

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

**DERECHO ECONÓMICO, COMERCIO INTERNACIONAL Y ARBITRAJE EN GUATEMALA
[TRATADO DE LIBRE COMERCIO ENTRE REPÚBLICA DOMINICANA, CENTRO
AMÉRICA Y ESTADOS UNIDOS –DR-CAFTA-]**

YOLANDA DEL ROSARIO VEGA REYES

GUATEMALA, JUNIO DE 2008.

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

**DERECHO ECONÓMICO, COMERCIO INTERNACIONAL Y ARBITRAJE EN GUATEMALA
[TRATADO DE LIBRE COMERCIO ENTRE REPÚBLICA DOMINICANA, CENTRO
AMÉRICA Y ESTADOS UNIDOS –DR-CAFTA-]**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

De la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

De la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

YOLANDA DEL ROSARIO VEGA REYES

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Y los títulos profesionales de

ABOGADA Y NOTARIA

Guatemala, junio de 2008.

**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. Hector Mauricio Ortega Pantoja
VOCAL V: Br. Marco Vinicio Villatoro López
SECRETARIO: Lic. Avidán Ortiz Orellana

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXÁMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente: Lic. Berta Araceli Ortiz Robles
Vocal: Lic. Guillermo Rolando Díaz Rivera
Secretario: Lic. Efraín Guzmán Morales

Segunda Fase:

Presidente: Lic. Ricardo Alvarado Sandoval
Vocal: Lic. David Sentés Luna
Secretario: Lic. Héctor René Granados

RAZON: “Únicamente el autor es responsable de las doctrinas Sustentadas en la tesis” (Artículo 43 del Normativo para la elaboración de la tesis de licenciatura en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala).

Oficina Jurídica
Luis César López Permouth

ABOGADO Y NOTARIO



Guatemala, 28 de febrero de 2008
FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES



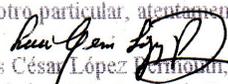
Señor Jefe de la Unidad de Tesis de la
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala,
Licenciado Marco Tulio Castillo Lutín,
Su Despacho.

De mi consideración:

Atendiendo a nombramiento recaído en mi persona el 27 de febrero de dos mil siete, como asesor de Tesis del trabajo de la Br YOLANDA DEL ROSARIO VEGA REYES, titulado "EL DERECHO ECONÓMICO Y SUS INSTITUCIONES COMO PARTE DE LA FORMACIÓN DEL PROFESIONAL DE DERECHO ANTE LAS NEGOCIACIONES MERCANTILES INTERNACIONALES DERIVADAS DEL COMERCIO INTERNACIONAL", por este medio procedo a informarle que:

- a) He sostenido muchas reuniones con la Br. VEGA REYES sobre su trabajo; fruto de ellas, se hicieron adiciones al texto, sugerencia de nuevo título y anotaciones metodológicas, observaciones y cambios ya satisfechos por ella, habida cuenta que es evidente el esfuerzo metodológico realizado por la mencionada durante el desarrollo de la tesis.
- b) Derivado de la revisión, se acordó cambiar el nombre por considerar que el tema respondía más al título "EL DERECHO ECONÓMICO Y LAS INSTITUCIONES QUE LO DESARROLLAN COMO PARTE DE LA FORMACIÓN DEL PROFESIONAL DE DERECHO ANTE LAS NEGOCIACIONES MERCANTILES INTERNACIONALES DERIVADAS DEL COMERCIO INTERNACIONAL ACTUAL (TRATADO DE LIBRE COMERCIO ENTRE REPÚBLICA DOMINICANA, CENTRO AMÉRICA Y ESTADOS UNIDOS -DR-CAFTA-)", por considerarlo más delimitado y específico, por lo tanto más claro.
- c) En el desarrollo del tema, la sustentante ha intentado estudiar el problema, manteniendo la coherencia entre lo propuesto en su diseño de investigación y el informe final, que luce muy completo y que refleja la seriedad del mismo.
- d) En razón de lo anterior, estando satisfechos los requisitos reglamentarios así como particularmente, lo dispuesto sobre metodología y aspectos técnicos en el Artículo 32 del normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, el infrascrito dictamina en el sentido de que el trabajo puede servir para ser discutido en el examen público de mérito, luego de la autorizada revisión del mismo.

Sin otro particular, atentamente,


Lic. Luis César López Permouth, M. A.
Colegiado 2611, Asesor de Tesis.

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA



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



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

Atentamente, pase al (a la) LICENCIADO (A) ERICK GUSTAVO SANTIAGO DE LEÓN, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante YOLANDA DEL ROSARIO VEGA REYES, Intitulado: "EL DERECHO ECONÓMICO Y LAS INSTITUCIONES QUE LO DESARROLLAN COMO PARTE DE LA FORMACIÓN DEL PROFESIONAL DE DERECHO ANTE LAS NEGOCIACIONES MERCANTILES INTERNACIONALES DERIVADAS DEL COMERCIO INTERNACIONAL ACTUAL (TRATADO DE LIBRE COMERCIO ENTRE REPÚBLICA DOMINICANA, CENTRO AMÉRICA Y ESTADOS UNIDOS -DR-CAFTA-)".

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 el Examen General Público, el cual dice: "Tanto el asesor como el revisor de tesis, harán constar en los dictámenes correspondientes, su opinión respecto del contenido científico y técnico de la tesis, la metodología y técnicas de investigación utilizadas, la redacción, los cuadros estadísticos si fueren necesarios, la contribución científica de la misma, las conclusiones, las recomendaciones y la bibliografía utilizada, si aprueban o desaprueban el trabajo de investigación y otras consideraciones que estimen pertinentes".


LIC. MARCO TULLIO CASTILLO LUTÍN
JEFE DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS

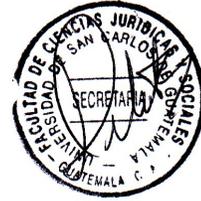


cc.Unidad de Tesis
MTCL/sllh

S&R

ABOGADOS & NOTARIOS

Bufete Jurídico



Licenciado:
Marco Tulio Castillo Lutín
Jefe de la Unidad de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.
Universidad de San Carlos de Guatemala.
Su Despacho.

Licenciado Castillo Lutín:

De manera atenta y respetuosa me dirijo a usted, con relación al trabajo realizado por el suscrito y la Bachiller **YOLANDA DEL ROSARIO VEGA REYES**, en cumplimiento a la resolución emanada de la Unidad de Tesis con fecha seis de marzo del dos mil ocho; en la cual se me nombro como **revisor** del trabajo de tesis denominado: "EL DERECHO ECONOMICO Y LAS INSTITUCIONES QUE LO DESARROLLAN COMO PARTE DE LA FORMACION DEL PROFESIONAL DEL DERECHO ANTE LAS NEGOCIACIONES MERCANTILES INTERNACIONALES DERIVADAS DEL COMERCIO INTERNACIONAL ACTUAL (TRATADO DE LIBRE COMERCIO ENTRE REPUBLICA DOMINICANA CENTRO AMERICA Y ESTADOS UNIDOS -DR CAFTA-)".

En este sentido es menester indicar, que el trabajo desarrollado conlleva una sistematización de ideas acerca del Derecho Económico, del Comercio Internacional, Negocios Mercantiles Internacionales, Arbitraje y el Arbitraje Internacional dentro de la aplicación del Tratado de Libre Comercio entre Republica Dominicana, Centroamérica y Estados Unidos; cabe hacer notar que el aporte en si, es la implementación de todo este compendio de Instituciones dentro de la temática de un Derecho Económico dentro del pensum de Estudios de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Es por ello que se planteo dentro del mismo algunas sugerencias en torno a la incorporación de un caso de arbitraje en materia internacional, en donde el Centro de Mediación y Arbitraje de la Organización Mundial de Propiedad Intelectual resolvió el arbitraje entre dos personas guatemaltecas, así como el análisis de la aplicación del arbitraje en contraposición a lo establecido en el artículo 221 de la Constitución Política de la Republica de Guatemala.

De la misma manera, se realizó la enumeración e investigación de la legislación aplicable al tema que incluyo la enciclopedia nacional e internacional. En este sentido,



ABOGADOS & NOTARIOS

Bufete Jurídico



la investigación realizada incluye la revisión de los principales temas ya enumerados, así como la necesidad de institucionalizar el Derecho Económico como una ciencia del Derecho en la Facultad; concluyendo y recomendando los acotaciones en torno al tema.

Por ello y a sugerencia del suscrito, se modifico el tema de la tesis la cual quedo de la siguiente manera: "DERECHO ECONÓMICO, COMERCIO INTERNACIONAL Y ARBITRAJE EN GUATEMALA (TRATADO DE LIBRE COMERCIO ENTRE REPÚBLICA DOMINICANA, CENTRO AMÉRICA Y ESTADOS UNIDOS -DR-CAFTA-)" ; lo que puede establecerse al contrastar que la realidad se contradice con las normas jurídicas; tal como cita el Profesor John Rawls: "*donde las promulgaciones y la legislación de todos los procedimientos institucionales debería ser considerada siempre por ciudadanos como abierta al cuestionamiento*".

Por lo anteriormente manifestado, me permito indicar que el trabajo de tesis intitulado: "DERECHO ECONÓMICO, COMERCIO INTERNACIONAL Y ARBITRAJE EN GUATEMALA (TRATADO DE LIBRE COMERCIO ENTRE REPÚBLICA DOMINICANA, CENTRO AMÉRICA Y ESTADOS UNIDOS -DR-CAFTA-)", presentado por la Bachiller YOLANDA DEL ROSARIO VEGA REYES, **en mi opinión se ajusta a los requerimientos metodológicos y las estipulaciones señaladas en el Reglamento respectivo**; así como a las sugerencias hechas en su oportunidad, por lo que el mismo puede continuar con el trámite correspondiente, previo a ser evaluado por el Tribunal Examinador en el Examen Público de Tesis.

Atentamente,

M.Sc. Erick Gustavo Santiago de León.

Abogado y Notario
Colegiado 4843

Lic. Erick Gustavo Santiago de León
Abogado y Notario



UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Ciudad Universitaria, Zona 12 GUATEMALA, C. A.



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Guatemala, diecisiete de abril del año dos mil ocho.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del trabajo de Tesis del (de la) estudiante YOLANDA DEL ROSARIO VEGA REYES, Titulado "DERECHO ECONÓMICO, COMERCIO INTERNACIONAL Y ARBITRAJE EN GUATEMALA (TRATADO DE LIBRE COMERCIO ENTRE REPÚBLICA DOMINICANA, CENTRO AMÉRICA Y ESTADOS UNIDOS -DR-CAFTA)" Artículo 31 Y 34 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público de Tesis.

MTCL/sllh



DEDICATORIA

A Dios.

A la memoria de mi madre:

Por lo mucho y por la nada que aun me queda de su aliento.

A mi padre:

Por ser la tierra rocosa y firme de mí sendero.

A mis hermanos:

Oliver, Guillermo, Melissa, Gabriel y Eunice, con el cariño de siempre.

A mi abuela Simona:

Por su tenacidad. El esfuerzo, la valentía y la ambición inagotables durante su vida ahora constituyen uno de los grandes pilares de la mía.

A mi gran abuela y mí querida tía.

A mis amigos.

A la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos.

ÍNDICE

Pág.

INTRODUCCIÓN	(i)
--------------------	-----

CAPÍTULO I DERECHO ECONÓMICO

1.1 Antecedentes del Derecho Económico.....	01
1.2 Nociones Generales del Derecho Económico	02
1.3 Relación entre Economía y Derecho	09
1.4 La Normativa y lo Económico	11
1.5 Autonomía del Derecho Económico	13
1.6 Principios del Derecho Económico	13
1.7 Fundamentos del Derecho Económico.....	14
1.8 Características del Derecho Económico.....	15
1.9 Derecho Económico Internacional.....	19
1.9.1 Finalidades del Derecho Económico Internacional.....	19
1.9.2 Fuentes del Derecho Económico Internacional.....	20
1.9.2.1 Tratados o convenios internacionales	20
1.9.2.2 Leyes nacionales	20
1.9.2.3 Usos y costumbres mercantiles	20
1.9.2.4 Contratos tipo	21
1.9.2.5 Principios generales del Derecho	21

CAPÍTULO II DERECHO DEL COMERCIO INTERNACIONAL

2. Comercio Internacional	23
2.1 Evolución del Comercio Internacional.....	23
2.2 Beneficios del Comercio Internacional.....	24
2.3 Argumentos contra el Comercio Internacional.....	25

	Pág.
2.4 Derecho del Comercio	26
2.4.1 Nociones Generales del Derecho del Comercio	26
2.4.2 Materia del Derecho Comercial.....	27
2.4.3 El contenido actual del Derecho de Comercio	29
2.4.4 Sentido de la expresión “acto de comercio”	30
2.5 Derecho del Comercio Internacional.....	31
2.5.1 Nociones Generales del Derecho del Comercio Internacional.....	31
2.5.2 Derecho del Comercio Internacional y Derecho Internacional Económico.....	31
2.5.3 Diferencias entre el Derecho del Comercio Internacional y el Derecho Económico Internacional	32
2.5.4 Rasgos Característicos del Derecho del Comercio Internacional	33
2.5.4.1 Pluralidad de los participantes.....	33
2.5.4.2 Pluralidad de los procedimientos de la producción jurídica.....	33

CAPÍTULO III

NEGOCIOS MERCANTILES INTERNACIONALES

3. Autonomía de la Voluntad.....	35
3.1 Principio de la Autonomía de la Voluntad de las Partes o Libertad de Contratación en el ordenamiento internacional.....	35
3.2 Elección de la ley aplicable al contrato	38
3.3 Convenio de Roma de 1980	41
3.3.1 Aspectos principales del Convenio de Roma de 1980	42
3.3.1.1 Ámbitos de aplicación	42
3.3.1.2 Exclusiones	42
3.3.1.3 Ámbito de la ley aplicable al contrato	45
3.3.1.4 La forma del contrato.....	46
3.3.1.5 Aplicación de normas imperativas de otro país	47
3.4 Sistema de Transacciones: Derecho de Contratos	48
3.5 Derecho de los Negocios Internacionales	52

CAPÍTULO IV

Arbitraje como Método de Solución de Controversias en el Campo del Comercio Internacional	55
4.1 Introducción al Arbitraje	56
4.1.1 Nociones Generales del Arbitraje	57
4.1.2 Clasificación del Arbitraje	58
4.1.2.1 Arbitraje de Derecho	58
4.1.2.2 Arbitraje de Equidad	59
4.1.2.3 Arbitraje Forzoso	59
4.1.2.4 Arbitraje Voluntario	59
4.1.2.5 Arbitraje Doméstico o Nacional.....	60
4.1.2.6 Arbitraje Internacional	60
4.1.2.7 Arbitraje Libre o Ad-hoc	62
4.1.2.8 Arbitraje Institucional o Administrativo	62
4.1.3 El Acuerdo	63
4.1.4 Los Árbitros	66
4.1.5 Tribunal Arbitral	68
4.1.6 Competencia de la Competencia.....	69
4.1.7 Procedimiento Arbitral	69
4.1.8 Confidencialidad del Procedimiento y del Laudo Arbitral.....	70
4.1.9 Laudo Arbitral	71
4.2 Lex Mercatoria	72
4.3 Tratado de Libre Comercio entre República Dominicana, Centro América y Estado Unidos (RD-CAFTA)	76
4.3.1 Ámbito de aplicación del TLC-RD-CAFTA.....	77
4.3.2 Sujetos que intervienen en el TLC-RD-CAFTA	78
4.3.3 Solución de controversias en el TLC-RD-CAFTA.....	78

4.4 El Arbitraje Comercial Internacional: Tratado de Libre Comercio entre República Dominicana, Centro América y Estados Unidos (RD-CAFTA).....	79
4.4.1 Arbitraje Comercial Internacional Privado: Tratado de Libre Comercio entre República Dominicana, Centro América y Estados Unidos (RD-CAFTA), Capítulo 10, Sección B: Solución de Controversias Inversionista – Estado.....	81
4.4.1.1 Consultas y Negociación	81
4.4.1.2 Sometimiento de una Reclamación a Arbitraje	81
4.4.1.3 Consentimiento de Cada una de las Partes al Arbitraje.....	82
4.4.1.4 Condiciones y Limitaciones al Consentimiento de las Partes	82
4.4.1.5 Selección de los Árbitros	83
4.4.1.6 Realización del Arbitraje	83
4.4.1.7 Derecho Aplicable.....	84
4.4.1.8 Informes Amicus Curiae.....	84
4.4.1.9 Proceso Expedito.....	84
4.4.1.10 Reclamación Frívola	84
4.4.1.11 Comunicación de Propuesta de Laudo	84
4.4.1.12 Transparencia de las Actuaciones Arbitrales.....	85
4.4.1.13 Información Comercial Confidencial o Información Privilegiada	85
4.4.1.14 Audiencias Abiertas	85
4.4.1.15 Interpretación de una Disposición por los Ministros de Comercio	85
4.4.1.16 Interpretación de los Anexos	85
4.4.1.17 Informes de Expertos.....	86
4.4.1.18 Acumulación de Procedimientos.....	86
4.4.1.19 Laudos	87
4.4.1.20 Debida Ejecución de Laudos	87
4.4.1.21 Órgano de Apelación	87
Esquema.....	89
4.4.2 Arbitraje Comercial Internacional Público: Tratado de Libre Comercio entre República Dominicana, Centro América y Estados Unidos (RD-CAFTA), Capítulo 20, Sección A: Solución de Controversias	90
4.4.2.1 Ámbito de Aplicación	90
4.4.2.2 Consultas.....	90

	Pág.
4.4.2.3 Aportación de Información	91
4.4.2.4 Comisión de Libre Comercio.....	91
4.4.2.5 Instalación del Arbitraje.....	92
4.4.2.6 Solicitud de un Grupo Arbitral	92
4.4.2.7 Selección del Grupo Arbitral	92
4.4.2.8 Reglas de Procedimiento Arbitral	93
4.4.2.9 Información y Asesoría Técnica.....	94
4.4.2.10 Informe Inicial	94
4.4.2.11 Informe Final.....	95
4.4.2.12 Reintegración del Grupo Arbitral.....	95
4.4.2.13 Revisión del Informe Final	96
Esquema	97
4.5 Convenio sobre Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Convención de Nueva York de 1958).....	98
4.5.1. Reconocimiento y Ejecución de la Convención de Nueva York.....	100
4.6 Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional (Convención de Panamá de 1975)	102
4.6.1. Acuerdo Arbitral de la Convención de Panamá	102
4.6.2. Nombramiento de Árbitros	103
4.6.3. Procedimiento	103
4.6.4. Reconocimiento y Ejecución.....	105
4.6.5. Causales de Denegación del Reconocimiento y Ejecución	105
4.6.6. Capacidad de las Partes.....	106
4.6.7. Invalidez de la Ley	106
4.6.8. Falta de Notificación	107
4.6.9. Diferencia No Prevista en el Compromiso	108
4.6.10. Procedimiento No Ajustado al Acuerdo	108
4.6.11. Sentencia No Obligatoria, Anulada o Suspendida	109
4.6.12. Causas Apreciables de Oficio.....	111
4.6.13. Aplazamiento de la Ejecución.....	112
4.6.14. Disposiciones Finales	113

4.7	Análisis comparativo entre la Convención de Nueva York y la Convención de Panamá sobre Reconocimiento y Ejecución de Laudos Arbitrales.....	113
-----	---	-----

CAPÍTULO V

	Instituciones Económicas Internacionales	117
5.1	Organismos económicos africanos.....	118
5.2	Organismos económicos árabes	118
5.3	Organismos económicos asiáticos y del Pacífico	118
5.4	Organismos económicos europeos	119
5.5	Organismos económicos latinoamericanos	119
5.6	Organismos económicos norteamericanos.....	120
5.7	Organismos económicos mundiales	120
5.8	Organizaciones económicas de carácter universal.....	121
	5.8.1 Acuerdo sobre Aranceles Aduaneros y Comercio –GATT-.....	121
	5.8.2 Organización Mundial del Comercio –OMC-.....	124
5.9	Organizaciones económicas de carácter privado	125
	5.9.1 Cámara de Comercio Internacional –CCI-.....	125

CAPÍTULO VI

IMPLEMENTACIÓN DEL CURSO DE DERECHO ECONÓMICO Y LAS INSTITUCIONES QUE LO DESARROLLAN DENTRO DEL PENSUM DE ESTUDIO DE LA CARRERA DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA POR CONSTITUIR ACTUALMENTE LA AUSENCIA DE ÉSTE UN LIMITANTE EN EL EJERCICIO DE SU PROFESIÓN DENTRO DE LOS NEGOCIOS MERCANTILES INTERNACIONALES

6.	Importancia del Derecho Económico dentro de la formación del profesional de Derecho.....	129
----	--	-----

	CONCLUSIONES	133
--	---------------------------	-----

	Pág.
RECOMENDACIONES	137
ANEXOS	139
I Proyecto del Programa de Estudios del curso sobre Derecho Económico	140
II Laudo Arbitral en materia de Propiedad Intelectual	142
BIBLIOGRAFÍA	157

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de tesis es el fruto de la investigación realizada con el fin de detectar y proponer que así como el ser humano evoluciona, así el Derecho juntamente evoluciona con él, llevándonos las siguientes líneas a proponer que el Derecho Económico como una asignatura autónoma que es, debe de ser implementado dentro de la formación académica y profesional del estudiante de Derecho. Es decir, la presente investigación es un intento de relevar la concepción de la materia, como asignatura que goza de autonomía

El trabajo se divide en seis capítulos, y estos a la vez en títulos y subtítulos, para una mejor ubicación y comprensión del resultado de la investigación acerca del Derecho Económico y de las instituciones que lo desarrollan. Asimismo, se proporciona dos esquemas ilustrativos acerca de la estructura del Arbitraje dentro del Tratado de Libre Comercio entre la República Dominicana, Centroamérica y Estados Unidos, de igual forma, en el apartado de anexos, se propone el proyecto de un programa de estudio cuyo contenido desarrolla la cátedra de Derecho Económico.

En un mundo en el cual la corriente neoliberal se expande, el Derecho Económico sufre una reducción drástica a partir de la cada vez menos intervención del Estado en la economía de los países. Sin embargo, las experiencias recientes muestran el fracaso económico y social de este pensamiento y a la vez un nuevo replanteo del papel del Derecho Económico.

En un país como Guatemala, esta rama del conocimiento jurídico posee un rol protagónico. Las transformaciones económicas operadas últimamente (v.g. TLC-DR-CAFTA) han complejizado el panorama de esta materia.

El papel del Estado en la economía, la actividad comercial influyente en nuestros días, la contratación económica internacional, la solución de conflictos a partir de la instauración de figuras como el Arbitraje, son algunos de los ejes temáticos que se desarrollan dentro del Derecho Económico; siendo así, oportuno y necesario el desarrollo de éstas temáticas dentro del trabajo que se presenta a continuación.

Además, es oportuno establecer que el Derecho Económico constituye una de las asignaturas esenciales en la formación del profesional de Derecho. En una simbiosis entre lo público y lo privado, sus normas comprenden un sinnúmero de temáticas.

El presente trabajo representa un esfuerzo, por cierto preliminar, de evaluar la forma en que está configurado el Derecho Económico; asimismo, y como eje transversal del presente contenido, surge la necesidad de la implementación de una asignatura dentro del Pensum de estudio de la carrera de Derecho dentro de nuestra Facultad que se refiera específicamente al mismo. Lo que se busca es comenzar a adentrarse, con un somero desarrollo de estos temas, al estudio del Derecho Económico, y así, suministrar una visión panorámica de las diferentes materias que lo desarrollan. Llega el momento de adquirir el conocimiento de esta nueva rama del Derecho: Derecho Económico.

Tal como lo establezco en el presente trabajo de tesis, tanto al principio como al final, he quedado más que convencida, sino es más que consciente, que realmente en la actualidad los egresados de nuestra Facultad tienen un enfoque alejado de nuestra realidad jurídica-económica, y que consecuentemente va agrandando la desventaja que constituye la falta de conocimiento que puede tener el profesional de Derecho al momento de enfrentarse a problemas económicos, así como la limitación que tendrá si se optase por el ejercicio profesional dentro de los ámbitos comerciales.

En Guatemala, el Derecho Económico constituye una rama novedosa de estudio dentro del Derecho, tan así de novedosa que no se contempla aún en los programas de estudio de pregrado de las universidades. Por eso, espero que quien lea el presente trabajo, encuentre no sólo un medio de consulta que contenga aspectos doctrinarios de esta rama jurídica, sino que encuentre además un enfoque diferente para interpretar la normativa jurídica comercial del país. Para concluir, se espera que el lector, al igual que la autora del presente trabajo, vea que, siendo el Derecho Económico el que regula las relaciones jurídico-económicas derivadas de la producción, circulación, distribución y consumo de la riqueza, el conjunto de reglas tendientes a asegurar, en un momento y en una sociedad dados, debe un equilibrio entre los intereses particulares de los agentes económicos privados, los de los agentes públicos y el interés general; además, concluya el lector que al estudiante no se le debe limitar su Derecho de Información, constitucionalmente amparado, y que las

autoridades académicas de nuestra Facultad tienen en sus manos el reconocer la autonomía didáctica del Derecho Económico.

Eterno es el agradecimiento a uno de los personajes académicos influyentes en mi formación profesional, por el estímulo dado y por haber sembrado en mí la inquietud por el estudio de esta rama del Derecho, por quien debido a la tenacidad de su espíritu y su conocimiento, he llegado a concluir que efectivamente existe la imperiosa y urgente conveniencia de implementar este tipo de asignaturas.

Creo que es bueno haber hecho este esfuerzo para adentrarme en este campo y enfrentar el reto intelectual que ha representado.

“La inexperiencia, así como la ignorancia, suele ser atrevida y puede generar miedo, cuando tomamos conciencia del peligro, de lo nuevo, del riesgo potencial. Hay dos reacciones muy humanas: enfrentar las situaciones o bien, huir.”

-Dr. Luis César López Permouth.-

CAPÍTULO I

DERECHO ECONÓMICO

1.1 Antecedentes del Derecho Económico

Iniciaremos indicando que para los fines de este trabajo, la Economía es la ciencia que estudia la forma en que los individuos y la sociedad efectúan las elecciones y decisiones a fin de que los recursos disponibles, que siempre son escasos, puedan contribuir de la mejor forma a satisfacer las necesidades individuales y colectivas del ser humano. Esta idea involucra un actuar, una actuación de los seres humanos.

Considerando, por otro lado, que la Economía por sí misma no basta para responder a las necesidades de la sociedad, sino que debe estar inserta en un conjunto de normas jurídicas¹, podemos decir que existe el Derecho Económico, al que podemos definir como la rama del derecho que tiene por finalidad organizar y regular la actividad económica.

Esta rama del Derecho, nace a partir de los desafíos que planteó la Primera Guerra Mundial para las economías de los países beligerantes, ya que la realidad de esos años hizo que el pensamiento económico clásico² se viera en aprietos, por lo que el Estado hubo de participar en lo económico, diciéndolo de una manera más institucional.

El estudio de la intervención del Estado en la Economía, que se origina en Alemania, pronto fue objeto de análisis en otros países; por ejemplo, en 1932, en España, muchos profesores ya impartían una cátedra de Derecho Económico.

Finalizada la Segunda Guerra Mundial, el Derecho Económico va a pasar a ser lo que es hoy: un Derecho no puramente de intervención del Estado, sino de regulación de la actividad económica, concretándose en un sistema económico, que a su vez,

¹ Por la plenitud hermética del Derecho y porque de no hacerlo así podrían haber abusos de los más poderosos y acciones antinacionales por parte de todos. (Nota de la autora).

² Este pensamiento económico prohibía en forma absoluta la participación del Estado en la economía, por considerarlo como un vigilante de la actividad económica que debían desarrollar los individuos.

responde a ciertos principios, normas y características, que los diferencian de los sistemas económicos de otros Estados.

Lo anterior, obliga a determinar la dimensión de esta categoría o rama del Derecho en general.

1.2 Nociones Generales del Derecho Económico

El problema de la noción general de cualquier rama jurídica, estriba en el carácter de las relaciones sociales asumidas entre las personas por esas normas; como bien acota Abelardo Torre "no es posible establecer límites precisos y tajantes entre las diversas ramas jurídicas, puesto que en realidad hay una zona común en las fronteras, que abarca elementos integrantes de ambos campos limítrofes y que será más amplia, según las ramas de que se trate."³ Siempre hemos dicho que, pese a sus ramas, el Derecho es uno solo.

Pero entrando en materia, tomando como presupuesto lo dicho en el numeral anterior y como lo ha señalado José Vicente Troya, el Derecho Económico es de fecha "relativamente reciente"⁴. Su conceptualización y ubicación, conforme lo anota Rafael Pérez Miranda "resulta un problema complejo"⁵. Ha sido objeto de polémica, desde su denominación, hasta su contenido temático. De tal manera, y como lo establece Marco Antonio Guzmán, el nacimiento del Derecho Económico tuvo su lugar "Hacia los años 1917-1920, cuando se introdujo en Alemania el uso del término *Wirtschaftsrecht*, que significa literalmente *Derecho Económico*, para hacer referencia al conjunto de normas que se habían adoptado o mantuvieron, hacia tal época, en materia económica: controles de precios, de cambios, de alquileres, fijación de tipos de interés, políticas crediticias. Para 1920, *Arthur Nussbaum* publicó su obra *El Nuevo Derecho Económico Alemán*. En los años posteriores, y sobre todo para fines de la década de los veinte y los años treinta, aparecieron –fundamentalmente en Alemania, y luego en Suiza, Italia,

³ Torre, Abelardo, **Manual de introducción al derecho**, pág. 62.

⁴ Troya Jaramillo, José Vicente, Conferencia sustentada en el primer Curso Abierto sobre esta materia, organizado por la Universidad Andina Simón Bolívar, Subsede Ecuador.

⁵ Pérez Miranda, Rafael, **Derecho y relaciones de producción**, pág. 51.

Francia– varios libros sobre la materia. *Hans Goldschmidt*, para 1923, escribió varios trabajos sobre Derecho Económico, que fueron continuados por su sobrino *Roberto*, en la década de los treinta. *Justus Wilhem Hedemann* publicó sus obras *Reichsgericht und Wirtschaftsrecht* y *Deutsches Wirtschaftsrecht*, en 1929 y 1939, respectivamente. Ya para entonces, el uso de los términos Derecho Económico, para aludir a esta nueva jurídica se había generalizado. *Otto Moenckmeier*, *Gustav Radbruch*, *Rudolf Stammler* trataron, en Alemania, bajo esa denominación, sobre temas concernientes a la materia. Lo hicieron *Lorenzo Mossa*, *Giovanni Quadri*, *Francisco Ferrari*, en Italia; *Julios Lautner*, *Hug*, en Suiza. En Francia, *F. de Kiraly* sostuvo, en 1934, la existencia del Derecho Económico como rama independiente de la ciencia jurídica. La profunda crisis económica de 1929 y 1930, los esfuerzos bélicos de la Segunda Guerra Mundial, los requerimientos de la reconstrucción de países y economía devastados que siguieron a ésta, tendieron a robustecer el rol del Estado en la economía.”⁶

Modernamente, distintos teóricos del Derecho intentan llegar a definir el concepto de Derecho Económico, así como distintos elementos e instituciones de éste. Julio Olivera estima que la concepción de Derecho Económico debe basarse sobre un criterio plural o sintético, que tenga en cuenta, a la vez, el marco institucional, el objeto, el sujeto, y el sentido de las normas, apareciendo entonces como un sistema de normas jurídicas. Además el sentido de las normas jurídicas que presentan las siguientes características:

- 1) Se da en un régimen de economía dirigida (marco institucional);
- 2) Regula las actividades del mercado (objeto);
- 3) Regula a la vez las actividades de las empresas y otros agentes económicos (sujetos);
- 4) Regula todo ello para conseguir metas y objetivos de política económica (sentido o finalidad).

⁶ Guzmán, Marco Antonio, <Derecho económico ecuatoriano>, <http://www.comunidadandina.org/bda/docs/EC-CA-0002.pdf>. (5 de septiembre de 2007).

Considera Olivera, como parte del Derecho Económico, las normas complementarias, (...) destinadas a asegurar la efectividad de las regulaciones principales.⁷

Ángel Rojo, sostiene que el Derecho Económico no es un Derecho aglutinador de las nuevas normas en las que se manifiesta el intervencionismo estatal, es aquel Derecho (estatal o no, legal o no) en el que se integran aquellas normas que determinan los principios ordenadores de la economía en un espacio concreto, así como el régimen jurídico del mercado o mercados comprendidos en ese espacio, la organización y el funcionamiento de los sujetos económicos que operan en él, o en ellos y las relaciones sobre ellos; además el régimen jurídico de las actividades que desarrollan, así como de los bienes y servicios en relación con esas actividades.⁸

Recogido de Julio Olivera; encontramos el aporte de Hedemann al Diccionario de Stier Somlo como contribución al concepto de Derecho Económico. Él nos habla de:

- a) Teorías colectivas, (*Sammeltheorien*), que incluye en el Derecho Económico todas las regulaciones que no entran en las normas jurídicas tradicionales.
- b) Teorías objetivas, (*Gegenstuendliche Theorien*), que determinan al Derecho Económico por la materia que forma su objeto.
- c) Teorías de la cosmovisión, (*Weltanschauliche Theorien*) que ven en el Derecho Económico una manifestación del espíritu de los tiempos.⁹

Para Robert Goldschmidt, citado por Mario Saúl Schujman, el Derecho Económico es el "Derecho de la Economía: Se argumenta que el derecho económico más que una nueva rama del derecho es un nuevo derecho. Coexiste con el cuerpo de reglas jurídicas tradicionales de la misma manera que el orden social industrial cohabita con el orden social precedente y lo define como el "Derecho de la organización y del

⁷ Olivera, Julio, **El Derecho Económico**, pág. 9.

