexión con tales medidas. 2. Asimismo, salvo acuerdo en contrario de las partes, podrán estas o los árbitros requerir al tribunal competente de conformidad con el Artículo 9, que decrete o levante aquellas providencias cautelares que deban



ser cumplidas por terceros, o bien, para que se obligue coactivamente a una de las partes a cumplir con una providencia cautelar decretada con base en el numeral 1 anterior”.

El Artículo 22 de la Ley de Arbitraje Decreto 67-95 del Congreso de la República de Guatemala, puede estar sujeto a diferentes interpretaciones, dentro de las cuales la más correcta por tratarse en el medio del arbitraje es la que a continuación se indica:

- Los árbitros poseen facultad para ordenar a una de las partes, para que adopte las providencias cautelares que el tribunal arbitral estime necesaria respecto del objeto del litigio, a petición de una de ellas, si estas de común acuerdo no han estipulado lo contrario.- Resulta importante indicar que este pasaje de la Ley otorga a los árbitros las facultades de ordenar providencias cautelares que tengan relación con las partes dentro del litigio y siempre que estas no hayan estipulado lo contrario, o sea que no han decidido revocarle tal facultad a los árbitros, debido a que en el arbitraje, prevalece la autonomía de la voluntad de las partes, estas pueden decidir de común acuerdo si conviene a sus intereses o no que un arbitro ordene medidas cautelares.- El tribunal arbitral para poder otorgar una providencia cautelar, debe cumplir como requisito indispensable que la parte que solicito la medida otorgue una garantía, con el ánimo de caucionar su responsabilidad en relación con tales medidas.
- En cuanto a providencias cautelares que deben de ser cumplidas por terceros, la Ley de Arbitraje establece que estos no poseen facultades para ordenar o decretar medidas precautorias que deban ser cumplidas por terceros, sino que son las partes o el árbitro quien debe acudir al tribunal jurisdiccional competente, para que sea este quien las decrete o levante. Esto sucede por ejemplo al querer que se decrete como medida o providencia cautelar el embargo de cuentas bancarias o el embargo de bienes muebles o inmuebles, ya



que en estos casos los terceros son el gerente del banco y el registrador de la propiedad respectivamente.

- En cuanto a facultades para obligar coactivamente a las partes al cumplimiento de las providencias cautelares que dicten los tribunales arbitrales, estos carecen de la facultad de obligarles coactivamente al cumplimiento, ya que cuando estos han ordenado a una de las partes que adopte una providencia precautoria o cautelar, si esta se niega a cumplirla, los árbitros no pueden obligarla coactivamente al cumplimiento, si esto ocurre, se debe acudir ante un órgano jurisdiccional competente, para que sea este quien deba obligarlas, en virtud de que este último está investido de la facultad de ejecución (executio) para hacer que sus resoluciones se cumplan o ejecuten coactivamente.

Esta interpretación se fundamenta con lo que al respecto establece la exposición de motivos de la Ley de Arbitraje en relación con este Artículo y preceptúa: “es compatible el acuerdo de arbitraje y la solicitud por alguna o ambas partes, de providencias cautelares. Esto se refiere a providencias cautelares que el tribunal arbitral pueda acordar a petición de una de las partes, en relación a las mismas partes en litigio, siempre que no se hubiere estipulado lo contrario en el acuerdo arbitral. Para el caso que la parte en contra de quien se ha ordenado la providencia cautelar, se resista a cumplirla, el tribunal arbitral o la contraparte podrán acudir a un tribunal, a efecto que obligue coactivamente al retinente.

Antes o durante la tramitación del procedimiento arbitral, cuando la providencia tenga relación con terceros, el tribunal arbitral o cualquiera de las partes, podrán acudir a un tribunal con el objeto de que se decreten las providencias cautelares que se consideren necesarias, lo que se tramitara de conformidad con el procedimiento establecido en el Artículo 35 de la Ley de Arbitraje, Decreto 67-95 del Congreso de la República de Guatemala”.

El Artículo 35 del cuerpo legal antes citado, en su parte conducente, establece: “Para los efectos a que se refieren los Artículos . . . 22 (2) . . ., el tribunal arbitral que solicite asistencia



judicial de conformidad con el Artículo 9, resolverá dicha solicitud en un plazo máximo de siete días, sin formar artículo. Contra lo resuelto por el tribunal competente no cabe oposición ni recurso alguno”.

De los Artículos anteriormente indicados así como la transcripción de la exposición de motivos de la Ley de Arbitraje, los árbitros actualmente poseen facultades para decretar medidas cautelares, salvo pacto en contrario de las partes en el acuerdo arbitral, y en todo caso deben de cumplirlas voluntariamente, caso contrario una de las partes se resiste a cumplir con la medida impuesta por el tribunal arbitral, deberá este último acudir ante un juez jurisdiccional competente, para que sea este quien las obligue a cumplirla, lo mismo se hará si esta medida debe de ser ejecutada por un tercero.

En la actualidad las facultades que tienen los árbitros para decretar providencias cautelares, es muy limitado debido a que los árbitros pueden ordenar providencias cautelares, conocidas estas como medidas cautelares ínter partes, debiendo llenar para el efecto condiciones como:

- i. Que en el acuerdo arbitral las partes no hayan estipulado lo contrario.
- ii. Que la providencia o medida cautelar, sea solicitada por alguna de las partes.
- iii. La parte a quien se haya ordenado que adopte la medida no se niegue a su cumplimiento, caso contrario se hará necesario obligarle coactivamente a su cumplimiento, y en este caso se saldría de la competencia arbitral, debiendo requerirse la intervención de un órgano jurisdiccional competente para que sea este quien ordene el cumplimiento de la providencia cautelar.



3.7. Procedimiento específico para la prestación de auxilio judicial para decretar o ejecutar providencias cautelares (Artículos 9, 22 y 35 de la Ley de Arbitraje vigente).

De conformidad con el Artículo 22 de la Ley de Arbitraje, Decreto 67-95 del Congreso de la República de Guatemala, el tribunal arbitral podrá a petición de alguna de las partes, ordenar que se adopte las providencias cautelares que estime necesarias (salvo acuerdo en contrario de las partes) respecto del objeto del litigio; debiendo exigir a la parte que haya solicitado la providencia una garantía suficiente para garantizar su responsabilidad con relación a las medidas.

Asimismo el Artículo indicado establece que las partes o los árbitros pueden requerir al tribunal competente (órgano jurisdiccional competente) que decrete o levante las providencias cautelares que deban ser cumplidas por terceros, o que se obligue coactivamente a una de las partes a cumplir con una providencia cautelar ordenada por un tribunal arbitral.

De conformidad con el Artículo 9 de la Ley de Arbitraje, el tribunal jurisdiccional competente al que corresponde la asistencia judicial por haber sido solicitada o pedida por el tribunal arbitral, deberá resolver los casos que se le planteen en un plazo máximo de siete días. Contra lo resuelto por el tribunal competente no cabe recurso alguno, sea cual sea la resolución que emita.

Los tribunales de arbitraje podrán conocer de todas las cuestiones conexas al caso que surjan en el transcurso del juicio arbitral. Estas se tramitarán, según el Artículo 21 de la Ley de Arbitraje, Decreto 67-95 del Congreso de la República de Guatemala "...por el procedimiento que las partes convengan y, en su defecto, por el señalado para los incidentes."

El mismo Artículo antes citado, establece que no admite las "tercerías". Al respecto cabe indicar que las tercerías no son admitidas, seguramente porque el tercero no es parte de la controversia que se está tratando de dilucidar, o no se encuentra comprometido dentro del acuerdo arbitral.



En todo caso si se desea oponer al proceso arbitral, tendría que realizarse por vía judicial ordinaria. Esto en cierta parte, representa un auxilio del órgano jurisdiccional al juicio de arbitraje, en el sentido de que no lo paraliza.

Según el mismo Artículo, tampoco se admite la “litispendencia”, termino que el Código Procesal Civil y Mercantil, Decreto-Ley 107 en su Artículo 540, lo define como: “Cuando la demanda entablada en un proceso sea igual a otra que se ha entablado ante juez competente, siendo unas mismas las personas y las cosas sobre las que se litiga, se declarara la improcedencia del segundo juicio y se condenará al actor, en costas, daños y perjuicios.” Ésta “litispendencia”, no es admitida por el tribunal arbitral, según mandato legal. En todo caso, serán los tribunales ordinarios quienes conozcan del caso y esta acción, no paralizará el juicio arbitral.

La acumulación tampoco procede, según el referido Artículo 21, porque el juicio arbitral se refiere a las controversias que surjan a raíz de un contrato celebrado y no sobre acciones conexas que no tienen nada que ver con el proceso arbitral pactado.

Si dentro de las situaciones conexas que aparecieren durante el juicio arbitral, surgiere alguna de orden criminal, la obligación del tribunal arbitral es la de poner en conocimiento del juez competente, de acuerdo con la ley, de lo que esta sucediendo con las respectivas constancias.