⁸ Rojo, Ángel, **El derecho económico como categoría sistemática**, pág. 222.

⁹ Olivera, Julio H.G., **Realidad, método y representación en economía**, pág. 55.

desarrollo económico, ya sea que éstos dependan del Estado, de la iniciativa privada o del concierto de uno y otra." ¹⁰ Como se ve, este tema inquieta y lo hace porque tiene implicaciones en muchos campos.

A propósito de la implicación del Derecho Económico en el desarrollo económico, sería oportuno mencionar a Andrés Serra Rojas, que concibe al Derecho Económico como "El conjunto de estructuras, valores, normas, procedimientos, medidas técnicas y jurídicas de la economía organizada, del desarrollo económico y social de un país, que formula el Estado para la realización y dirección de su política económica."¹¹ Este Derecho incide, entonces en la vida de toda la sociedad. Las empresas han de tenerlo en cuenta, así como las empresas y los consumidores, los trabajadores y el todo social.

Por su parte Hug, citado por Daniel More, argumenta que el Derecho Económico incluye todas las normas de derecho público y privado, que rigen la exigencia y actividades de las empresas económicas. La materia del Derecho Económico, según Hug, es:

- a) Derecho de la empresa: Constituyen su objeto la totalidad de las relaciones que se dan al interior de la empresa, elementos constitutivos y relaciones jurídicas con el Estado y otras empresas.
- b) Derecho de la organización de la economía: Constituyen su objeto la disciplina de los administradores públicos y privados, las formas societarias y las formas coactivas de la organización de las empresas.
- c) Derecho sobre las cosas en la economía: Abarca relaciones entre las empresas y elementos materiales que sirven a su actividad (bosques, productos del subsuelo, etc.), constituye su tema el contenido de la propiedad privada en la economía.

¹⁰Schujman, Mario Saúl, <Derecho económico y social>, <http://146.155.39.20:899/libros/derecho%20economico%20y%20social.pdf> (18 de abril de 2007).

¹¹ Serra Rojas, Andrés, **Derecho Económico**, pág. 107.

- d) Derecho del tráfico en la economía: Régimen de actos jurídicos donde se manifiesta el ejercicio de la empresa frente a terceros, el régimen del Derecho privado, como las normas esenciales sobre contratos de comercio o cuando el régimen público restringe la libertad de contratar.
- e) Derecho al trabajo: Que incluiría todas las relaciones entre la empresa y sus diferentes grupos de trabajadores.¹²

Vasseur, citado por More, reafirma esta idea y señala que el Derecho Económico es un derecho de reagrupamiento y síntesis, que permite a los juristas responder a las necesidades de la economía.¹³

G. Farjat, citado por Munera, aduce que el Derecho Económico es, ciertamente, una disciplina nueva que implica la utilización de métodos de las ciencias jurídicas y económicas. El Derecho Económico debe complementar la libertad individual, en nuevos aspectos de la economía y sus efectos sociales, a través del control de funcionamiento de las instituciones públicas y privadas.¹⁴

Darío Munera Arango, define al Derecho Económico como "Conjunto de principios y de normas jurídicas que regulan la cooperación humana en actividades de creación, distribución, cambio y consumo de la riqueza generada por un sistema económico."¹⁵

Juan Bautista Siburu, uno de los primeros jurisconsultos latinoamericanos en abordar la cuestión del Derecho Económico, citado por Jorge Witker, lo conceptúa como "aquél que regula la producción, distribución, circulación de bienes y servicios."¹⁶

Esta posición, a decir del jurista Marco Antonio Guzmán, ha sido criticada, por considerar que el Derecho Económico, en ese caso, sería más bien un Derecho de la

¹² More Merino, Daniel, **Derecho Económico**, pág. 144.

¹³ **Idem.**

¹⁴ Munera Arango, Darío, **El derecho económico**, pág. 34.

¹⁵ **Idem.**

¹⁶ Witker V, Jorge, <El derecho económico en el siglo XX: globalización y derecho>
<http://www.bibliojuridica.org/libros/1/114/23.pdf> (12 de septiembre de 2007).

Economía, antes que un Derecho Económico. Lo mismo que establece R. Goldschmidt al decir que el Derecho Económico es “Derecho de la Economía organizada”.¹⁷

Por su parte Hugo Rangel Cuoto, citado por Jorge Witker, estima que el Derecho Económico es un instrumento para el logro de la eficacia económica y la justicia social.¹⁸

Para el jurista Julio G. Olivera, el Derecho Económico debe ser entendido como una fase del desarrollo del Derecho Objetivo, cuyo destino es diferenciarse paulatinamente de las formas jurídicas que participan de su objeto.¹⁹

Para Díaz Müller, citado por Guzmán, en cambio, son dos los aspectos que se observan en la construcción del concepto de Derecho Económico, a saber, en primer lugar la noción de orden público económico, que según el autor, es la que confiere un status jurídico autónomo al Derecho Económico, tal orden público económico se construye en y desde el Estado, mediante su intervención global en la economía (política económica, industrialización, planes de desarrollo, integración económica, etc); opinión equivalente, en esta parte, a la del profesor Alfonso Insuela Pereíra, que precisa por Derecho Económico "El complejo de normas que regulan la acción del Estado sobre las acciones del sistema económico y las relaciones entre los agentes de la economía." En segundo lugar, el Derecho Económico se expresa como una rama metajurídica en que los factores explicativos provenientes de otras ciencias sociales poseen la misma fuerza analítica que la propia técnica jurídica, esto último es lo que le otorga su autonomía, junto con el contenido del objeto a que se aboca esta disciplina.²⁰

Los conceptos citados nos dicen algo muy importante; nos plantean que el Derecho Económico es una disciplina autónoma de la Economía en razón de su objeto, que diferenciado del de la ésta, presupone la aplicación de reglas técnicas jurídicas en

¹⁷ Lo mismo que establece R. Goldschmidt al decir que el Derecho Económico es “Derecho de la Economía organizada”.
Witker V, Jorge, **Derecho Económico**, pág. 9.

¹⁸ Witker V, Jorge, <El derecho económico en el siglo XX: globalización y derecho>
<http://www.bibliojuridica.org/libros/1/114/23.pdf> (12 de septiembre de 2007).

¹⁹ Olivera, Julio, **El Derecho Económico**, pág. 43.

²⁰ Guzmán, Marco Antonio, <**Derecho económico ecuatoriano**>, <http://www.comunidadandina.org/bda/docs/EC-CA-0002.pdf>. (7 de septiembre de 2007).

la construcción de sistemas normativos, ordenados a través de la ley para la administración de la coacción y coerción entre los distintos agentes económicos a base de los datos proporcionados por la economía objetiva, a fin de establecer normas de mínimo daño económico social. Esto ya nos resulta aclarado.

No obstante, en lo que no parece haber consenso entre los autores, es en cuál es el producto específico de la forma jurídica del Derecho Económico, es decir, si es la norma positiva o es en su caso la regla técnica jurídica.

Nuestra orientación a este respecto es de carácter racionalista²¹, pues estimamos que el Derecho Económico es un conjunto de reglas técnicas organizadas en forma de método, que bajo la forma del ordenamiento jurídico traduce el contenido económico en relaciones jurídicas, susceptibles de ser abstraídas en una, como lo expone Cabanellas, "colección de reglas determinantes de las relaciones jurídicas originadas por la producción, circulación, distribución y consumo de la riqueza."²²

Esto nos plantea la cuestión del Derecho Económico, como reglas técnica-jurídicas, opinión que es apoyada por E. Cottely, citado por Cabanellas, cuando comenta que el "El Derecho Económico es una disciplina propia de la hermenéutica jurídica, para el análisis de los puntos interactivos entre las instituciones y relaciones económicas frente a la diversidad social a la que afectan o modifican"²³, pero agregó y precisó que son sólo aquellas relaciones económicas comprometidas con el desarrollo económico.

²¹ Ésta orientación de carácter racional, en la cual nos apoyamos para establecer que el producto del Derecho Económico lo constituye las "reglas técnicas", tiene su fundamento, y siguiendo las palabras de Luis César López Permouth, en su obra "Presentación Prospectiva de la Lógica Jurídica", Capítulo XIII, al desarrollar en forma detallada el tema sobre El Razonamiento, establece que: "Un razonamiento es un conjunto de juicios relacionados de manera tal que se supone que uno de ellos se desprende o infiere del o de los otros"; y que implica una "...actividad de la mente, la cual consiste en la argumentación o exposición que se propone demostrar una tesis, (...) Y debe de ser realizada de manera creativa, seria, adecuada y conscientemente." El raciocinio o razonamiento "resulta ser una operación lógica por medio de la cual, a partir de uno o más juicios, se deriva la verdad o falsedad o bien la validez o invalidez de otro juicio distinto...", de esa actividad, se nutre el racionalismo que consiste en dar supremacía a la razón, para estructurar la ley y aplicarla. También de López Permouth "De la Justicia a la Ley en la Filosofía del Derecho", Capítulo IV. Véase también: Azar, Aldo, "Propuesta de Metodología Jurídica". Editorial Advocatus, Argentina, 2002. (Nota de la autora).

²² Cabanellas de la Cueva, **Derecho de las inversiones extranjeras**, pág. 78.

²³ **Op. Cit.**; pág. 79

Con respecto a esto, no hay al respecto uniformidad en la doctrina, sobre la unidad y contenidos del Derecho Económico, pero para dar una idea concreta de la órbita de esta rama jurídica, empezaremos por establecer su relación diferenciada con la economía.

1.3 Relación entre Derecho y Economía

Evidentemente, desde la antigüedad, ya en las sociedades surgidas con posterioridad a la comunidad primitiva, la acción de los gobernantes o de los grupos que tenían predominio en la sociedad persiguieron ciertos fines económicos. Se inscriben en esta orientación: la organización del trabajo, en el modo de producción asiático; la irrigación del valle del Nilo, la construcción de las pirámides, en el antiguo Egipto; la organización sistematizada del trabajo de los judíos, con el objeto de obtener ventajas para los reyes asirios; la reforma agraria de la vieja Roma, la movilización de cereales hacia la Ciudad Eterna, la conjunción, en ella, de la política de pan y circo con la de construcción de vías; las políticas de distribución de la producción y de apertura de caminos en el Imperio Socialista de los Incas, así como las normas medioevales sobre conformación de burgos y promoción del establecimiento de ellos en determinadas zonas, los primeros atisbos de control de la devaluación monetaria o de las tasas de interés en la Edad Media. Lo jurídico y lo económico han estado, en definitiva, entrelazados desde tiempos inmemoriales. No obstante todo ello, el apareamiento de una disciplina configurada bajo la denominación de Derecho Económico se ha suscitado en la realidad a partir de la Primera Guerra Mundial tal y como lo establecimos anteriormente.

El economista español Juan Torres, al tratar dentro de su obra “El Análisis Económico del Derecho”²⁴, establece que: “Las vinculaciones analíticas entre Derecho y Economía tienen sus raíces notablemente alejadas en el tiempo. Los juristas han orientado el contexto de las disposiciones legales hacía los acontecimientos

²⁴ Torres López, Juan, **Análisis económico del derecho**, pág. 16.

económicos que influyen dentro de una sociedad, la cual al momento de estar dentro de problemas económicos inevitablemente debe resolverlo dentro de la normativa legal.

Así, se considera pionera la preciosa obra de Cesare Bonasera, Marquesse di Beccaria (1764), a quien SCHUMPETER (1982, p. 221) llamó *el Adam Smith italiano*. En dicha obra, que lo consagró como penalista –a pesar de haber ocupado una cátedra *ad hoc* de Economía en Milán y ser autor de unos *Elemento di Economia Pubblica*-, BONASERA realizó un análisis de los delitos y de las penas, lejos de la costumbre de su época, desde la perspectiva del daño y beneficio que proporciona a la sociedad...Igualmente cabe señalar al utilitarismo como antecesor de quienes propugnaron la interrelación entre Derecho y Economía. De él hablaba BENTHAM (1864) “en su aspecto de teoría positiva del comportamiento humano...como teoría económica”. E igualmente podría decirse de toda la obra del propio SMITH en donde la proposición de un autentico “sistema” integrador y ordenador da sentido y profundidad a la tantas veces malinterpretada *mano visible*; por no hablar del pensamiento marxista en donde la base materialista de su análisis condiciona claramente el carácter subrogado del Derecho frente a la Economía, convirtiéndose prácticamente en un accidente de ésta. Especial interés tendría, sin embargo, la obra de WAGNER (1879). El propio WAGNER modificó la primera edición de su obra (1876) añadiendo una nueva parte titulada “Economía y Derecho” y su preocupación central consistió en investigar sistemáticamente los efectos de los cambios en las necesidades económicas sobre las instituciones legales”.²⁵

El Derecho tiene una importante función desde el punto de vista de la Teoría Económica; y, en tal medida, el propio Derecho debe ser evaluado exclusivamente en términos de propiciar la correcta asignación que debe llevar al equilibrio del mercado. Esto es muy importante. Los expertos nos hacen pensar en cosas específicas, por ejemplo, si los costos de transacción no alcanzan un valor prohibitivo, el Derecho juega un papel de gran importancia en orden a su reducción por medio de dos instituciones capitales: los derechos de propiedad y los contratos. El derecho cumple la función de

²⁵ **Idem.** (Las cursivas son de la autora de esta tesis).

establecer las conductas prohibidas y admitidas, los derechos de propiedad (entendidos como relación entre personas), que hagan factible el equilibrio de mercado.

Por otro parte, mientras que el jurista trata de encontrar lo particular, los detalles actuales que permitan la argumentación legal, el economista se encuentra más bien preocupado por las generalidades, evita los análisis parciales que puedan oscurecer las relaciones importantes y generalmente suprime los detalles para enfatizar las consideraciones globales de los problemas.

1.4 La Normativa y lo Económico

El Derecho y la Economía se encuentran en una frontera mutua y vasta, que comprenden las relaciones sociales comunes que forman parte de su objeto y que son tratadas en forma distinta por cada disciplina, relaciones susceptibles a alteraciones en la problemática social, que inducen a cambios en las especialidades jurídicas sobre el sistema del Derecho, originando uno de sus más recientes productos, el Derecho Económico.

Por lo expuesto, estamos obligados a establecer las relaciones fundamentales entre el Derecho Económico y la Economía: El objeto de la economía son las relaciones de producción, relaciones que se encuentran formadas por hombres individualmente considerados, como por grupos organizados hasta llegar incluso a establecer categorías económicas. El objeto del derecho en cambio, también está conformado por las relaciones entre las personas, organizadas o formando parte de complejas categorías jurídicas.

En ambos casos, se encuentra presente el ser humano, pero no aislado, sino el ser humano en relación, en sociedad, porque lo que cambia en cada uno es la relación; en el primero, la interrelación privilegiada es la que forman los hombres en el proceso de elaboración de sus condiciones materiales de existencia; en el segundo caso, la interrelación privilegiada, es el modo de vincular a los seres humanos en casi cualquier

aspecto de la vida social que merezca un formalismo y que tenga un efecto coactivo o coercitivo previsto y socialmente aceptado.

El Derecho, a través de distintas leyes, regula aspectos propios de las relaciones de producción y prevé consecuencias, que van desde aquellas que nos afectan de un modo inmediato y cotidianamente²⁶, hasta las que suponemos mediatas y distantes, como las normas de intervención en entidades financieras con problemas de liquides; en parte esta percepción obedece a que la cuestión económica, que en sí es compleja, es tratada de modo fragmentario por el legislador, a través de un cúmulo disperso de leyes, que con el transcurso del tiempo o en determinadas coyunturas económico-políticas, tienden a contradecirse. Pero esta forma normativa plantea un límite a la acción jurídica, cuando los efectos económicos derivados que puedan tener las decisiones judiciales afectan a otras áreas de la economía, incidiendo en la propia eficacia de la Ley y acarreando consecuencias indeseables en el sistema económico.

Estas interrelaciones no son todo el problema; también existen escenarios donde las decisiones políticas en materia económica debieran cumplir ciertas formalidades que garanticen una reducción del daño social estimable, otra cuestión, además, es la necesidad de establecer un ejercicio técnico de la coacción y coerción frente a los agentes económicos según hayan cumplido o no determinados presupuestos, las declaratorias de insolvencia a entidades bancarias lo que es un buen ejemplo de ello, el modo como se realicen estos y otros procedimientos podrían prevenir efectos económicos indeseables.

Esta secuencia de efectos económicos recíprocos y una falta de procedimientos y normas sobre decisiones discrecionales comprometidas políticamente en consideraciones extrañas a un modelo de desarrollo elegido democráticamente, no parece ser una opción eficiente en la administración de recursos escasos en el momento de detener una crisis económica, lo que ha dado material a reflexionar por jurisprudencias acuñando a través del tiempo el contenido del concepto de Derecho Económico.

²⁶ Verbigracia las leyes laborales.

1.5 Autonomía del Derecho Económico

Marco Antonio Guzmán, al tratar este tema, cita a Jacquemin y Schrans²⁷ quienes estiman que el Derecho Económico no es una nueva materia jurídica, sino una nueva óptica frente a las materias tradicionales. Como en el caso del Derecho Comparado, dicen, el Derecho Económico es una calificación del Derecho: es el Derecho considerado en sus consecuencias económicas. Guzmán también continúa diciendo que para Linotte, Mestre y Romi, y con una orientación similar, presentan al Derecho Económico como un corte transversal de las diversas ramas del Derecho. Sostienen que a la actividad económica se deben aplicar normas procedentes de diversos campos del Derecho: se acudirá al Derecho Civil, en lo concerniente a los principios atinentes a los bienes y a los contratos; al Derecho Mercantil y al Derecho Laboral, en lo que concierne a la empresa; al Derecho Administrativo, para la regulación de las actividades públicas; al Derecho Penal, para las sanciones.²⁸

Por nuestro lado, y atendiendo a una de sus características (el Derecho Económico es un derecho mixto), establecemos que es un derecho que goza de autonomía. Ya lo decía F. de Kiraly en 1934 al establecer la existencia del Derecho Económico como una rama independiente de la ciencia jurídica, lo cual lo hemos establecido en el punto 2 del presente Título.

1.6 Principios del Derecho Económico

Justus Wilhelm Hedemann, citado por Schujman, representa como jurista una de las primeras tentativas de fijar los principios especiales del Derecho Económico:

1.6.1 Derecho Económico es el ordenamiento jurídico total en cuanto esta fundado en consideraciones (espíritu) económicas;

²⁷ En "**Derecho Económico Ecuatoriano**"; Véase.

²⁸ Schujman, Mario Saúl, <**Derecho económico y social**>, <http://146.155.39.20:899/libros/derecho%20economico%20y%20social.pdf> (18 de abril de 2007).

1.6.2 Derecho Económico como método. La investigación del jurisconsulto ha prestado atención absorbente a las normas jurídicas, según Hedemann, dejando el examen de los hechos reales a segundo plano. El Derecho Económico exige que el foco de atención se traslade a los hechos de la vida.²⁹

1.7 Fundamentos del Derecho Económico

Cabe recordar aquí que el Derecho Comercial, desde su nacimiento en la baja Edad Media, implicó la simplificación y adaptación de las soluciones dadas hasta entonces por el derecho civil a las exigencias del comercio procurando dar mayor celeridad a los negocios, reducir riesgos, captar capitales para grandes emprendimientos y hacer circular el crédito y la riqueza. Pero junto con dichas normas se fueron acuñando otras, de diversas jerarquías, cuyo objetivo fue la de jugar como contrapesos de los privilegios concedidos a los empresarios, limitando el poder económico y protegiendo a los débiles, a los no empresarios y a los terceros. Dichas normas constituyen manifestaciones, en el área del Derecho Comercial, del denominado Derecho Económico, que puede ser conceptualizado, desde cierta óptica, como la rama del derecho que comprende el estudio de las normas jurídicas de derecho público y privado que derivan del intervencionismo estatal en la economía y que, cualesquiera sea la posición doctrinaria respecto de su contenido, naturaleza o autonomía, atiende a la irrenunciable función del derecho de ordenar la vida económica con criterios de seguridad y de justicia.

El Derecho Económico se manifiesta, en el ámbito del Derecho Societario, como un límite a la autonomía privada derivado de normas imperativas -que tutelan a los terceros y también a los socios-, de los principios configuradores del tipo social, y de la moral y el orden público general. Comprende las normas que tutelan el interés público fundado en el interés general como son: el régimen de tipicidad, la conservación de la empresa, la contabilidad legal, la fiscalización estatal, el régimen de control, la nulidad por objeto y por actividad, el régimen del capital, la registración mercantil y los

²⁹ Idem.

regímenes de responsabilidades, entre otros institutos, incluyendo cuestiones patrimoniales, e importando un sistema de contrapesos respecto de las normas que facilitan los negocios. Establecer los fundamentos del Derecho no es sólo descubrir las condiciones que reclaman su necesidad, sino comprenderlas en el contexto de su propósito o sentido ontológico del Derecho Económico que le han atribuido distintos jurisconsultos a través del tiempo: la configuración de un marco institucional para la vida económica. Esta percepción tiene como objeto alcanzar equilibrios de interés económico particulares y públicos o intereses económicos generales.

Por lo expuesto el Derecho Económico, debe responder a la constitución de un sistema técnico por el cual se controlen efectivamente los efectos sociales letales que las crisis económicas encierran para todos, en particular para los grupos marginados o los que se encuentran en situación de riesgo.

En todo caso, es incuestionable el apareamiento de recientes fenómenos económicos y políticos, planteando nuevas condiciones objetivas y afectando algunas de las relaciones económicas privilegiadas por el Derecho Económico. Los fundamentos actuales del Derecho Económico giran entorno a los procedimientos jurídicos relativos a que la reproducción de un nuevo ciclo económico, no se realice sobre la base de deprimir y marginar más a los grupos sociales en situación de riesgo; comportamiento particularmente constante en América Latina a través del salvataje bancario, o absorción, por parte del Estado del endeudamiento privado.

1.8 Características del Derecho Económico

Varios autores coinciden en señalar que el Derecho Económico es *Dinámico, Complejo, Finalista e Instrumental*:

1.8.1 Dinámico, en cuanto tiene que guardar relación constante con una realidad siempre cambiante, y tiene que armonizar situaciones e intereses que fluctúan de acuerdo con los cambios de coyuntura de los sistemas económicos.

- 1.8.2 Complejo, porque regula las diferentes actividades que abarca la multiforme realidad económica.
- 1.8.3 Finalista, porque persigue el equilibrio económico y una mejor distribución de la riqueza generada por la sociedad en su conjunto, y, en tal sentido, salvaguardar los intereses básicos de los sectores débiles del cuerpo social, que, de otro modo, estarían en desventaja frente al poder de los grupos económicos altamente concentrados.
- 1.8.4 Instrumental, en cuanto sus normas disciplinan la conducta del Estado y de los agentes económicos en el ámbito de un sistema económico determinado y de acuerdo con una política económica específica.

Los caracteres del Derecho Económico se pueden subdividir en categorías atendiendo a su *Estabilidad Positiva* y a su *Extensión Disciplinaria*:

- Por su Estabilidad Positiva:

- a. Es una rama inestable del derecho.

En efecto, se estiman por ramas estables del derecho aquellas cuyos preceptos se mantienen sin sufrir grandes transformaciones en un lapso considerable.

Un ejemplo de ello lo podríamos considerar al Derecho Civil, una muestra, en cambio, de derecho inestable es el Derecho Laboral, el Derecho Penal e incluso el Derecho Comercial, pues sus modificaciones se deben a la inclinación propia de cada pueblo o a las tendencias políticas que muestran distintos regímenes que las instauran. El Derecho como creación humana se sujeta al designio de los hombres, en su aplicación u omisión, el Derecho Económico se desenvuelve entre las contingencias históricas que afectan las relaciones que intenta estatuir, a través de su aplicación que admite encauzar

los efectos de cada perturbación a un mínimo de daño económico estimable; en tanto continuemos con una organización social fundada en la democracia, en que cada ejercicio de poder según sus intereses afecte a los contenidos, siempre cambiantes, del daño económico y sus formas de determinación.

b. Variabilidad del contenido normativo.

Las consideraciones económicas que puede tener cada gobierno son de tan diverso orden, como los intereses que los modelan. Al Derecho Económico sólo le es posible instituir conceptos históricamente contingentes, cuya eficacia, delimitación y consolidación como preceptos, dependerá de los efectos sociales que deriven de su aplicación.

- Por su Extensión Disciplinaria:

a. Su extensión, es cambiante por razón de la materia y las circunstancias históricas.

Las relaciones económicas y sociales, hemos referido se modifican conforme cada coyuntura, con el transcurso del tiempo observamos como las dimensiones que habíamos dado a cada elemento cambian continuamente, afectando los conocimientos que teníamos del conjunto, tornándolos insuficientes, por lo que el Derecho Económico, cambia su extensión no sólo en relación directa al descubrimiento de alguna investigación, sino al compás de la cadencia con que se agita su objeto viviente, el ser humano en su proceso civilizatorio.

b. Es un Derecho mixto.

El Derecho Económico no puede limitarse a organizar un conjunto de normas, económicas si se advierte que en su aplicación entrarían en conflicto con otras normas, sean de carácter administrativo, civil o penal. De ello se

deriva que el Derecho Económico es una rama autónoma del Derecho, por su carácter eminentemente interdisciplinario en el examen y respuesta de los problemas que enfrenta y por el ámbito de afectación del conjunto de sus normas.

c. Contenido amplio de instrumental técnico.

El vasto contenido de las relaciones sociales que conforman el objeto del Derecho Económico causa, un incremento notable del contenido y especialización del instrumental técnico, en que el Derecho Económico se apoya. A diferencia de otras ramas del derecho, el Derecho Económico se encuentra indisolublemente ligado a disciplinas como la económica en el desarrollo de sus preceptos técnicos jurídicos (a fin de establecer los compartimentos, causas y efectos económicos), la Estadística (a fin de medir las consecuencias cuantitativas del modo económico prescrito) y la Sociología Jurídica (a fin de establecer las proyecciones de los comportamientos dentro de escenarios que admitan en diverso grado la eficacia y secuelas de los presupuestos a sustentar).

El Derecho Económico no se limita a disponer un conjunto de normas en arreglo a una política u objetivo dado, sino que además prevé las causas y efectos en los comportamientos de los demás agentes económicos. De la aplicación de tales normas, proyectando las posibles secuelas económicas y previendo los elementos que pueden perturbar su eficacia en el curso del tiempo, el Derecho Económico demanda para la consecución de sus fines, un amplio de instrumental técnico.

Ahora bien, esta demanda no sólo se da en lo doméstico, el interior de un país. Ella trasciende fronteras.

1.9 Derecho Económico Internacional

Fundamentalmente, la autora del presente trabajo considera que en la vida moderna podríamos hablar de un nuevo Derecho Económico Internacional, con orígenes remotos y fundamentos en el nacimiento del Derecho Comercial.

En la Edad Media, a comienzos del Renacimiento, nacen las costumbres internacionales creadas por los mismos comerciantes, las cuales han sido bautizadas como *lex mercatoria* (este tema lo desarrollaremos en otro capítulo posterior). Posteriormente, luego del fenómeno mercantil realizado a través de las costumbres internacionales desarrolladas en Italia durante la época de las cruzadas, surge lo que se ha denominado como el "Derecho Internacional Privado" dirigido fundamentalmente a estudiar desde el punto de vista del derecho interno de cada Estado-Nación, el estatuto jurídico de los extranjeros, los efectos extraterritoriales de las leyes nacionales, y los conflictos de leyes y jurisdicciones en el espacio.

Este Derecho ha sido aplicado en los últimos cuatro siglos. Pero resulta insuficiente si se tienen en cuenta que la multiplicación de las relaciones de un Estado y sus súbditos con el resto del mundo tiene por lo general efectos extraterritoriales, que escapan del poder soberano que se manifiesta a través del sagrado principio de territorialidad de la ley. Es un hecho que el mundo ya no se compone de países con una "individualidad" propia, una soberanía absoluta. Vivimos en un medio regionalizado, mundializado (término adecuado para algunos autores de habla español) o globalizado (en término inglés) lo que influye en nuestra vida jurídica que tiende al intercambio, sobre todo en materia de producción y distribución de bienes.

1.9.1 Finalidades del Derecho Económico Internacional

Puede ser obvio lo que se anota a continuación, y es que la finalidad del Derecho Económico Internacional es la organización y regulación de intercambios económicos y financieros entre los Estados y los comerciantes de diferentes naciones.

1.9.2 Fuentes del Derecho Económico Internacional

1.9.2.1 Tratados o convenios internacionales

En materia de tratados internacionales los hay en los órdenes universal, regional y bilateral. Para que un tratado internacional sea válido se requiere cumplir con ciertos procedimientos que están establecidos tanto dentro de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, como dentro de la Constitución Política de la República de Guatemala (Artículos 171 literal l; y 183 literal k).

Los tratados internacionales representan compromisos muy importantes de carácter internacional, y podrían considerarse como limitaciones razonables a la soberanía del Estado para llevar a cabo sus políticas monetaria, de comercio exterior, fiscal, cambiaria, arancelaria y, en algunos casos, sus mismas prácticas legales.

1.9.2.2 Leyes nacionales

Las transacciones económicas internacionales casi nunca se realizan sin intervención de los Estados, los cuales expiden normas jurídicas de manera independiente y autónoma, en la mayoría de los casos. En el campo del derecho nacional no puede desconocerse la soberanía del Estado para establecer, dentro de preceptos intervencionistas, políticas restrictivas que con criterios nacionalistas defienden el interés público. Enfocada desde el punto de vista de los otros Estados, la legislación extranjera juega también un papel importante en la regulación internacional.

1.9.3.3 Usos y costumbres mercantiles

Los usos y costumbres de los comerciantes bien sean nacionales e internacionales son fuentes de derecho económico internacional.

1.9.2.4 Contratos tipo.

En las industrias modernas, diversos factores de orden económico, jurídico y administrativo han provocado el uso generalizado de los contratos standard. Desde el punto de vista jurídico, los contratos tipo regulan las transacciones internacionales de una manera detallada, llenando de este modo los vacíos del ordenamiento jurídico. Los contratos tipo, entendidos como acuerdos de voluntades que regulan aspectos no desarrollados por la legislación de los Estados, se constituyen en importantes fuentes del derecho económico internacional. Basta citar los contratos de empréstito que por lo general redactan los bancos prestamistas, o el caso de las operaciones de compraventa internacional en el cual frecuentemente se utilizan contratos standard o tipo, o los llamados "Contratos de Licencia", contentivos de cláusulas que regulan las relaciones jurídicas derivadas de la transferencia tecnológica.

1.9.2.5 Principios generales del Derecho.

"Desde la época de Hugo Grotius (1625), cuando se estructuró moderadamente el derecho internacional público con base en las ideas de Aristóteles y Santo Tomás, vienen aplicándose unos principios que modernamente se conocen con el nombre de "Principios Generales del derecho reconocidos por las Naciones Civilizadas". como ejemplos de estos principios podríamos mencionar al respecto por los bienes ajenos, la reparación de los daños causados por culpa propia, el fraude a la ley, el de la buena fe, el de enriquecimiento sin justa causa, el de que los pactos son para cumplirse o *pacta sunt servanda* , y, finalmente, su excepción, el de *rebus sic stantibus*. Dichos principios son de aplicación casi universal y están consagrados de una u otra forma en los distintos

sistemas legales.”³⁰ Dentro del Derecho Económico Internacional están incluidos los siguientes sistemas normativos:

- Derecho de las Relaciones Comerciales Internacionales, en el que se incluye:

a) Imposiciones internas aduaneras, de contingentes, comercio exterior, etcétera, y

b) Armonización interestatal y derecho de la liberación;

- Derecho Monetario Internacional, que comprende:

a) Derecho Monetario y de divisas internas; y

b) Derecho Interestatal de la liberalización y armonización al respecto;

- Derecho de Planificación Económica Internacional, que incluye:

a) Derecho de las subvenciones, inversiones, "stock", carteles y compras con efecto internacional; y

b) Derecho Interestatal de Integración en la materia".

Entenderemos por contenido lo que una cosa encierra o contiene en ella, tratándose del Derecho Económico Internacional y debido a la falta de su precisión conceptual, delimitamos los aspectos más generales de su contenido, acogiéndonos a la dinámica específica de cambio en el curso de la historia.

³⁰ Pérez Solórzano, José Luis. <La internacionalización del derecho y del abogado.>
<http://www.dlh.lahora.com.ec/paginas/judicial/PAGINAS/D.Internacional.27.htm> (12 de septiembre de 2007).

CAPÍTULO II

DERECHO DEL COMERCIO INTERNACIONAL

2. Comercio Internacional

2.1. Evolución del Comercio Internacional

El origen del comercio internacional se encuentra en el intercambio de riquezas o productos de países tropicales por productos de zonas templadas o frías. Es antiguo, es añejo y esto lo ha ido estructurando.

Dicho lo anterior, es importante acotar, que dentro de la cultura Maya ya ellos participaban en el comercio a larga distancia en Mesoamérica³¹, y posiblemente más allá. La historia nos revela que entre los bienes de comercio estaban el jade, el cacao, el maíz, la sal y la obsidiana, usando ríos y lagos como sus principales vías de comunicación.

Al correr de la historia y conforme se fueron sucediendo las mejoras en el sistema de transporte y los efectos del industrialismo fueron mayores, el comercio internacional fue cada vez mayor, debido al incremento de las corrientes de capital y servicios en las zonas más atrasadas en su desarrollo.

Aunque el comercio internacional siempre ha sido importante, es a partir del siglo XVI que empezó a adquirir mayor relevancia; con la creación de los imperios coloniales europeos, el comercio se convirtió en un instrumento de política imperialista. La riqueza de un país se medía en función de la cantidad de metales preciosos que tuviera, sobre todo oro y plata. El objetivo de un imperio era conseguir cuanta más riqueza mejor al menor costo posible. Esta concepción del papel del comercio internacional, conocida como mercantilismo, predominó durante los siglos XVI y XVII.