El procedimiento para solicitar el auxilio judicial para decretar o ejecutar medidas cautelares, se encuentra regulado en el Artículo 35 de la Ley de Arbitraje, Decreto 67-95 del Congreso de la República de Guatemala, estableciendo que es un procedimiento común para todos los casos en que los jueces o tribunales arbitrales, tengan que solicitar auxilio judicial para la realización de algún trámite que la ley señala . . . 22 (Facultades del tribunal arbitral de ordenar providencias cautelares) el tribunal jurisdiccional competente al que el tribunal arbitral solicite asistencia judicial de conformidad con el Artículo 9, resolverá dicha solicitud en un plazo máximo de siete días, sin formar artículo.- Contra lo resuelto por el tribunal arbitral competente no cabe oposición ni recurso alguno.



A menos que la medida probatoria o ejecutoria solicitada sea manifiestamente contraria al orden publico o a las leyes prohibitivas expresas, el tribunal jurisdiccional competente se limitara a cumplir con la solicitud de asistencia pedida por el tribunal arbitral, sin entrar a juzgar acerca de su procedencia y sin admitir oposición o recurso alguno contra cualquier resolución que para el efecto emita.

El Artículo antes explicado, establece el procedimiento que deben seguir los árbitros para solicitar el auxilio judicial en las situaciones específicas que establece la ley, entre ellas para decretar providencias cautelares, esto con la finalidad de contribuir a la celeridad del mismo.

Establece que los jueces deberán resolver de las peticiones en un plazo de siete días y sin formar artículo, lo cual no sucede en la práctica, debido a que los titulares de los órganos jurisdiccionales competentes, no decretan las medidas cautelares dentro del plazo establecido en la ley, en virtud de que las solicitudes efectuadas dentro de los expedientes de arbitraje, son resueltos en el mismo orden que ingresan los demás expedientes a los órganos jurisdiccionales.

3.8. Legislación comparada.

Se hace un breve análisis de la legislación Costarricense con relación al arbitraje y sus providencias cautelares, en virtud de que es muy similar a la legislación guatemalteca. Asimismo se analizará brevemente la legislación de Colombia con relación al arbitraje, en virtud de que ha mostrado avances en lo que respecta a medidas cautelares dentro del proceso arbitral, analizando los aspectos que toma en cuenta para otorgar a los árbitros amplias facultades con relación a las medidas precautorias.

3.8.1. Costa Rica.

La legislación Costarricense con relación a medidas precautorias dentro del procedimiento arbitral, es muy similar a la legislación guatemalteca, en virtud de que carecen de facultades básicas para poder decretar medidas cautelares, debido a que deben de solicitar auxilio del poder judicial a lo largo del procedimiento arbitral, principalmente en lo que respecta con



decretar medidas precautorias; lo cual se deriva de lo establecido en el Artículo 52 de la Ley Sobre Resolución Alterna de Conflictos y Promoción de la Paz Social ²⁸; el cual literalmente preceptúa lo siguiente: “en cualquier etapa del proceso, las partes o el mismo Tribunal Arbitral, pueden solicitar estas medidas cautelares. Sin embargo, se solicitan a la autoridad judicial competente”.

Algunos tratadistas costarricenses, ven de ópticas distintas necesitar del auxilio del poder judicial: a) lo ven como una desventaja, porque dilata el proceso y le quita fuerza a la decisión arbitral; b) o como una ventaja, porque se estaría aprovechando de la reputación y facultades coercitivas del poder judicial; resaltando que una vez se desarrolle la institución del arbitraje en su país, el vínculo entre el poder judicial debe de ir disminuyendo, adquiriendo fuerza propia, en todo aspecto, contemplándose incluso el de poder ejecutar medidas precautorias ordenadas por el tribunal arbitral.

3.8.2. Colombia.

En cuanto a lo relacionado con medidas cautelares en el proceso arbitral, la legislación Colombiana establece en su Artículo 152 lo siguiente: “En el proceso arbitral, a petición de cualquiera de las partes, podrán decretarse medidas cautelares con sujeción a las reglas que a continuación se indican.

Al asumir el Tribunal su propia competencia, o en el curso del proceso, cuando la controversia recaiga sobre dominio u otro derecho real principal sobre bienes muebles o inmuebles, directamente o como consecuencia de una pretensión distinta, o sobre una universalidad de bienes, podrá decretar las siguientes medidas cautelares:

- A. La inscripción del proceso en cuanto a bienes sujetos a registro, para lo cual se librerá oficio al registrador en que conste el objeto del proceso, el nombre de las partes y las circunstancias que sirvan para identificar los inmuebles y demás bienes. Este registro no

²⁸ Ley Resolución Alterna de Conflictos y Promoción de la Paz Social, Art. 47.



excluye los bienes del comercio, pero quienes los adquieran con posterioridad estarán sujetos a los efectos del laudo arbitral.

Si el laudo fuere favorable a quien solicitó la medida, en él se ordenará la cancelación de los actos de disposición y administración efectuados después de la inscripción del proceso, siempre que se demuestre que la propiedad subsiste en cabeza de la parte contra quien se decretó la medida, o de un causahabiente suyo.

En caso de que el laudo le fuere desfavorable, se ordenará la cancelación de la inscripción.

Si el tribunal omitiere las comunicaciones anteriores, la medida caducará automáticamente transcurridos tres (3) meses desde la ejecutoria del laudo o de la providencia del Tribunal Superior que decida definitivamente el recurso de anulación.

El registrador, a solicitud de parte, procederá a cancelarla.

- B. El secuestro de los bienes muebles. La diligencia podrá practicarse en el curso del proceso a petición de una de las partes; para este fin, el interesado deberá prestar caución que garantice los perjuicios que puedan causarse.

Podrán servir como secuestros los almacenes generales de depósito, las entidades Fiduciarias, y las partes con las debidas garantías.

Parágrafo. El Tribunal podrá durante el proceso, a solicitud de terceros afectados, levantar de plano las anteriores medidas, previo traslado por tres (3) días a las partes. Si hubiere hechos que probar, con la petición o dentro del traslado, se acompañará prueba siquiera sumaria de ellos. (Artículo 32 Decreto 2279 de 1,989, modificado en su inciso 4 del literal a) por el Artículo 110 de la Ley 23 de 1,991).

De lo anteriormente indicado, se puede establecer que la legislación colombiana posee gran avance en lo relacionado a medidas cautelares, ya que si bien es cierto que los árbitros no pueden



decretar todo tipo de medidas cautelares, si poseen facultades suficientes para decretar algunas de ellas, e incluso ejecutar las mismas.

Dentro de las medidas que tienen facultad para decretar y ejecutar los árbitros, están la anotación de demanda o secuestro, siempre que una de las partes se lo solicite. Tales facultades emanan del reconocimiento que la Constitución de la República de Colombia hace, al reconocer que los árbitros ejercen jurisdicción en sus funciones, situación que se ha reiterado en su legislación nacional, reiterando el principio conforme el cual el arbitro posee los mismos poderes y facultades del juez ordinario. Sin embargo no pueden decretar todo tipo de medidas cautelares, siendo esta una interrogante que incluso hacen estudiosos colombianos, como Bernal Gutiérrez al indicar “No obstante lo anterior, resulta curioso que no se haya abierto la puerta a la práctica de medidas si se quiere más sencillas que las anteriores (por ejemplo, embargo de cuentas)...”²⁹.

De lo anteriormente indicado puede establecerse que la legislación de la República del país de Colombia, en materia de arbitraje, principalmente en el decretar y ejecutar ciertas medidas cautelares, representa un avance, y citando nuevamente al autor Bernal Gutiérrez que indica que si ya se ha abierto el campo para decretar medidas cautelares, mas complicadas, en un futuro podrán también decretar y ejecutar todo tipo de medidas cautelares, prescindiendo en estas actuaciones de la intervención de los jueces ordinarios.

²⁹ Bernal Gutiérrez, Rafael, **Métodos Alternos para la Solución de Controversias**, Proyecto BID, No. 3 **El Arbitraje, La Alternativa Actual**, Pág. 59.



CAPÍTULO IV

4. El arbitraje comercial en centroamérica y panamá.

Citando a Marcela Filloy Zerr, en su trabajo titulado el arbitraje comercial en Centroamérica y panamá, esta autora hace referencia a la existencia de diversas razones, entre estas la de orden histórico-político que han evitado el desarrollo del arbitraje a nivel nacional como internacional en Centroamérica y Panamá, debido a la existencia de la restricción de algunos países de la región a ratificar las convenciones internacionales, así como problemas de una deficiente regulación técnica jurídica que no garantizan la eficacia procesal del arbitraje, estas son algunas de las situaciones por las cuales el desarrollo de la institución del arbitraje ha sido prácticamente nulo.

Se hace alusión a las legislaciones que regulan desde hace muchos años, la institución del arbitraje en Centroamérica, estando entre estas, la legislación de Costa Rica, Nicaragua, El Salvador, Honduras, Guatemala y Panamá.