³¹ **Mesoamérica** es el término con que se denomina la región del continente americano que comprende aproximadamente el sur de México y los territorios de Guatemala, El Salvador, Belice, y las porciones occidentales de Honduras, Nicaragua y Costa Rica. (Nota de la autora).

El comercio internacional empezó a mostrar las características actuales con la aparición de los Estados Nación durante los siglos XVII y XVIII. Los gobernantes descubrieron que al promocionar el comercio exterior, podían aumentar la riqueza y, por lo tanto, el poder de sus países.

En 1776, el economista escocés Adam Smith propugnaba en su obra *La riqueza de las naciones* que la especialización productiva aumenta la producción total. Smith creía que para poder satisfacer una demanda creciente de bienes de consumo, los recursos limitados de un país debían asignarse de modo eficaz a los procesos productivos. Según la teoría de Smith, un país que comercia a escala internacional debe especializarse en producir los bienes en los que tiene ventaja absoluta, es decir, los que produce con menores costos que el resto de los países. El país exportaría parte de estos bienes para financiar las importaciones de otros que los demás producen con menores costos.

Dentro de las diversas definiciones llegamos al punto de establecer que el comercio internacional es el intercambio de bienes económicos que se efectúa entre los habitantes de dos o más naciones, de tal manera, que se dé origen a salidas de mercancía de un país (exportaciones) entradas de mercancías (importaciones) procedentes de otros países.

2.2 Beneficios del Comercio Internacional

El comercio internacional permite una mayor movilidad de los factores de producción entre países, dejando como consecuencia las siguientes ventajas:

2.2.1 Cada país se especializa en aquellos productos donde tienen una mayor eficiencia lo cual le permite utilizar mejor sus recursos productivos y elevar el nivel de vida de sus trabajadores.

2.2.2 Los precios tienden a ser más estables.

- 2.2.3 Hace posible que un país importe aquellos bienes cuya producción interna no es suficiente y no sean producidos.
- 2.2.4 Hace posible la oferta de productos que exceden el consumo a otros países, en otros mercados. (Exportaciones)
- 2.2.5 Equilibrio entre la escasez y el exceso.
- 2.2.6 Los movimientos de entrada y salida de mercancías dan paso a la balanza en el mercado internacional.
- 2.2.7 Por medio de la balanza de pago se informa qué tipos de transacciones internacionales han llevado a cabo los residentes de una nación en un período dado.

Todo esto, incide en la necesidad de regulaciones para este aspecto.

2.3 Argumentos contra el Comercio Internacional

Se pueden mencionar varias argumentaciones, aunque el Comercio Internacional es una realidad; son las siguientes:

- 2.3.1 Una nación que depende de fuentes extranjeras de abasto, se encuentra en una posición particularmente vulnerable durante una guerra.
- 2.3.2 El comercio internacional es una fuente de inestabilidad e interfiere con la planeación económica.
- 2.3.3 El comercio internacional origina pérdidas para las industrias domésticas cuyos productos son desplazados por las importaciones.

2.3.4. La soberanía de las naciones está innegablemente sometida a las directrices de países económicamente poderosos, las que inciden en la toma de decisiones y en la política exterior de aquellos.

Pero el Comercio Internacional, pese a estas argumentaciones, es importante.

La importancia del comercio internacional varía en función de cada economía nacional. Ciertos países sólo exportan bienes con el fin de aumentar su mercado nacional o para ayudar en el aspecto económico a algunos sectores deprimidos de su economía. Otros dependen del comercio internacional para lograr divisas y bienes para satisfacer la demanda interior. Durante los últimos años se considera al comercio internacional como un medio para fomentar el crecimiento de una determinada economía; los países menos desarrollados y las organizaciones internacionales están fomentando cada vez más este patrón de comercio.

Retomando la idea jurídica, esto hace necesario un Derecho Comercial.

2.4 Derecho del Comercio

2.4.1 Nociones Generales del Derecho del Comercio

El Derecho Comercial, como rama autónoma del Derecho, nace en la Edad Media, y la razón de esto radica en que es precisamente en ese momento cuando se forman los Principios Generales del Derecho Comercial, separándolos de los principios del derecho civil, y del derecho en general. Se producirá allí una integración analógica.

El Derecho Comercial es conocido como Derecho Mercantil, y siguiendo las líneas de Cabanellas, este Derecho está formado por principios doctrinales, legislación y usos que reglan las relaciones jurídicas particulares que surgen de

los actos y contratos de cambio, realizados con ánimo de lucro por las personas cuya profesión es el comercio.³²

A la vez, dentro de Guatemala, encontramos varias posiciones³³ que definen al Derecho Mercantil; una de ellas es dada por Arturo Villegas Lara, quien establece que: “El Derecho Mercantil guatemalteco es el conjunto de normas jurídicas, codificadas o no, que rigen la actividad profesional de los comerciantes, las cosas o bienes mercantiles y la negociación jurídica mercantil”³⁴

Por otra parte, las relaciones sociales se convierten en jurídicas tan pronto como caen bajo el imperio de una norma jurídica. Razones de sistematización y de facilidad para el estudio y aplicación de las normas imponen la clasificación del Derecho en varias ramas adecuadas al género de actividades que cada una de ellas pretende regular. Aparece el Derecho Comercial como el conjunto de normas jurídicas que regulan la materia comercial; todo elemento de hecho perteneciente al Comercio, a sus negocios, objeto y sujetos, se llama materia de comercio.

El Derecho Comercial se ha constituido y desarrollado sobre la base de las necesidades económicas, pero eso no significa que ambas materias hayan seguido una evolución paralela y siempre coincidente.

2.4.2 Materia del Derecho Comercial

Constituye materia comercial todo supuesto de hecho que la ley considera mercantil. Se quiere expresar con esta definición que es el conjunto de normas

³² Cabanellas de la Cueva, **Derecho de las inversiones extranjeras**, pág. 78.

³³ Y, sin obviar las notas de clase tomadas en la cátedra de Derecho Mercantil I impartida por el Licenciado Saulo de León Estrada dentro de la Facultad de Derecho de la Universidad de San Carlos de Guatemala, quien establece que: “Derecho Mercantil es el conjunto de normas jurídicas, principios que regulan la constitución, funcionamiento de los comerciantes, de los títulos de crédito y la contratación típica y atípica.” (Nota de la autora).

³⁴ Villegas Lara, Réne Arturo. **Derecho Mercantil guatemalteco**. Tomo I. Pág. 21.

reguladoras de ciertos estados y relaciones que otras normas adecuadas (delimitativas) califican de comerciales y someten a su imperio. El concepto comprende, los sujetos, objetos, relaciones y negocios sometidos a la disciplina del derecho comercial.

Sujetos pueden ser tanto los comerciantes, como los no comerciantes que ocasionalmente realizan actos de comercio; y objetos de ellas pueden ser todas aquellas prestaciones convenidas en los negocios y operaciones comerciales.

Si bien los actos de comercio constituyen el punto central y la base por excelencia de la materia comercial en el sistema adoptado por nuestro código, ellos no absorben por completo el derecho comercial.

El concepto de acto de comercio ha sido objeto de constantes y frustrados esfuerzos doctrinarios para lograr una definición unitaria y científica. En principio, actos de comercio son todos los actos o hechos aptos para crear, conservar, transferir, modificar o extinguir derechos y obligaciones mercantiles.

Pero las tentativas para lograr una definición unitaria y general han sido numerosas. Algunos autores se inclinan a considerarlo como un producto de la voluntad legislativa. Los autores modernos renuncian al intento de dar una definición unitaria, y se conforman con establecer categorías de actos formadas sobre la base de la legislación vigente de cada país. El legislador en el trance de delimitar la materia mercantil puede intentar dos procedimientos: o bien dar una definición general a base de la cual el intérprete pueda calificar como mercantiles ciertos actos y relaciones en particular, o bien especificar mediante una enumeración cuáles actos y relaciones deben considerarse comerciales.

El sistema legal guatemalteco³⁵, contiene una lista especial de los llamados actos de comercio. No adoptó un sistema dogmático, sino que en la compleja enumeración del Artículo 2 incluye: 1o. La industria dirigida a la

³⁵ Como casi todos los de América Latina.

producción o transformación de bienes y a la prestación de servicios. 2o. La intermediación en la circulación de bienes y a la prestación de servicios. 3o. La banca, seguros y fianzas. 4o. Las auxiliares de las anteriores.

Se trata de un sistema prevalentemente objetivo, prevalencia resultante de los actos incluidos en el Artículo 8 y de la noción de comerciante del Artículo 1.

Podemos adelantar algunos criterios para establecer la naturaleza de los actos de comercio, que pueden esquematizarse así: circulación de bienes; la especulación u onerosidad; fundado en causa; criterio profesional; de repetición masiva; de agrupamiento de los actos.

2.4.3 El Contenido actual del Derecho de Comercio

El advenimiento del capitalismo y de la gran industria modificó sustancialmente el estado de las cosas. El incremento de los negocios provocó la aparición del crédito y la consecuente constitución de una serie de instrumentos o títulos de crédito.

El crédito trajo como consecuencia la aparición de los Bancos e instituciones crediticias. La complejidad creciente de la industria provocó el surgimiento de nuevas relaciones en el campo del trabajo y de los negocios. La actividad de seguros ha alcanzado límites insospechados. El nacimiento de nuevos tipos de sociedades ha requerido disposiciones legales adecuadas a su naturaleza. Todos estos intereses económicos entrelazados han quedado sometidos a la legislación comercial. El Derecho Civil cede terreno constantemente al Derecho Comercial.

El fenómeno económico de la concentración y el desarrollo de la gran industria han contribuido poderosamente a la organización de las grandes empresas y de los consorcios industriales. El derecho no ha podido quedar

indiferente, y pronto ha surgido una profusa legislación de empresas, en la que se mezclan disposiciones de orden laboral, industrial y comercial. Hoy ya se habla del Derecho Comercial como del Derecho de la economía organizada y de la empresa.

El Derecho se presenta como una sola e inmensa institución. Pero la limitación de las fuerzas humanas obliga a fraccionarlo para su estudio. No obstante la "autonomía" no significa independencia.

La ley comercial es la norma jurídica emanada de los órganos competentes del Estado y destinada a regular la materia comercial, es decir, todos los supuestos de hecho a los que la ley considera mercantil, en cuanto ha sido dictada con el fin de regular principal y directamente dicha materia mercantil.

El carácter comercial de la norma jurídica debe ser determinado a base del contenido propio de la ley, y de la naturaleza de las relaciones que ella regula. Debe recurrirse en primer término al Código de Comercio, e investigar si dicha relación está o no incluida entre las que el código considera comerciales.

Cabe acá, una reflexión sobre lo que son los actos de comercio.

2.4.4 Sentido de la expresión "acto de comercio"

La expresión "acto de comercio" significa actos jurídicos regidos por el Derecho Comercial. En muchos casos un acto único de comercio está compuesto, en realidad, por una serie de actos jurídicos que si bien tomados aisladamente podrían ser actos independientes o autónomos, se encuentran vinculados entre sí social y económicamente, y son disciplinados por el Derecho Comercial.

La enumeración legal de los actos de comercio es de orden público ya que sirve para delimitar el ámbito de aplicación del derecho mercantil, quedando sustraída al efecto derogatorio o modificadorio de la autonomía de la voluntad.

La determinación de la materia de comercio es de orden público. No pueden los particulares, por su sola voluntad atribuir calidad comercial a un acto al que la ley no le confiere tal carácter, ni a la inversa.

El acto de comercio no es solamente acto ni hecho jurídico, tampoco es un contrato. No se trata de una estructura legal precisa, coherente y enlazada al sistema civil de los hechos, actos y contratos. Referirlos a actividades económicas simples o complejas según los casos, que se manifiestan en actos u operaciones, no llegan, por exceso o por defecto, a encuadrar los actos de comercio. Las actividades económicas pueden existir si que sean actos de comercio. Y a la inversa.

2.5 Derecho del Comercio Internacional

2.5.1 Nociones Generales del Derecho del Comercio Internacional

De igual manera que hablamos del Derecho Económico Internacional, hay que hablar del Derecho del Comercio Internacional.

El Derecho del Comercio Internacional es el conjunto de normas que rigen el comercio, o la rama del derecho que tiene por objeto estudiar las relaciones jurídicas comerciales internacionales.

Actualmente hay una inexistencia de Derecho Comercial común a todos los Estados. Lo que se ha de hacer es combinar las diferentes fuentes de producción jurídica, ya sean de origen convencional, institucional o internacional.

2.5.2 Derecho del Comercio Internacional y Derecho Internacional Económico

El Derecho del Comercio Internacional es un sector del derecho internacional público relativamente reciente. Este derecho es consecuencia de la

intervención pública en el diseño del mercado internacional, pero se trata de una intervención organizada a nivel internacional y canalizada a través de mecanismos internacionales.

La estructura del Derecho Internacional Económico se configura a partir de la labor realizada en el seno de las organizaciones internacionales de cooperación económica y comercial. Su finalidad principal es la organización de los intercambios económicos y financieros internacionales.

2.5.3 Diferencias entre el Derecho del Comercio Internacional y el Derecho Económico Internacional

Podemos anotar, que con respecto a la naturaleza de la materia regulada, en el Derecho del Comercio Internacional es privado, puesto que los comerciantes realizan sus actividades sin que exista intervención de los Estados a los cuales ellos pertenecen o donde ellos realizan o ejecutan las mismas; y en el Derecho Internacional Económico es pública, ya que aquí sí intervienen los Estados.

En cuanto a los destinatarios de las normas, en el Derecho del Comercio Internacional van destinadas a particulares y empresas, y en el Derecho Internacional Económico va destinada a los Estados y a las organizaciones internacionales.

En lo referente al objeto, en el Derecho del Comercio Internacional son las transacciones comerciales internacionales, y en el Derecho Internacional Económico es la organización de intercambios económicos y financieros.

2.5.4 Rasgos Característicos del Derecho del Comercio Internacional

Como rasgos característicos podemos señalar la pluralidad de los participantes y la pluralidad de los procedimientos de producción jurídica:

2.5.4.1 Pluralidad de los participantes.

Si bien tradicionalmente los protagonistas en las relaciones del tráfico privado externo eran solamente los particulares o comerciantes, en la actualidad hay una gran diversidad; de este modo, participan las personas jurídicas.

De hecho, los principales participantes en el comercio internacional son las personas jurídicas, y en la actualidad se está dando el fenómeno de la internacionalización de la persona jurídica.

Otros participantes son el Estado (siempre que sea comerciante y que no disponga de privilegios), las empresas públicas, las joint-ventures, etc.

2.5.4.2 Pluralidad de los procedimientos de producción jurídica.

Existen diversos tipos de fuentes, las cuales pueden ser de origen institucional, convencional o interno. Existe además otra fuente, la Lex-Mercatoria o *Ius Mercatorum*, la cual es el derecho de los comerciales no positivizado en una ley (los usos y costumbres), este tema lo desarrollaremos en otro capítulo.

La formulación de las normas en el Derecho del Comercio Internacional ha de basarse en el respeto de un análisis económico global que cumpla el respeto de los objetivos a nivel mundial (como el de liberalización) y también a nivel regional (como el de las libertades comunitarias).

Actualmente, el Derecho del Comercio Internacional viene caracterizado durante las últimas décadas por su extraordinaria flexibilidad. El incremento de la actividad comercial internacional, el creciente diseño de ésta en clave mundializada, la alteración de los sujetos tradicionalmente participantes en la actividad económica internacional, o el nuevo marco normativo generado a partir de la conformación de la Organización Mundial del Comercio, por un lado, y de la consolidación de diversos procesos de integración regional de naturaleza y alcance diverso –TLC RD-CAFTA, ALCA, etc-, por otro, presenta un reflejo directo en el ámbito del Derecho del Comercio Internacional que se ve sometido, de esta suerte, a tensiones y alteraciones constantes.

Entonces, habrán negocios mercantiles internacionales que son de interés y que hay que conceptualizar.

CAPÍTULO III

NEGOCIOS MERCANTILES INTERNACIONALES

3. Autonomía de la Voluntad

3.1 Principio de la Autonomía de la Voluntad de las Partes o Libertad de Contratación en el ordenamiento internacional

Sara Feldstein, a quien consultamos para el desarrollo del presente tema, establece que: “la expresión *autonomía de la voluntad* es lanzada por Weiss, que la emplea en su “*Traité Elémentaire de Droit International Privé*”, en 1886. Antes, los autores utilizaban la expresión “autonomía de las partes”, “autonomía del hombre”, “autonomía de los contratantes”, que son sus sinónimos. La formulación aparece precisamente dentro del campo del Derecho internacional, debido fundamentalmente a dos razones; por un lado, a “la ausencia de reglas escritas en Derecho internacional, lo que incitó la imaginación de los pensadores; y por el otro, a la proscripción de la audacia en el dominio del Derecho Civil...” el descubrimiento y el habito del uso jurídico que la formula se debe, fundamentalmente, a la doctrina internacionalista.

La doctrina internacionalista resulta coincidente respecto a la época en que la expresión aparece, llegando a la conclusión de que la misma se debe a los autores alemanes del siglo XIX, y esto hasta es obvio decirlo, acerca de su significado etimológico entendido como “poder darse a sí mismo su propia ley”.³⁶

El principio de la autonomía de la voluntad tiene aplicación tanto en el derecho interno cuanto en el internacional. Dentro del primero, ha inspirado numerosas reglas, tales como la del respeto de la voluntad de las partes en la ejecución e interpretación del contrato o de la denominada libertad contractual, entre otras.

³⁶ Feldstein de Cárdenas, Sara L., **Contratos Internacionales**, págs 57 y 58.

En el campo del Derecho Internacional, significa que las partes pueden elegir la ley que habrá de regir sus contratos internacionales.

Cabe aclarar que la Autonomía no es total. Ella debe inclinarse ante la necesidad de mantener el orden social y ante el mandato del legislador, o al menos teóricamente, por las necesidades sociales y de la voluntad colectiva. Por ello se afirma que no es un principio absoluto, sino relativo. Dentro de los límites que la enmarcan están: Orden Público Internacional; Fraude de Ley; Tutela de ciertas categorías de personas consideradas jurídicamente débiles; Normas de policía o normas locales internacionalmente imperativas; entre otras.

Para Sara Feldstein, la contratación internacional es el vehículo de expresión y documentación del consentimiento por el que se perfeccionan las relaciones comerciales de intercambio de bienes y servicios cuyo ámbito excede de la legislación de un Estado, de suerte que puede decirse que los diferentes elementos que intervienen en ellas (sujetos, objeto, precio, forma y lugar de celebración del contrato) guardan alguna conexión con nacionalidades distintas y, consecuentemente, con legislaciones de diferentes países. Es el contrato que sea en su conformación, desenvolvimiento o extinción, posee elementos extranjeros objetivamente relevantes.³⁷

De esta confluencia de diversos ordenamientos jurídicos sobre una misma relación jurídica se derivan problemas de carácter formal que giran en torno a una cuestión de vital importancia para la válida celebración y, luego, ejecución del contrato resultante: la ley aplicable al contrato.

En Guatemala, al tenor del artículo 1º del Código de Comercio, Decreto 2-70 del Congreso de la República, establece la aplicabilidad de sus normas jurídicas a los negocios jurídicos mercantiles que celebren los comerciantes nacionales o extranjeros dentro de su actividad profesional, y en su defecto por las normas de Derecho Civil de conformidad con los principios que inspiran el Derecho Mercantil,

³⁷ **Idem.**

toda vez los comerciantes acuerden sujetarse a las normas guatemaltecas. Claro está que dentro del comercio internacional los comerciantes eligen el ordenamiento jurídico que más sea conveniente.

Aparece en este contexto, entonces, la conocida como norma de conflicto, que tiene como función determinar el derecho aplicable a la situación privada internacional, de entre todos los ordenamientos jurídicos con los que presenta conexión dicha situación jurídica internacional, poniendo fin al conflicto de leyes suscitado.

En ese orden, la norma de conflicto consta de tres elementos que facilitan la localización del derecho aplicable. Estos elementos se refieren al supuesto de hecho (conceptos jurídicos), el punto de conexión (que indica el vínculo del supuesto de hecho con un determinado Estado) y la consecuencia jurídica (que, finalmente, ordena la aplicación del Derecho de un país).

Cada Estado posee sus propias normas de Derecho Internacional Privado y las fuentes del mismo, básicamente, son los convenios internacionales y las disposiciones normativas producidas por los órganos con función legislativa de cada país. Entre estos convenios, el Convenio de Roma, del 19 de junio de 1980 merece una atención especial para lo cual más adelante desarrollaremos.

Pero, desde luego, el principio de la autonomía de la voluntad en materia contractual, en cuya virtud quienes contratan pueden establecer todos aquellos pactos, cláusulas y condiciones que entiendan convenientes a sus intereses – siempre que no contravengan normas imperativas o prohibitivas, ni la moral, ni el orden público- tiene un papel protagonista a la hora de determinar el derecho aplicable a la relación jurídica constituida.

3.2 Elección de la ley aplicable al contrato

Quien escribe esta tesis, ha encontrado que los contratos mercantiles nacen de costumbres negociales, que con un origen remoto, se tipifican en la Edad Media. Estos contratos son los instrumentos probatorios, se formalizan para asentar la buena inteligencia o el acuerdo alcanzado y persiguen la certificación del negocio como objeto principal.

La elección de la ley aplicable es un aspecto imprescindible en todos los contratos que guardan relación con diversos ordenamientos jurídicos. Es necesario contar con un ordenamiento al que puedan referirse las partes, puesto que la mera voluntad de éstas difícilmente podrá resolver todos los problemas que surjan en la realidad, máxime una vez que el contrato ya existe y se está ejecutando. Se deben, pues, evitar las situaciones de contratos sin ley que se dan, en ocasiones, en el actual comercio internacional por haberse generalizado la utilización de contratos tipo o de condiciones generales de contratación que posibilitan, en la práctica, una realidad aparentemente desvinculada de cualquier ordenamiento jurídico nacional.

Es la utilización de contratos “*anacionales*”, que se ha defendido sobre la base de la existencia de una nueva *lex mercatoria* o ley universal de los negocios, fruto de la gradual consolidación de los usos comerciales internacionales (tema que desarrollaremos posteriormente); pero aun en el supuesto de que pudiera admitirse que un contrato se refiriera a ella, sería necesario contar, en todo caso, con el respaldo de un derecho nacional.

La elección de la ley se tiende a relegar al criterio de los abogados que intervienen en la preparación del contrato. Sin embargo, esta decisión debería compartirse con todos los equipos interesados en la negociación, porque también afecta a otras cuestiones no estrictamente jurídicas, entre las que destacan:

- Reducción de los riesgos políticos propios de cada país y de los consiguientes riesgos de impago. Por ejemplo, en proyectos de infraestructuras es conveniente,

para el dueño de la obra, que la ley aplicable no sea la del contratista, puesto que podrían producirse cambios legislativos influenciados por motivos políticos que afectasen al contrato.

- Factor lingüístico. Es importante tener en cuenta que la aplicación de leyes que impongan la utilización de una lengua oficial en los contratos y documentos que se sometan a la misma y que sea poco usual en el tráfico internacional, causará la necesidad de traducciones complejas, normalmente juradas, que retrasarán la negociación del contrato y, sobre todo, su desarrollo y aplicación.
- Asesores jurídicos. En ocasiones, conviene evitar la elección de la ley de un país donde no existan los asesores jurídicos adecuados a las necesidades de una de las partes (capacitación, imparcialidad, etc.)

En relación a la ley aplicable al contrato, se distinguen dos situaciones:

1. Cuando las partes, en virtud del principio de la autonomía de la voluntad, han preseleccionado en sus transacciones internacionales, la ley aplicable;
2. Cuando ante la falta de elección de ley aplicable por las partes en sus contratos internacionales, es necesario recurrir a tales fines, a lo que ha establecido en esta hipótesis el legislador.

El principio de autonomía de la voluntad de las partes, en la confección y exteriorización del contrato, ha de coordinarse con los principios de justicia contractual y buena fe, ya que los contratos se “hacen” para ser cumplidos, forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma.

El consentimiento es el acuerdo de voluntades que se exterioriza en la declaración. Y la declaración ha de merecer una interpretación gramatical o literal. Más aún dentro del comercio internacional la respuesta de los operadores jurídicos

debe armonizar lo jurídico con lo económico. El contrato como concepto jurídico con el contrato como operación económica. La justicia como utilidad.³⁸

Doctrinariamente se discute diversas posiciones respecto a la elección de la ley aplicable por las partes, sustentadas por la Tesis Negatoria y Tesis Afirmatoria:

Tesis Negatoria:

Sostiene que como no existe una norma expresa que contenga el principio, las partes no gozan del derecho de elegir la ley aplicable en los contratos internacionales. Lo que ha ocurrido es que se ha cometido el error fundamental de confundir el concepto de autonomía de la voluntad con el de libertad de estipulaciones, única noción verdaderamente exacta y cuyo contenido es diferente, lo único que existe es una libertad de estipulaciones que, jurídicamente, siempre es la misma en todas las circunstancias en que se manifiesta.

Tesis Afirmatoria:

Esta corriente sostiene que en virtud de la voluntad concordante, la ley que han elegido las partes es la que debe regir la sustancia de los contratos internacionales, ya sea porque se trata de un derecho individual inherente a la naturaleza humana; porque así resulta del derecho de libre contratación que el legislador acuerde a las partes; o porque es una consecuencia exigida por el comercio internacional.

Por su parte, el Código Civil Decreto Ley 106, y el Código de Comercio de Guatemala Decreto No. 2-70, no contienen una norma que en forma expresa establezca el principio de libertad de contratación internacional.

³⁸ Mosset Iturraspe, Jorge, **La frustración del contrato**, pág. 19.

Por cierto que el ejercicio de la facultad de preseleccionar la ley aplicable, dentro del arbitraje internacional, es derivación del principio de la autonomía de la voluntad, que precisamente constituye uno de sus pilares fundamentales.

Es imprescindible, por tanto, que dentro del tema sobre la autonomía de la voluntad, debamos desarrollar, como complemento, el Convenio de Roma de 1980.

3.3 Convenio de Roma de 1980

El Convenio de Roma de 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales ha sido la culminación de la labor armonizadora llevada a cabo por el legislador comunitario en materia conflictual. Su conclusión fue considerada en su día una continuación de la labor iniciada en el ámbito jurisdiccional con el Convenio de Bruselas de 1968 relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, estableciendo en su Preámbulo el interés de las Partes por «proseguir», en el ámbito del Derecho Internacional privado, la obra de unificación jurídica ya emprendida en la Comunidad Europea, especialmente en materia de competencia judicial y de ejecución de resoluciones judiciales.

Su historia comenzó en 1967, cuando la Representación Permanente de Bélgica en la Comunidad Europea, invitó a la Comisión en nombre de los Gobiernos del Benelux a llevar a cabo una armonización de las normas sobre conflicto de leyes inspirada en el Proyecto sobre Ley Uniforme del Benelux, sin embargo hubo de esperar hasta la culminación del Convenio de Bruselas de 1968 para que se comenzara a trabajar en esta materia.

En un principio las pretensiones del Convenio eran ambiciosas, ocupándose el mismo del estatuto personal, los derechos reales, las obligaciones contractuales y extracontractuales, limitándose posteriormente en 1972 a estas dos últimas materias.

La Comunidad Europea prepara actualmente un instrumento relativo a las normas sobre conflicto de leyes en materia de obligaciones extracontractuales

(conocido como "Roma II") y tiene previsto armonizar las normas sobre conflicto de leyes relativas al divorcio y los regímenes matrimoniales, así como a sucesiones y testamentos.

3.3.1 Aspectos principales del Convenio de Roma de 1980

3.3.1.1 Ámbitos de aplicación

El Convenio de Roma es de aplicación a las obligaciones contractuales, en las situaciones que impliquen un conflicto de leyes; aunque la ley que resulte aplicable pertenezca a un Estado no contratante del Convenio.

Este carácter universal convierte al Convenio de Roma en una norma uniforme de Derecho Internacional Privado, que se aplica con preferencia a las normas internas de cada uno de los Estados Contratantes, sin perjuicio de lo establecido en otros convenios internacionales de los que sea o pase a ser parte cualesquiera de esos Estados Contratantes, y de la aplicación de las disposiciones que, en materias específicas, regulen los conflictos de leyes en materia de obligaciones contractuales.

El Convenio se aplicará en cada Estado Contratante a los contratos celebrados después de su entrada en vigor en dicho Estado.

3.3.1.2 Exclusiones

El Convenio de Roma no es aplicable al estado civil y a la capacidad de las personas físicas; a las obligaciones contractuales relativas a los testamentos y sucesiones, regímenes matrimoniales, derechos y deberes derivados de relaciones de familia, de parentesco, de matrimonio o de afinidad, incluidas las obligaciones de dar alimentos respecto a los hijos no matrimoniales; a las obligaciones derivadas de

letras de cambio, cheques y pagarés, así como de otros instrumentos negociables en la medida en que las obligaciones surgidas de estos otros instrumentos se deriven de su carácter negociable; a los convenios de arbitraje y de elección de foro; a las cuestiones pertenecientes al Derecho de sociedades, asociaciones y personas jurídicas, tales como la constitución, la capacidad jurídica, el funcionamiento interno y la disolución de las sociedades, asociaciones y personas jurídicas, así como la responsabilidad personal legal de los socios y de los órganos por las deudas de la sociedad, asociación o persona jurídica; a la cuestión de saber si un intermediario puede obligar frente a terceros a la persona por cuya cuenta pretende actuar, o si un órgano de una sociedad, de una asociación o una persona jurídica puede obligar frente a terceros a esta sociedad, asociación o persona jurídica; a la constitución de «trusts», a las relaciones que se creen entre quienes lo constituyen, los «trustees» y los beneficiarios; a la prueba y al proceso, a los contratos de seguros que cubran riesgos situados en los territorios de los Estados miembros de la Comunidad Económica Europea, sin que ello incluya los contratos de reaseguro.

Acerca de la elección de la ley aplicable al contrato, el Convenio de Roma dispone que los contratos se regirán por la ley elegida por las partes, que dicha elección deberá ser expresa o resultar de manera cierta de los términos del contrato o de las circunstancias del caso, y que las partes podrán designar la ley aplicable a la totalidad o solamente a una parte del contrato. En consecuencia, las partes podrán elegir una única ley para que regule todo el contrato, o varias leyes diferentes que regulen, cada una, determinada parte de aquél. No obstante, esta posibilidad ha de limitarse a contratos que, por su propia naturaleza, sean susceptibles de división, dado que una aplicación desnaturalizada de las opciones legislativas podría quebrantar la necesaria homogeneidad del contrato en su conjunto y causar, además, contradicciones dentro del mismo.

Por otra parte, la utilización de esta técnica ha de ser muy cuidadosa puesto que podría emplearse como instrumento de fraude para escoger normas que eludan determinadas obligaciones no deseadas impuestas por otras legislaciones. Precisamente para evitar este tipo de fraudes y, concretamente, en materia de consumidores y trabajadores, el Convenio de Roma impone expresamente que la ley aplicable no podrá tener por resultado privar a éstos de la protección que les aseguran las disposiciones imperativas de la ley del país en que tengan su residencia habitual, si le son más favorables. Además, las partes podrán modificar con posterioridad a la celebración del contrato, su elección de la ley aplicable, siempre que:

- El nuevo ordenamiento elegido no imponga requisitos formales que no exigía la ley elegida en primer lugar y que supongan la nulidad del contrato.
- No se alteren los derechos adquiridos por terceras personas.

En defecto de elección expresa de la ley aplicable, el contrato se regirá por la ley del país con el que presente los vínculos más estrechos; aunque si una parte del contrato fuera separable del resto del contrato y presenta una vinculación más estrecha con otro país, podrá aplicarse, con carácter excepcional, a esta parte del contrato la ley de este otro país.

Se presume, entonces, que el contrato presenta los vínculos más estrechos con el país en que la parte que deba realizar la prestación característica tenga, en el momento de la celebración del contrato, su residencia habitual o, si se tratare de una sociedad, asociación o persona jurídica, su administración central. Sin embargo, si el contrato se celebrare en el ejercicio de la actividad profesional de esta parte, dicho país será aquel en que esté situado su establecimiento principal o si,

según el contrato, la prestación tuviera que ser realizada por un establecimiento distinto del establecimiento principal, aquel en que esté situado este otro establecimiento. Esta regla para la determinación del país con el que el contrato tiene vínculos más estrechos tiene varias excepciones:

- Cuando el contrato tenga por objeto un derecho real inmobiliario o un derecho de utilización de un inmueble, en cuyo caso se presumirá que el contrato presenta los vínculos más estrechos con el país en que estuviera situado el inmueble.
- Cuando el contrato es de transporte de mercancías y el país en el que el transportista tiene su establecimiento principal en el momento de la celebración del contrato es también aquel en que está situado el lugar de carga o de descarga o el establecimiento principal del expedidor, en cuyo caso se presumirá que el contrato tiene sus vínculos más estrechos con este país.

En cualquier caso, si no puede determinarse cuál es la prestación característica del contrato, no será aplicable la regla anterior para la elección de la ley aplicable al contrato. Tampoco se aplicará esta regla y sus excepciones, si del conjunto de circunstancias del contrato resulta que éste presenta vínculos más estrechos con otro país. Sólo podrá excluirse la aplicación de una disposición de la ley que resulte aplicable, si ésta es incompatible con el orden público del foro.

3.3.1.3 Ámbito de la ley aplicable al contrato

La ley aplicable al contrato regirá su interpretación, el cumplimiento de las obligaciones que genere, las consecuencias del incumplimiento total o parcial de estas obligaciones, incluida la

evaluación del daño en la medida en que la gobiernen normas jurídicas (evidentemente, dentro de los límites de los poderes atribuidos al Tribunal que conozca del asunto que tenga su causa en estos incumplimientos por sus leyes procesales); los diversos modos de extinción de las obligaciones, así como la prescripción y la caducidad basadas en la expiración de un plazo; las consecuencias de la nulidad del contrato. La ley que resulte aplicable al contrato en virtud del Convenio regirá, también, la existencia y validez del contrato y cualquiera de sus disposiciones, si éstos son válidos.