En la actualidad, la mayoría de países de América latina, a excepción de los países centroamericanos, han reformado o están en proceso de reforma de sus legislaciones y se encuentran tomando medidas tendientes a la transformación cultural de la sociedad en procura del desarrollo del arbitraje, situación que se ha ido logrando por la intervención y auspicio de organismos internacionales juntamente con la colaboración y compromiso asumido por las cámaras de comercio que están convencidas en la necesidad de impulsar la institución del arbitraje, siendo muestra de ello la creación de centros de arbitraje.

4.1. Antecedentes constitucionales del arbitraje en centroamérica.

Se remontan a la Constitución de Bayona de 1,808 y a la Constitución Política de la Monarquía Española de 1,812 conocida como la Constitución de Cádiz las cuales rigieron durante la época de dominación española. Esta última, reconocía el derecho de todo español de terminar sus diferencias por medio de jueces-árbitros y establecía la posibilidad de ejecutar las sentencias de los árbitros si en el compromiso las partes no se hubieran reservado el derecho de apelar.



En la época de independencia y durante el período en que los países centroamericanos se mantuvieron como Estados Federados se emitieron cuatro Constituciones Federales de las cuales rigieron únicamente tres.

Las constituciones de 1,824 y la de 1,835, reconocen la facultad inherente de toda persona para nombrar árbitros en cualquier estado del pleito y establece el carácter de inapelable de las sentencias dictadas por los árbitros si las partes no se hubieren reservado ese derecho. La constitución de 1898 no incorporó disposición alguna sobre arbitraje y la de 1921 solo contempló la posibilidad de los Estados de someter a arbitramento cuestiones pendientes de límites territoriales o sobre la validez o ejecución de sentencias o laudos anteriores a esta Constitución conocida como el Pacto de San José.

A continuación se hace una breve reseña de las Constituciones de los países centroamericanos que contemplan lo relacionado a la institución del arbitraje:

- En Costa Rica rige actualmente la Constitución Política que data de 1949. Dicha Constitución en su Artículo 43 establece que: " Toda persona tiene derecho de terminar sus diferencias patrimoniales por medio de árbitros, aún habiendo litigio pendiente."
- En el país de Honduras, se encuentra vigente la Constitución Política que data de 1982. Dicha Constitución regula en tres Artículos el arbitraje. El Artículo 15 lo que estipula al respecto es: "...Honduras proclama como ineludible la validez y obligatoria ejecución de las sentencias arbitrales y judiciales de carácter internacional.". Por su parte, el artículo 110 establece: " Ninguna persona natural que tenga la libre administración de sus bienes puede ser privada del derecho de terminar sus asuntos civiles por transacción o arbitramento.". Finalmente, el Artículo 139 establece: "El Estado tiene la obligación de promover, organizar y regular la conciliación y el arbitraje para la solución pacífica de los conflictos de trabajo."
- En El país de El Salvador rige actualmente la Constitución Política de 1,983, la cual sufrió reformas en 1991 y regula el arbitraje en su Artículo 23 que establece: "Se garantiza la libertad de contratar conforme a las leyes. Ninguna persona que tenga libre administración de sus bienes puede ser privada del derecho de terminar sus asuntos civiles y comerciales por transacción o por arbitramento. En cuanto a las que no tengan esa libre



administración, la ley determinará los casos en que puedan hacerlo y los requisitos exigibles.

- En nuestro país la Constitución Política vigente, que data de 1985 no contempla disposición alguna sobre arbitraje; pero es de vital importancia que se tome en consideración que el Artículo 203 de esta Ley fundamental, establece que “La justicia se imparte de conformidad con la Constitución y las leyes de la República”; de la simple lectura de este párrafo constitucional, se desprende que la justicia se impartirá también conforme a las leyes de la República, estando entre estas la Ley de Arbitraje, Decreto Número 67-95 del Congreso de la República de Guatemala.
- En lo que respecta al país de Nicaragua, su constitución política, no contempla disposición alguna sobre la institución del arbitraje.

En lo que respecta al país de Panamá, la única referencia en la Constitución Política, la encontramos en el artículo 195 inciso 4, que establece como función del Consejo de Gabinete el acordar conjuntamente con el Presidente de la República que este pueda transigir o someter a arbitraje los asuntos litigiosos en que el Estado sea parte, para lo cual será necesario el concepto favorable del Procurador General de la Nación.

4.2. Métodos alternativos de resolución de conflictos.

Esta clase de métodos constituyen instrumentos valiosos en la reconstrucción de procesos sostenibles de la convivencia social, a través de mecanismos que facilitan respuestas inmediatas y no violentas a la conflictividad social.

El arbitraje viene a ser uno de tantos métodos alternos de resolución de conflictos, por medio del cual las partes deciden de mutuo acuerdo someter sus divergencias a la decisión de árbitros a través del laudo arbitral, la cual tiene los mismos efectos de una sentencia dictada por un órgano jurisdiccional competente.



Resulta de vital importancia tomar en cuenta que tramitar un proceso legal ante un órgano jurisdiccional competente, requiere una gran inversión de tiempo y de recursos económicos, los cuales generalmente, no disponen las partes.

La utilización de los métodos alternativos de resolución de conflictos resultan ser, más simples, más rápidos, más efectivos y más económica y directa que la tramitación de un caso a través del sistema de justicia ordinario.

Los métodos de resolución de conflictos, favorecen la participación de las partes en el tratamiento y gestión de las diferencias que surjan y al mismo tiempo en la formulación de los acuerdos que contienen las reparaciones efectivas de los daños causados.

4.2.1. Métodos alternativos de resolución de conflictos más reconocidos.

Los métodos mas reconocidos son:

- La negociación.
- La mediación.
- La conciliación
- El arbitraje.

Los métodos anteriormente indicados, constituyen formas de intervención a los conflictos por mecanismos no violentos.

Las principales características de los métodos alternativos de resolución de conflictos son:

- La voluntariedad:
 - Entendida como la aceptación libre por las partes de someter su conflicto a cualquiera de los métodos anteriormente indicados.



- Son pacíficos:
 - Por cuanto el uso de algunos de estos métodos significa la prohibición de cualquier forma de violencia, privilegiando el dialogo, la comunicación y el respeto mutuo.

- Son de carácter civil:
 - Lo que significa que las partes involucradas son las principales actoras tanto de la aplicación del método como de la formulación del acuerdo.

- Buscan la solución del conflicto a través de la reparación efectiva del daño causado.

Al respecto se puede concluir en que los métodos alternativos de resolución de conflictos promueven enlaces de comunicación eficaces entre la sociedad civil y las instancias del Estado o Estados, logrando formas mas creativas y menos violentas de responder a la conflictividad imperante, con la participación activa de los ciudadanos de cada país.

4.3. El acuerdo arbitral

El análisis del tema del acuerdo arbitral comprenderá la distinción entre compromiso y cláusula compromisoria, la forma, contenido y autonomía de mismo.

Con respecto al tema de la distinción entre compromiso y cláusula compromisoria las legislaciones centroamericanas y de Panamá no han escapado a la misma.

La legislación de Costa Rica recogiendo en ese aspecto la orientación adoptada por la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) de 1985 a partir de la promulgación de la Ley sobre Resolución Alterna de Conflictos y Promoción de la Paz Social eliminó la distinción que estaba contemplada en el Código Procesal Civil de 1989. En ese sentido, dicha Ley optó por utilizar el término acuerdo arbitral.



No obstante esta nueva orientación, que le dio al tema la Ley sobre Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social, en el Código Civil que data de 1886 se mantienen vigentes los artículos 1386, 1390, 1391 y 1392 que regulan el compromiso.

El primero lo define, el segundo regula el desistimiento por mutuo acuerdo, el tercero lo regula como excepción previa y el último hace remisión a la aplicación de las reglas y limitaciones establecidas para la transacción al compromiso.

La autora Marcela Filloy Zerr, sostiene la importancia que al redactarse la nueva Ley sobre Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social, se debía de derogar los artículos anteriormente indicados, en virtud de estar recogidos los principios en las nuevas normas o por ser incompatible con los principios modernos en la materia como sería el caso del Artículo 1392.

Por su parte, la legislación del país de Honduras en el Código de Procedimientos Civil no hace mención de la cláusula compromisoria. En cuanto al compromiso el Código Civil no lo define, sin embargo si lo regula en el artículo.

En lo que respecta a la legislación del país de El Salvador, por una parte el artículo 61 del Código Procesal Civil, sólo menciona el compromiso como acuerdo arbitral y por otra el Artículo 1004 del Código de Comercio le otorga plena eficacia a la cláusula compromisoria.

Con respecto a nuestra legislación nacional, el acuerdo arbitral aún cuando puede adoptar la forma de compromiso o cláusula compromisoria esa distinción no tiene ninguna consecuencia jurídica. En este sentido la Ley de Arbitraje, Decreto número 67-95 del Congreso de la República, en su Artículo 4 se refiere en su inciso 1 al “Acuerdo de Arbitraje”. Por otra parte, el Artículo 54 hace una fusión de los conceptos a fin de no dejar lugar a dudas de la unificación de conceptos. Siendo la base de la legislación la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, se explica así que la misma haya unificado conceptos.

En cuanto a la legislación del país de Nicaragua, en el Código de Procedimientos Civiles no se regula la cláusula compromisoria ni la define. La mención más cercana a este concepto la



encontramos en el Artículo 967 cuando se refiere al asunto comprometido. En cuanto al compromiso lo encontramos regulado en diversos artículos de ese Código.

Llama la atención en este respecto, el Artículo 967 que aún cuando lo que regula es el acto del nombramiento del árbitro en su párrafo segundo y tercero lo que regula son aspectos propios del compromiso.

Por su parte, la legislación del país de Panamá en este tema que se rige por lo establecido por el Código Judicial. En este sentido, la legislación panameña vigente sigue la doctrina clásica y hace la distinción entre cláusula compromisoria y compromiso. Los Artículos 1412 párrafo segundo, 1413, 1414, 1419-A , 1421 párrafo primero y 1426 regulan la cláusula compromisoria y los Artículos 1412 párrafo primero, 1414, 1415, 1416 y 1417, 1421 y 1426 se refieren al compromiso. Interesante es hacer notar, que el Artículo 1421 cuando se refiere a la cláusula compromisoria utiliza el término "convenio arbitral" para referirse a la misma. Lo mismo se puede observar en el Artículo 1426.

No obstante a lo anteriormente indicado, la legislación panameña se encuentra en proceso de ser reformada en un futuro y busca ser aprobado un proyecto de Ley de una Ley General de Arbitraje de Panamá.

En cuanto a la forma que ha de adoptar el acuerdo arbitral, la legislación de la República de Costa Rica opta por la formula adoptada por la Ley Modelo. Esta Ley, desecha todo tipo de solemnidad y exige como único requisito que sea por escrito.

Por su parte, la legislación del país de Honduras en el Artículo 850 del Código de Procedimientos Civiles establece que el compromiso debe de constar en escritura bajo pena de nulidad. Los requisitos que debe de tener el compromiso se encuentran establecidos en distintas disposiciones.

Así tenemos que el Código de Procedimientos Civiles, en su Artículo 847 regula lo relativo al consentimiento y en el Artículo 851, establece bajo pena de nulidad, el contenido del compromiso.



En cuanto a la legislación del país de El Salvador, ésta contempla igualmente el requisito de que el compromiso debe de ser por escrito, pero además exige que el mismo sea en escritura pública, so pena de nulidad del arbitramento, en los casos en que la cuantía supere los doscientos colones salvadoreños.

En los casos en que la cuantía sea inferior a dicho monto, se exige que deba de hacerse constar por escrito, firmado por las partes y dos testigos.

En lo que respecta a nuestra legislación guatemalteca, ésta adopta el principio establecido en la Ley Modelo ya mencionado. En este sentido, la Ley de Arbitraje, Decreto número 67-95 del Congreso de la República en el Artículo 10 establece:" Artículo 10.- Forma del Acuerdo de Arbitraje: El acuerdo de arbitraje deberá constar por escrito y podrá adoptar la formula de un "compromiso" o de una "cláusula compromisoria", sin que dicha distinción tenga consecuencia alguna con respecto a los efectos jurídicos del acuerdo de arbitraje. Se entenderá que el acuerdo consta por escrito cuando este consignado en un documento firmado por las partes o en un intercambio de cartas, télex, 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. La referencia hecha en un contrato a un documento que contiene una cláusula arbitral constituye acuerdo de arbitraje siempre que el contrato conste por escrito y la referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato.

En este tema, la legislación de Nicaragua también exige acuerdo por escrito y en caso de que el asunto comprometido excede de quinientos córdobas el nombramiento del árbitro deberá de hacerse mediante escritura pública o acta ante Juez de distrito de lo civil o local de lo civil.

La legislación del país de Panamá, en lo que respecta, en el Artículo 1412 del Código Judicial, establece que : "...Las partes podrán incluir asimismo en un convenio por escrito una disposición para el arreglo mediante árbitros o arbitradores de cualquier controversia que en el futuro surgiere entre ellos respecto a dicho convenio o en relación con el mismo...". Además de la formalidad de tener que ser por escrito, el Artículo 1415 del mismo cuerpo legal establece el requisito de escritura pública, documento privado o acta ante un Juez.



En este aspecto, el Proyecto de Ley en su Artículo 9 coincide con la Ley Modelo, en que el acuerdo arbitral debe constar por escrito y concuerdan en lo que debe de entenderse por forma escrita. Sin embargo, no admite como si lo hace la Ley Modelo que el acuerdo arbitral pueda quedar formalizado tácitamente en el momento en que una parte afirme la existencia del mismo y no sea negada por la otra.

Para que el contenido de un acuerdo arbitral sea considerado válido, las distintas legislaciones comentadas, como se verá, establecen diversos requisitos que debe de tener el compromiso.

Aunque existe una cierta uniformidad en el tratamiento del tema, existen variantes en las consecuencias jurídicas que la falta de alguno de los requerimientos pueda acarrear. Sin embargo, en lo que sí son plenamente coincidentes es en la necesidad de que exista la voluntad expresa de las partes de someter su diferencia a la decisión de árbitros.

En lo que respecta al país de Costa Rica, la Ley sobre Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social no contiene disposición alguna que concretamente establezca requisitos que debe de contener el acuerdo arbitral, como si sucede en algunas de las otras legislaciones tratadas. La metodología utilizada por dicha ley, es la de suplir la voluntad de las partes cuando éstas no hayan acordado lo relativo al nombramiento de árbitros, legislación aplicable, procedimiento aplicable, lugar de arbitraje, entre otros.

La legislación referida siguiendo en esto las normas relativas al procedimiento arbitral de la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) hace la distinción entre acuerdo arbitral y el requerimiento el cual debe contener los requisitos que establece el Artículo 43 de dicha Ley, con la diferencia de que las Normas Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) se refieren a notificación del arbitraje.

En lo que concierne a la legislación del país de Honduras, el Artículo 847 del Código de Procedimientos Civiles requiere el consentimiento unánime de todas las partes interesadas. Por su parte, el Artículo 851 del mismo Código establece que: "La escritura de compromiso habrá de contener precisamente bajo pena de nulidad:



1. Los nombres, profesión y domicilio de los que la otorgan.
2. Los nombres, profesión y domicilio de los árbitros.
3. El negocio que se someta al fallo arbitral, con expresión de las circunstancias.
4. El plazo en que los árbitros hayan de pronunciar la sentencia.
5. La estipulación de una multa que deberá pagar la parte que deje de cumplir los actos indispensables para la realización del compromiso.
6. La designación del lugar en que habrá de seguirse el juicio.
7. La fecha en que se otorgue el compromiso.

En cuanto a la legislación del país de El Salvador, el Artículo 61 del Código de Procedimientos Civiles establece que el nombramiento de árbitros debe de hacerse en escritura de compromiso en la cual se designe el objeto del litigio, las personas elegibles por las partes y las facultades que se le conceden, so pena de nulidad del arbitramento.

Por su parte nuestra legislación guatemalteca, la cual sigue los principios de la Ley Modelo, no establece requisitos de contenido para el acuerdo arbitral. No obstante, el Artículo 10 inciso 3 de la Ley de Arbitraje, Decreto número 67-95 del Congreso de la República establece, para el caso de acuerdos de arbitraje incorporados a contratos mediante formularios o mediante pólizas, el requisito de que se incorpore la leyenda "ESTE CONTRATO INCLUYE UN ACUERDO DE ARBITRAJE, en caracteres destacados, claros, fijos y precisos.

En este sentido, la legislación del país de Nicaragua en el Artículo 967 del Código de Procedimiento Civil establece en su párrafo segundo que en el documento en donde se haga el nombramiento de árbitros deberá de expresarse el nombre y apellido, oficio o profesión de las partes litigantes; el nombre y apellido del árbitro nombrado; el asunto sometido al juicio arbitral; las facultades que se confieren al árbitro y el lugar y tiempo que deba desempeñar sus funciones. La falta de alguno de los primeros tres requisitos invalida el nombramiento del árbitro.

La legislación del país de Panamá, establece en este tema y en lo que interesa, en el Artículo 1415 del Código Judicial de la República de Panamá, que: " el compromiso debe de contener:

1. El asunto sobre el cual versa el compromiso;



2. Los nombres de la persona o personas a quienes se somete la controversia;
3. El carácter que se da a dicha persona o personas conforme el Artículo 1432; y,
4. El tiempo dentro del cual deben de fallar.

En cuanto a este punto, el Artículo 10 del Proyecto de Ley General de Arbitraje de Panamá, modifica lo establecido por el Código Judicial. Primero, ya no hace alusión de compromiso sino de convenio arbitral y segundo no hace una lista de requisitos que debe de contener el mismo, sino que establece en el Artículo 10 un mínimo de contenido para ser eficaz. En ese sentido, dispone que el acuerdo arbitral deba de tener como mínimo la forma de designación de los árbitros y las reglas de procedimiento.