3.3.1.4 La forma del contrato

En cuanto a la forma del contrato, el Convenio se pronuncia en el sentido de admitir como válido un contrato celebrado entre personas que se encuentren en un mismo país, si la forma de dicho contrato reúne las condiciones de la ley que rige su fondo en virtud del Convenio, o de la ley del país en el que se haya celebrado este contrato. Si, en cambio, las partes del contrato se encuentran en países diferentes, éste será válido en cuanto a la forma si reúne las condiciones de forma de la ley que rige su fondo en virtud del presente Convenio, o de la ley de uno de esos países. Si el contrato se celebra por medio de un representante, el país en el que se encuentre el referido representante en el momento de la celebración del contrato será el que se considere para la aplicación de los dos párrafos anteriores.

La forma de los contratos celebrados por los consumidores se regirá por la ley del país en el que tenga su residencia habitual el consumidor; y la de todo contrato que tenga por objeto un derecho real inmobiliario o un derecho de utilización de un inmueble estará sometida a las normas imperativas de la ley del país en que el inmueble esté ubicado, siempre que según esta ley sean aplicables

independientemente del lugar de celebración del contrato y de la ley que lo rija en cuanto al fondo.

3.3.1.5 Aplicación de normas imperativas de otro país

Al aplicar la ley que resulte elegida de conformidad con el Convenio, podrá darse efecto a normas imperativas del Derecho que las partes hayan elegido, y de la ley de otro Estado con el que el contrato presente un vínculo estrecho, si tales normas son aplicables cualquiera que sea la ley que rija el contrato, una vez atendida la naturaleza, objeto y consecuencias de su aplicación o inaplicación. Entre estas normas se encuentran:

3.3.1.5.1 Las que impongan principios de orden público o aquéllas que pretenden evitar el fraude de ley.

3.3.1.5.2 Las inspiradas en los principios rectores de la economía de un país: normas de libre competencia, control de cambios y protección de determinados sectores considerados estratégicos para la economía nacional (sector de telecomunicaciones, energía o transportes).

3.3.1.5.3 Las protectoras de la parte más débil en los contratos, como las relativas a consumidores o al contrato individual de trabajo.

Asimismo, la aplicación de cualquiera de estas categorías de normas imperativas puede proceder, también, de la ley del país a cuya jurisdicción correspondan las controversias derivadas del contrato, toda vez que el juez que instruya o enjuicie un posible litigio aplicará las normas que rijan imperativamente la situación, cualquiera que sea la ley elegida por las partes para el contrato.

La Convención básicamente en lo que importa a este trabajo de investigación, consagra:

1. La libertad de elección de la ley aplicable, sea expresa o implícita.
2. La posibilidad de que las partes puedan designar la ley aplicable a la totalidad o solamente a una parte del contrato.
3. La facultad de las partes de modificar la ley aplicable en cualquier momento, dejando a salvo la validez formal y los derechos de los terceros.
4. El alcance limitado al principio de la autonomía de la voluntad.

La clave del sistema establecido por la Convención es el principio denominado de “**autonomía de la voluntad**”, que permite a las partes elegir libremente la ley aplicable a su contrato. La libertad que se deja a las partes es considerable: pueden elegir cualquier legislación aunque no presente ningún vínculo con el contrato; también pueden modificar su elección inicial en cualquier momento.

3.4 Sistema de transacciones: Derecho de Contratos

El sistema que reconoce, regula y garantiza la posibilidad de los intercambios es el sistema que se conoce como Derecho de los Contratos. El Derecho de los Contratos, por lo tanto, es el medio que permite el intercambio de derechos y obligaciones y quien garantiza que dicho intercambio se realice con seguridad.

Considerado el Derecho de Contratos como el instrumento para hacer efectivos y eficaces los intercambios, pueden considerarse una serie de funciones específicas que debe desarrollar, que viene a corresponderse con las diversas circunstancias que afectan a los propios intercambios y que básicamente dependen de las dos notas esenciales que integran la noción de contrato: la planificación racional de la transacción con anticipación cuidada de las muchas contingencias futuras previsibles y la existencia

de sanciones legales que estimulen la efectiva realidad de la prestación o que establecen una compensación para el caso de incumplimiento.

Para desarrollar estas notas esenciales de la noción de contrato seguimos las líneas de Torres López: “El primero de ellos se centra en la función de alcanzar la asignación eficiente como esencial del Derecho de Contratos. En su virtud, posee una serie de funciones perfectamente delimitadas, como el establecimiento de medidas que desanimen los incumplimientos ineficientes, la reducción de los costos de transacción y la incertidumbre proporcionando sistemas estándar y, en general, proporcionando los remedios adecuados para la reducción del coste total de las transacciones: especificar qué acuerdos son jurídicamente vinculantes y cuáles no, definir los derechos y obligaciones que siendo exigibles permanecen ambiguos e indicar las consecuencias del incumplimiento no justificado.

El Derecho de Contratos ejerce una función de disuasión encaminada a que el riesgo que conlleva la promesa de contraprestación y el coste que supone de limitación temporal de la realización del intercambio, se viera suficientemente compensados por medio de la penalización de la acción incumplidora.

Esta función disuasoria contiene un segundo aspecto que afecta a los riesgos que lleva consigo la no simultaneidad. Generalmente el Derecho de Contratos viene a especificar las consecuencias que se derivan de situaciones no previstas en el contrato. Si las partes están satisfechas con el sistema de asignación de responsabilidades que la norma establece ante el riesgo de incumplimiento, no será necesario incurrir en el coste de establecer un sistema de asignación privado, reduciéndose, en suma, el coste total de producción del intercambio.”³⁹

Por otra parte, el Derecho de Contratos cumple una importante función informativa que radica en el establecimiento de las condiciones generales que eviten la negociación particular de todas las eventualidades, a veces no previstas, o cuya previsión sólo puede realizarse a muy elevado costo; minimizando, en definitiva, el

³⁹ Torres López, Juan, **Análisis económico del derecho**, pág.58.

costo total del intercambio. En este sentido, el derecho se superpone sobre la autonomía de las partes. Solo cuando los beneficios esperados de una alteración del derecho objetivo son superiores a los costos de la modificación, la regla privada aparece como necesaria.

Si el contrato tiene la emisión de fijar las condiciones en que la transacción se llevará a cabo de forma que se alcance una mutua satisfacción, en él deberán quedar recogidas cuantas contingencias probables pudieran en el futuro afectar a la misma. Junto a ellas, sin embargo, podrían concurrir otras imprevisibles o cuya previsión lleve consigo un costo exorbitante.

Para que las transacciones puedan efectuarse libremente en el mercado será necesario, so pena de que éstas se encarezcan haciéndose imposible su realización, que el Derecho de Contratos establezca soluciones a las contingencias imprevistas que se correspondan con las condiciones de eficiencia en el mercado. Es decir, estableciendo una asignación de derechos y responsabilidades adicionales que garantice que la asignación libre y eficiente de recursos que conlleva la transacción objeto del contrato incumplido o sujeto a cualquier otra contingencia ni prevista se virtualice.

El costo de negociación propiamente dicho dependerá tanto de los resultados originales de la transacción como del abanico de posibles acuerdos a que pueden llegar las partes. El Derecho puede contribuir a reducir estos costos proporcionando situaciones estándar que anticipen las contingencias que puedan producirse o incluso eviten la propia negociación.

A pesar de estas posibilidades del sistema jurídico, habrá situaciones en que difícilmente sea posible llegar al acuerdo eficiente debido a los altos costos de transacción existentes. En la mayoría de los casos los efectos externos sólo son descubiertos con muy alto costo y eso significa que la inicial asignación de derechos no podrá ser modificada, afectándose así la asignación de recursos. De ello se deduce que los costes de transacción existentes inducen comportamientos definidos del Derecho bajo el objetivo de eficiencia. Es predecible que el papel del Derecho será tanto más

importante cuanto más alto sean los costes de transacción, y que en estos casos el Derecho tendrá una especial importancia de cara a alcanzar la solución óptima.

El análisis económico más elemental de las relaciones contractuales reconoce que el Derecho de los Contratos viene justificado por el carácter temporal que tiene dicha institución jurídica. En las situaciones en que las obligaciones que se derivan de las transacciones que toman la forma de contrato no son simultáneas para las diferentes partes, es necesario un sistema de normas que garantice su cumplimiento.

Esta temporalidad, así como el hecho de que los contratos puedan ser formalizados en condiciones de escasa o incompleta información y bajo una gran dosis de incertidumbre, puede provocar que sus condiciones o su cumplimiento sean violadas por alguna de las partes. Con ello se provoca el “oportunismo” inherente a las transacciones: el intento de conseguir ganancias individuales por falta de franqueza u honestidad en las mismas.

Se distinguen dos tipos de transacción: aquellas que se resulten en contratos de poca duración, con escasa interacción personal y con fácil medida del objeto del cambio; y las transacciones que presentan determinadas características que afectan a la relación virtual que se establece entre las partes: las que tienen un período importante de realización (licencias), las que implican la relación permanente y cualificada entre las partes (contratos de trabajo), las que tienen como objeto del intercambio algo que debe ser mutuamente cuantificado, las que envuelven a muchos individuos con intereses personales o colectivos diferenciados, etc.

Por tanto, la naturaleza de los contratos no se manifiesta unitaria sino que cada una de tales circunstancias implica normas distintas para hacer efectivo el precio y, en definitiva, para hacer posible la determinación adecuada del objeto del intercambio.

Se debe resaltar, que además del Derecho Económico y del Derecho Mercantil, hay que hablar de un Derecho específico de las negociaciones, lo que se aborda a continuación.

3.5 Derecho de los Negocios Internacionales

Respecto a éste tema el cual es una materia nueva de estudio dentro del los juristas latinos, y tal como lo indican Osvaldo Marzorati y Aníbal Etcheverry⁴⁰ compartiendo la idea que el Derecho de los Negocios Internacionales era y es una materia con individualidad propia, que agrupó una serie de materias y disciplinas que ponían en contacto temas locales con contactos internacionales, tema que, ciertamente, no es ajeno al Derecho Internacional Privado, con la importante diferencia que el Derecho de los Negocios Internacionales constituyó *ab initio* una disciplina que pretendió abarcar la coexistencia e incidencia de principios de derecho internacional público y privado frente a la realidad negocial de la contratación privada local en la esfera de los negocios, bien entendido que éstos se refieren a múltiples y diversas actividades negociales con contenidos extranjeros y que partían de un enfoque basado en una técnica diferente: la utilización de la norma directa constituye el rasgo distintivo en el Derecho de los Negocios, así como el uso de la norma indirecta o de remisión prima en el Derecho Internacional Privado clásico.

Es sabido que la evolución del Derecho Internacional Privado ha mostrado tres etapas. En los jueces optaban por aplicar exclusivamente el derecho local (principio territorialista). La postura clásica posterior opta por elegir una entre las distintas leyes que pretenden reglar la relación jurídica. Utiliza normas indirectas (locales o internacionales): las que sólo indican el ordenamiento jurídico que reglará la relación conflictual. Una tercera postura, contemporánea, pretende regular directamente la relación jurídica internacional mediante la creación de un derecho autónomo de soluciones materiales. Esto se advierte con el auge de distintas convenciones internacionales formadas íntegramente por normas materiales (normas materiales uniformes), tales como: la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (Viena, 1980), la Convención sobre Procedimiento Civil (La Haya, 1954), Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado (CIDIP II), Convención para la Unificación

⁴⁰ Marzorati, Osvaldo, <**Derecho de los contratos internacionales o derecho internacional de los negocios**>, 17 de octubre de 2005, <http://www.laley.com.ar/download/diarioll/diario17-10-2005.pdf> (23 de septiembre de 2007)

de Determinadas Reglas relativas a Transporte Aéreo Internacional (Varsovia, 1929), etcétera. En este sentido, también cabe mencionar: las normas consuetudinarias publicadas por asociaciones profesionales (Por ejemplo, Reglas y Usos Uniformes relativos a los Créditos Documentarios de la Cámara de Comercio Internacional -Folleto 500 publicado en 1993-); las leyes modelos (Por ejemplo, Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de UNCITRAL -1985-), y las guías legales difundidas por organizaciones de expertos (Por ejemplo, los Principios de UNIDROIT sobre Contratos Comerciales Internacionales).

Es cierto también que las fronteras entre el Derecho Internacional Público, como derecho interestatal, y el Derecho Internacional Privado, como derecho entre particulares, han perdido sus contornos y contenidos. El primero en hacerlo fue el Derecho Internacional Público al aceptar y luego tutelar el concepto de que el contenido de esa disciplina no comprende sólo el derecho entre Estados sino también que los individuos o personas tienen derechos que pueden esgrimir y exigir a los Estados, sin contar con la protección, o como vulgarmente se usa en estos días, el patrocinio de sus gobiernos.

Sin embargo, adoptar sólo la óptica que esta materia constituye un compendio de prácticas de una jurisdicción con elementos internacionales es equivocar el diseño e ignorar el largo camino que ha recorrido el derecho de los negocios internacionales en la búsqueda de una identidad y uniformidad, aún no lograda, excepto en el área regional, de la que la Unión Europea constituye una expresión alentadora.

Esa propuesta original, en definitiva, se basa en que el Derecho de los Negocios Internacionales es, en realidad, el conjunto de normas que regulan normas locales y la regulación de prácticas internacionales desde la normativa nacional. La realidad indica que existe una clara tendencia en la que es dable observar que es el derecho internacional el que influye y determina muchas de las prácticas locales. De ahí que parece apropiado, de cara al futuro, hablar de derecho internacional de los negocios,

terminología que define mejor esta disciplina que su anterior denominación derecho de los negocios internacionales.⁴¹

No hay que olvidar que hay temas conexos, como el Arbitraje, que dan forma a la vida, a la certeza y a la seguridad jurídica del comercio y de la economía. Por lo que a continuación se procede a desarrollar el tema del Arbitraje como el método, por excelencia en la comunidad internacional, para la solución de los conflictos que surgen a raíz de la actividad comercial.

⁴¹ **Idem.**

CAPÍTULO IV

EL ARBITRAJE COMO MÉTODO DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN EL CAMPO DEL COMERCIO INTERNACIONAL

El arbitramiento internacional ha tomado cierto impulso recientemente, a pesar de que los países en vía de desarrollo tienen su reserva sobre tal procedimiento de soluciones de conflictos. Tradicionalmente se le ha considerado como una derogación de la soberanía.⁴²

Hoy en día, con la ratificación de la Convención sobre el reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrarias extranjeras, firmada el 10 de julio de 1958 (Convención de Nueva York), con la Convención interamericana sobre arbitraje comercial internacional, firmada en Panamá el 30 de enero de 1975 (Convención de Panamá) y con la reciente ratificación del Tratado de Libre Comercio entre República Dominicana, Centro América y Estados Unidos (RD- CAFTA) el país ha entrado en una etapa importante y valiosa de su desarrollo jurídico internacional, que da las herramientas necesarias para que las controversias económicas internacionales puedan ser resueltas por tribunales de arbitramento internacionales.

De tal manera, consideramos imprescindible desarrollar el tema de Arbitraje dentro de nuestro trabajo de investigación, dirigido centralmente al Tratado de Libre Comercio RD-CAFTA, ya que será el Arbitraje el método que los comerciantes elijan como el más conveniente para resolver sus disputas de carácter económico. A la vez, tomando en consideración que dentro del Derecho Económico la regulación del intercambio de bienes y servicios trae aparejada una serie de contingencias que surgirán entre los comerciantes, productores, empresarios y toda persona que realice actos de comercio, es de suma importancia que el Abogado posea conocimientos tanto de Derecho Económico como de las diferentes instituciones que se desarrollan dentro del mismo.

⁴² El concepto de SOBERANIA está directamente asociado con el de titularidad para el ejercicio del dominio eminente sobre un territorio. El concepto de Soberanía comprende: **a)** Un aspecto interno que se manifiesta en el ejercicio del Poder Supremo o Imperium en forma exclusiva. **b)** Un aspecto externo que se evidencia en el ejercicio de ese poder exclusivo en la forma excluyente de todo otro Poder o Imperium. Por lo que implica que dentro del Arbitraje Internacional, los comerciantes están fuera de la jurisdicción nacional de ese Poder o Imperium al que pertenecen, cuando de resolver sus conflictos se trata, colocando así, la soberanía del Estado en una posición evidentemente desventajosa, como lo es la imposibilidad de "impartir justicia". Chávez Serrano, Víctor Hugo <Proyecto de demanda marítima boliviana>, <http://es.geocities.com/retornoalmar/demanda1.html>. (20 de febrero de 2008).

4.1 Introducción al arbitraje

Una sociedad debe encauzar de manera adecuada la solución de controversias, de disputas, de diferencias suscitadas en la reciproca relación de sus integrantes. Por ello la organización de justicia es tarea indelegable del Estado. Pero hay formas institucionalizadas y paralelas de lograrlo: una es la del Arbitraje.

Se admite que originalmente, en el Derecho Romano, el arbitraje se empleaba en todas las materias, aún en la criminal, y solo más tarde se le descarto de aquellos litigios en que entraba en juego el interés del Estado.

Asumido que el conflicto es una realidad insoslayable de toda organización grupal, desde tiempos remotos las personas han buscado diferentes formas de resolverlos, la manera de poder mantener la convivencia armónica y pacífica. En este sentido, el Derecho, el ordenamiento jurídico, es una de las maneras de garantizar las condiciones de vida de una sociedad, en tanto procura preservar el orden estableciendo reglas de convivencia estructuradas sobre la base de derechos y obligaciones y límites para el ejercicio de los derechos. Históricamente, el primer paso fue la eliminación de la violencia y la fuerza como métodos de composición y la instauración de formas de administración de justicia, a través de un tercero imparcial que dirimiera las contiendas de intereses. Pero como la existencia de intereses contradictorios forma parte de la naturaleza del grupo, el estadista ha debido crear sistemas que pongan remedio a los disensos, obligando a los miembros a observar ciertas reglas y previendo que un tercero zanje las disputas.

Es indispensable que se establezcan tribunales para cada comunidad y jueces que decidan las diferencias que se susciten: un Estado no sería Estado si lo que concierne a los tribunales no estuviese arreglado como es debido. La administración de justicia -en sentido lato- aparece así como una de las herramientas de que se han valido inicialmente las sociedades para dominar los conflictos y permitir la convivencia de sus miembros, haciendo intervenir a un tercero para resolverlos pacíficamente. Es prueba de ello que la existencia de jueces es preexistente aún a la formación de normas jurídicas; la primera preocupación de los hombres fue la formación de tribunales de

justicia. Los más antiguos monumentos jurídicos (el Código de Hammurabi de Babilonia, las leyes de Manú y Narada en la India, las XII Tablas romanas y la lex sálica de los francos) estaban consagrados a la materia judicial antes que a la legislativa.⁴³

En los tiempos modernos el problema de cómo mantener la paz social se agrava porque el crecimiento demográfico, la mayor concentración de población en las grandes ciudades, el avance tecnológico y el aumento del tráfico de servicios y negocios, la generación permanente de nuevas necesidades sociales -entre otras muchas razones- han producido un aumento en la conflictividad, que a su vez ha desbordado las estructuras que el Estado provee para dirimirlos, esto es, el Poder Judicial. Como contrapartida, en los últimos tiempos se está verificando una mayor presencia de los métodos alternativos de solución de controversias, tales como la mediación o el arbitraje.

A modo introductorio, debemos señalar que en el arbitraje existe un tercero imparcial que emite un veredicto sobre dos pretensiones controvertidas. Pero a diferencia de la Justicia, es un sistema en el que la decisión que pone fin al conflicto no emana de los jueces del Estado, sino de particulares. A él se llega generalmente en forma voluntaria, a través de cláusulas mediante las cuales las partes deciden someter determinadas cuestiones a resolución de árbitros en lugar de acudir a los jueces. La adopción del arbitraje por la voluntad de las partes -o por el legislador en ciertos casos en que lo impone como forzoso- implica desplazar total o parcialmente la jurisdicción de los órganos del Poder Judicial.

4.1.1 Nociones Generales del Arbitraje

El arbitraje es un proceso en el cual se trata de resolver extrajudicialmente las diferencias que surjan en las relaciones entre dos o más partes, quienes acuerdan la intervención de un tercero (arbitro o tribunal arbitral) para que los resuelva.

⁴³ Lascano, David, **Jurisdicción y competencia**, pág. 118.

El arbitraje es un método de solución de controversias mediante el cual, en ciertas ocasiones, la ley permite a las partes sustraerse de la intervención de los órganos judiciales.⁴⁴

El arbitraje cumple un papel importante en la solución de conflictos dentro del comercio internacional. Esto se debe a que es un método de resolver disputas menos formales y más comerciales, ya que permite resolverlas dentro de los confines del tipo de comercio de que se trate.

Se ha dicho que el arbitraje significa un procedimiento más rápido que el judicial, menos solemne y formalista, y más privado o secreto por contraste con el proceso público. También se ha afirmado que suprime y abrevia plazos, de donde resulta una economía de tiempo y trabajo para los mismos tribunales; favorece la transacción y disminuye la litigiosidad; evita el escándalo de ciertos juicios y reduce los abusos de los medios de defensa; amortigua la enemistad de los litigantes vencidos, ennoblece la misión del jurisconsulto que dirige sus esfuerzos a la prevención de las disputas y mejora la sustentación del procedimiento.⁴⁵

4.1.2 Clasificación del Arbitraje

Una de las ventajas del arbitraje es su flexibilidad. En principio, las partes pueden convenir todos los aspectos del sistema y adaptarlo a las necesidades del caso. Las modalidades de arbitraje más importantes son:

4.1.2.1 Arbitraje de Derecho

Los árbitros de derecho o *iuris* actúan en base a formas legales y deciden las cuestiones litigiosas según el derecho positivo, en forma similar a como lo haría un magistrado judicial. El laudo debe estar

⁴⁴ Leonardi de Herbon-Feldstein de Cardenas, **El arbitraje interno e internacional**, pág. 23.

⁴⁵ Villalobos, Francisco J., **Enjuiciamiento convencional. Ensayo sobre la sustentación civil**, pág. 211.

sustentado en derecho. El árbitro iuris dictará su laudo ajustado a las normas estrictas de un derecho determinado, con arreglo a la ley y procedimiento fijado. (Art. 37 numeral 2, Decreto No. 67-95).

4.1.2.2 Arbitraje de Equidad

El árbitro “arbitrador o amigable componedor” resuelve *ex aequo et bono*, es decir, según su leal saber y entender dándole la ley en este caso, mayor margen de discrecionalidad en la búsqueda de solución de controversia. Pueden prescindir de las normas jurídicas positivas, tanto en la tramitación del proceso, como en la fundamentación del laudo.

Para los comerciantes, hoy en día, es mucho mas conveniente que el arbitraje sea llevado por árbitros de equidad, ya que éstos pueden ser comerciantes a la vez y que posean conocimiento y experiencia sobre los conflicto que surgen entre los comerciantes, que sepa de la materia, y no al contrario del arbitraje de derecho en el cual los árbitros resolverán de acuerdo a ley, pasando así los diversos factores que intervienen en los negocios mercantiles.

4.1.2.3 Arbitraje Forzoso

En determinados supuestos, no es la voluntad de las partes la que sustrae la contienda del conocimiento de los jueces estatales, sino una disposición legal que lo establece como forzoso, siendo el legislador quien decide la sujeción del caso a arbitraje.

4.1.2.4 Arbitraje voluntario

También llamado Convencional tiene su origen en la autonomía de la voluntad de las partes, quienes eligen la vía del arbitraje para la solución de sus controversias.

4.1.2.5 Arbitraje Doméstico o Nacional

Este tipo de arbitraje se constituye cuando abarca las controversias dentro del marco jurídico estatal.

4.1.2.6 Arbitraje Internacional

Comprende la solución de controversias que exceden el marco de un Estado, y de conformidad con el Decreto Número 67-95 del Congreso de la República de Guatemala, Ley de Arbitraje, en su Artículo 2 establece:

1. Un arbitraje es internacional, cuando:
 - a. Las partes en un acuerdo de arbitraje tienen, al momento de su celebración, sus domicilios en estados diferentes, o
 - b. Uno de los lugares siguientes está situado fuera del estado en el que las partes tienen sus domicilios:
 - i. El lugar del arbitraje, si éste se ha determinado en el acuerdo de arbitraje o con arreglo de acuerdo de arbitraje.
 - ii. El lugar del cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones de la relación comercial o el lugar con el cual el objeto 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.

2. Para los efectos del numeral 1) de este artículo, se entenderá que:
- a. Si alguna de las partes tiene más de un domicilio, el domicilio será el que guarde una relación más estrecha con el acuerdo de arbitraje.
 - b. Si una parte no tiene ningún domicilio o residencia habitual, se considerará domiciliada en el lugar donde se encuentre.

En el orden internacional la cuestión de la arbitrabilidad se encuentra resguardada por las convenciones internacionales tales como la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjera de Nueva York de 1958, (la que desarrollaré más adelante) y cuyo artículo V establece: "... también se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de una sentencia arbitral si la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución comprueba: A) que, según la ley de ese país, el objeto del diferendo no es susceptible de solución por vía de arbitraje;..."⁴⁶

Para los efectos del presente trabajo los temas de Arbitraje Internacional y Ejecución de Sentencias Arbitrales los desarrollo posteriormente.

⁴⁶ Es preciso establecer que dentro de nuestra Carta Magna, el artículo 221 establece la función del **Tribunal de lo Contencioso-Administrativo** como contralor de la juridicidad de la administración pública, y de las atribuciones que tiene para conocer en los casos de controversias derivadas de contratos y concesiones administrativas, lo cual a simple vista podríamos establecer que dichas controversias únicamente deberán de someterse al Tribunal en mención, no importando así la nacionalidad de la otra parte dentro de la controversia. Pero, y a pesar que nuestra Carta Magna esta por encima de toda ley, el Tratado de Libre Comercio DR-CAFTA desarrolla dentro del Capítulo Nueve lo relativo a Contratación Pública (Contratos de Concesión de Obras Públicas), y el Capítulo Veinte nos remite directamente a que la Solución de las Controversias que surjan dentro de la vigencia de este Tratado, serán dilucidadas por los mecanismos alternos de solución de conflictos, tales como la Negociación, Conciliación, Mediación y Arbitraje, cuyas reglas y procedimientos igualmente están ya establecidas en este Tratado. No dando cabida a que un Tribunal nacional pueda intervenir en este tipo de controversias. Asimismo, el Artículo 1.3 del Capítulo Uno relativo a las Disposiciones Iniciales, establece: "...nada en este Tratado impedirá a las Partes Centroamericanas mantener sus instrumentos jurídicos existentes de la integración centroamericana, adoptar nuevos instrumentos jurídicos de integración, o adoptar medidas para fortalecer y profundizar esos instrumentos, siempre y cuando esos instrumentos y medidas no sean inconsistentes con este Tratado." Esto a todas luces evidencia la exclusión que se le hace al Tribunal de lo Contencioso-Administrativo establecido en el Artículo 221 de nuestra Constitución Política para conocer las controversias sobre las contrataciones de concesión de obras públicas que surjan entre los Estados Partes de este Tratado de Libre Comercio.

4.1.2.7 Arbitraje Libre o Ad-hoc

Tiene cabida cuando las partes convienen el procedimiento y el Derecho aplicable, guardando las garantías básicas. De hecho esta modalidad de arbitraje es más compleja y lenta de llevar a cabo, pero las partes suelen creer que ellas controlan mejor el desenvolvimiento procesal, por lo que aún subsiste este tipo de arbitraje.

Debe distinguirse dos formas en el arbitraje ad-hoc: el estricto, en que las partes establecen su propio reglamento; y el amplio, en que las partes se someten a un reglamento prefijado.

En el arbitraje libre o *ad hoc* no existe ninguna institución que administre el sistema, por lo que las partes deberán ponerse de acuerdo en las reglas sobre las cuales se desarrollará el arbitraje: tendrán que acordar las normas en base a las que actuarán los árbitros y proveer todo lo necesario para que el arbitraje pueda comenzar.

Deberán convenir los mecanismos de elección de los árbitros, el lugar donde se llevará a cabo y en su caso el idioma, los procedimientos aplicables, métodos de coerción para el caso de reticencia de alguna de ellas a cooperar o de falta de cumplimiento de las resoluciones de los árbitros, fijar a los árbitros el plazo para laudo, eventualmente establecer los recursos que cabrán contra el laudo, etc.

4.1.2.8 Arbitraje Institucional o Administrado

En el arbitraje institucional se prevé la participación de una entidad que administra y organiza el trámite, y presta una serie de servicios para que la contienda sea resuelta con mayor eficacia. La cuestión litigiosa específica es resuelta por árbitros escogidos por las partes. La entidad presta tareas de apoyo a las partes y a los árbitros, pero no participa en la decisión del caso. Habitualmente tienen listas de

árbitros para que las partes elijan, un reglamento de procedimientos y modelos de acuerdo arbitral, lo que facilita a las partes el sometimiento a arbitraje. Asimismo proveen el local y toda la infraestructura necesaria para poder llevar a cabo el juicio arbitral, y prestan servicios de secretaría: recibir y notificar la demanda, fijar honorarios, elegir a los árbitros y resolver las recusaciones que puedan plantearse, reemplazar árbitros cuando sea necesario por renuncia o vacancia, fijar la sede del arbitraje, el idioma en que tramitará, etc.

En Guatemala, entre otros, se encuentran los centros de arbitraje de la Cámara de Industria y de la Cámara de Comercio quienes ofrecen sus servicios.

Marzorati establece que el arbitraje institucional será preferible en aquellos contratos cuya ejecución sea duradera en el tiempo, mientras que el arbitraje ad-hoc será una alternativa a contratos con prestaciones de ejecución instantánea.⁴⁷

Personalmente difiero de esta afirmación, puesto que sea cualquier asunto que se someta al arbitraje, este debe de ventilarse por expertos y dentro de una institución sólida, por las múltiples ventajas que arriba se indicaron, ya que ningún comerciante considerara oportuno dejar en libertad la solución de la controversia, puesto que en cualquier vía y sobre todo protegerá su interés económico y su capital.

4.1.3 El Acuerdo

El convenir de las partes constituirá la columna vertebral del arbitraje y será una pieza clave en el desarrollo posterior. En base a ellas las partes podrán exigir la realización del arbitraje.

⁴⁷ Marzorati, Osvaldo, **Derecho de los negocios internacionales**, pág. 602.

El arbitraje nace normalmente a partir de la voluntad de las partes que deciden excluir la jurisdicción judicial, remitiendo determinadas cuestiones litigiosas a la decisión de particulares. Ese acuerdo de voluntades -que genéricamente denominaremos "acuerdo arbitral" o "pacto de arbitraje"- puede hallarse representado en un solo acto, o bien dividirse en dos actos sucesivos. En esta última hipótesis tendremos una "cláusula compromisoria" y un posterior "compromiso arbitral".

La cláusula compromisoria es el convenio mediante el cual las partes deciden someter algunos asuntos a arbitraje, sustrayéndolos al conocimiento de los jueces ordinarios. Las divergencias a las que se refiere son, al momento de suscribir la cláusula, meramente eventuales, sin que siquiera se sepa si llegarán a producirse. A la cláusula compromisoria le son aplicables, en general, los requisitos genéricos de los contratos: tendrá que existir un consentimiento válido, manifestado por personas con capacidad para obligarse, versando sobre un objeto lícito y plasmado en la forma prevista por la ley. Adicionalmente, la cláusula compromisoria tiene un requisito específico, consistente en la necesidad de que exista entre las partes un vínculo jurídico más amplio, del cual puedan surgir controversias que son así la materia sobre la que recaerá el arbitraje.

Habida cuenta de que al momento en que se celebra este acuerdo todavía no existen divergencias concretas y actuales, la cláusula compromisoria está habitualmente referida a conflictos eventuales y futuros. Para el caso en que de esa relación jurídica se suscitaren controversias, las partes prevén su solución por la vía del arbitraje. En ese momento, las partes no conocen con certeza cuáles serán puntualmente los aspectos concretos que deberán resolver los árbitros. Ello no implica, sin embargo, que el sometimiento de las mismas a arbitraje sea inválido: el acuerdo contenido en la cláusula compromisoria hace irrevocable y definitivo el pacto. El problema es que, en las legislaciones que aún mantienen la exigencia del compromiso arbitral, cuando el conflicto efectivamente se produce, es necesario celebrar un nuevo acuerdo de voluntades que complemente la cláusula compromisoria y la haga operativa.

Esta es la función del compromiso arbitral: mediante este nuevo acuerdo las partes, luego de verificado el conflicto de intereses, convienen los aspectos concretos de funcionamiento del arbitraje. Su cometido es complementar la disposición genérica contenida en la cláusula compromisoria de remitir a árbitros las eventuales disputas, al concretarlas en determinados puntos específicos. El compromiso arbitral está referido a controversias ya existentes y no meramente eventuales y tiene por finalidad la de definir -entre otras cosas- los puntos litigiosos que los árbitros habrán de resolver. Con el compromiso arbitral se completa el acuerdo arbitral y adquiere operatividad concreta la exclusión de la jurisdicción judicial y el sometimiento de las cuestiones a juicio de árbitros.

No obstante la diferencia conceptual entre ambos, debe tenerse presente que traducen una misma finalidad: permitir que cierta clase de disputas sean resueltas por árbitros.

La cláusula fija genéricamente el objeto del arbitraje, estipula una clase de conflictos futuros; el compromiso especifica uno o más litigios presentes, la cláusula no contiene necesariamente una sumisión, porque ésta es la entrega de un conflicto a árbitros determinados.

La cláusula se justifica, para algunos, por facilitar el arbitraje, en cuanto se forma en el momento más adecuado para convenir, pues las partes no conocen el carácter exacto del litigio futuro lo que, si en alguna forma impide designar el árbitro adecuado, en cambio evita imponer a los interesados con la determinación minuciosa de los requisitos y circunstancias restantes del arbitraje que, en ese momento, es solo posible.

Cuando voluntariamente se recurre al arbitraje, ello supone que las partes, a pesar de sus diferencias, están de acuerdo, por lo menos, sobre tres puntos: el procedimiento, los árbitros y el objeto del litigio. Significa que, reconociendo su incapacidad para hacerse justicia ellas mismas, demandan que la imparcialidad de otro reemplace en ese sentido tal impotencia. Sin embargo, es importante

examinar la capacidad de comprometer en arbitraje que tendrán las partes, porque la misma podría afectar la existencia de la cláusula o convenio arbitral.⁴⁸

Las partes demandan que los árbitros determinen en su lugar el objeto de su derecho y, no obstante las pretensiones respectivas, están de acuerdo con el fondo, para querer que sea lo que conforme al derecho o la equidad deba ser.

Como punto de observación se enmarca que dentro del Decreto No. 11-2006 del Congreso de la República - Reformas legales para la implementación del Tratado de Libre Comercio República Dominicana, Centroamérica y Estados Unidos- expresa que no será necesario el acuerdo de las partes para redactar el compromiso arbitral, para los casos de los Contratos de Representación, Agencia y Distribución, ya que el arbitraje se presumirá en ausencia de disposición contraria establecida por las partes.

4.1.4 Los Árbitros

El significado del término “árbitro”, podemos establecerlo tomando en cuenta distintas opiniones. Humberto Briceño Sierra, nos explica: “...en cuanto a los juzgadores privados, árbitros en latín y avenidores en romance (...), eran las personas escogidas o puestas por las partes para librar la contienda...”⁴⁹

Por su parte, Mario Gordillo, guatemalteco, dentro de su obra “El Derecho Procesal Civil guatemalteco”, nos dice que árbitro “...es la persona a quien transitoriamente queda investido de jurisdicción para proferir un laudo, con la categoría y efectos de una sentencia judicial (...)” son “personas individuales que se encuentran en el pleno goce de sus derecho civiles.” Estos no deben de ser “miembros del Organismo Judicial, ni tener con las partes o la misma

⁴⁸ Marzorati, Osvaldo. **Derecho de los negocios internacionales**, Pág. 607.

⁴⁹ Briceño Sierra, Humberto. **El arbitraje en el Derecho privado: Situación Internacional. El arbitraje privado**, Pág. 19.

controversia, alguna relación que establezca la posibilidad de excusa o recusación.”⁵⁰

Entonces, podemos decir que árbitro es la persona elegida por las partes para resolver una controversia; es por ello la parte esencial del arbitraje mismo, todo el sistema gira en torno a el, desde que en su integridad moral y buen criterio descansa la confiabilidad y la eficacia del arbitraje como mecanismo de resolución de conflictos.

Ello no vulnera la garantía constitucional del juez natural, ya que si bien la Constitución Política de la República de Guatemala organiza los tribunales estatales como el medio natural de administrar soluciones a los litigios que se susciten entre particulares, o entre particulares y el Estado, las garantías y principios que emanan del Artículo 203 que permite dejar de lado ese medio, recurriéndose a otros que operan como fórmulas alternativas. Es el propio Estado quien admite la asunción de facultades jurisdiccionales por particulares a través del arbitraje: las partes pueden voluntariamente excluir respecto de ciertos casos la jurisdicción judicial.

Además de ello, el Estado reconoce a las decisiones arbitrales el valor de la cosa juzgada, habilitando para su ejecución los procedimientos de ejecución de sentencias judiciales. Los árbitros carecen del *imperium* propio de los jueces estatales, pero ello no significa un menoscabo a su jurisdicción, ya que el ordenamiento establece la obligación de los jueces de prestarles auxilio. No concede a los árbitros la potestad de ejercer por sí la coerción necesaria para hacer cumplir sus decisiones, pero pone a su disposición el aparato jurisdiccional público a través del cual podrán obtenerla.

La naturaleza jurisdiccional que atribuimos a la actuación de los árbitros no significa, sin embargo, que la equiparación con la jurisdicción judicial sea absoluta. Es obvio que entre ambas existen diferencias, las que se derivan

⁵⁰ Gordillo, Mario. **El Derecho Procesal Civil guatemalteco**. Págs. 192 y 199.

principalmente de la diversidad del origen y del *status* de jueces y árbitros. Los jueces deben su jurisdicción a la Constitución Política de la República y a las leyes dictadas en su consecuencia, que organizan el servicio de administración de justicia a través del Organismo Judicial y de los respectivos tribunales.

La jurisdicción de los jueces es, por lo tanto, permanente y genérica, con la sola limitación de la competencia en que -por territorio y materia- dividen la tarea. En el caso de los árbitros, su jurisdicción depende en forma mediata de las normas que admiten la instauración de un sistema particular de administración de justicia, si bien en forma inmediata la facultad de juzgar les es atribuida por los litigantes que los nombran para resolver un caso concreto. En este caso, su jurisdicción sufre una doble limitación, en razón de la materia y en razón del tiempo: los árbitros no pueden pronunciarse sobre cuestiones que no le han sido sometidas, y deben laudar dentro de un plazo expresa o tácitamente concedido por las partes.

La jurisdicción de los árbitros, a diferencia de la que tienen los jueces estatales, no es permanente ni genérica, sino limitada a las cuestiones comprometidas y a un tiempo determinado que las partes -o en defecto de pacto expreso, la ley- le otorga para la expedición del laudo.

4.1.5 Tribunal Arbitral

Es el órgano que está facultado a decidir sobre su propia competencia, incluso sobre oposiciones en torno a la existencia o validez del convenio arbitral. La decisión del tribunal arbitral que el contrato es nulo, no determina la nulidad del convenio arbitral, puesto que el convenio que forma parte de un contrato se considera independiente de las demás estipulaciones del mismo.

La oposición debe formularse en el momento de presentarse la contestación. En tal caso las partes no están impedidas de formular la oposición por el hecho de haber designado a un árbitro o participado en su designación. La

oposición al tribunal arbitral cuando se ha excedido en su mandato, se formulará de inmediato, sin embargo el tribunal arbitral puede en cualquiera de los casos presentar una oposición mas tarde, de considerar justificada la demora.

Contra la decisión del tribunal arbitral no procede impugnación alguna; sin perjuicio del recurso de anulación, si la oposición es desestimada, cuando así corresponda.

4.1.6 Competencia de la Competencia

Es la potestad que tiene el tribunal arbitral para decidir por si y ante si, si gozan de la jurisdicción suficiente para decidir una controversia cuando aquella ha sido negada por alguna de las partes o aun oficio.⁵¹

La Ley Modelo de Arbitraje de la UNCITRAL, en su artículo 16, establece que los árbitros deciden acerca de su propia jurisdicción no solo cuando la validez o existencia del contrato donde está incorporada la cláusula arbitral ha sido cuestionada, sino también cuando la validez o existencia de la misma cláusula arbitral ha sido atacada o la arbitrabilidad del litigio ha sido cuestionada (incompetencia del tribunal arbitral).

4.1.7 Procedimiento Arbitral

Si bien es cierto que el arbitraje es producto del consentimiento de las partes que optan por recurrir al arbitraje en lugar de ir al poder judicial, sin embargo pueden pactar las normas por las que transcurrirá el proceso, ya sea en forma directa mediante reglas a las que deben ceñirse los árbitros, o en forma indirecta en que las reglas del procedimiento las emite la institución arbitral a las

⁵¹ Marzorati, Osvaldo. **Derecho de los negocios internacionales**, Pág. 602.

que las partes se someten, también las partes pueden encomendar a los propios árbitros elaborar las reglas del procedimiento.

Es sabido que las partes que convienen el arbitraje como método de solución de sus controversias pueden elegir que las mismas sean resueltas conforme un determinado ordenamiento jurídico.

Esta facultad deriva del principio de la autonomía de la voluntad o libertad de contratación en el orden internacional conforme con la cual las partes pueden seleccionar el Derecho aplicable en las transacciones internacionales - *Lex Mercatoria* -.

La caracteriza su mayor flexibilidad e informalidad, sin imponerse pautas rígidas a los árbitros en que estos deben actuar con cierta libertad, sin la rigidez de un proceso judicial, manteniendo la igualdad entre las partes, posibilidad de ser escuchados y derecho a una solución verdaderamente justa.

4.1.8 Confidencialidad del Procedimiento y del Laudo Arbitral

La Ley Nacional no protege la confidencialidad del procedimiento y del laudo arbitral; sin embargo, la Constitución Política de la República de Guatemala, en su artículo 30 preceptúa que " Todos los actos de la administración son públicos. Los interesados tiene derecho a obtener, en cualquier tiempo, informes, copias, reproducciones y certificaciones que soliciten exhibición de los expedientes que deseen consultar, salvo que se trate de asuntos militares o diplomáticos de seguridad nacional, o de datos suministrados por particulares **bajo garantía de confidencia**".⁵²

⁵² Cabe anotar con respecto al costo del Arbitraje y Honorarios de los árbitros, que las formas y costos económicos de un arbitraje no deben ser medidos de acuerdo a la suma de gastos en números absolutos, sino con relación a las alternativas reales disponibles, y con referencia al balance de costo-beneficio final para quienes enfrentan el gasto, sean litigantes o el contribuyente. La simplicidad e informalidad en el procedimiento arbitral, evita tramitaciones y ritualismo innecesarias, como el caso de pruebas superfluas, que hacen al arbitraje sea menos costoso. La celeridad es otro factor que contribuye a la economía, en la que es posible obtener una adecuada retribución para los abogados peritos y árbitros.

Estas circunstancias determinan, de hecho y más allá de las leyes, quiénes tienen realmente acceso a un arbitraje. Dentro de la organización actual del arbitraje, si bien éste suele ser una opción mucho más eficiente que la judicial, a la postre,

4.1.9 Laudo Arbitral

El laudo arbitral es la decisión que emiten los árbitros para finalizar un litigio, de tal forma dan cumplimiento a su designación como árbitro, a diferencia del juez de jurisdicción, que al provenir de la estructura orgánica del Estado tiene carácter permanente y genérica, con delimitaciones, propias en materia territorial y funcional, y su labor no culmina con la emisión de una sentencia definitiva. Es más, el juez tiene la potestad para hacerla cumplir disponiendo las medidas pertinentes para ello. Los árbitros en cambio nacen de una fuente convencional y por lo tanto limitada al caso de la resolución de una situación concreta, así una vez finalizado el conflicto desaparecen sus facultades.

El juicio arbitral es un proceso destinado a que un tercero imparcial declare un derecho que una de las partes cree tener y la otra controvierte. El laudo, por ello, es la decisión mediante la cual los árbitros resuelven el litigio que las partes le sometieron. Este acto es la expresión más concreta de la jurisdicción que aquellos ejercen. En definitiva, el laudo no es sino el resultado de un juicio contradictorio de conocimiento, enderezado a obtener certidumbre respecto de una situación fáctica y jurídica determinada.

El contenido del laudo está delimitado por los puntos litigiosos que las partes sometieron a los árbitros, quienes deben pronunciarse sobre todas las cuestiones comprometidas, sin poder extenderse a otras que las partes no han consentido en someterles. El fundamento de esta limitación reside en el origen voluntario de la jurisdicción de los árbitros. Si las partes convinieron el arbitraje

resulta en la mayoría de casos, bastante más costosa. Una parte importante del alto costo, se debe a la complejidad de los asuntos.

Es norma del arbitraje que el impulso procesal es de oficio y corre a cargo del propio Tribunal arbitral, que también contribuye a amenguar los costos, frente a la comparación con la justicia ordinaria.

Decidir por el arbitraje para resolver un conflicto significa adoptar un sistema con reglas diferentes a los regularmente desarrollados en la vía jurisdiccional, que nos conduce a pensar en un cambio de mentalidad en las partes; así como en los letrados, peritos o árbitros, consecuentemente es necesario replantear formas tradicionales para establecer el monto de las remuneraciones profesionales, a este respecto cabe señalar que la mayoría de reglamentos de arbitraje establecen diferentes criterios para la determinación de honorarios, de modo de no retraer la expectativa de resolver las diferencias de las partes por la vía del arbitraje. Viéndolo bien, la participación del abogado en un arbitraje resulta mas rentable económicamente, aun cuando sus honorarios sean inferiores a los obtenidos en la vía judicial.

para resolver determinadas controversias, los árbitros deben ejercer su jurisdicción dentro de los límites marcados por ellas.

Para las cuestiones respecto de las cuales no existe pacto arbitral, queda subsistente la jurisdicción de los tribunales estatales, que no ha sido renunciada respecto de ellas. En tal hipótesis, los árbitros carecen de facultades para resolverlas. Un laudo arbitral que recaiga sobre ellas importaría violentar la intención de las partes, dando a la renuncia a los jueces del Estado una extensión no deseada. Quedan a salvo de este principio aquellas cuestiones meramente accesorias de las previstas en el acuerdo arbitral o aquellas cuya sustanciación en sede arbitral haya sido consentida por las partes en el proceso, sobre las que los árbitros pueden pronunciarse válidamente.

El tema sobre la ejecución de un laudo arbitral lo desarrollaremos más adelante, al tratar sobre las Convenciones de Nueva York y de Panamá, como comúnmente se les conoce.

Por el momento, consideramos necesario saber de qué forma se determinan las reglas del mecanismo de solución para los conflictos que surgen dentro de las transacciones de los comerciantes; para esto necesitamos desarrollar el siguiente tema.

4.2 Lex Mercatoria

Dentro del Derecho Económico hemos de desarrollar las diversas instituciones en las cuales da cabida el objeto, aplicación y consideración de las materias que abarcan su objeto de estudio, la Economía. Ya hemos abordado un tema importante, como lo es “El contrato entre las Partes”⁵³, y en su momento establecimos que este contrato constituye el eje jurídico entre las negociaciones internacionales. A la vez indicamos que “La Autonomía de la Voluntad”⁵⁴ será el contenido, el fondo de la

⁵³ Véase: Título I, Capítulo II, del presente trabajo.

⁵⁴ Véase: Subtítulo I, Título I, Capítulo III del presente trabajo.

intención de este contrato, y que según sea la intención de los comerciantes, las reglas quedarán estipuladas, bajo certeza y seguridad jurídica, tanto la forma de cumplimiento voluntario del contrato, así como el mecanismo que se haya estipulado expresamente, durante o después de celebrado el contrato, para la solución del litigio que surge por el incumplimiento de éste.

Entonces, se trata de saber si corresponde la aplicación al fondo del litigio, a falta de elección de las partes, de un conjunto de normas más especialmente diseñadas para el comercio internacional y directamente elaboradas y aplicadas por la que se ha dado en llamar la sociedad internacional de los comerciantes.

Las partes, en los contratos internacionales, algunas veces pactan que sus disputas no sean gobernadas por un Derecho nacional. En cambio, las someten a las costumbres o usos del comercio internacional; o bien, a las reglas comunes a todos o a la mayor parte de los Estados comprometidos o para aquellos Estados que están conectados con la disputa. Se aduce que cuando estas reglas comunes son indeterminables, el árbitro aplica la regla o elige la solución que le parece como la apropiada y equitativa. Para ello tendrá en cuenta los derechos de los diversos sistemas legales.

Este procedimiento, que es en parte una aplicación de las reglas legales y en parte una selección y proceso creativo, es la aplicación de la llamada “Lex Mercatoria”.

Particularmente en los contratos internacionales en ocasiones las partes tienen calidades diferentes, toda vez que en general una de ellas, llamada inversora, en sentido estricto no es un sujeto de Derecho Internacional Público; mientras que los países receptores si bien son sujetos de Derecho Internacional Público, en sus actividades comerciales actúan como si ellos fueren personas privadas.

Precisamente esta desigualdad de los atributos legales es la que ha motivado el nacimiento de la llamada “Lex Mercatoria”. Con la intención de evitar la aplicación de un determinado Derecho nacional con cuya aplicación pudiera beneficiarse el país

receptor o el Estado parte en la relación mediante una cláusula atributiva de ley aplicable, los inversores han visto la posibilidad de desnacionalizar sus contratos.

Por lo tanto, y tomando las líneas de Sara Feldstein de Cárdenas, a quien hemos seguido para el desarrollo del presente tema, establece en cuanto a la Lex Mercatoria: *Es un conjunto de reglas y principios de naturaleza cuasi legal desprendida e inatacable por cualquier jurisdicción específica de un sistema legal de cualquier país.*⁵⁵

Por cierto, cabe destacar que la discusión acerca de la Lex Mercatoria ha sido básicamente confinada a cierta categoría de transacciones concluidas entre Estados y personas jurídicas de Derecho privado.

Dentro de esta categoría de transacciones internacionales vinculadas con las inversiones extranjeras y más aún, específicamente ante la necesidad de gobernar estos contratos sui generis, es donde fundamentalmente si bien no exclusivamente, se ha desarrollado la corriente conforme con la cual se hace necesario que éstos sean regulados por un sistema legal separado especialmente diseñado para regular situaciones que ni el Derecho nacional ni el internacional ha intentado cubrir.

Para algunos autores que han desarrollado a profundidad el tema, han determinado que la Lex Mercatoria se encuentra asentada sobre principios generales específicos, a saber:

- Las prestaciones contractuales deben ser equilibradas.
- Interpretación de buena fe de los convenios.
- Presunción de competencia profesional.
- La obligación para el acreedor de una obligación inejecutada de minimizar el perjuicio.
- Presunción, a falta de acción, de renuncia a las sanciones contractuales.
- Deber de cooperación de las partes.

⁵⁵ Feldstein de Cárdenas, Sara L., **Contratos Internacionales**, Pág.161.

- Exigencia de una diligencia normal, útil y razonable de las partes en el cuidado de sus intereses.
- Validez de la aceptación tácita del contrato.
- Reglas de interpretación de los contratos, tales como: la buena fe, verdadera intención de las partes, norma del efecto útil, regla *in claris non fit interpretatio*.
- Transparencia sustantiva en un grupo de sociedades y ampliación del efecto relativo de los contratos.

Asimismo, establecen que la Lex Mercatoria se identifica con múltiples fuentes:

- A los principios generales del Derecho.
- A los usos del comercio internacional.
- A la equidad.
- A las reglas de Derecho apropiadas.

Acerca del estudio sobre si realmente existe Lex Mercatoria, nos encontramos a juristas defensores y detractores, quienes manifiestan los primeros que es un cuerpo normativo constituido por los usos y costumbres, por las convenciones y las leyes uniformes internacional, por las normas sustantivas contenidas en los ordenamientos nacionales que resulten aplicables al caso concreto. Es un orden jurídico distinto y desprendido de los ordenamientos nacional e internacional y cuyo contenido está conformado por principios específicamente diseñados para y por los operadores del comercio internacional.

De esto se desprende que el arbitraje no se encuentra sujeto a ninguna norma jurídica preestablecida, y las partes y los árbitros gozan de plena libertad para crearla. Entonces se evita la aplicación de los sistemas nacionales y los conflictos que ello implica.

Por su lado los detractores aluden que la Lex Mercatoria no constituye un presunto tercer orden jurídico, con aptitud para ser colocado al nivel de los órdenes jurídicos nacional e internacional.

Pero todo lo expuesto deberá insertarse en la corriente actual que reconoce el nacimiento de una nueva Lex Mercatoria, que a partir de la práctica en los diversos países, unifica reglas e instituciones importantes del derecho privado, primero en el ámbito del derecho internacional privado y actualmente, cada vez más, uniendo soluciones del Derecho privado y en especial del Derecho Comercial.

A continuación, y por haber establecido que el Arbitraje es el método, por excelencia, para la solución de las controversias surgidas en el ámbito comercial, nos corresponde el desarrollo de las disposiciones contenidas en el Tratado de Libre Comercio entre República Dominicana, Centro América y Estados Unidos; siendo Guatemala parte del mismo.⁵⁶

4.3 Tratado de Libre Comercio entre República Dominicana, Centro América y Estados Unidos (RD-CAFTA)

No cabe duda acerca de la trascendencia nacional que conlleva la implementación de un Tratado de Libre Comercio en el país donde éste entre en vigor.

Es ahora, y como lo hemos estado explicando en el desarrollo del presente trabajo, que dentro del Derecho Económico se desarrollan distintas disciplinas jurídica-económicas y comerciales, las cuales inciden dentro del estudio de esta rama del Derecho; además, hemos hablado acerca de la Economía misma, de las Negociaciones Comerciales, llegando al Arbitraje como método de solución de las controversias, por excelencia, que surgen como consecuencia de éstas.

Oportuno y necesario es el momento para continuar con el desarrollo del Arbitraje, desarrollando el tema “Solución de Controversias” contenido en el Tratado de

⁵⁶No obstante, y para no limitar el contenido del arbitraje a cuestiones estrictamente comerciales, en el año 2002 ante la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual en su Centro de Mediación y Arbitraje se llevó a cabo el procedimiento arbitral para conocer acerca de la controversia por el NOMBRE DE DOMINIO de “BANCARED.COM” (objeto del litigio) surgida entre los guatemaltecos: Sociedad TRANSACCIONES UNIVERSALES S.A. (la parte Demandante) y el señor MARIO ARIEL CASTILLO VARGAS (la parte Demandada).

Y para fines académicos se adjunta en el apartado de anexos el Laudo Arbitral (Decisión del Panel Administrativo) sobre dicha controversia.

Libre Comercio entre República Dominicana, Centro América y Estados Unidos, el cual nos establece las disposiciones legales que conlleva este tipo de solución de litigios.

Recordamos, que el desarrollo de estos temas, es con la finalidad de establecer que no sólo es necesaria la implementación del curso de Derecho Económico dentro del Pensum de estudio de Derecho, sino de insistir que dentro de este Derecho se desarrollan disciplinas que hacen posible su entendimiento global; asimismo, procuramos dar al lector una guía sobre cómo debe de estar desarrollada la enseñanza de esta asignatura.

Como es bien sabido, Guatemala ha ratificado a través del Decreto Número 31-2005 del Congreso de la República, el Tratado de Libre Comercio entre República Dominicana, Centro América y Estados Unidos – TLC-RD-CAUSA o RD- CAFTA (Dominican Republic – Central America Free Trade Agreement)⁵⁷, el cual es un acuerdo comercial que abarca el comercio de productos y servicios, y que contiene normas de apoyo a las inversiones, protección de los derechos de propiedad intelectual, acceso a las contrataciones de los gobiernos y respeto a las leyes laborales y ambientales.

También contiene normativa para mejorar la transparencia y solucionar las controversias que pudieran derivarse del intercambio comercial. Es una herramienta de facilitación del comercio exterior, el cual se define como la doble corriente de las exportaciones y las importaciones, asegurando que el mismo fluya sin mayores obstáculos.

4.3.1 Ámbito de aplicación del TLC-RD-CAFTA

El TLC-RD-CAFTA es aplicable a las relaciones comerciales que resulten entre los países ratificantes, es decir, República Dominicana, Centro América y Estados Unidos de Norteamérica.

⁵⁷ Guatemala hasta la fecha ha emitido, y posterior a la ratificación del Tratado de Libre Comercio en mención, el Decreto Número 11-2006 relativo a Reformas legales para la implementación del Tratado de Libre Comercio República Dominicana-Centroamérica-Estados Unidos de América.

4.3.2 Sujetos que intervienen en el TLC-RD-CAFTA

Los sujetos a intervenir dentro del TLC-RD-CAFTA serán personas jurídicas públicas o privadas pertenecientes a distintos Estados Partes y que realicen actividades comerciales entre ellas.

4.3.3 Solución de controversias en el TLC-RD-CAFTA

Con la vigencia del TLC RD-CAFTA es común que surjan diferencias o controversias entre países, con motivo de:

- La interpretación del Tratado
- La aplicación del Tratado (violaciones o incumplimientos)

El proceso de Solución de Controversias, busca lograr la solución mutuamente satisfactoria a la controversia y se aplica únicamente entre países miembros, en las fases siguientes:

- Consultas, que consisten en el intercambio de información entre los países involucrados en la controversia para alcanzar una solución satisfactoria para ambos países
- Intervención del Consejo de Libre Comercio o Comisión de Administración, conformada por los Ministros de Economía de los países miembros.
- Recurrir a los Buenos Oficios, Conciliación y Mediación como métodos alternativos, los que consisten en que una o mas personas intervengan entre las Partes contendientes.
- Arbitraje, como medio para poner fin a la controversia, y por ser uno de los puntos principales dentro del presente trabajo lo desarrollaremos a continuación.

Establecemos solamente generalidades de este Tratado, ya que las consideramos necesarias para poder adentrarnos en el desarrollo del siguiente tema: El Arbitraje, regulado en el Tratado de Libre Comercio RD-CAFTA. Posteriormente hablaremos acerca de la Convención de Nueva York de 1958; y la Convención de Panamá de 1975, para aterrizar en un breve análisis comparativo de estas convenciones.

Hemos de insistir que estos temas no son aislados al objeto de nuestra tesis. Estos temas constituyen vital importancia para comprender de qué manera debe ser estudiado el Derecho Económico, ya que dentro del mismo se desarrollan instituciones importantes para una comprensión extensiva de su contenido; además, resulta imprescindible establecer que posteriormente al procedimiento arbitral, existan mecanismos por medio de los cuales, la parte vencedora pueda ejecutar la decisión de los árbitros ante organismos internacionales.

4.4 El Arbitraje Comercial Internacional: Tratado de Libre Comercio entre República Dominicana, Centro América y Estados Unidos (RD-CAFTA)

El arbitraje internacional nace con la finalidad de resolver las desavenencias emergentes del comercio internacional, dentro del que aparece ocupando un destacadísimo lugar la clásica contratación de la compraventa de mercaderías a través de las fronteras, pero también se incluye las inversiones extranjeras.

La materia de arbitraje internacional se caracteriza por la creciente recurrencia a la vía arbitral como método para solucionar las disputas en el ámbito internacional y por las transacciones internacionales en las que se pacta el arbitraje internacional que tiende a aumentar.

En principio, podremos convenir que nos encontramos ante un arbitraje internacional, cuando en la controversia aparecen elementos relevantes de internacionalidad. Ello ocurre sin perjuicio de otros supuestos cuando se trata de una

transacción internacional entre partes domiciliadas o residentes en países diferentes, sean personas físicas o jurídicas.

La Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el derecho mercantil internacional –CNUDMI- sobre Arbitraje Comercial Internacional, expresamente en el artículo 1º, inciso. 3º atribuye el carácter de arbitraje internacional a aquel en el que, al tiempo de la celebración del acuerdo, las partes tienen sus establecimientos o residencias habituales en Estados diferentes; o bien cuando el lugar –sede- del arbitraje, el del cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones de la relación vinculante, o el lugar con el cual el objeto del litigio tenga una relación estrecha, está situado fuera del Estado en el que las partes tienen sus establecimientos, o si las partes han pactado en forma expresa, que la cuestión objeto del arbitraje está relacionada con más de un Estado.

El panorama actual nos demuestra la frecuencia con que las partes en los contratos internacionales deciden que para el caso que surgieran controversias respecto de la celebración, validez, interpretación, o ejecución y consecuencias de su incumplimiento, las mismas serán resueltas recurriendo a la vía del arbitraje. En esta área, el arbitraje internacional constituye el método de solución de las disputas por excelencia. Goza de gran prestigio respecto de los restantes mecanismos disponibles para los justiciables en virtud de sus considerables ventajas comparativas. Lo más importante respecto de la utilidad o beneficios del arbitraje comercial es la previsibilidad del resultado, ya que las partes buscan la certidumbre jurídica, máxime cuando el asunto es complejo.

Los ordenamientos nacionales, sobre todo en la última década, han pugnado por poner al día sus leyes sobre arbitraje, acompañando la realidad para adaptarse a las nuevas exigencias y necesidades del comercio internacional.

Como ya lo establecimos anteriormente, Guatemala bajo Decreto Número 31-2005 aprobó el TRATADO DE LIBRE COMERCIO ENTRE REPÚBLICA DOMINICANA, CENTRO AMÉRICA Y ESTADOS UNIDOS (RD-CAFTA), el cual establece los

mecanismos ha utilizar para la solución de las controversias que surjan entre los comerciantes pertenecientes a los Estados parte, regulados en los capítulos X y XX.

Para facilitar la exposición de estos mecanismos se ha dividido el estudio del Arbitraje, en primer lugar nos referimos al Arbitraje Comercial Internacional Privado: relativo a las controversias surgidas entre inversionistas de capital privado pertenecientes a un Estado dentro de otro Estado receptor; y en segundo lugar al Arbitraje Comercial Internacional Público: relativo a las controversias surgidas entre un Estado como inversionista dentro de otro Estado como receptor.

4.4.1 Arbitraje Comercial Internacional Privado: Tratado de Libre Comercio entre República Dominicana, Centro América y Estados Unidos (RD-CAFTA), Capítulo 10, Sección B: Solución de Controversias Inversionista - Estado

4.4.1.1 Consultas y Negociación: en caso de una controversia relativa a una inversión, se establece en el Art.10.15 del RD-CAFTA que el demandante y el demandado deberán primero tratar de solucionar la controversia mediante consultas y negociación.

4.4.1.2 Sometimiento de una Reclamación a Arbitraje: Art.10.16 del RD-CAFTA estipula que en el caso que una parte contendiente considere que una controversia relativa a una inversión no puede resolverse mediante consultas y negociación, el demandante podrá someter a arbitraje una reclamación de conformidad con la Sección B del Capítulo de Inversión, en la cual se alegue que el demandado ha violado una obligación de conformidad con la Sección A una autorización de inversión, o un acuerdo de inversión; y que el demandante haya sufrido pérdidas o daños en virtud de dicha violación o como resultado de ésta.

Por lo menos 90 días antes de someter una reclamación a arbitraje en virtud de la Sección B, el demandante entregará al demandado una notificación escrita indicando su intención de someter la

reclamación a arbitraje (Art.10.16.2 del RD-CAFTA). Siempre que hayan transcurrido seis meses desde que tuvieron lugar los hechos que motivan la reclamación, el Tratado (Art.10.16.2 del RD-CAFTA) estipula que el demandante podrá someter una reclamación: 1) de conformidad con el Convenio del CIADI, siempre que tanto la Parte no contendiente como el demandado sean partes del mismo; 2) de conformidad con las Reglas del Mecanismo Complementario del CIADI, siempre que la Parte no contendiente o el demandado, pero no ambos, sean parte del Convenio del CIADI; 3) de conformidad con las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI. (Art. 10.16.3).

4.4.1.3 Consentimiento de Cada una de las Partes al Arbitraje: cada una de las Partes consiente en someter una reclamación al arbitraje con arreglo a la Sección B y de conformidad con el Tratado (Art.10.17 y Art. 10.18.2.a del RD-CAFTA).

4.4.1.4 Condiciones y Limitaciones al Consentimiento de las Partes: (Art.10.18.1 del RD-CAFTA) estipula que ninguna reclamación podrá someterse a arbitraje conforme a la Sección B, si han transcurrido más de tres años a partir de la fecha en que el demandante tuvo o debió haber tenido conocimiento de la violación alegada.

Ninguna reclamación podrá someterse a arbitraje conforme a la Sección B a menos que el demandante consienta por escrito a someterse al arbitraje, de conformidad con los procedimientos previstos en este TLC; y la notificación de arbitraje se acompañe de la renuncia por escrito del demandante de cualquier derecho a iniciar o continuar ante cualquier tribunal judicial o administrativo conforme a la ley de cualquiera de las Partes, u otros procedimientos de solución de controversias, cualquier actuación respecto de los hechos que se alegan haber dado lugar a la violación reclamada (Art.10-18.2 del RD-CAFTA).

No obstante, un demandante podrá iniciar o continuar una actuación en que se solicite la aplicación de medidas precautorias de carácter suspensivo, y que no implique el pago de daños monetarios ante un tribunal judicial o administrativo del demandado, siempre que la actuación se interponga con el único fin de preservar los derechos e intereses del demandante o de la empresa durante el período de espera del arbitraje (Art.10-18.3 del RD-CAFTA). El RD-CAFTA (Art.10.18.4) estipula también que ninguna reclamación podrá ser sometida a arbitraje por violación de una autorización de inversión o de un Acuerdo de inversión si el demandante ha sometido previamente la misma violación que se alega ante un tribunal administrativo o judicial de la Parte demandada, o a cualquier otro procedimiento de solución de controversias vinculante, para adjudicación o resolución.

4.4.1.5 Selección de los Árbitros: a menos que las partes contendientes convengan otra cosa, el tribunal estará integrado por tres árbitros: un árbitro designado por cada una de las partes contendientes y el tercero, que será el árbitro presidente, será designado por acuerdo entre las partes contendientes (Art.10.19.3.1 del RD-CAFTA). Si un tribunal no se ha integrado en un plazo de 75 días a partir de la fecha en que la reclamación se somete a arbitraje, de conformidad con esta Sección, el Secretario General del CIADI (Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones), a petición de una parte contendiente, designará, a su discreción, al árbitro o árbitros que aún no hayan sido designados (Art. 10.19.3 del RD-CAFTA).

4.4.1.6 Realización del Arbitraje: (Art.10.20.1 del RD-CAFTA) estipula que las partes conforme a las reglas arbitrales aplicables a falta de acuerdo entre las partes contendientes, el tribunal deberá determinar dicho lugar de conformidad con las reglas arbitrales aplicables, siempre que el lugar se encuentre en el territorio de un Estado que sea parte de la Convención de Nueva York.