Sobre la autonomía de la cláusula arbitral, la doctrina predominante en el tema viene sosteniendo la autonomía o separabilidad de la cláusula arbitral respecto del contrato del cual forma parte. En este aspecto, el Proyecto sigue sustancialmente la definición de la Ley Modelo con la diferencia que esta última lo llama "acuerdo de arbitraje".

Es importante resaltar que en tema de arbitraje, las legislaciones de Costa Rica y de Guatemala siguen el principio recogido en la Ley Modelo y han incluido en sus leyes el principio de autonomía o separabilidad de la cláusula arbitral.

En cuanto a las legislaciones de Honduras, El Salvador, Nicaragua y Panamá, éstas no reconocen expresamente en su normativa el principio de autonomía o separabilidad del acuerdo arbitral.

En el caso de la legislación del país de Panamá, tampoco se observa que el Proyecto de Ley haga reconocimiento expreso de la doctrina de la separabilidad de la cláusula arbitral no obstante de estar este contenido de los principios contenidos en la Ley Modelo.

4.4. Materia arbitrable.

Al respecto las tendencias legislativas en materia de arbitraje, pueden reducirse básicamente a dos; las que se inclinan por hacer una lista, ya sea abierta o cerrada, de las materias que no son arbitrables y las que optan por definir lo arbitrable.



En este sentido, la legislación del país de Costa Rica opta por definir lo arbitrable. Al respecto, el Artículo 18, párrafo segundo de la Ley sobre Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social establece que: " Podrán someterse a arbitraje las controversias de orden patrimonial, presentes o futuras, pendientes o no ante los tribunales comunes, fundadas en derechos respecto de los cuales las partes tengan plena disposición y sea posible excluir la jurisdicción de los tribunales comunes."

Como puede observarse, esa Ley, a diferencia de la mayoría de las legislaciones que siguen este sistema y que se limitan a definir, que es arbitrable lo disponible o lo patrimonial, establece tres características que debe tener la materia arbitrable. Es así, que para que un asunto sea arbitrable, este debe de tener carácter patrimonial, ser disponible y que se pueda excluir de la jurisdicción de los tribunales comunes.

En cuanto a la legislación del país de Honduras, el Artículo 118 de la Ley de Organización y Atribuciones de Tribunales señala que no podrán resolverse por árbitros:

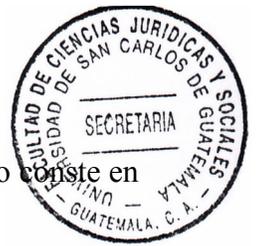
- 1.- Las causas criminales en ningún caso.
- 2.- Los asuntos civiles en que deba ser oído el Ministerio Público.

Por su parte el Artículo 847 del Código de Procedimientos Civiles establece que "Toda contestación entre partes, antes o después de deducido en juicio, y cualquiera que sea su estado, puede someterse a juicio arbitral o al de amigables componedores, por voluntad de todos los interesados, si tienen aptitud legal para contraer compromiso.

No pueden someterse a la decisión de árbitros ni a la de amigables componedores, las cuestiones en que deba de intervenir el Ministerio Fiscal, salvo los casos en que la ley lo establezca expresamente."

En lo que respecta a la legislación del país de El Salvador, el Artículo 1004 párrafo primero del Código de Comercio dispone que: " Es válida la cláusula compromisoria en que las partes se obliguen a someter a la decisión arbitral, todas o algunas de las diferencias que hayan surgido o

podieren surgir entre ella, con relación a un negocio de naturaleza mercantil, aunque no ~~conste en~~ escritura pública."



Por su parte, el Artículo 64 del Código de Procedimientos Civiles hace una lista de asuntos que no pueden sujetarse a juicio de árbitros o arbitradores. En ésta lista encontramos : "1) Las causas sobre intereses fiscales y las de establecimientos públicos, salvo las que procedan de contratos en que haya estipulado el arbitramento; 2) Las de beneficencia; 3) Las de divorcio; 4) Las de donaciones o legados para alimentos, habitación o vestido; 5) Las del estado civil de las personas; 6) Las de aquellas personas naturales o jurídicas, que no pueden representarse a sí mismas, sino en los casos y con las formalidades prescritas en el Código Civil, salvo las excepciones legales".

Con relación a este tema nuestra legislación guatemalteca, establece en su Artículo 3 inciso primero de la Ley de Arbitraje, Decreto número 67-95 del Congreso de la República, que es arbitrable todo sobre lo que se tenga libre disposición conforme a derecho. A su vez, el inciso tercero de dicho artículo enumera que no puede ser objeto de arbitraje, a saber, 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; los casos en que este prohibido por ley o se haya señalado un procedimiento especial.

En cuanto a la legislación del país de Nicaragua, ésta utiliza una lista negativa estableciendo en el Artículo 963 párrafos primero y último del Código de Procedimiento Civil que : " No podrán ser sometidas a las resoluciones de árbitros, las cuestiones que versen sobre alimentos, divorcio, ya sea voluntario o forzoso, separación de cuerpos, nulidad del matrimonio, estado civil de las personas; declaraciones de mayor de edad, y en general, las causas de aquellas personas naturales o jurídicas que no pueden representarse a sí mismas: en estos casos se atenderá a las formalidades prescritas en la ley respectiva para efectuar el arbitramento."

"Tampoco podrán someterse a la decisión de árbitros, las causas en que debe ser parte necesaria el Ministerio Público, ni las que susciten entre un representante legal y su representado".



Cabe destacar, que el párrafo segundo del citado artículo permite al Estado y los Municipios someter sus diferencias a arbitramento sin necesidad de autorización previa.

En este tema, la legislación del país de Panamá, en el Artículo 1412 párrafo primero establece que toda controversia entre partes, con excepción de las mencionadas en el título XII. Libro IV del Código Civil, pueden ser sometidas a la decisión de árbitros o arbitradores. No obstante lo anterior, no debe de haberse dictado sentencia de primera instancia y la materia no debe de estar indisolublemente unida a otra que no lo sea.

4.5. Composición del tribunal arbitral.

En este tema se toma en cuenta los requisitos que deben tener las personas nombradas para la composición de un tribunal arbitral y la forma de su designación.

Las legislaciones en estudio coinciden en reconocer a las partes la facultad para designar los árbitros para lo cual pueden establecer sus propias normas, acogerse a lo dispuesto a la ley o delegar en un tercero, en la práctica casi siempre una institución arbitral, la designación. Sin embargo, esa libertad no es plena ya que las distintas leyes que regulan el tema establecen requisitos en cuanto al número y a las condiciones de los árbitros entre otros.

La legislación del país de Costa Rica, al respecto, regula el tema en los Artículos 24 a 30 de la Ley sobre Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social. Dichas normas permiten a las partes la libre designación de los árbitros y suple la voluntad de las partes cuando ésta no haya hecho referencia a la forma de designación. No obstante lo anterior, dicha Ley contempla una serie de requisitos que no pueden ser modificados por las partes. Entre los más importantes, cabe resaltar el hecho de que los tribunales colegiados tendrán un mínimo de tres árbitros y si se designara un tribunal con un número mayor de árbitros, el número de integrantes debe de ser siempre impar; los árbitros no pueden tener nexos con las partes o sus apoderados o Abogados; que los árbitros de derecho deben siempre ser Abogados con un mínimo de cinco años de incorporados al Colegio de Abogados.



Cuando las partes no se pongan de acuerdo en la designación o no hayan contemplado la forma de hacerla en el acuerdo arbitral, la Ley suple la voluntad de las partes distinguiendo si el tribunal es unipersonal o colegiado. También, regula los casos en que la designación de un árbitro haya sido delegada a un tercero y el caso en que este no lo haga en el plazo correspondiente.

Es interesante hacer notar, que la Ley, aún cuando admite que un tribunal colegiado pueda tener más de tres integrantes, no regula como se procede en caso de que las partes no establezcan su forma de nombramiento. Creo, que es importante subsanar ese vacío ya que de no aplicarse analógicamente el principio recogido en el Artículo 28, a saber que las partes equitativamente nombren los número pares y estos el impar, el tribunal no podría constituirse y por ende el arbitraje llevarse acabo.

Por su parte, la legislación del país de Honduras también se permite a las partes acordar la composición del tribunal arbitral. Sin embargo, establece una serie de requisitos que las partes deben de observar, por lo que la libertad de las partes es restringida. Entre los requisitos que cabe destacar están de que los árbitros de derecho necesariamente han de ser Abogados en pleno ejercicio de los derechos civiles; el número de árbitros debe siempre ser impar y no puede sobrepasar de tres árbitros; los amigables componedores han de ser varones mayores de edad que se hayan en pleno goce de los derechos civiles y que sepan leer y escribir.