- 4.4.1.7 Derecho Aplicable: cuando una reclamación se presenta, el Tribunal decidirá las cuestiones en controversia de conformidad con el Tratado y con las normas aplicables del derecho internacional (Art.10.22.1 del RD-CAFTA).
- 4.4.1.8 Informes *Amicus Curiae*: El Tratado estipula que el tribunal estará facultado para aceptar y considerar informes *amicus curiae*⁵⁸ que provengan de una persona o entidad que no sea parte contendiente (Art.10.20.3 del RD-CAFTA).
- 4.4.1.9 Proceso Expedito: en el caso que el demandado así lo solicite, dentro de los 45 días siguientes a la constitución del Tribunal, éste decidirá, sobre bases expeditas, acerca de cualquier objeción de que la controversia no se encuentra dentro de la competencia del Tribunal (Art.10-20.5 del RD-CAFTA).
- 4.4.1.10 Reclamación Frívola: cuando el Tribunal decide acerca de la objeción de un demandado podrá, si se justifica, conceder a la parte contendiente vencedora costas y honorarios razonables en que se haya incurrido al presentar la objeción u oponerse a ésta. Al determinar si dicho laudo se justifica, el Tribunal considerará si la reclamación del demandante o la objeción del demandado eran frívolas, y concederá a las partes contendientes oportunidad razonable para presentar sus comentarios (Art.10-20.6 del RD-CAFTA).
- 4.4.1.11 Comunicación de Propuesta de Laudo: a solicitud de cualquiera de las partes contendientes, un tribunal, antes de dictar el laudo sobre la responsabilidad, comunicará su propuesta de laudo a las partes contendientes y a la Parte no contendiente. Dentro del plazo de 60 días de comunicada dicha propuesta de laudo, sólo las partes

⁵⁸ Amigo de la corte o Amigo del tribunal: Presentaciones realizadas por terceros ajenos a un litigio, que ofrecen voluntariamente su opinión frente a algún punto de derecho u otro aspecto relacionado, para colaborar con el tribunal en la resolución de la materia objeto del proceso.

contendientes podrán presentar comentarios escritos al tribunal en relación con cualquier aspecto de su propuesta de laudo. El tribunal considerará dichos comentarios y dictará su laudo a más tardar a los 45 días siguientes de haberse vencido el plazo de 60 días para presentar comentarios (Art.10-20.9 del RD-CAFTA).

4.4.1.12 Transparencia de las Actuaciones Arbitrales: los siguientes documentos los entregará el demandado, después de recibirlos, a la Parte no contendiente y los pondrá a disposición del público: la notificación de intención; la notificación de arbitraje; los alegatos, escritos de demanda y expedientes presentados al tribunal por la parte contendiente y cualquier comunicación escrita presentada y las actas o transcripciones de las audiencias del tribunal (Art.10-21.1 del RD-CAFTA).

4.4.1.13 Información Comercial Confidencial o Información Privilegiada: su divulgación debe ser protegida, si tal información es presentada al tribunal (Art.10.21.2 y 10.21.3 del RD-CAFTA). Salvo si dicha información debe ser publicada de acuerdo a su legislación y (Art. 10.21.5 del RD-CAFTA)

4.4.1.14 Audiencias Abiertas: el tribunal realizará audiencias abiertas al público (Art.10-21.2 – 10.21.5 del RD-CAFTA).

4.4.1.15 Interpretación de una Disposición por los Ministros de Comercio: una decisión de la Comisión sobre Libre Comercio enunciando la interpretación de una disposición del Tratado, será obligatoria en un tribunal que se establezca de conformidad con la Sección B, y todo laudo deberá ser compatible con esa decisión (Art.10-22.3 del RD-CAFTA).

4.4.1.16 Interpretación de los Anexos: cuando un demandado exponga como defensa que la medida que se alega como violatoria se encuentra

dentro del ámbito de aplicación de una medida disconforme consignada en el Anexo I del RD-CAFTA (Medidas Disconformes Existentes) o en el Anexo II del RD-CAFTA (Medidas Disconformes Futuras), a petición del demandado, el Tribunal solicitará a la Comisión una interpretación sobre el asunto. Dentro del plazo de los 60 días siguientes a la entrega de la solicitud, la Comisión presentará por escrito al Tribunal cualquier decisión en la que se declare su interpretación (Art.10-23.1 del RD-CAFTA). Una decisión emitida por la Comisión será obligatoria para el Tribunal y cualquier laudo deberá ser compatible con esa decisión. Si la Comisión no emitiera dicha decisión dentro del plazo de los 60 días, el Tribunal decidirá sobre el asunto (Art.10-23.2 del RD-CAFTA).

4.4.1.17 Informes de expertos: sin perjuicio de la designación de otro tipo de expertos cuando lo autoricen las reglas de arbitraje aplicables, un tribunal, a petición de una parte contendiente o por iniciativa propia, a menos que las partes contendientes no lo acepten, podrá designar uno o más expertos para informar por escrito cualquier cuestión de hecho relativa a asuntos ambientales, de salud, seguridad u otros asuntos científicos que haya planteado una parte contendiente en un proceso, de acuerdo a los términos y condiciones que acuerden las partes contendientes (Art.10.24 del RD-CAFTA).

4.4.1.18 Acumulación de Procedimientos: en los casos en que se hayan presentado a arbitraje dos o más reclamaciones por separado y las reclamaciones planteen en común una cuestión de hecho o de derecho y surjan de los mismos hechos o circunstancias, cualquier parte contendiente podrá tratar de obtener una orden de acumulación, de conformidad con el acuerdo de todas las partes contendientes respecto de las cuales se pretende obtener la orden de acumulación (Art.10.25 del RD-CAFTA).

4.4.1.19 **Laudos:** cuando un Tribunal dicte un laudo definitivo desfavorable al demandado, el tribunal podrá otorgar, por separado o en combinación, únicamente: (a) daños pecuniarios y los intereses que procedan; (b) restitución de la propiedad, en cuyo caso el laudo dispondrá que el demandado podrá pagar daños pecuniarios, más los intereses que procedan en lugar de la restitución. Un tribunal podrá conceder las costas y honorarios de abogados de conformidad con la Sección B (Solución de Controversias de Inversionistas-Estado) y con las reglas de arbitraje aplicables (Art.10.26.1 del RD-CAFTA). No se permite el pago de daños punitivos (Art.10.26.3 del RD-CAFTA).

4.4.1.20 **Debida Ejecución de Laudos:** cada Parte dispondrá la debida ejecución de un laudo en su territorio (Art.10.26.7 del RD-CAFTA). Cuando el demandado incumpla o no acate un laudo definitivo, se establecerá un grupo arbitral de conformidad con el Mecanismo de Solución de Controversias Estado – Estado del Tratado (Solicitud de un grupo arbitral). La Parte solicitante podrá invocar dichos procedimientos para lograr una determinación en el sentido de que el incumplimiento o desacato de los términos del laudo definitivo es contrario a las obligaciones de este Tratado; y una recomendación en el sentido de que el demandado acate o cumpla el laudo definitivo (Art.10.26.8 del RD-CAFTA). Una parte contendiente podrá recurrir a la ejecución de un laudo arbitral de conformidad con el Convenio del CIADI, la Convención de Nueva York, o la Convención Interamericana (Art.10.26.9 del RD-CAFTA).

4.4.1.21 **Órgano de Apelación:** El Tratado establece que si entre las Partes se pusiera en vigencia un Tratado separado en el que se estableciere un órgano de apelación con el propósito de revisar los laudos dictados por tribunales constituidos conforme a acuerdos de comercio internacional o de inversión, para conocer controversias de inversión, las Partes procurarán alcanzar un acuerdo que tendría tal órgano de apelación

para la revisión de los laudos dictados (Art.10.20.10 y Anexo 10-F.1 del RD-CAFTA)⁵⁹.

- El Tratado RD-CAFTA estipula que un inversionista de Estados Unidos no podrá someter a arbitraje de conformidad con la Sección B una reclamación en el sentido de que un país de Centroamérica ha violado una obligación establecida en la Sección A, si el inversionista o la empresa, respectivamente, ha alegado esa violación de una obligación establecida en la Sección A en procedimientos ante un tribunal judicial o administrativo del país centroamericano (Anexo 10-E del RD-CAFTA).

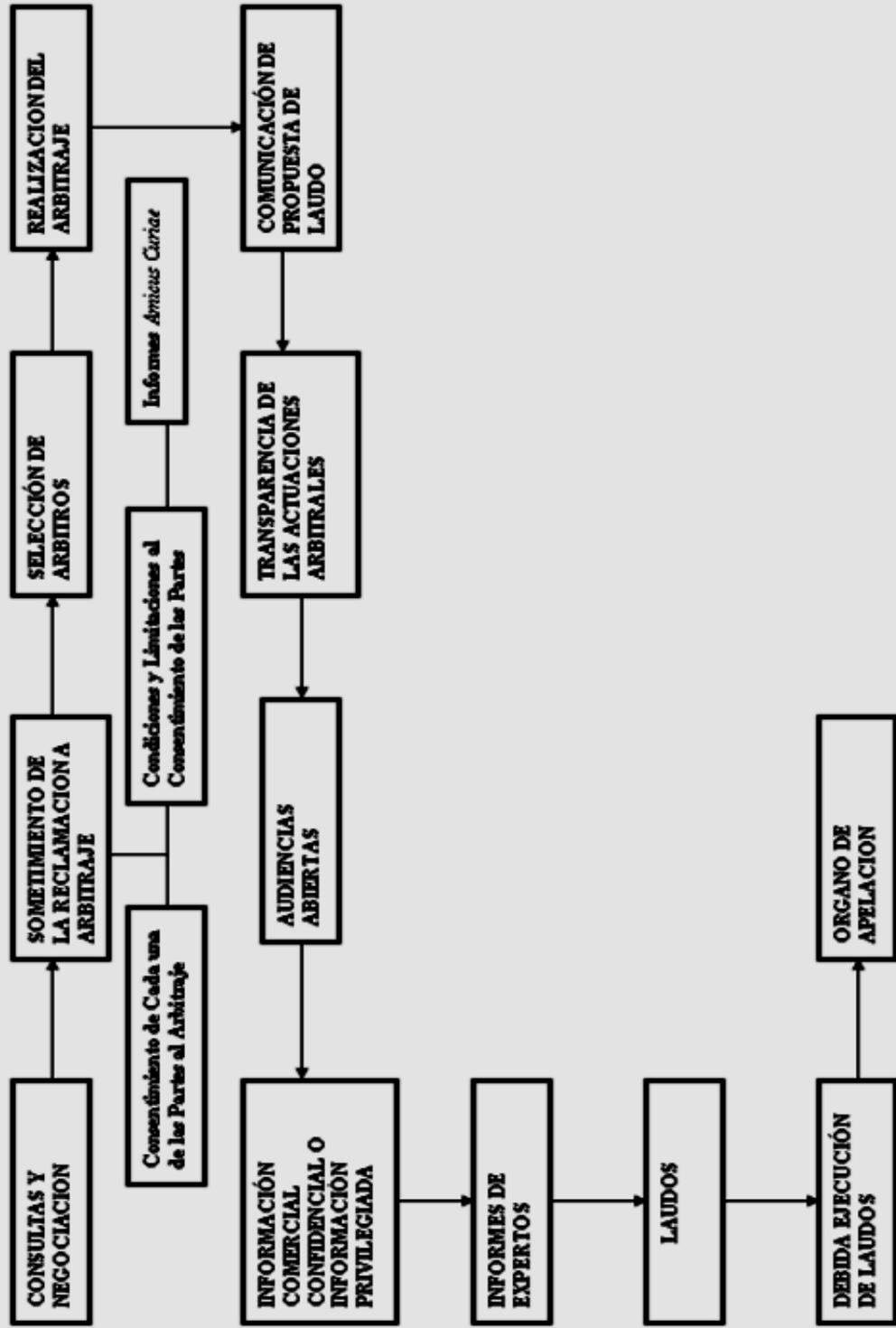
- Para mayor certeza, el Tratado RD-CAFTA estipula que si un inversionista de Estados Unidos elige presentar una reclamación del tipo descrito en el Anexo sobre Sometimiento de una Reclamación a Arbitraje ante un tribunal judicial o administrativo centroamericano, esa elección será definitiva y el inversionista no podrá posteriormente someter la reclamación a arbitraje de conformidad con la Sección B (Anexo 10-E.2 del RD-CAFTA).

- El Anexo 10-D del RD-CAFTA estipula que ningún inversionista podrá someter a arbitraje de conformidad con la Sección B del Capítulo de Inversión una reclamación alegando que Guatemala ha violado el Artículo 10.6.2 como resultado de un movimiento armado o una contienda civil y que el inversionista o la empresa del inversionista ha incurrido en pérdida o daño por razón de o en consecuencia de tal movimiento o contienda. Una disposición similar existe para inversionistas de Guatemala con respecto a otras Partes.

⁵⁹ **Grupo de Negociación** para desarrollar un órgano de apelación o un mecanismo similar para revisar los laudos dictados por los tribunales. Tal órgano de apelación o mecanismo similar será designado para dar coherencia a la interpretación de las disposiciones sobre inversión del Tratado.

**ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL PRIVADO
 TRATADO DE LIBRE COMERCIO: ENTRE REPUBLICA DOMINICANA, CENTRO AMERICA Y ESTADOS UNIDOS (RD-CAFTA)
 CAPITULO 10**

Sección B
 Solución de Controversias Invercionistas - Estado



4.4.2 Arbitraje Comercial Internacional Público: Tratado de Libre Comercio entre República Dominicana, Centro América y Estados Unidos (RD-CAFTA), Capítulo 20, Sección A: Solución de Controversias

4.4.2.1 Ámbito de Aplicación: Salvo que en este Tratado se disponga otra cosa, las disposiciones para la solución de controversias de este Capítulo se aplicarán:

- (a) a la prevención o a la solución de todas las controversias entre las Partes relativas a la aplicación o a la interpretación de este Tratado;
- (b) cuando una Parte considere que una medida vigente o en proyecto de otra Parte, es o podría ser incompatible con las obligaciones de este Tratado, o que otra Parte ha incumplido de alguna manera con las obligaciones de este Tratado; y
- (c) cuando una Parte considere que una medida vigente o en proyecto de otra Parte cause o pudiera causar anulación o menoscabo, en el sentido del Anexo 20.2 del Tratado. (Art. 20.2 RD-CAFTA)⁶⁰.

4.4.2.2 Consultas: Cualquiera de las Partes podrá solicitar por escrito a cualquier otra Parte la realización de consultas respecto de cualquier medida vigente o en proyecto, o respecto de cualquier otro asunto que considere pudiese afectar el funcionamiento de este Tratado. En la solicitud indicara la medida violatoria fundamentándose jurídicamente su reclamación haciéndolo saber a las otras partes. (Art. 20.4 RD-CAFTA)

⁶⁰ Las Partes podrán recurrir al mecanismo de solución de controversias de este Capítulo, cuando en virtud de la aplicación de una medida que no contravenga al Tratado, consideren que se anulan o menoscaban los beneficios que razonablemente pudieron haber esperado recibir de la aplicación de las siguientes disposiciones:

- (a) Capítulos Tres al Cinco (Trato Nacional y Acceso de Mercancías al Mercado, Reglas de Origen y Procedimientos de Origen, y Administración Aduanera y Facilitación del Comercio),
- (b) Capítulo Siete (Obstáculos Técnicos al Comercio);
- (c) Capítulo Nueve (Contratación Pública);
- (d) Capítulo Once (Comercio Transfronterizo de Servicios); o
- (e) Capítulo Quince (Derechos de Propiedad Intelectual).

2. Las Partes no podrán invocar el párrafo 1(d) o (e) en relación con las medidas sujetas una excepción de conformidad con el Artículo 21.1 (Excepciones Generales).

- Tercero interesado: dentro de 7 días de haberse solicitado las consultas, éste notifica a las demás partes su interés de participación. (Art. 20.4.3 RD-CAFTA)

4.4.2.3 Aportación de Información: Las Partes consultantes:

- (a) Aportarán la información suficiente que permita un examen completo de la manera en que la medida vigente o en proyecto, o cualquier otro asunto, pueda afectar el funcionamiento y la aplicación de este Tratado; y
- (b) Darán a la información confidencial que se intercambie en las consultas el mismo trato que el otorgado por la Parte que la haya proporcionado. (Art.20.4.5 RD-CAFTA)

4.4.2.4. Comisión de Libre Comercio: Cualquier parte consultante solicitará la integración de la Comisión de Libre Comercio si no ha logrado resolver la controversia mediante las consultas dentro de los plazos siguientes:

- (a) 60 días después de la entrega de la solicitud para las consultas;
- (b) 15 días después de la entrega de una solicitud de consultas en asuntos relativos a mercancías perecederas; o
- (c) Cualquier otro plazo que acuerden. (Art. 20.5.1 RD-CAFTA)

La Parte solicitante notificará a las demás partes consultantes su solicitud. (Art.20.4.5.1, 20.5.3 RD-CAFTA)

- La Comisión de Libre Comercio resolverá dentro de 10 días siguientes de haber recibido la solicitud, conforme a procedimientos de solución de

controversias para que mutuamente las partes solucionen la controversia.
(Art. 20.5.4 RD-CAFTA)

4.4.2.5 Instalación del Arbitraje: Excepción: Un grupo arbitral no podrá ser establecido para revisar una medida en proyecto. (Art. 20.6.6 RD-CAFTA)

4.4.2.6 Solicitud de un Grupo Arbitral: Artículo 20.6: Si las Partes consultantes no hubieren resuelto un asunto dentro de:

a) 30 días cuando las parte no llegan a solución mediante consultas;

b) 75 días contados desde la solicitud de consultas y la Comisión de Libre Comercio no se ha integrado;

c) Cualquier plazo que las partes convengan.

La solicitud la hará la parte que solicitó la integración de la Comisión de Libre Comercio quien se la entregara a la otra parte, lo cual se entenderá por establecido el grupo arbitral. (Art. 20.6 RD-CAFTA)

- El tercero interesado que haya participado en la solicitud de la Comisión de Libre Comercio puede ser parte del arbitraje, pero solo como parte reclamante, dentro de 7 días de haberse hecho la solicitud de arbitraje por una de las partes, de lo contrario pierde el derecho de participar en el arbitrio. (Art. 20.4.3 RD-CAFTA)

4.4.2.7 Selección del grupo arbitral: A menos que las partes acuerden otra manera, el grupo arbitral se integrará y desempeñará sus funciones de acuerdo a las disposiciones de este Tratado. (Art. 20.6.5 RD-CAFTA).

El grupo arbitral se integrará de 3 árbitros, los que serán nombrados de la siguiente manera:

1. Dentro de 15 días de haberse entregado la solicitud de la integración del grupo arbitral, se designará al presidente. De no haber designación se hará por sorteo dentro de los 3 días siguientes al concluir el presente plazo.
2. Después de la designación del presidente del grupo arbitral, las partes tienen 15 días para designar:

Un árbitro por la parte demandada

Un árbitro por la parte demandante

De no haber designación se hará por sorteo dentro de los 3 días de concluir el presente plazo. (Art. 20.9 RD-CAFTA)

- Se admite RECUSACIÓN sólo para el árbitro designado por la parte contraria. (Art. 20.9.2 RD-CAFTA)

4.4.2.8 Reglas de procedimiento arbitral:

- (a) El derecho, al menos, a una audiencia ante el grupo arbitral, la cual será pública, sujeta al subpárrafo (e);
- (b) Una oportunidad para cada Parte contendiente de presentar alegatos iniciales y de réplica por escrito;
- (c) Que los alegatos escritos de cada Parte participante, las versiones escritas de sus declaraciones orales, y las respuestas escritas a una solicitud o a las preguntas del grupo arbitral serán disponibles al público, de conformidad al subpárrafo (e);

(d) Que el grupo arbitral considerará solicitudes de entidades no-gubernamentales de los territorios de las Partes contendientes para entregar opiniones escritas relacionadas con la controversia que puedan ayudar al grupo arbitral en la evaluación de los alegatos y argumentos de las Partes contendientes; y

(e) La protección de la información confidencial.

Salvo que las partes acuerden otro procedimiento, el arbitraje se seguirá conforme a las Reglas Modelo de Procedimiento establecidas por la Comisión de Libre Comercio. (Art. 20.10 RD-CAFTA)

– Participación de Terceros

Una Parte que no sea contendiente, previa entrega de notificación escrita a las Partes contendientes, tendrá derecho a asistir a todas las audiencias, a presentar alegatos escritos y orales al grupo arbitral, y a recibir alegatos por escrito de las Partes contendientes de conformidad con lo establecido en las Reglas Modelo de Procedimiento. Dichos alegatos se reflejarán en el informe final del grupo arbitral. (Artículo 20.11 RD-CAFTA)

4.4.2.9 Información y Asesoría Técnica: Cuando las partes lo acuerden, bajo sus términos y condiciones establecidas, el grupo arbitral podrá recabar información y asesoría técnica en lo que sea pertinente. (Art. 20.12 RD-CAFTA)

4.4.2.10 Informe Inicial: El grupo arbitral emitirá informe inicial dentro de 120 días (prorrogables por 60 días más Art. 20.13.4 RD-CAFTA) después de haber seleccionado al último arbitro, dicho informe contendrá conclusiones de hecho, determinación si una de las partes ha incumplido obligaciones del Tratado, y sus respectivas recomendaciones, si así las partes lo acordaron. (Art. 20.13.3.a.b.c RD-CAFTA)

Las partes contendientes pueden hacer observaciones por escrito sobre el informe inicial dentro de 14 días de su presentación, salvo si acordaron otro plazo las partes. (Art. 20.13.6 RD-CAFTA)

4.4.2.11 Informe Final: El grupo arbitral emitirá informe final dentro de 30 días siguientes de haber presentado el informe inicial, salvo plazo contrario convenido por las partes.

El informe final será público, sujeto a la protección de la información confidencial. (Art. 20.14 RD-CAFTA)

4.4.2.12 Reintegración del grupo arbitral: Artículo 20.16: Incumplimiento – Suspensión de Beneficios: 3. Si la Parte demandada considera que:

- (a) El nivel de beneficios que se propone suspender es manifiestamente excesivo; o
- (b) Ha eliminado la disconformidad o la anulación o menoscabo constatado por el grupo arbitral; podrá solicitar, dentro de los 30 días siguientes a la notificación de la Parte reclamante de conformidad con el párrafo 2, que el grupo arbitral se vuelva a constituir para examinar el asunto. La Parte demandada entregará su solicitud por escrito a la Parte reclamante. El grupo arbitral se volverá a constituir tan pronto como sea posible después de entregada la solicitud y presentará su decisión a las Partes contendientes dentro de los 90 días siguientes a su nueva constitución para examinar la solicitud conforme a los subpárrafos (a) o (b), o dentro de los 120 días siguientes a la solicitud presentada conforme a los subpárrafos (a) y (b). Si el grupo arbitral establece que el nivel de beneficios que la Parte reclamante pretende suspender es manifiestamente excesivo, fijará el nivel de beneficios que considere de efecto equivalente.

Artículo 20.17: Incumplimiento en Ciertas Controversias:

1. Si en su informe final el grupo arbitral determina que una Parte no ha cumplido con las obligaciones asumidas en virtud del Artículo 16.2.1(a) (Cumplimiento de la Legislación Laboral) o del Artículo 17.2.1(a) (Cumplimiento de la Legislación Ambiental), y las Partes contendientes:

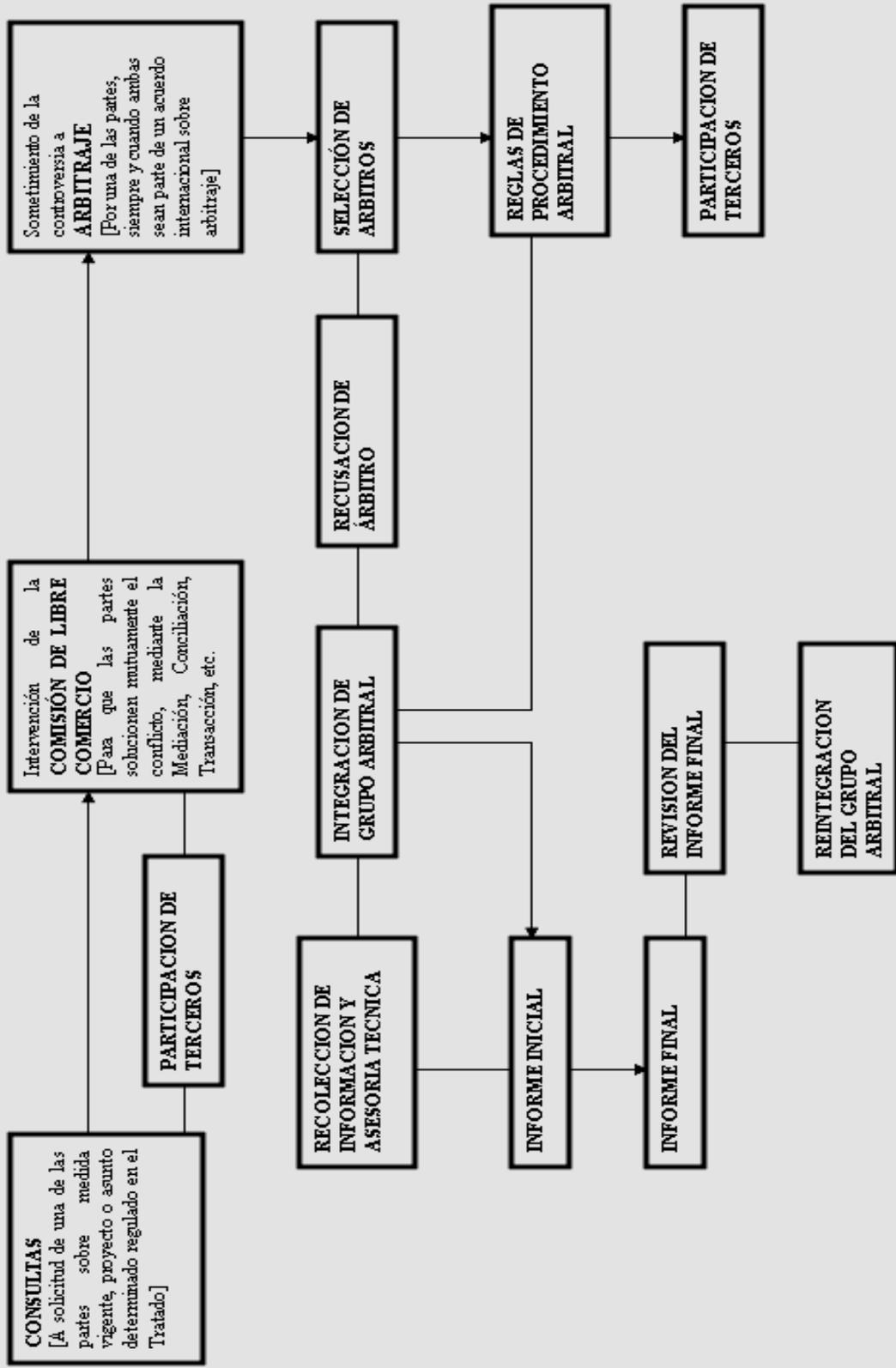
(a) no logran llegar a un acuerdo sobre una solución conforme al Artículo 20.15 dentro de los 45 días siguientes a la recepción del informe final; o

(b) han convenido una solución conforme al Artículo 20.15, y la Parte reclamante considera que la Parte demandada no ha cumplido con los términos del acuerdo; cualquier Parte reclamante podrá, en cualquier momento a partir de entonces, solicitar que el grupo arbitral se constituya nuevamente para que imponga una contribución monetaria anual a la Parte demandada. La Parte reclamante entregará su petición por escrito a la Parte demandada. El grupo arbitral se volverá a constituir tan pronto como sea posible tras la entrega de la solicitud.

4.4.2.13 Revisión del Informe Final: La parte demandada puede solicitar la revisión del cumplimiento del informe final, puesto que considera que ha eliminado la causal determinada por el grupo arbitral, notificando a la otra parte su decisión. Será el mismo grupo arbitral quien emita informe sobre el asunto dentro de 90 días siguientes de la notificación. (Art. 20.18.1 RD-CAFTA).

ARBITRAJE INTERNACIONAL PUBLICO
TRATADO DE LIBRE COMERCIO: ENTRE REPUBLICA DOMINICANA, CENTRO AMERICA Y ESTADOS UNIDOS (RD-CAFTA)
CAPITULO 20

Sección A
Solución de Controversias



4.5 Convenio sobre Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Convención de Nueva York de 1958)

De conformidad con el Artículo 45 del Decreto Número 67-95, Ley de Arbitraje, del Congreso de la República de Guatemala que preceptúa: “Normas aplicables al reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros. 1. Los laudos arbitrales extranjeros serán reconocidos y ejecutados en Guatemala de conformidad con la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras (Nueva York) del 10 de junio de 1958, la Convención Interamericana de Arbitraje Comercial Internacional (Panamá) de 1975, o cualquier otro tratado sobre reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales del cual sea parte Guatemala, siempre que sean aplicables...”

Es imprescindible que desarrollemos someramente el estudio primeramente sobre la Convención de Nueva York y posteriormente la Convención de Panamá para concluir en un análisis unificando a las dos Convenciones.

Por tanto, entrando en materia, Guatemala forma parte de la Convención de Nueva York, la cual ratificó mediante Decreto Ley 9-84 y Acuerdo Gubernativo No. 60-84 y las reservas que ha realizado son:

1. El Estado sólo aplicará la Convención al reconocimiento y la ejecución de laudos dictados en el territorio de otro Estado Contratante.
2. El Estado aplicará la Convención sólo a las controversias derivadas de relaciones jurídicas, sean o no contractuales, consideradas como mercantiles por el derecho interno.

Esta Convención se aplica al reconocimiento y a la ejecución de todos los laudos arbitrales que hayan sido dictados fuera del lugar en donde se pide tal reconocimiento y ejecución (Artículo. 1_1), aun cuando hayan sido emitidos en Estados que no sean miembros, salvo que se haya hecho uso de la reserva de reciprocidad dispuesta en el Artículo 1_3 de dicha Convención (Guatemala efectivamente realizó dicha reserva).

En otras palabras como dice Berg⁶¹, la Convención de Nueva York siempre se aplicará al reconocimiento y a la ejecución de los laudos arbitrales dictados en un país distinto a aquel en el que se pide su reconocimiento y ejecución (criterio territorial), con independencia de cualquier otro criterio o factor de conexión, como puede ser la materia controvertida, la nacionalidad o el domicilio de las partes, entre otros,⁶² salvo que los Estados miembros opten por acceder a dicho Tratado planteando la reserva de reciprocidad, temperamento que es compartido por casi la totalidad de expertos y fallos jurisprudenciales.

Elementos importantes de la sentencia para ser reconocida y ejecutoriada en el extranjero:

- El laudo debe dictarse en el extranjero;
- La sentencia extranjera no requiere la existencia de cosa juzgada;
- Debe de emanar de un tribunal competente;
- Debe haberse observado la Garantía de Defensa;
- El contenido y su ejecución no deben ser contrarios al Orden Público; y
- La sentencia debe ser considerada como tal en el país donde fue emitida.

Esta convención dispone que la parte contra quien se pretende ejecutar el laudo sea la que debe probar que éste no satisface los requisitos de la ley del foro.

Esta Convención solo se aplica con relación a otro Estado contratante y en la medida que esté obligado a aplicar esta Convención.

En su Artículo 2º. de la Convención establece que cada uno de los Estados contratantes reconocerá el acuerdo por escrito (por fax o télex), en que las partes se obliguen a someter a arbitraje todas o algunas de las diferencias que pudieran haber surgido entre ellas, a condición de que las mismas fueran arbitrales. La cláusula

⁶¹ Graving, Richard J., **How non-contracting status to the “universal” New York arbitration convention enjoy third-Party benefits but not third-party rights**, pág.169. el autor cita a Albert van den Berg.

⁶² Calderón Moreira, Gonzalo García, **El arbitraje internacional en la legislación peruana**. Revista peruana de Derecho Internacional, Tomo XLVI, No. 108, págs. 196-197.

compromisoria podrá estar contenida en un compromiso efectuado por un canje de telegramas.

Una disposición interesante es la que dispone que uno de los Estados contratantes al que se someta un litigio respecto del cual exista un compromiso, remitirá a las partes al arbitraje, a menos que compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o inaplicable. Esto permite en la práctica oponerse a la ejecución de una cláusula compromisoria sobre las bases mencionadas, lo que también conspira contra la velocidad del proceso arbitral, sometido siempre a la tutela judicial, sea porque se cuestiona la validez del compromiso o porque se requieren medidas precautorias y éstas, a su vez el auxilio de la justicia.

4.5.1 Reconocimiento y ejecución de la Convención de Nueva York

La Convención requiere que el laudo debe ser presentado en una copia original debidamente autenticada y traducida si estuviere en idioma distinto del lugar de su ejecución. Pero el artículo capital de la Convención es aquel que pone a cargo del demandado del país donde el laudo se deba ejecutar, la prueba de que el reconocimiento del laudo deba ser denegado, en los siguientes casos:

4.5.1.1 Que las partes del arbitraje estaban sujetas a alguna incapacidad en virtud de la ley que le es aplicable o que el acuerdo no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido o si nada se hubiere acordado, en virtud de la ley del país en que se haya dictado la sentencia (Artículo 5_a).

4.5.1.2 La segunda defensa tiene que ver justamente con la defensa en juicio, ya que permite el reconocimiento del laudo cuando no se ha notificado la designación del arbitro o el demandado local no ha podido hacer valer sus medios de defensa, por cualquier otra razón.