Además, la legislación hondureña exige, bajo pena de nulidad, que la escritura de compromiso contenga los nombres, profesión y domicilio de los árbitros. En este sentido, es importante hacer notar que la legislación hondureña no exige que los árbitros sean necesariamente de esa nacionalidad.

Finalmente, con respecto a la designación de los árbitros, es importante resaltar el efecto que tiene la no aceptación de un árbitro, o su fallecimiento, a saber, dejar sin efecto el compromiso cuando las partes no se ponen de acuerdo para su reemplazo. Lo anterior, no es más ni menos que una puerta abierta que permite a la parte que no tenga interés en el arbitraje, evadir el mismo.

En lo que respecta a la legislación de El Salvador, el tema se encuentra regulado tanto en el Código de Comercio como en el Código de Procedimientos Civiles. Al igual que las demás



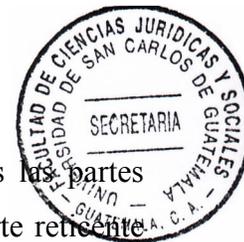
legislaciones en estudio, la legislación salvadoreña le confiere a las partes la posibilidad de designar los árbitros. Dicha facultad esta igualmente, limitada por los requerimientos de la ley

En este sentido, cabe destacar que los árbitros han de ser mayores de veintiún años, residentes en la República y que sepan leer y escribir, no ser Magistrados o Jueces de Primera Instancia; que el nombramiento de árbitros ha de hacerse en escritura pública, so pena de nulidad, cuando la cuantía del pleito no exceda de doscientos colones y en documento simple ante la presencia de dos testigos cuando la cuantía sea a ese monto.

En cuanto al número de árbitros es importante destacar la falta de claridad del Artículo 1006 del Código de Comercio que rige a falta del convenio de las partes sobre el número de árbitros y su forma de designación. Por una parte, liga el número de árbitros a la forma de designación, y por otra pareciera en un principio que a falta de acuerdo fija el número de árbitros en tres, pero en el segundo párrafo presume la existencia de varias partes, no solo dos, con lo que no es coincidente con el párrafo primero. Para confundir aún más, la norma en el párrafo primero, establece que las partes que representan un mismo interés designarán a uno de los árbitros.

Nuestra legislación guatemalteca, regula la composición del tribunal arbitral en el capítulo III de la Ley de Arbitraje, Decreto número 67-95 del Congreso de la República, otorga la plena libertad de las partes para determinar el número de árbitros y el procedimiento para su nombramiento. A su vez, establece normas que suplen la voluntad de las partes para el caso que no se haya convenido nada al respecto. Nuestra legislación en este tema, incorpora en su totalidad los principios establecidos en la Ley Modelo. Los requerimientos que establece la ley son mínimos y se limitan a establecer que sean personas individuales y que estén en pleno ejercicio de sus derechos civiles; que no sean miembros del Organismo Judicial y que no tengan con las partes o la controversia alguna relación que pueda originar la posibilidad de abstención, excusa o recusación. Cabe destacar que la Ley de Arbitraje siguiendo en eso a la Ley Modelo concretamente establece que la nacionalidad no será un obstáculo para ser árbitro, salvo que exista acuerdo en contrario.

En cuanto a la legislación de Nicaragua, ésta permite a las partes la libertad de designar de los árbitros. Dicha legislación aunque si establece el número de árbitros no regula el procedimiento



para su nombramiento. Ello, por cuanto exige el consentimiento unánime de todas las partes interesadas en el litigio y no contempla la posibilidad de que la voluntad de una parte reticente sea suplida por un tercero, salvo el caso en que se hayan nombrado dos árbitros y las partes no se pusieren de acuerdo en el nombramiento de un tercero en discordia ni dieren a los árbitros la autorización para hacerlo o habiéndosela dado éstos no se pusieren de acuerdo, el tercero será nombrado por la justicia ordinaria. Esta circunstancia, le quita eficacia al arbitraje ya que si no hay consentimiento unánime de los árbitros éste no podrá llegar a realizarse.

Cabe destacar que la legislación nicaragüense permite el nombramiento de dos árbitros. Cuando se da esa circunstancia, las partes podrán nombrar a un tercero que dirima las discordias que pudieren suscitarse entre ellos. También se puede dar el caso de que las partes autoricen a los árbitros para que nombren un tercero en discordia.

En cuanto a los requerimientos legales que están fuera de la voluntad de las partes, cabe resaltar que se requiere ser mayor de veintiún años con libre administración de sus bienes; saber leer y escribir; los árbitros de derecho requieren ser Abogados; que no puedan ser nombrados árbitros el Juez que estuviere conociendo del litigio ni las personas que litigan como partes; el de que si se nombran más de dos árbitros el número de ellos siempre deberá de ser siempre impar;

Finalmente, se ha de indicar que la legislación en comentario dispone que el documento en que se haga el nombramiento de árbitros debe de contener el nombre y apellido del árbitro nombrado, so pena de que el nombramiento resulte inválido.

La legislación de Panamá, al igual que las otras legislaciones objeto de estudio, otorga a las partes la facultad de nombrar los árbitros ante los cuales se somete la controversia. Dicha libertad se puede ejercer dentro de los límites de los requisitos que establece la ley y respecto de los cuales se ve restringida la autonomía de la voluntad. En ese sentido, según el Código Judicial panameño los únicos requerimientos para el nombramiento de árbitros o arbitradores son que éste recaiga en persona capaz de disponer de sus bienes por sí misma y en el caso del árbitro de derecho que sea Abogado. La legislación no hace referencia de ningún otro requerimiento de nacionalidad o edad como si lo hacen otras de las legislaciones comentadas.



El cuanto al número de árbitros o arbitradores, las partes pueden libremente designar uno o más árbitros. En el caso de que designen un número par, los árbitros o arbitradores designados en la primera sesión deberán de nombrar el árbitro o arbitrador que sea necesario para que el tribunal quede integrado en un número impar.

En cuanto a la forma de designación de los árbitros o arbitradores rige la voluntad de las partes con las limitaciones comentadas. Al igual que sucede en las otras legislaciones, a falta de convenio la ley regula la forma de designación de los árbitros o arbitradores. Es así, que si el convenio no determina la manera como debe de hacerse la elección de los miembros del Tribunal arbitral, se entenderá que cada uno de los interesados tiene derecho a nombrar uno y que los dos designados deberán elegir el tercero. La legislación panameña, adicionalmente, tratando de evitar que el arbitraje se vea frustrado por la negativa de alguna de las partes en nombrar el árbitro o arbitrador y así constituir el tribunal, ha regulado este aspecto permitiendo su nombramiento por parte del tribunal o del juez.

Como hemos venido refiriendo en este análisis comparativo, en Panamá se encuentra en discusión un Proyecto de Ley General de Arbitraje de Panamá. En el tema que nos ocupa, dicho Proyecto sigue la regla común en la materia de permitir a las partes la libre determinación del número de árbitros y el procedimiento para su designación, dentro de las limitaciones establecidas en la ley. Igualmente, suple la voluntad de las partes cuando esta es omisa. Dentro de las limitaciones que vale destacar, está la de que el tribunal arbitral sólo puede estar constituido por uno o tres árbitros. En cuanto a las reglas de composición del tribunal arbitral el Proyecto recoge con algunas particularidades, como es la del número de árbitros, los principios de la Ley Modelo.

4.6. Análisis comparativo entre legislaciones Centroamericanas respecto a las medidas cautelares provisionales en el arbitraje.

El tema de la adopción de medidas cautelares por parte del tribunal arbitral es uno de los temas más controvertidos a nivel doctrinal y académico. Razones culturales y jurídicas han impedido, que aún en países en que se ha dado un verdadero deseo de modernizar la legislación



relativa al arbitraje, se rompa con el mito de que solo los tribunales comunes deben ser los llamados a tomar ese tipo de medidas así como a ejecutar las mismas.

En este sentido, la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sentó las pautas para que se desarrollen las legislaciones y permitan al tribunal tomar esas medidas y en el Artículo 17, salvo acuerdo de las partes en contrario, le otorga al tribunal arbitral la facultad del ordenar medidas provisionales cautelares, a petición de una de las partes. Incluso, concedió al tribunal arbitral la facultad de exigir garantías apropiadas en conexión con esas medidas. Además, estableció para el caso de que las partes soliciten tales medidas directamente, antes o durante el proceso arbitral, que ello no implica una renuncia al proceso arbitral.

Considero que la postura que recoge la Ley Modelo es la correcta si realmente queremos desjudicializar el arbitraje, y desarrollar la institución.

En el caso de la república de nuestro hermano país, Costa Rica, la Ley sobre Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social no acogió los principios en la materia consagrados por la Ley Modelo pero permitió que las partes y que el mismo tribunal, de oficio o a instancia de parte, puedan solicitar en cualquier etapa del proceso a la autoridad judicial competente medidas cautelares. También, al igual que la Ley Modelo, estableció que la solicitud a una autoridad competente para que decrete una medida cautelar no es incompatible con el arbitraje.