- 4.5.1.3 Cuando fuere laudo fuera del compromiso o de la cláusula compromisoria o el laudo contenga decisiones que excedan los términos del compromiso o de la cláusula compromisoria.
- 4.5.1.4 Sobre la constitución del tribunal arbitral, o al procedimiento, o que ambos no se han ajustado a las leyes donde se condujo el arbitraje. Esta disposición permite al condenado local a revisar todo el procedimiento por un juez que desconoce el procedimiento de una jurisdicción extranjera, que es eminentemente territorial, es decir que no solo discutirá la arbitrariedad conforme a la ley guatemalteca y también según el Artículo 5_2 a la arbitrariedad según la ley del país de la sentencia arbitral, sino también se podrá cuestionar el procedimiento seguido que será objeto de revisión en su sede y ante el iudex fori (juez del foro).
- 4.5.1.5 Cuando el laudo no es aun obligatorio para las partes en el lugar donde se dictó, lo cual es razonable o no ha sido suspendida o anulada por una autoridad competente del país en donde se dictó.

Esta disposición guarda coherencia con la necesidad de que se encuentre firme, subsistiendo el debate sobre la cosa juzgada a la que nos referimos anteriormente. Aún en ese caso se puede pedir la suspensión del procedimiento ante el juez donde se pretende ejecutar el laudo hasta que se decida el tema de la anulación o suspensión por la autoridad competente del país donde se dictó.

4.6 Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional (Convención de Panamá de 1975)

De conformidad con el Artículo 45 de la Ley de Arbitraje y mediante el Decreto Número 35-86, Guatemala forma parte de la Convención de Panamá, ésta refrendada por el Ministerio de Relaciones Exteriores de Guatemala el 17 de julio de 1986.

La Convención no solamente trata del reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras (Artículo 4 y 5) sino de otras materias tales como: a) Validez del Acuerdo o Pacto arbitral (Artículo.1o.); b) Nombramiento de los árbitros (Artículo.2); y, c) Reglas de Procedimiento Arbitral (Artículo.3).

Por otra parte fija sus límites **ratione materie**, dado que así lo estatuye en su título y en su Artículo 1o., cuando expresa que se aplica exclusivamente, a las decisiones relativas a diferencias emanadas de asuntos comerciales. La calificación de comercialidad del objeto, corresponde al Estado receptor conforme al artículo 5o., del Convenio.

4.6.1 Acuerdo arbitral de la Convención de Panamá

El Artículo 1 reconoce, asimismo, la validez de un acuerdo para arbitrar una disputa presente o futura, que puede surgir o que haya surgido en relación a un negocio de carácter mercantil.

En este sentido, aunque no se menciona expresamente, se reconoce la validez de la cláusula compromisoria y el compromiso arbitral; la primera al referirse a la posibilidad de someter a arbitraje las diferencias que pudieran surgir y la segunda al comprenderse las diferencias que hayan surgido.

Las palabras "contractuales o no" que figuraban en el borrador que se presentó fueron eliminadas. La discusión mostró que esto había sido hecho a efectos que puedan someterse al arbitraje toda clase de "actos comerciales".

Así mismo, este artículo en su parte final establece que el acuerdo de arbitraje constará en escrito firmado por las partes o en el canje de cartas, telegramas o comunicaciones por telex.

4.6.2 Nombramiento de los árbitros

El Artículo 2 se refiere a que el nombramiento de los árbitros será en la forma convenida por las partes, autoriza además, a que estas puedan delegar, en un tercero, sea persona natural o jurídica, dicho nombramiento.

El último párrafo de este artículo indica que los árbitros podrán ser nacionales y extranjeros.

4.6.3 Procedimiento

El Artículo 3, reconoce la autonomía de la voluntad de las partes respecto a la determinación del procedimiento. Sin embargo en el caso de silencio de las partes, el arbitraje se llevará a cabo conforme a las reglas de procedimiento de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial (CIAC).

Siendo una disposición contenida en un Tratado Internacional, las reglas de procedimiento de la CIAC para los países que ratifiquen la Convención primaran sobre las reglas de procedimiento locales cuando se trate de asuntos de arbitraje comercial internacional.

Al referirse el Artículo 3 de la Convención a las reglas de procedimiento de la CIAC esta referencia no se limita al reglamento vigente al momento de adoptarse la Convención. Por el contrario, se tuvo en cuenta que dichas reglas podrían ser cambiadas, de acuerdo al reglamento modelo de procedimientos que en esos momentos estaba preparando la UNCITRAL, tal como ocurrió en la práctica.

Las reglas de procedimiento de la CIAC vigentes a partir del 1 de Abril de 1969 fueron reemplazadas por nuevas reglas a partir del 1 de Enero de 1978. En la actualidad el Reglamento vigente corresponde al de fecha 1 de julio de 1988, el cual prácticamente no difiere del de 1978, excepto en lo que corresponde al rubro de tarifas.

Este reglamento ha sido tomado del Reglamento de Arbitraje de la UNCITRAL, recomendado por la Resolución 31-98 adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 25 de Diciembre de 1976. Para adecuarlo se ha sustituido el término UNCITRAL por CIAC y autoridad nominadora. Efectuándose cambios en los siguientes Artículos: 3.4 (a); 6.1; 6.2; 6.3 (a) y (b); 7.2 (a) y (b); 12.1; 12.2; 38 (f); 39.2; 3 y 4; 41.3.

Este es un caso único en que una Convención multilateral incorpora, como "ius dispositivum", el reglamento de una institución de arbitraje comercial.

Los Estados Unidos, quien es parte de la Convención desde 1990, en la legislación que la ha efectivizado (PL 101-369), considera que si las partes no han acordado las reglas de procedimiento, se utilizaran las de la CIAC, vigentes al 1o. de Julio de 1988, sin embargo si dichas reglas son modificadas, la ley establece un procedimiento para determinar si las mismas serán aceptadas o rechazadas, de presentarse esta última posibilidad se seguirían aplicando las de Julio de 1988.

Las reglas de procedimiento de la CIAC son flexibles, el Artículo 1 (1) de su reglamento permite tales modificaciones como las partes pueden acortarlo por escrito.

Asimismo, el reglamento señala que este regirá el arbitraje excepto en los casos que cualquier de sus disposiciones este en conflicto con lo que establece la ley aplicable sobre arbitraje que las partes no pueden derogar, prevaleciendo esta última.

4.6.4 Reconocimiento y ejecución

El Artículo 4 de la Convención se refiere a que las sentencias y laudos no impugnables, según la ley o regla procesales aplicables, tendrán fuerza de sentencia judicial ejecutoriada. Su ejecución o reconocimiento podrá exigirse en la misma forma que las sentencias dictadas por tribunales ordinarios nacionales o extranjeros, según las leyes procesales del país donde se ejecuten, y lo establezcan al respecto los Tratados Internacionales.

4.6.5 Causales de denegación del reconocimiento y ejecución

El Artículo 5, que es prácticamente idéntico al mismo artículo del Convenio sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958 (Convención de Nueva York), se ocupa de los causales por las que se puede denegar el reconocimiento y la ejecución de los laudos extranjeros.

Para ser reconocido y ejecutado el laudo no debe incurrir en una de las causales de denegación que con carácter limitativo enumera el artículo 5 del Convenio.

De acuerdo con dicho Artículo solo se puede denegar el reconocimiento y ejecución de la sentencia a instancia de la parte contra la cual es invocada, si esta presenta las pruebas de uno de los 5 puntos mencionados en el párrafo 1, o si la Corte comprueba ex-officio que es de aplicación uno de los dos puntos mencionados en el párrafo 2.

A la persona contra quien se dirige el laudo le corresponde alegar y probar cualquiera de las cinco causas de denegación del inciso 1 del Artículo 5 de la Convención, ante la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución, mientras que la autoridad competente aprecia de oficio sólo dos circunstancias:

- 1) Que el objeto de la diferencia sea, según la ley del foro, susceptible de solución por vía del arbitraje (Artículo 5_1.), y;
- 2) Que el reconocimiento y ejecución de la sentencia no contrarié su orden público (Artículo 5_2.).

4.6.6 Capacidad de las partes

El Artículo 5_1.a) Dispone que el exequátur podrá ser denegado si la parte contra la que se invoca la sentencia prueba ante las autoridades competentes "que las partes en el acuerdo estaban sujetas a alguna incapacidad, en virtud de la ley que le es aplicable, o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la ley a que las partes los han sometido; o si nada se hubiera indicado a este respecto, en virtud de la ley del país en que hayan dictado la sentencia". En este inciso se observa el desplazamiento de la carga de la prueba. Asimismo plantea una primera situación que concierne a la capacidad de las partes. En este sentido distingue, entre lo que constituye la capacidad, y los demás casos referentes a la validez del acuerdo arbitral.

En lo que respecta a la verificación de la capacidad de las partes se resuelve según la regla de conflicto del país del exequátur.

4.6.7 Invalidez de la ley

La segunda parte del Artículo 5_1.a) indica que también puede haber denegatoria cuando, supuesta la capacidad, la parte contra la que se invoque la sentencia prueba ante la autoridad competente que el acuerdo arbitral "no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiera indicado a este respecto, en virtud de la ley del país en que se haya dictado la sentencia".

Se tendrá en cuenta en consecuencia, la ley que las partes, libremente hayan designado como rectora respecto a la validez del acuerdo. En el caso de que las partes no especifiquen la ley, por defecto se aplicará la del país donde se ha pronunciado el laudo.

La redacción de este inciso parece cerrar el camino al acuerdo arbitral sin ley no sometido a ordenamiento jurídico estatal. La Convención de Nueva York, contiene un artículo similar, el que ha sido algunas veces interpretado en el sentido que es de necesidad impositiva una ley nacional, que controle el procedimiento arbitral, aduciéndose que un Estado contratante podría rehusar reconocer el arbitraje que no esta sujeto al control de otro Estado contratante.

La designación expresa de la ley aplicable no implica necesariamente la existencia de una cláusula específica donde formalmente se procede a dicha designación. El Convenio emplea el verbo “indicar”, lo que sugiere el abandono de todo ritualismo y formulismo en la apreciación del sometimiento del acuerdo arbitral a una ley determinada.

4.6.8 Falta de notificación

El inciso b) del artículo 5 se refiere a que es causal de denegatoria de reconocimiento y ejecución, que la parte contra la cual se invoca la sentencia no haya sido debidamente notificada de la designación del árbitro o del procedimiento del arbitraje, o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus medios de defensa.

En cuanto a la notificación, se remarca que esta debe realizarse debidamente.

La falta de respeto a los derechos de la defensa debe ser causal de denegación. Entre estas causas se señalan las siguientes: que a una parte no se le notifique debidamente de la designación del árbitro, que no se le notifique debidamente del procedimiento, que no se le permita presentar su caso.

Además de rehusar la ejecución del laudo sobre bases procesales, como son las que se han señalado, un tribunal arbitral puede también rehusar la ejecución de un laudo arbitral extranjero, si este es contrario al orden público del el forum (Convención de Nueva York Artículo 5_2_b.)

4.6.9 Diferencia no prevista en el Compromiso

En inciso c) del Artículo 5 considera como causal de denegatoria que la sentencia se refiera a una diferencia no prevista en el compromiso o no comprendida en las disposiciones de la cláusula compromisoria, a incongruencia por falta de identidad, o contienen decisiones que excedan de los términos del compromiso o de la cláusula compromisoria, (incongruencia por exceso). Sin embargo este mismo inciso faculta a la Corte a decidir si pueden separarse las cuestiones que han sido sometidas a arbitraje de las que no lo han sido, pudiendo conferir el reconocimiento y ejecución de las primeras.

En lo que se refiere a la incongruencia por exceso, se admite el exequátur parcial para el caso de las disposiciones de la sentencia referidas a las cuestiones sometidas al arbitraje que pueden separarse de las que no lo han sido (Artículo 5_1.c, último inciso).

Una de las más comunes es que se refiere a una disputa la cual no se encuentra comprendida dentro del acuerdo de arbitraje. A menudo las cláusulas arbitrales están pobremente escritas, consecuentemente puede ser difícil conocer que disputas cubren, y como resultado la jurisdicción de los árbitros puede ser incierta y el laudo sujeto a cuestionamiento.

4.6.10 Procedimiento no ajustado al acuerdo

El inciso d) del Artículo 5 establece que la denegación puede darse cuando la constitución del Tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han

ajustado al acuerdo celebrado entre las partes o, en defecto de tal acuerdo, no se han ajustado a la ley del país donde se ha efectuado el arbitraje.

Según este artículo, es la voluntad de las partes la que determina la composición del Tribunal y el procedimiento arbitral, y sólo en el caso que las partes no hayan señalado nada sobre este punto se aplica la ley del país donde el arbitraje tuvo lugar.

Otra causa típica para rehusar la ejecución de un laudo arbitral extranjero es cuando la composición de un tribunal arbitral no esta conforme con el acuerdo de las partes, o en defecto de tal acuerdo, no estuvo de acuerdo con la ley del país donde el arbitraje tuvo lugar. Cuando las partes refieren su disputa a una Institución como puede ser la American Arbitration Association (AAA), la Cámara de Comercio de París (CCI), la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial (CIAC), etc., o siguen cuidadosamente las reglas de UNCITRAL, es poco probable que se puedan levantar objeciones para rechazar la ejecución y menos que puedan ser sostenidas.

4.6.11 Sentencia no obligatoria, anulada o suspendida

El inciso e) considera que es causal de denegación el que la sentencia no es aún obligatoria para las partes o ha sido anulada o suspendida por una autoridad competente del Estado en que o conforme a cuya ley, ha sido dictada dicha sentencia.

El primer aspecto a considerar es cuándo una sentencia se considera obligatoria. La palabra en inglés que corresponde a este término es "binding", en la Convención de Nueva York, fue tomada para significar que la sentencia no estaría abierta a los recursos ordinarios.

La obligación de probar la firmeza de la sentencia en el país donde se había pronunciado conllevó en la práctica a la aceptación en muchos países del

llamado doble exequátur, pues nada era más efectivo para establecer y probar la firmeza del laudo que obtener un exequátur en el lugar de origen, particularmente allí donde la homologación judicial de la decisión arbitral es constitutiva.

En cuanto al termino "obligatoriedad del laudo", la finalidad fue eliminar el "doble exequátur". Se considera por otra parte dentro de una interpretación autónoma, que un laudo puede considerarse obligatorio dentro del significado del Artículo 5_1.e cuando puede ser ejecutado bajo la Convención una vez que se ha emitido.

La anulación o suspensión de la sentencia, según la Convención deberá haber sido pronunciada, para originar tales efectos, por la autoridad competente del país donde se pronunció la sentencia o de aquel cuya ley se aplicó al procedimiento.

En este sentido, la posible anulación o suspensión de la sentencia en otros países, cualquiera que sean sus efectos con los elementos de la relación litigiosa o con el arbitraje, no podrán ser tenidas en cuenta a tales efectos.

La causa o motivo que condujo a la anulación o suspensión de la sentencia arbitral es indiferente.

La alegación y prueba de la anulación o suspensión de la sentencia arbitral corresponde a la parte contra la que se invoca: el demandado.

Pero si la autoridad competente ante quien se pide el reconocimiento llega a enterarse que la decisión ha sido anulada o suspendida en el Estado donde se pronunció o en aquel cuya ley rigió el procedimiento, la noción de orden público podría ser utilizada para rechazar o aplazar en un caso, su reconocimiento y ejecución.

4.6.12 Causas apreciables de oficio

Las causas de denegación del reconocimiento y ejecución de la sentencia arbitral extranjera apreciables de oficio por la autoridad competente son enunciadas por el numeral 2 del Artículo 5.

De acuerdo con esta disposición: "también se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de una sentencia arbitral si la autoridad competente del Estado en que se expide el reconocimiento y la ejecución comprueba:

- a) Que, según la ley de este Estado, el objeto de la diferencia no es susceptible de solución por vía de arbitraje; o
- b) Que el reconocimiento o la ejecución de la sentencia sean contrarias al orden público del mismo Estado."

El Convenio exige que el objeto de la diferencia sea arbitrable con arreglo, en primer lugar, a la ley rectora del acuerdo arbitral, por cuanto la arbitrabilidad del objeto es uno de los aspectos que condicionan su validez y, en segundo lugar, a la ley del país donde se solicita el reconocimiento y ejecución del laudo. En este caso si el objeto de la diferencia no es susceptible de arbitraje, según la ley del país de ejecución, la autoridad competente tendrá que rechazar la ejecución del laudo aunque en el país donde fue pronunciado, la diferencia se podía solucionar mediante arbitraje.

El inciso b) del acápite 2 del Artículo 5 trata de la denegatoria del reconocimiento y ejecución de la sentencia en caso que sean contrarios al orden público del país en el que se va a reconocer y ejecutar.

El aspecto y alcance de que se entiende por orden público depende de la interpretación de los tribunales de cada país.

Desde el punto de vista doctrinario se distingue entre el concepto de orden público interno y orden público internacional.

El primero tiene relación con las normas de derecho privado que no pueden ser derogadas por la voluntad de los interesados. La relación del segundo es con los principios y normas básicas en que se funda el ordenamiento jurídico del país del exequátur, lo que obliga al juez del foro a rechazar el reconocimiento y ejecución del laudo cuando este hace colisión con dichos principio y normativas fundamentales.

Actualmente existe la tendencia a limitar la defensa del orden público contra la ejecución de laudos internacionales. Algunas cortes nacionales tal como en Francia, han dado un paso adelante en los casos de los laudos internacionales sosteniendo, que cuando un laudo tiene carácter internacional las cortes nacionales no tienen ningún rol en regular el procedimiento arbitral.

4.6.13 Aplazamiento de la ejecución

El Artículo 6 es igualmente similar al mismo artículo de la Convención de Nueva York, y se refiere a la postergación de una decisión sobre la ejecución de la sentencia, así como a la facultad que tiene la autoridad competente a instancia de la parte que pida la ejecución de poder ordenar a la otra parte, objetante, que otorgue garantías apropiadas.

A diferencia del Artículo 5 párrafo 1.e donde se trata de la sentencia que ha sido anulada o suspendida, el Artículo 6 se refiere a la petición, no conociéndose cual será el resultado.

En lo que se refiere ante quién se pide la suspensión o anulación y quién la va dictar, esta es la autoridad competente del Estado en que, o conforme a cuya ley, ha sido emitida esa sentencia.

La finalidad de este artículo es evitar dilaciones que la parte perdedora puede utilizar para evitar la ejecución de una sentencia. Por otra parte, es potestad de la autoridad ante quien invoca la sentencia aplazar la decisión sobre su ejecución y ordenar las garantías que considere apropiadas.

4.6.14 Disposiciones finales

La Convención según su Artículo 7 esta abierta a la firma de los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos. Asimismo, esta abierta a la adhesión de cualquier otro Estado, según su Artículo 9.

El Artículo 10 se refiere a la fecha de la entrada en vigor de la Convención, el Artículo 11 concierne al problema de las naciones que tienen un sistema de carácter federal.

El Artículo 12 trata de la vigencia de la Convención y el cese de sus efectos. En cuanto el primer aspecto es de carácter indefinido; para que cesen sus efectos el Estado parte deberá denunciarla, el cese de sus efectos se producirá para el Estado denunciante, transcurrido un año, contando a partir de la fecha de depósito del instrumento de denuncia.

4.7 Análisis comparativo entre la Convención de Nueva York y la Convención de Panamá sobre Reconocimiento y Ejecución de Laudos Arbitrales

La Convención sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras (Más conocida como la Convención de Nueva York de 1958) se aplica al reconocimiento y a la ejecución de laudos arbitrales que hayan sido dictados fuera de nuestras fronteras

En cambio, la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional (Más conocida como la Convención de Panamá de 1975), si bien pretende ser una copia a escala latinoamericana de la Convención de Nueva York, como bien explica van den

Berg,⁶³ no establece de manera precisa su ámbito de aplicación, razón por la cual requiere ser interpretada, pudiéndose afirmar que para su aplicación, será necesario cumplir con los siguientes requisitos:

- a. Que el laudo arbitral sea “internacional”. Este requisito se desprende del título de la Convención: “Convenio Interamericano sobre Arbitraje Comercial Internacional”. El problema es que el Convenio no define qué se entiende por laudo “internacional”.
- b. Que el laudo arbitral se refiera a asuntos “comerciales”. Este es otro requisito exigido por el título de la Convención: “Convenio Interamericano sobre Arbitraje Comercial Internacional”. De nuevo el problema es que la Convención tampoco define qué debe entenderse por “comercial”⁶⁴.
- c. Que el laudo arbitral sea emitido en un país distinto a aquél en el que se pide el reconocimiento y la ejecución. Este requisito se infiere de los incisos 1(a), (d) y (e) del Artículo V de dicha Convención.
- d. Que exista reciprocidad: van den Berg considera válido afirmar que en base a las disposiciones de la Convención de Panamá, procede exigir la reciprocidad a dos niveles: El primero, referido a la necesidad de que el laudo arbitral sea dictado en un país miembro de la Convención; y, el segundo, que el laudo arbitral sea emitido en un proceso arbitral seguido entre nacionales que pertenezcan a Estados miembros.

Todo esto, por cuanto la Convención de Panamá se dictó con la finalidad de que fuera aplicada entre los estados latinoamericanos.

⁶³ Albert Jan van den Berg, **“The New York Convention 1958 and Panama Convention 1975: Redundancy or Compatibility?”**. En: Arbitration International, 1989, Vol. 5, No. 3, pág. 219. “In contrast, the Panama Convention does not provide for any express definition of its field of application”. Horacio A. Griguera Naón, **“Países de América Latina como Sede de Arbitrajes Comerciales Internacionales”**. En: Boletín de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI -El Arbitraje Comercial Internacional, Suplemento Especial, 1995, pág. 49. “La Convención de Panamá no precisa cuál es su ámbito de aplicación y ni siquiera define qué debe considerarse como arbitraje 'comercial' e 'internacional’”.

⁶⁴ Ulises Montoya Alberti, **El Arbitraje Comercial Internacional**, págs. 71-72. Este importante experto reconoce que la Convención de Panamá limita su aplicación “...a los laudos arbitrales que recaen sobre asuntos comerciales”, aclarando que el “...alcance del término 'comercial' dependerá de lo que determine la legislación interna de cada país”. Así, cada Estado podrá darle el contenido que más le favorezca, para bien o para mal del arbitraje.

e. Que las partes del proceso arbitral residan en Estados miembros de la Convención.

En fin, sea cual fuere el ámbito de aplicación del Convenio de Panamá, lo cierto es que la Convención de Nueva York tiene la ventaja de ser clara en este tema, además tiene la virtud de ser un Tratado de aplicación universal, con lo que cuenta, a diferencia de la Convención de Panamá, con un vasto desarrollo doctrinal y con una colección significativa de fallos judiciales, que servirán a los jueces guatemaltecos de valioso antecedente para cuando tengan que aplicarla.

Por todas estas razones, consideramos que ante la alternativa de aplicar en Guatemala alguno de estos Tratados, fuera de toda duda corresponderá utilizar la Convención de Nueva York, simplemente porque de lejos resulta más favorable al reconocimiento y a la ejecución de los laudos arbitrales extranjeros. Además esta el tema del Tratado de Libre Comercio entre República Dominicana, Centro América y Estados Unidos (RD-CAFTA) en donde se establece que todo cuestión comercial debe de dilucidarse por el arbitraje y que por ser un tratado entre EEUU, obviamente la convención a aplicar será la de Nueva York.

Existe, sin embargo, un tema adicional por analizar, que tiene que ver con algunos principios tradicionales de Derecho Internacional Público.

En efecto, en el Derecho Internacional Público para determinar qué Tratado será de aplicación en caso existan dos o más referidos al mismo tema, tradicionalmente se apela a los principios de "*lex posterior derogat priori*" y "*lex specialis derogat generali*". Si tenemos presente estos principios, podría afirmarse que la Convención de Panamá deberá aplicarse sobre la de Nueva York, ya que fue ratificada por el Estado de Guatemala en forma posterior.⁶⁵

Sin embargo, como bien explica Montoya,⁶⁶ a los principios antes descritos la "...doctrina como la jurisprudencia, han añadido un tercer principio, que es la *'regle*

⁶⁵ La Convención de Nueva York fue ratificada por el Congreso de la República mediante Decreto Ley 9-84 y Acuerdo Gubernativo No. 60-84, en el año 1984, mientras que la Convención de Panamá lo fue mediante Decreto Número 35-86, julio 1986, refrendada por el Ministerio de Relaciones Exteriores el 17 de junio de 1986.

⁶⁶ Montoya Alberti, Ulises, **Ob. Cit**; pág. 187.

d'efficacité maximale' o regla de máxima eficacia...", que autoriza a aplicar el tratado que sea más favorable al reconocimiento y a la ejecución de los laudos arbitrales, con independencia de si se tratan de tratados anteriores o posteriores o de ámbito general o específico.

Justamente este tercer principio se encuentra expresamente recogido en el Artículo VII de la Convención de Nueva York,⁶⁷ por lo que somos de la opinión de que en base al principio de "eficacia máxima", siempre será de aplicación la Convención de Nueva York, hasta que Guatemala se adhiera a algún tratado más beneficioso al reconocimiento y a la ejecución de laudos arbitrales extranjeros o disponga de normas internas más favorables.

Por último, cabe aclarar que la doctrina internacional considera que es potestad de la persona que intenta el reconocimiento y la ejecución de un laudo arbitral extranjero, determinar cuál tratado será el aplicable en caso exista más de un tratado, y sólo a falta de indicación de parte, corresponderá al poder judicial tal determinación, teniendo presente el principio de "eficacia máxima".

⁶⁷ Artículo VII(1) de la Convención de Nueva York: "Las disposiciones de la presente Convención no afectarán la validez de los acuerdos multilaterales o bilaterales relativos al reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales concertados por los Estados Contratantes ni privarán a ninguna de las partes interesadas de cualquier derecho que pudiera tener a hacer valer una sentencia arbitral en la forma y medida admitidas por la legislación o los tratados del país donde dicha sentencia se invoque".

CAPÍTULO V

INSTITUCIONES ECONÓMICAS INTERNACIONALES

Finalmente, para concluir con el desarrollo del Derecho Económico y las instituciones que lo desarrollan, y dejando supra establecido el tema del Arbitraje, nos queda por establecer actualmente existe un conjunto de organismos que ordenan las transacciones internacionales de bienes, servicios y capitales de carácter económico a nivel mundial, esto con el fin de indicar que dentro de estos organismos también el Derecho Económico es materia de desarrollo y de aplicación en los asuntos económicos que se ventilan actualmente.

Siendo ésta nuestra intención, solamente nos limitaremos a enumerar los organismos internacionales subdividiéndolos por continente, finalizando con los organismos de carácter mundial y desarrollando tres de ellos, los que consideramos más importantes, por lo que nos detendremos oportunamente en el desarrollo de los mismos.

No sin antes dejar establecido que las instituciones económicas internacionales, son organismos públicos, financiados a través de las contribuciones de los Estados miembros, cuya tarea fundamental es definir un marco jurídico apto para regular las relaciones económicas que surgen dentro de la actividad comercial.

Guillermo Cabanellas las define como: "...organismos destinados a expresar, acerca de materias económica-comerciales; con una voluntad distinta de la de sus Estados miembros. Cabría agregar que lo de "distinta" no significa contrapuesta; sino de mayor amplitud, como resultado de la interdependencia..."⁶⁸

⁶⁸ Cabanellas, Guillermo. **Diccionario Jurídico Elemental**. Tomo III.

5.1 Organismos económicos africanos

1. African Development Bank Group, The
2. African Export-Import Bank, The
3. Banque Quest Africaine de Développement
4. Common Market for Eastern and Southern Africa
5. East Africa Development Bank
6. Economic Commission for Africa
7. Economic Community of West African States
8. Union Economique et Monétaire Quest Africaine

5.2 Organismos económicos árabes

1. Arab Fund for Economic and Social Development
2. Arab Gulf Programme for United Nations Development
3. Arab Maghreb Union
4. Arab Monetary Fund
5. Banco Árabe para el Desarrollo Económico en África
6. Organization of Arab Petroleum Exporting Countries

5.3 Organismos económicos asiáticos y del pacífico

1. Asian Development Bank
2. Asia-Pacific Economic Cooperation
3. Pacific Islands Forum Secretariat
4. The South Asian Association for Regional Cooperation Secretariat
5. United Nations Economic and Social Commission for Asia and the Pacific
6. United Nations Economic and Social Commission for Western Asia

5.4 Organismos económicos europeos

1. Banco Europeo de Inversiones
2. Banque de Développement du Conseil de l'Europe
3. European Bank for Reconstruction and Development
4. European Free Trade Association
5. European Investment Fund
6. Nordic Development Fund
7. Nordic Development Bank
8. Unión Europea
9. United Nations Economic Commission for Europe

5.5 Organismos económicos latinoamericanos

1. Área de Libre Comercio de las Américas
2. Asociación Latino América de Integración
3. Asociación de Estados del Caribe
4. Banco Centroamericano de Integración Económica
5. Banco Interamericano de Desarrollo
6. Caribbean Development Bank
7. Centro de Estudios Monetarios Latinoamericanos
8. Comisión Económica para América Latina y el Caribe
9. Comunidad Andina
10. Consejo Monetario Centroamericano
11. Corporación Andina de Fomento
12. Mercado Común del Caribe
13. Mercosur
14. Organización de Estados Americanos
15. Secretaría de Integración Centroamericana
16. Sistema Económico Latinoamericano

5.6 Organismos económicos norteamericanos

1. Council of Economic Adviser
2. Federal Reserve System
3. Joint Economic Committee
4. National Bureau of Economic Research
5. North American Free Trade Association
6. U.S. Bureau of United States Department of Commerce

5.7 Organismos económicos mundiales

1. Asociación Internacional de Seguridad Social
2. Banco de Pagos Internacionales
3. Banco Mundial
4. Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI)
5. Food and Agricultura Organization
6. Fondo Monetario Internacional
7. G8
8. G77
9. Group of Thirty, The
10. International Atomic Energy Agency
11. International Chamber of Commerce
12. International Civil Aviation Organization
13. International Confederation of Free Trade Unions
14. Internacional Maritime Organization
15. Internacional Trade Centre UNCTAD / WTO
16. Organización Internacional del Trabajo
17. Organización Mundial del Comercio
18. Organization of the Petroleum Exporting Countries
19. Organización de las Naciones Unidas para el Desarrollo Industrial
20. Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura
21. Unión Internacional de Telecomunicaciones
22. World Economic Forum

5.8 Organizaciones Económicas de Carácter Universal

5.8.1 Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio -GATT –

Para entender cómo funciona y en qué consiste la Organización Mundial del Comercio (OMC) es necesario, en primer lugar, entender su antecedente, el GATT, ello se debe a que la estructura actual de la OMC está pensada sobre las cenizas y los problemas que surgieron en el GATT.

El orden político y económico que vio la luz tras la Segunda Guerra Mundial tiene dos características. En primer lugar, tiende a ser realista: el fracaso de la sociedad de naciones y su proyecto “la paz gracias al derecho” fue sustituido por el consejo de seguridad de la ONU con sus miembros permanentes con derecho a veto “la paz por la potencia”. En segundo lugar, su proyecto será el de garantizar la paz, la libertad y la democracia en sentido liberal, y por ello, se tenderá a combatir los errores nacionalistas del pasado. De esta forma nacerán una serie de organizaciones internacionales de carácter multilateral destinadas a garantizar la cooperación entre naciones, al principio solo del bloque occidental y tras la caída del Muro de Berlín de todo el mundo.

Sobre el plano económico, se pensaron tres instituciones destinadas a salvaguardar el orden económico liberal y a garantizar su buen funcionamiento. Las dos primeras fueron creadas en los acuerdos de Bretton Woods (1944) y atañían a la moneda (El Fondo Monetario internacional, FMI en adelante) y a las finanzas (El Banco Internacional para la Reconstrucción y el Desarrollo, o más conocido como Banco Mundial). El tercer pilar debía concernir al comercio internacional pero tuvo una historia mas accidentada. La firma del Acuerdo de la Habana (1948) debía poner en marcha la Organización Internacional del Comercio. Previamente a esta fecha los Estados habían puesto en marcha el “Acuerdo General sobre el Comercio y las Tarifas Aduaneras” (en inglés GATT) en 1947 con el fin de preparar la entrada en vigor de los acuerdos de la Habana. Sin embargo, los acuerdos de la Habana no entraron nunca en vigor. De esta forma, el GATT continuó en vigor a pesar de su carácter provisional hasta 1994.

El GATT era, a grandes rasgos, la parte IV de los acuerdos de la Habana, su núcleo duro en definitiva, pero carecía de todos los complementos pensados para la puesta en marcha de la OMC. Por ejemplo, carecía de toda estructura institucional, es decir, no era una organización internacional propiamente dicha sino solo un acuerdo. Por ende, carecía de personalidad jurídica internacional (es decir, no podía concluir tratados ni acuerdos ni ser sujeto de derechos). Con la práctica se instituyó un secretario para organizar las reuniones periódicas, pero carecía de órganos propiamente dicho. Por otro lado, era un acuerdo en forma simplificada (los que los americanos llaman “executive agreements”), es decir no era un tratado propiamente dicho, sino una especie de acuerdo sin fuerza obligatoria: eran los Estados los que debían decidir si ponían en marcha el mecanismo o no. Además, el GATT contenía la llamada “Grandfather clause” que especificaba que la adopción del acuerdo se hacía “en la medida en que era compatible con la legislación anterior.

Aparte de estas debilidades, hubo otras que salieron a la luz con el tiempo. En primer lugar, el GATT solo tenía que ver con el comercio de mercancías y no el de servicios. Esto se explica porque en 1947 las economías de los países firmantes eran fundamentalmente industriales. Sin embargo, al transformarse en economías de servicios, el GATT parecía cada vez más caduco. Por otro lado, se produjo el fenómeno de “GATT a la carta”. En primer lugar, los Estados concluyeron, de forma lateral (es decir, externa) al GATT aunque a menudo con su consentimiento, una serie de acuerdos específicos, pero que no concernían a la totalidad de los miembros. En segundo lugar, el GATT contenía la posibilidad de otorgar derogaciones específicas (waivers) en caso de “circunstancias excepcionales”. Sin embargo, estas “circunstancias excepcionales” se entendieron a menudo que sectores enteros de producción salieron del sistema GATT (la agricultura fue el primero con la derogación concedida a los EUA). De esta forma, uno de los objetivos del GATT que era lograr un cuadro uniforme para el comercio internacional se vio frustrado al tener por un lado una pluralidad de acuerdos bilaterales y por otro lado derogaciones particulares.