La legislación procesal del país de Honduras no contempla ninguna disposición que permita al tribunal arbitral tomar medidas precautorias y el único facultado para decretarlas es el Juez común.

Por su parte, la legislación de país de El Salvador tampoco hace referencia al tema, ni en el Código de Comercio ni el Código de Procedimientos Civiles. Sin embargo, es interesante notar que dado que el Artículo 61 del Código de Procedimientos Civiles establece en el documento de nombramiento de árbitros, que este sea en escritura pública o documento simple, se ha de establecer so pena de nulidad, las facultades que se le conceden, cabría sostener que las partes



podrían otorgar esa facultad a los árbitros. Sin embargo, creo que razones de índole cultural así como por los cuestionamientos de índole jurídica que surgirían para hacer efectiva la medida haría que las partes sean reticentes en acordar esas facultades.

En lo que respecta a nuestra legislación guatemalteca, esta adoptó los principios contenidos en la Ley Modelo de la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) y en el inciso primero del Artículo 22 de la Ley de Arbitraje, estableció la facultad de tribunal arbitral, salvo acuerdo en contrario de las partes, y a petición de una de ellas, para ordenar la adopción de medidas cautelares que estime necesarias respecto del litigio. Igualmente, salvo pacto en contrario de las partes, éstas o los árbitros podrán requerir del tribunal común competente el decreto o levantamiento de providencias cautelares que deban de ser cumplidas por terceros o bien, para que obligue coactivamente a una de las partes a cumplir con una providencia cautelar decretada. Asimismo, salvo que exista acuerdo en contrario de las partes, cualquiera de estas podrá solicitar del tribunal común competente las providencias cautelares que estime conveniente para asegurar su derecho. El uso de esa facultad antes o durante las actuaciones arbitrales no se entenderá como renuncia del acuerdo de arbitraje.

La legislación del país de Nicaragua, al respecto, no contiene disposición al respecto. Sin embargo, es importante hacer notar que el Artículo 967 inciso 4 párrafo segundo del Código de Procedimiento Civil podría permitir a las partes otorgar facultades a los árbitros para dictar medidas cautelares así como para ejecutarlas. No obstante, creo que habría reticencia en reconocerle valor a esa facultad en caso de que se llegue a discutir su aplicación.

En el caso de la legislación del país de Panamá, la única referencia que se relaciona con el tema la encontramos en el Artículo 1441 del Código Judicial cuando dispone: " La parte en cuyo favor se dicto el laudo puede obtener medidas cautelares, conforme al Artículo 1157".

En este tema, el Proyecto de Ley General de Arbitraje de Panamá, salvo acuerdo en contrario de las partes, permite al tribunal arbitral, a petición de una de ellas, adoptar medidas provisionales o cautelares que considere oportunas en orden al aseguramiento del objeto del proceso y para la ejecución de las mismas, el tribunal arbitral puede pedir el auxilio de las autoridades judiciales correspondientes. Las partes también podrán pedir la adopción de medidas provisionales o



cautelares a una autoridad judicial. Tanto la solicitud por cualquiera de las partes como la concesión de tales medidas por parte del tribunal competente, no se entenderá como renuncia al arbitraje pactado.





CAPÍTULO V

5. Necesidad de dotar de facultades a los árbitros para decretar y ejecutar providencias cautelares sin intervención de un órgano jurisdiccional competente.

5.1. Análisis.

Tomando en consideración que la institución del arbitraje como método alternativo de solución extrajudicial, debe de evolucionar de forma adaptable, según las exigencias sociales, resulta importante analizar la intervención de los tribunales arbitrales en cuanto a decretar o ejecutar providencias cautelares sin intervención de un órgano jurisdiccional competente, en procedimientos que son sometidos a su conocimiento por las partes que así lo hayan acordado.

Al respecto considero que debe de tomarse en cuenta que si la decisión final de un tribunal arbitral (laudo arbitral), es ejecutado por los jueces ordinarios, porque no dotar de facultades necesarias a los árbitros para que puedan estos ordenar y ejecutar providencias cautelares sin intervención de un órgano jurisdiccional competente, ya que la orden y ejecución de las mismas, tan solo tienen como fin asegurar que el laudo que se dicte, pueda cumplirse; ya que el dictado de una medida cautelar es un accesorio de las cuestiones que las partes someten a consideración del tribunal arbitral, pues su finalidad es asegurar los derechos a debatir, y no tienen carácter autónomo sino que actúan como una garantía para que el resultado del proceso pueda concretarse y que no quede tan solo en forma declarativa de derechos.

Por lo anteriormente indicado, considero que las medidas o providencias cautelares deben estar comprendidas dentro de aquellas cuestiones respecto de las cuales los árbitros tienen jurisdicción, tomando en cuenta para dictarlas la regla que es competente “el que deba de conocer en el proceso principal” en virtud de que el titular de un órgano jurisdiccional o juez ordinario no debería de tener competencia en una cuestión accesoria, pues resulta ser que el proceso o procedimiento principal de arbitraje incluyendo sus incidencias es de total conocimiento del arbitro o tribunal arbitral, existiendo también otra razón mas que hace creer que la facultad o



jurisdicción que tiene un juez ordinario de conocer sobre decretar o levantar providencias cautelares, le ha sido quitada por las partes, al decidir estas ultimas, someter a conocimiento de un tribunal arbitral sus diferencias.

No obstante a ello resulta importante hacer énfasis en que si un juez de carácter ordinario, carece de competencia para resolver el fondo del proceso arbitral, debería de abstenerse a este de conocer y decidir sobre decretar o ejecutar providencias cautelares, ya que si bien es cierto que los tribunales arbitrales carecen de imperium, no debería de perjudicar la obligatoriedad de sus decisiones, si el laudo indiscutiblemente es asimilado a una sentencia judicial idénticos efectos debe tener una resolución que revestiría el carácter de interlocutoria.

Lo anteriormente indicado serviría de base para que a los árbitros o tribunales arbitrales, se les pueda otorgar potestad de evaluar la procedencia o improcedencia de las providencias cautelares solicitadas por las partes en el proceso, ya que debería ser atribución exclusiva de los árbitros examinar la probabilidad en el derecho y el peligro en la demora, determinar la extensión de la medida y de la garantía que se requiere del solicitante, resolver sobre el levantamiento o sustitución y eventuales peticiones de ampliación o mejora con relación a la misma y a la vez puedan disponer otorgar una medida distinta de la solicitada o limitarla, debiendo tomarse en cuenta la importancia y la naturaleza del derecho que se intenta proteger.

Debe tomarse en cuenta que esto se lograría a través de una reforma a la actual Ley de Arbitraje, Decreto numero 67-95 del Congreso de la República de Guatemala, en lo que respecta a facultar a los árbitros para ordenar y ejecutar providencias cautelares (incluso providencias cautelares que necesitan la intervención de un tercero), de ello proviene la necesidad de dotarlos de facultades para decretar y ejecutar providencias cautelares sin intervención de un órgano jurisdiccional competente, en virtud de que la normativa procesal no debe verse como un impedimento al árbitro para resolver sobre la procedencia de una medida cautelar, sino como la prohibición de ponerla en ejecución forzada por si mismo, debido a que carece de la facultad de ejecución, por tal situación si se haría necesario recurrir ante un juez competente, en virtud de que es el único que de manera coercitiva puede hacer que se cumpla o ejecute la providencia cautelar ordenada por el tribunal arbitral por estar este último revestido de la facultad de



ejecución, la cual podrá hacer que se cumpla, incluso empleando la utilización de la fuerza pública.

Respecto a las medidas cautelares que deben de ser realizadas por un tercero (ejemplo: i. La anotación o embargo que deba realizarse sobre bienes muebles e inmuebles el Registrador de la Propiedad; ii. El tercero en poder de los bienes objeto de secuestro; iii. Al deudor a quien se le ordena abstenerse de pagarle a su acreedor, etcétera.) bastaría que el tribunal arbitral o arbitro ordene la providencia cautelar y mande a ejecutarla, solicitando para su diligenciamiento al órgano jurisdiccional competente que el libre el oficio o despacho al o los lugares que corresponda, para el solo efecto de que la medida ordenada pueda ser diligenciada coercitivamente si alguna de las partes o el tercero se negare a cumplirla y en dado caso eso ocurriera, podría ser factible que se certificara lo conducente a un órgano jurisdiccional con competencia penal por el delito de desobediencia, contra el tercero que se negare a ejecutar la providencia cautelar ordenada por el tribunal arbitral.

Tomando en consideración lo anteriormente expuesto, estoy convencido que para poder revestir de facultad suficiente al arbitro o árbitros, para que estos decreten y ejecuten las providencias cautelares que sirvan para resguardar los derechos de las partes que se vean amenazados o evitar un perjuicio inminente o simplemente garantizar la efectividad de un laudo arbitral, se hace necesario, reformar la Ley de Arbitraje, Decreto numero 67-95 del Congreso de la República de Guatemala, principalmente sobre el Artículo 22; la reforma al Artículo en mención podría realizarse en el siguiente sentido:

Artículo 22.- Facultades del tribunal arbitral de ordenar y ejecutar providencias cautelares.

1.- Salvo acuerdo en contrario de las partes, el tribunal arbitral podrá, a instancia de parte o si este considerare necesario resguardar un derecho que se halle amenazado por un perjuicio inminente o irreparable, podrá ordenar y ejecutar providencias cautelares: i) que tengan relación con las partes respecto del objeto del litigio o cuando las mismas deban de ser ejecutadas por terceros; ii) solicitar a un órgano jurisdiccional competente que libre el



oficio o despacho al o los lugares que correspondan, para el solo efecto de que la medida ordenada pueda ser diligenciada coercitivamente y proceda a fijar plazo para su ejecución y si alguna de las partes o el tercero se negare a cumplirla, se certifique lo conducente en su contra a un órgano jurisdiccional con competencia penal por el delito de desobediencia, por la negativa a ejecutar la providencia cautelar ordenada por el tribunal arbitral.

2.- El tribunal arbitral podrá exigir de cualquiera de las partes que haya solicitado la providencia, una garantía suficiente para caucionar su responsabilidad en conexión con tales medidas, como requisito para otorgar la medida cautelar requerida.

3.- La parte contra quien se dicte la providencia cautelar podrá pedir la suspensión de esta, si rinde o acredita caución suficiente ante el tribunal.

4.- El tribunal arbitral deberá examinar la probabilidad en el derecho y el peligro en la demora, determinar la extensión de la medida y de la contra cautela que se requiere del solicitante, resolver sobre el levantamiento o sustitución y los eventuales pedidos de ampliación o mejora según las circunstancias que lo justifiquen.



CONCLUSIONES

1. El arbitraje es un medio idóneo para resolver conflictos de carácter mercantil en una forma ágil y eficaz, acordando las partes por esta forma de heterocomposición, trasladar la decisión a particulares o a una institución, quienes pondrán fin a la controversia, sin necesidad de iniciar litigio ante un órgano jurisdiccional competente.
2. Los tribunales arbitrales en ejercicio de su actuación ejercen facultades para juzgar, en virtud de que conocen y resuelven las controversias que les son sometidas a su conocimiento por las partes, sin embargo los tribunales arbitrales cuentan con ciertas limitaciones entre estas están las de decretar y ejecutar providencias cautelares, ya que según nuestra ley vigente, los árbitros salvo acuerdo entre las partes pueden decretar medidas cautelares que tengan relación con el objeto del litigio, pero estas no pueden ser decretadas, cuando deban ser cumplidas por terceros o cuando no exista voluntad por una de las partes para su cumplimiento, situación que obliga su cumplimiento de forma coactiva, debiendo solicitarse el auxilio a un órgano jurisdiccional competente para que las decrete y ejecute, lo cual hace inminente el riesgo de derecho amenazado entre el tiempo del otorgamiento de la providencia y su ejecución.
3. El órgano jurisdiccional competente, según la Ley de Arbitraje vigente, que a solicitud del arbitro decreta una providencia cautelar, lo hace sin conocer el fondo del asunto, el árbitro por el contrario conoce de todas las circunstancias e incidencias anteriores al otorgamiento de la providencia cautelar.
4. El arbitraje, además de ser de beneficio para las partes en desacuerdo, completa la tarea de administrar justicia, no desafiando a los tribunales de orden común, sino contribuyendo a descargar el volumen de conflictos sometidos a los mismos.
5. Al solicitarse la intervención de un órgano jurisdiccional competente para la ejecución de una providencia cautelar, se corre el riesgo que el derecho que se ve amenazado de un perjuicio, se produzca debido al atraso que sufren los expedientes al ser sometidos a la justicia ordinaria.





RECOMENDACIONES

1. Para el efectivo cumplimiento de las providencias cautelares, resulta importante que al momento de que el tribunal arbitral, ponga en conocimiento de un órgano jurisdiccional la medida precautoria ordenada, este último deba de apegarse a los plazos establecidos en la legislación, para la prestación del auxilio judicial, tramitando la petición con prioridad sobre otros asuntos, de forma rápida y eficaz.
2. Se hace necesario la creación de órganos jurisdiccionales de competencia exclusivamente mercantil, en virtud de que en la actualidad un mismo órgano jurisdiccional posee competencia civil y mercantil, lo cual hace tardía la resolución de las peticiones que se someten a su conocimiento.
3. Se dote de facultades a los arbitros para decretar y ejecutar providencias cautelares sin intervención de un órgano jurisdiccional competente, con el ánimo de que la providencia o medida decretada, no pierda su naturaleza jurídica de protección al derecho que se vea amenazado o garantice la ejecución del laudo arbitral en su caso.
4. Que se otorgue a los arbitros o tribunales arbitrales, la facultad de evaluar la procedencia o improcedencia de decretar las providencias cautelares solicitadas por las partes en el proceso, incluso las medidas que deban ser ejecutadas por terceros, debido a que tienen conocimiento pleno de las incidencias acontecidas en el procedimiento y son los que realmente pueden examinar la probabilidad en el derecho, el peligro en la demora y determinar la extensión de la medida y garantía que se requiere del solicitante.
5. Se provea de facultades a los arbitros para decretar y ejecutar providencias cautelares sin intervención de un órgano jurisdiccional competente, a través de una reforma a la actual Ley de Arbitraje, Decreto 67-95 del Congreso de la República de Guatemala, con el ánimo de lograr el máximo aprovechamiento de la figura del arbitraje por poseer estas características de rapidez y eficacia en la resolución de conflictos que se someten a su conocimiento.





BIBLIOGRAFÍA

- AGUIRRE GODOY, Mario. **Derecho procesal civil**, Centro Editorial VILE, Guatemala, Guatemala, 1996.
- BERNAL GUTIERREZ, Rafael. **El arbitraje, la alternativa actual, métodos alternos para la solución de controversias proyecto BID. No. 3-** Producción Editorial, Departamento de Publicaciones, C de C. de Bogota. Santa Fe de Bogota, Colombia 1,997.
- BERNAL GUTIERREZ, Rafael. **El arbitraje en Guatemala, apoyo a la justicia.** Publicación realizada dentro del programa de Fortalecimiento de Métodos Alternos para la Solución de Controversias, Proyecto BID-Guatemala. Editorial Servimpresa C.A.Guatemala, C.A.
- BRICEÑO SIERRA, Humberto. **El arbitraje comercial.** , Editorial Limusa, 2ª. Edición. México, Distrito Federal 1,999.
- CARNELUTTI, Francesco. **Derecho procesal civil y penal**, Volumen 2, BIBLIOTECA, Clásicos del Derecho Procesal, Traducción y compilación, Enrique Figueroa Alonzo y Editorial Pedagógica Iberoamericana, S.A. de C.V. Editorial Mexicana, México, Distrito Federal.
- CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario enciclopédico de derecho usual**, Editorial Heliasta, Tomo V, 27ª. Edición 2,001, Buenos Aires, Argentina.
- CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo. **Diccionario jurídico elemental**” Editorial Heliasta, S.L.R. undécima edición, Buenos Aires, Argentina.
- CASTELLANOS, Carlos. **Segundo curso de procedimientos civiles**”, impresiones Tipografía Nacional, Guatemala abril de 1,937.
- CASTILLO LARRANAGA, José, de Pina, Rafael, **Instituciones de derecho procesal civil**”. Editorial Porrúa, S.A. México 1,958.
- COSTA, José V. **El Proceso de revocación cautelar**” Rubinzal-Culzoni Editores, S.C.C. Buenos Aires, Argentina, 1,986.
- GAMBOA SERRANO, Rafael Humberto. **El proceso arbitral en Colombia**”. Colombia: Colección Profesores. (1,992).
- GIUSEPPE, Chioventa. **Curso de derecho procesal civil**” Editorial Mexicana, México 1997
- GOZAINI, Oswaldo Alfredo. **Curso práctico de arbitraje.** Editorial Librería del Profesional, Colombia 1,993.



GOZAINI, Oswaldo Alfredo. **Formas alternativas para la resolución de conflictos**” Buenos Aires, Argentina, Ediciones Desalma (1,995).

MARTINEZ BOTOS, Raúl. **Medidas cautelares**” Editorial Universidad, Buenos Aires Argentina, 1,990.

RIVERA NEUTZE, Antonio. **Arbitraje y conciliación, alternativas extrajudiciales de solución de conflictos**” Tom Impresos. Guatemala, Guatemala 1,996.

www.servilex.com

www.bma.org.mx/publicaciones/index.html

Legislación

Constitución Política De La Republica de Guatemala. Asamblea Nacional Constituyente 1,986. Editorial Ayala y Jiménez Editores, Guatemala1,988.

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

Ley del Organismo Judicial, Decreto 2-89 del Congreso de La República.

Código Procesal Civil y Mercantil, Decreto Ley 107.

Código Civil, Decreto Ley 106.

Código Penal, Decreto numero 17-73 del Congreso de la República.