Finalmente esta situación se vio agudizada con el tiempo y el fenómeno del “free riding”. Uno de los instrumentos del GATT para reducir las tarifas aduaneras era la “cláusula de la nación mas favorecida”. Según esta cláusula, el Estado que se beneficia de ella tiene derecho a ser el más favorecido en el ámbito determinado.

Esta cláusula, en principio, debía tener un efecto uniformador, pero en realidad no lo fue. Esto se debió a que no exigía reciprocidad, es decir, “yo bajo mis aranceles para todo el mundo, pero eso no significa que todo el mundo los baje para mí”. Esto llevó a un fenómeno de “free riding” (gorroneo) donde los países carecían de incentivos para negociar puesto que de todas formas, se beneficiarían de lo que negociaran los otros, lo mejor era no formar parte de las negociaciones. Así, los Estados miembros del GATT solo negociaban las concesiones cuando tenían un interés específico en ellas, lo cuál dio lugar a una desigualdad fundamental. Los países que accedían como nuevos miembros no tenían ninguna obligación de recuperar el terreno: se beneficiaban de las medidas negociadas en el pasado, sin estar obligados a suscribirlas ellos mismos.

Todas estas debilidades llevaron a que el sistema GATT de 1947 fuera estallando y bloqueándose, de forma que en 1994 se firmó un nuevo acuerdo el llamado GATT de 1994. Este acuerdo preveía la puesta en marcha de la OMC. Cuando se habla del GATT, se habla del acuerdo, es decir del tratado entre Estados, del documento por así decirlo. En este sentido, hay dos “GATT”, el de 1947 y el de 1994, dos acuerdos.

Cuando se habla de la OMC se habla de la organización, del soporte institucional del GATT. Sin embargo, en el GATT 1947 no había soporte institucional, por eso se confunde la organización GATT con el acuerdo. En el sistema de 1995, sin embargo, hay que diferenciar entre el acuerdo (GATT 1994) y la organización puesta en marcha por ese acuerdo (la OMC que nace en 1995).

5.8.2 Organización Mundial del Comercio – OMC-

La Organización Mundial del Comercio sustituye al GATT y está encargada de implementar los acuerdos resultantes de las Rondas de Tokio y Uruguay, así como también los acuerdos: TRIPS: Trade Related Intellectual Property; TRIMS: Trade Related Investments Measures; y GATS: General Agreement on Trade in Services / Acuerdo General en Comercio de Servicios.

La OMC fue creada en 1995 y en la actualidad pertenecen a ella 142 miembros. Su antecesor es el GATT, cuyo primer texto data de 1947 y que fuera firmado en esa misma ocasión por las 23 partes contratantes que lo fundaron.

La OMC constituye, principalmente en términos de su estructura orgánica, funcionamiento e identidad jurídica, una institución mucho más compleja, moderna y eficiente que el GATT que la precedió. En síntesis, la OMC se caracteriza porque su normativa entraña compromisos vinculantes para todos sus miembros. Tales compromisos están sujetos a un sistema de solución de diferencias, que se ha transformado en un mecanismo conocido por su rigor y eficacia.

La OMC es una de las pocas organizaciones internacionales que dispone de un órgano de solución de diferencias. En ocasiones, un país puede ser acusado de haber incrementado las tarifas. Sin embargo éste no es el caso más frecuente. En particular, la mayoría de casos se dan por supuestas violaciones del principio de trato nacional, es decir, porque un miembro considera que las normas nacionales discriminan a sus productores (exportadores) en relación a los nacionales del país.

Si un país considera que las acciones llevadas a cabo por otro miembro tienen como efecto anular o perjudicar las negociaciones de acceso al mercado o cualquiera de las normas de la OMC, puede pedirle al gobierno de dicho miembro que cambie estas normas o le permita un mayor acceso a su mercado (reducción de tarifas) en otros productos que al país interesen. Si no se llega a un acuerdo, el país puede iniciar una acción legal contra el miembro mediante la solución de

diferencias de la OMC. Esto implica la constitución de un panel de expertos encargados de determinar si la medida del miembro contestada por el país viola los acuerdos de la OMC. Puesto que la OMC es un acuerdo intergubernamental (entre países), solamente los gobiernos tienen derecho a llevar un caso ante un panel.

Es muy importante entender como funciona el sistema de solución de diferencias para entender el funcionamiento de la OMC en sí. La OMC no puede obligar a un país a reducir sus tarifas puesto que no dispone de poder coercitivo (no dispone de policía) que puedan hacer cumplir las decisiones de los paneles. En cambio, cuando un país acusa a otro de llevar a cabo acciones que perjudican su acceso al mercado y que son contrarias a las normas de la OMC, el panel, de la misma forma que haría un tribunal, decide si las normas de la OMC fueron violadas o no. Si considera que no ha habido violación alguna, se mantiene el *status quo*. Si en cambio considera que sí hubo violación, entonces autoriza al país afectado por tal violación a tomar medidas unilaterales en represalia.

5.9 Organizaciones Económicas de Carácter Privado

5.9.1 Cámara de Comercio Internacional – CCI -

La Cámara de Comercio Internacional es la única organización empresarial que representa mundialmente los intereses empresariales, es decir es una organización de carácter privado. Se constituyó en París en 1919 y continúa teniendo su sede social en la capital francesa. Tiene personalidad propia y su naturaleza jurídica es asociativa.

Sus fines estatutarios básicos son actuar a favor de un comercio abierto y crear instrumentos que lo faciliten, con la firme convicción de que las relaciones económicas internacionales conducen a una prosperidad general y a la paz entre los países.

Un año después de la creación de las Naciones Unidas, la CCI obtuvo el rango de organismo consultivo del más alto nivel ante la ONU y sus agencias especializadas. Es también ente consultivo privilegiado de la Organización Mundial de Comercio, del Fondo Monetario Internacional, del Banco Mundial, Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), Comisión Europea, etc. Incluso el G-8 recibe en cada una de sus reuniones un informe sobre las grandes preocupaciones empresariales del momento, que es entregado en visita “ad hoc” al primer ministro del Estado anfitrión.

La CCI habla en nombre del empresariado mundial cuando los gobiernos tratan asuntos como los derechos de propiedad intelectual, políticas del transporte, derecho comercial o medioambiental. La CCI es pionera en la autorregulación del comercio electrónico.

Dentro de sus actividades se encuentra la creación de instrumentos que faciliten el comercio y las inversiones internacionales. Para la Corte Internacional de Arbitraje la utilización del arbitraje internacional ha aumentado con el Reglamento de la Corte Internacional de la CCI (Desde 1999, la corte ha recibido nuevos casos en una proporción de más de 500 al año). Asimismo la recopilación y actualización de usos comerciales internacionales (Incoterms, Reglas y Usos uniformes) y la elaboración de reglas y códigos de conducta sobre muchos aspectos de la actividad empresarial internacional (Carta de las Empresas para un Desarrollo Sostenido, Código de prácticas legales en publicidad, Código de buenas prácticas para la elaboración de estudios de mercado, Reglas contra la extorsión y el cohecho en las transacciones internacionales, Guía para el comercio electrónico, etc.).

Igualmente vital es el papel de la CCI en la creación de reglas para acuerdos internacionales y estándares que las compañías adoptan voluntariamente y pueden ser incorporadas en contratos obligatorios.

Y todo lo anterior, amerita ser conocido formalmente, es decir, plantea una necesidad ya que el usuario y el Abogado lo aprendan y manejen adecuadamente.

Es claro, el usuario conocerá la sustancia y el Abogado sabrá ésta y los mecanismos que permiten objetivar el Derecho de mejor manera.

Esto es altamente recomendable, pero, aparentemente, esta formación no se da de modo debido en nuestra Facultad, ya que como lo hemos venido estableciendo, dentro del Derecho Económico, como una rama autónoma del Derecho, se desarrollan distintas instituciones, las cuales están unidas por un hilo conector, el cual es tan estrecho como invisible y tan importante como inevitable para la formación del profesional de Derecho.

AAA

CAPÍTULO VI

IMPLEMENTACIÓN DEL CURSO DE DERECHO ECONÓMICO Y LAS INSTITUCIONES QUE LO DESARROLLAN DENTRO DEL PENSUM DE ESTUDIO DE LA CARRERA DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA POR CONSTITUIR ACTUALMENTE LA AUSENCIA DE ÉSTE UN LIMITANTE EN EL EJERCICIO DE SU PROFESIÓN DENTRO DE LOS NEGOCIOS MERCANTILES INTERNACIONALES

6. Importancia del Derecho Económico dentro de la formación del profesional de Derecho

Si en las páginas que anteceden hemos intentado explicar los más importantes elementos sobre el **Derecho Económico** y la relación conexas con el **Derecho Comercial**; a la vez reafirmando que la **Autonomía de la Voluntad** es la facultad que le confiere a los comerciantes para realizar las contrataciones derivadas de sus actividades nacionales e internacionales, aplicando generalmente en sus contrataciones las disposiciones contenidas en el Convenio de Roma de 1980 Sobre Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales; asimismo, y con énfasis en nuestro país por la vigencia del **Tratado de Libre Comercio entre República Dominicana, Centro América y Estados Unidos -RD-CAFTA-**, el **Arbitraje** es la figura que se constituye como el método jurídico internacional a emplear para la solución de las controversias que surgen entre los comerciantes; y, dada la importancia histórica que implica la actividad comercial a escala internacional, actualmente esta actividad internacional es regulada, protegida y desarrollada por **Instituciones Económicas Internacionales**; llegamos por tanto, a determinar la necesidad insuperable e inevitable del conocimiento sobre el Derecho Económico dentro de la formación del profesional del Derecho.

Asimismo, recordamos que el Derecho Económico es la parte principal y primordial del presente trabajo, y el cual constituye tal y como hoy día se conforma en la doctrina y como está formulado por la generalidad de autores, **la representación de un salto cualitativo esencial en la comprensión de las siempre reconocidas interrelaciones de todo tipo existentes entre Derecho y la Economía**, tanto entre el mundo de la norma y el análisis económico, como entre la reflexión jurídica y la realidad económica.

Según tenemos entendido, en no menos de ochenta o noventa centros universitarios de todo el mundo es en donde se desarrollan e imparten cursos, seminarios, etc., dedicados a la Economía del Derecho, además de que hasta el momento se han celebrado varias reuniones internacionales y congresos que vienen a confirmar puntualmente el interés y aceptación del Derecho Económico.

En la enseñanza moderna del Derecho ha existido una preocupación constante para incluir materias que se ocupan del estudio de la Economía; a tal grado que en un caso extremo se llegó a pensar que tanto tiene que saber de Economía un estudiante para no dejar de ser Abogado.

En Guatemala, por su lado, existe una precariedad casi absoluta, por suavizar el término “nulo”, en la enseñanza del Derecho Económico como una rama autónoma propiamente dicha, ya que incluso en ningún pensum de postgrado de Derecho o de Ciencias Económicas y Empresariales es impartido, siendo así que en las universidades tales como San Carlos, Francisco Marroquín, Rafael Landívar e Istmo, únicamente ofrecen dentro de su pensum de estudio de pregrado para la carrera de Derecho la materia de “Economía y Derecho” “Análisis Económico del Derecho” y/o “Economía”, haciéndose una salvedad al impartir por lo menos una noción general de la construcción y evolución de esta nueva rama del derecho: **Derecho Económico**.

De la misma forma, en Guatemala el interés individual por este tipo de estudio es escaso. Aún cuando en algunas Universidades por medio de sus Facultades de Derecho dentro de las materias de Derecho Mercantil y de Economía Política se han celebrado encuentros y seminarios, apenas sí se han producido frutos de ellos en forma de publicaciones, siendo la producción científica, por lo tanto, notablemente escasa.

La carrera de Derecho que en su fase formativa incluya el curso de Derecho Económico se encuentra a medio camino entre la formación jurídica tradicional y los estudios de Economía, por lo que habilita al mejor desempeño de tareas relacionadas con cuestiones jurídico-empresariales. La materia objeto de este estudio es el Derecho relevante en el ámbito económico y los fundamentos de la Economía, aunque se está

consciente de que la proporción de uno y otra varía según el enfoque de cada universidad.

De ser así, la carrera de Derecho estaría orientada en alguna medida a la práctica laboral en el campo de la Economía. El objetivo principal es que los titulados puedan asumir tareas de dirección y desempeñar actividades especializadas en entidades y consorcios económicos. Estos profesionales deben ser capaces de manejar situaciones y asuntos económicos complejos desde el punto de vista jurídico-económico para encontrar una solución adecuada en la práctica.

Al implementarse dentro del pensum de estudio de la carrera de Derecho el curso sobre Derecho Económico, los estudiantes adquirirán conocimientos económicos, que le permitirán no sólo trabajar en los departamentos jurídicos de las empresas, sino también en los ámbitos financieros, de ventas, suministro o de recursos humanos. Pero además de las posibilidades laborales en grandes compañías del sector industrial, estos profesionales encontrarán trabajo en pequeñas y medianas empresas que necesiten empleados con una sólida formación jurídica; por tanto resultarán muy útiles en diferentes actividades; el sector comercial, bancario y de seguros, empresas de servicios y corporaciones económicas les ofrecerán sin duda oportunidades laborales.

Es por ello que consideramos del mayor interés introducir en nuestra Facultad este tipo de estudios y no ha sido otra razón la que ha servido de estímulo para realizar el presente trabajo. El desarrollo de los temas que hemos escogido ha buscado inspirarse en la concepción dominante de que el Derecho Económico debe gozar de autonomía didáctica, dadas las características que ha adquirido según la doctrina que va prevaleciendo en casi todos los países en que se lo enseña, aunque aun se enseñe poco.

Asimismo, consideramos que la resolución de publicar, en esta hora, un libro sobre Derecho Económico Guatemalteco no solo es oportuna, sino valiente y creadora. Sin duda, es valeroso inducir a que se profundice en el estudio del Derecho Económico.

Por otro lado, y dada la envergadura que implica el estudio del Derecho Económico dentro de nuestro Pensum de estudio de Derecho, tentativamente proponemos un

Programa de Estudios, dentro del cual se desarrolla el Derecho Económico y a las Instituciones que han de desarrollarse dentro de él.

Las ventajas que presenta este nuevo programa para los estudiosos del Derecho, son las siguientes: En primer lugar, permite acercar los estudios de Derecho Económico a todos los estudiantes de Derecho que se encuentren realmente interesados en adquirir, de manera seria y profunda, conocimientos especializados en el campo de esta rama del Derecho. En segundo lugar, por medio de este curso, se procura formar a los estudiantes para que sean capaces de aplicar los conocimientos adquiridos en la búsqueda de soluciones prácticas para los problemas y las necesidades jurídicas de las empresas y organizaciones. En tercer lugar, el programa pone énfasis en los problemas que surgen en el marco de una economía globalizada, haciendo especial referencia en el contexto de la realidad guatemalteca. En cuarto lugar, al terminar el programa, los graduados tendrán las bases conceptuales y técnicas necesarias en el campo de su especialidad, para desempeñarse exitosamente como profesionales capaces de asesorar con precisión a sus clientes, en un marco elevado de competencia y profesionalismo.

Previamente, hemos de aclarar que el presente trabajo es un breve desarrollo del contenido del Derecho Económico, y que dicho contenido constituye únicamente lineamientos ha ser tomados en cuenta, en su oportunidad, por el estudiante, al adentrarse en el estudio de esta rama del Derecho; siendo así, que dentro de la propuesta del programa de estudios que realizamos (el que se incluye en el apartado de Anexos), se omiten algunos temas, por considerarse repetitivos, ya que actualmente se desarrollan dentro de los programas de estudio de los cursos de Derecho Mercantil en nuestra Facultad; y considerando, además, que el docente en su oportunidad explicará la relación que tiene el Derecho Económico con otras ramas jurídicas.

CONCLUSIONES

1. Podemos decir que es notorio el mayor interés por la problemática que vincula al Derecho con la Economía y no puede ser de otro modo, pues cada día es más evidente la pertinencia de la tesis que hoy sostenemos, en el sentido de que el Derecho configura y regula al mercado y determina sus dimensiones, lo redirecciona.
2. En consecuencia encontramos hoy en día, que el Derecho sigue desempeñando un papel relevante en la configuración de los mercados internacionalizados. Aunque ciertamente, en gran medida no se trata ya del Derecho estatal aún existente, ni tampoco del Derecho internacional clásico, fundado también en el principio de soberanía territorial; se trata de un Derecho transnacionalizado a la par de la Economía; Derecho cuya sui génesis se remonta a la configuración de la arquitectura del orden internacional de la segunda posguerra y; que se constituye desde entonces, en el orden jurídico de los regímenes internacionales.
3. Es el Derecho Económico el que trata las relaciones jurídico-económicas derivadas de la producción, circulación, distribución y consumo de la riqueza. Es el conjunto de reglas tendientes a asegurar, en un momento y en una sociedad dados, un equilibrio entre los intereses particulares de los agentes económicos privados, los de los agentes públicos y el interés general.
4. El Derecho Económico Internacional es un Derecho muy antiguo, que tiene sus fundamentos en la reglamentación internacional de los intercambios comerciales, y que en su concepción amplia podría definirse como un Derecho transnacional, un Derecho de las transacciones económicas internacionales que regula la instalación en el territorio de los Estados los diversos factores de la producción que proceden del extranjero, y que así mismo regula las transacciones de bienes, servicios y capitales.
5. El Derecho Económico Internacional es multidisciplinario por su objeto, ya que tiene elementos de Derecho internacional público, Derecho internacional privado y Derecho interno de los Estados, así como de sus métodos, ya que la materia económica,

diversa y cambiante, no se deja encasillar por un sistema jurídico que reposa sobre estructuras formales, sobre conceptos definidos que en alguna medida son arbitrarios.

6. El Derecho Económico Internacional es un Derecho marco que sirve para delimitar y reglamentar las actividades de los diferentes agentes económicos que intervienen en la escena internacional. Es, pues, un enfoque multidisciplinario, que requiere de la aplicación de las distintas ramas del Derecho. Es un Derecho que existe, que está ahí, que debemos integrar y aplicar todos los días, de alguna manera para solucionar problemas jurídicos derivados de las operaciones internacionales.
7. El principio de la Autonomía de la Voluntad, también denominado “*de libertad de contratación*” en el orden internacional, ha evolucionado desde su origen, conforme a su alcance absoluto, hasta conformarse, de manera limitada, en la actualidad, con las limitaciones impuestas por la impetuosa realidad. Este principio ha ido adquiriendo su contorno efectivo, para acabar de enraizarse en la casi totalidad del Derecho comparado, sea en las legislaciones, doctrinas y jurisprudencias internas.
8. Entre las diferentes formas de resolver conflictos, el Arbitraje configura un sistema que ofrece muchas ventajas y múltiples posibilidades para resolver satisfactoriamente una controversia. Sus características intrínsecas (mayor libertad, deslegalización, descentralización, desformalización), y sus ventajas comparativas frente a la jurisdicción estatal (celeridad, confidencialidad, especialización, economía de recursos materiales y humanos, menor grado de enfrentamiento entre las partes, flexibilidad, mayor participación de las partes en el proceso e intermediación entre estas y el árbitro) hacen del Arbitraje un sistema que puede brindar una opción más eficiente. Si hubiéramos de subrayar sólo una de sus condiciones favorables, sin duda anotaríamos la flexibilidad, pues permite a las partes implementar un sistema a la medida de cada caso. Las partes pueden construir el Arbitraje que mejor atienda sus necesidades y las particularidades del caso, sin que por ello pierda efectividad. Al combinar adecuadamente un amplio campo de libertad para convenir todo lo atinente a su funcionamiento, con la efectividad del laudo, revestido de la autoridad de la cosa juzgada, el Arbitraje aparece como una de las fórmulas más idóneas para el comercio actual.

9. El Arbitraje es sólo un medio instrumental, potencialmente idóneo, en términos generales, para dar adecuadas respuestas a las necesidades de los litigantes. Por eso mismo, no tendrá la misma eficacia para cualquier clase de conflicto: obviamente hay supuestos en los que aparece como más propicio, y otros en los cuales no es recomendable. Un ámbito naturalmente apto para el Arbitraje son, por ejemplo, las divergencias nacidas de transacciones entre partes vinculadas por relaciones comerciales duraderas, en las que además de resolver el conflicto puntual es necesario mantener la relación en términos que les permitan seguir haciendo negocios en el futuro; o las que se originen en el comercio internacional, por la flexibilidad que el Arbitraje ofrece en cuanto a elegir no sólo la persona de los árbitros, sino el lugar donde se llevará a cabo el juicio, el idioma, el procedimiento, etc.

10. Cuando se utiliza correctamente y para un caso en que el Arbitraje es el método apropiado, sus beneficios son evidentes. Significa en definitiva, poner al alcance de las partes la posibilidad de resolver sus conflictos de un modo más racional y previsible: podrán obtener un laudo arbitral - equivalente a una sentencia- dictado por personas elegidas por ellas en base a sus antecedentes, idoneidad técnica, confiabilidad y aptitud moral. Adicionalmente, significa la posibilidad de evitar que se deteriore la relación entre las partes y de ahorrar tiempo y dinero.

11. El Derecho Económico debe de gozar de autonomía didáctica; es decir, debe de ser implementado dentro del Pensum de estudio en la Facultad de Derecho de la Universidad de San Carlos de Guatemala, como una rama del Derecho autónoma, de reciente nacimiento, ya que al enseñar este tipo de estudio, la preparación y capacitación del estudiante, servirá para enfrentar los problemas jurídico-económicos que día a día se aglutinan en el campo profesional; y es más, no solo en aplicación a la solución de estos problemas, sino al entendimiento global de las situaciones en las cuales la Economía y el Comercio se desenvuelven; con el fin de aplicar ese conocimiento a estas situaciones y de regular legalmente, y en su oportunidad, a la Economía.

RECOMENDACIONES

1. Es necesario que los estudiosos y profesionales del Derecho reflexionen sobre los contenidos del Derecho Económico y la importancia de enseñarlo.
2. Que la Facultad de Derecho de la Universidad de San Carlos de Guatemala implemente el curso de Derecho Económico dentro del pensum de estudio, el cual constituye el eje transversal de la tesis que hoy sostengo, ya que tiene como fundamento constitucional e internacional el principio de **Derecho a la Información**. Aplicado al caso, este principio constituye el acceso a la información jurídico-económica de esta nueva rama del Derecho, la que es vista como una instancia necesaria para la participación del profesional de Derecho dentro del ámbito comercial, dado que sin la información y formación adecuada, oportuna y veraz (a la que la Universidad está obligada constitucionalmente), este profesional difícilmente se encontrará en condiciones óptimas, y con clara desventaja académica, para participar dentro de los ámbitos comerciales, inevitablemente ahora, nacional e internacionalmente.
3. Que las universidades de Guatemala implementen dentro del Pensum de estudio de la carrera de Derecho la materia sobre Derecho Económico, por la importancia, el desarrollo, los beneficios y la necesidad que implica y que en las páginas que anteceden tratamos de establecer.
4. Dada la apertura de esta nueva materia, será necesario la ampliación y profundización de la materia, así como su especialización y en cuanto al avance y las modificaciones del Pensum, se desarrollen las asignaturas que están relacionadas con el Derecho Económico y los ámbitos jurídicos y económicos empresariales, a saber: Derecho Laboral y Economía de Personal, Economía Política, Derecho Privado Económico y Administrativo, Servicios Financieros, Protección Jurídica Empresarial, Derecho Urbanístico y Economía Inmobiliaria, Derecho Fiscal Empresarial, Derecho Económico Internacional, Balances, Derecho de la Competencia y Derecho de Insolvencia.

ANEXOS



I. PRESENTACIÓN Y DESCRIPCIÓN

La asignatura de Derecho Económico de conformidad con el catálogo de estudios de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala, pretende en su contenido y desarrollo temático, informarle al estudiante la naturaleza jurídica del Derecho Económico y de las instituciones que lo desarrollan.

II. JUSTIFICACIÓN

La asignatura de Derecho Económico en la formación académica del estudiante de Derecho es sumamente importante; los conocimientos teóricos adquiridos son necesarios para ponerlos en práctica frente a la actividad comercial que se desarrolla en la iniciativa privada y en las instituciones del Estado.

III. OBJETIVO GENERAL

El curso tiene como objetivo principal mostrar una visión general del Derecho Económico, que el alumno conozca las generalidades y conceptos de esta ciencia, proporcionándole los conocimientos básicos y capacitarlos para brindar apoyo y asesoramiento, para el desempeño de funciones especializadas en el sector privado y en el sector público. Para que el estudiante analice, interprete y ofrezca una opción profesional sobre la situación económica y sus bases jurídicas.

III. OBJETIVOS ESPECÍFICOS

1. Proporcionar a los alumnos los elementos básicos que les permitan conocer las causas que dieron origen al derecho económico, su conceptualización; determinar el carácter público o privado y demás características del Derecho Económico y objeto de estudio.

2. Comprender la importancia de las instituciones jurídicas para el desarrollo económico, así como la necesidad de entender cabalmente que los sistemas económicos están definidos por sistemas jurídicos y que éstos son los que regulan la actividad en los que se aplica los diferentes regímenes económicos.

3. Manejar los conocimientos básicos que vinculan la Economía y el Derecho.

IV. ORGANIZACIÓN

La asignatura está organizada en 5 unidades.

V. ACTIVIDADES DE APRENDIZAJE

Participación individual y colectiva

Investigaciones

Discusión de lecturas

VI. EVALUACIÓN DE CURSO

Crterios de evaluacón:

1. Participación en la exposicón de temas: individual o por grupo.
2. Cumplimiento de tareas (elaboracón de fichas, reporte de visita a tribunales, presentacón de proyectos de demanda, contestacón de demanda, etc.
3. Realizacón de 2 exámenes parciales y uno final.
4. Participacón en mesas redondas, conferencias, simposium, y demás técnicas grupales.
6. Asistencia a clases.

Requisitos de acreditacón:

1. Asistencia a clases de un 80%.
2. Aprobar los 2 exámenes parciales para tener derecho al final.
3. Cumplimiento de tareas 100%.
4. Participacón: por lo menos en una exposicón de tema.
5. Intervenir en el desarrollo de las técnicas grupales.
6. Aprobar el examen final.

VII. INVENTARIO DE RECURSOS

Humanos:

Conferencistas

Profesores y estudiantes

Materiales:

Reproduccón de material escrito

Audiovisuales: retroproyector y cañonera (comprende el diseño y diagramacón de materiales)

Audiovisuales: retroproyector y cañonera (comprende el diseño y diagramación de materiales)

UNIDADES

1. CONCEPTOS GENERALES

- 1.1 Antecedentes del Derecho Económico
- 1.2 Nociones generales del Derecho Económico
- 1.3 Relación entre Derecho y Economía
- 1.4 Autonomía del Derecho Económico
- 1.5 Principios del Derecho Económico
- 1.6 Fundamentos del Derecho Económico

2. INTRODUCCIÓN AL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO

- 2.1 El Análisis Económico del Derecho y su objeto de estudio
- 2.2 Las corrientes y la metodología del Análisis Económico del Derecho.

3. DERECHO ECONÓMICO INTERNACIONAL

- 3.1 Introducción a la Economía Internacional
- 3.2 Derecho Económico Internacional
- 3.3 La organización de la economía mundial.

4. CONTRATACION INTERNACIONAL

- 4.1 Principio de la autonomía de la voluntad o libertad de contratación en el orden internacional.
- 4.2 Convenio de Roma de 1980
- 4.3 Derecho de los Negocios Internacionales
- 4.4 Regulación y técnicas de comercio exterior
- 4.5 Métodos alternativos de solución de controversias
- 4.6 El Arbitraje
- 4.7 Tratado de Libre Comercio entre Centro América, Republica Dominicana y Estados Unidos –DR-CAFTA-

5. INSTITUCIONES ECONÓMICAS INTERNACIONALES

- 5.1 Clasificación de las Instituciones Económicas Internacionales
- 5.2 Organizaciones económicas de carácter universal:

- 5.3 El Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y comercio (GATT) y
- 5.4 La Organización Mundial del Comercio (OMC)
- 5.5 Organizaciones económicas de carácter privado:
- 5.6 Cámara de Comercio Internacional (CCI)

BIBLIOGRAFÍA

1. GÓMEZ GRANILLO, Moisés. Introducción al derecho económico. México: Ed. Esfinge, 1995.
2. OLIVERA, Julio H.G. Derecho económico, conceptos y problemas fundamentales. Argentina: Ed. Macchi, 1981.
3. PALACIOS LUNA, Manuel R. El derecho económico en México. México: Ed. Porrúa, S.A., 1996.
4. POSNER, Richard A. El Análisis Económico del Derecho. México: Fondo de Cultura Económica.
5. RANGEL COUTO, Hugo. Derecho Económico. México: Ed. Porrúa, S.A., 1986.
6. SERRA ROJAS, Andrés. Derecho económico. México: Ed. Porrúa, S.A., 1981.
7. TORRES LOPEZ, Juan. Análisis económico del derecho. Madrid, España: Ed. Tecnos, S.A., 1987.
8. WITKER, Jorge V. Derecho económico. México: Ed. Harla, 1985.
9. WITKER, Jorge V. Introducción al Derecho Económico. México: ED. Mc Graw Hill.

LEGISLACIÓN

1. Constitución Política de la República de Guatemala. Asamblea Nacional Constituyente, 1986.
2. Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional. Congreso de la República de Guatemala, Decreto Número 35-86, 1986.
3. Convención sobre Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias. Jefatura de Estado, Decreto Ley 9-84, 1984.
4. Convenio sobre Ley aplicable a las Obligaciones contractuales, Roma 1980.
5. Ley de Arbitraje. Congreso de la República de Guatemala, Decreto Número 67-95, 1995.
6. Tratado de libre comercio entre República Dominicana, Centroamérica y Estados Unidos. Congreso de la República de Guatemala, Decreto Número 31-2005.

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Centro de Mediación y Arbitraje de la OMPI
DECISIÓN DEL PANEL ADMINISTRATIVO
Transacciones Universales S.A. v. Mario Ariel Castillo Vargas
Caso N° D2000-0484

1. Las Partes

La Parte Demandante es la sociedad TRANSACCIONES UNIVERSALES S.A., una sociedad anónima organizada y existente de conformidad con las leyes de la República de Guatemala y domiciliada en la ciudad de Guatemala (la "Demandante"), representada legalmente por el señor John Otto Knoke Schlosser, quien actúa en su calidad de Gerente General y Representante Legal, de conformidad con la documentación allegada a la demanda. A requerimiento de la "Demandante", ésta actúa en el presente proceso a través de su abogada Ada Lisette Redondo Aguilera.

La Parte Demandada es el señor MARIO ARIEL CASTILLO VARGAS, residente en la 18 avenida 9-60 zona 6 de la ciudad de Guatemala, Guatemala 01006 (el "Demandado").

2. El Nombre de Dominio y el Registrador

El nombre de dominio objeto de este procedimiento es BANCARED.COM, registrado a nombre del "Demandado" en Network Solutions, Inc., una sociedad organizada y existente de conformidad con las leyes del Estado de Delaware, Estados Unidos de América, con domicilio en la ciudad de Herndon, Estado de Virginia, Estados Unidos de América (el "Registrador").

3. Curso del Procedimiento

El 24 de mayo de 2000 el Centro de Arbitramento y Mediación de la OMPI (el "Centro"), recibió por vía electrónica una demanda de acuerdo a la Política Uniforme de Solución de Controversias en Materia de Nombres de Dominio de la ICANN (la "Política"), el Reglamento de la Política Uniforme de Solución de Controversias en Materia de Nombres de Dominio (el "Reglamento"), aprobados por la ICANN el 24 de octubre de 1999, y el Reglamento Adicional del Centro de Arbitraje y Mediación de la OMPI (el "Reglamento Adicional"). Posteriormente, el 29 de mayo de 2000, el "Centro" recibió la demanda en copia de papel, con sus anexos.

El 26 de mayo de 2000 el "Centro" requirió al "Registrador" la confirmación de los datos del registro del dominio BANCARED.COM. El 31 de mayo de 2000 el "Registrador" confirmó que lo tenía registrado, siendo el "Demandado" el titular del registro del nombre de dominio BANCARED.COM, que estaba vigente el acuerdo de servicio versión 4.0 y que el dominio tenía el status de "activo".

El 2 de junio de 2000 el "Centro" notificó la demanda al "Demandado", junto con la notificación de comienzo del procedimiento. El 6 de junio de 2000 el Centro recibió la contestación de la demanda. El 7 de junio de 2000 el "Centro" acusó recibo de la contestación de la demanda.

Después de recibir la declaración de independencia e imparcialidad de Fernando Triana, el 20 de junio de 2000, el "Centro" lo designó como Panel Administrativo ("Panel"), comunicando la designación a las partes el 22 de junio de 2000 y fijando plazo hasta el 6 de julio de 2000 para que el "Panel" envíe la decisión al "Centro". El "Panel" fue por lo tanto constituido de acuerdo a la "Política" y su "Reglamento".

El "Panel" mediante comunicación transmitida al "Centro" el 29 de junio de 2000, le solicitó a la "Demandante" pruebas adicionales y aclaraciones sobre los fundamentos de hecho y de derecho de su escrito de demanda y de su réplica.

Debido a la antedicha petición, se acordó una prórroga del término para emitir el fallo de diez días siguientes a la recepción de todos los documentos y las aclaraciones solicitadas. El 11 de julio de 2000 la parte "Demandante" envió su respuesta al requerimiento del "Panel".

El 13 de julio de 2000, por solicitud del "Panel", se corrió traslado de la respuesta al requerimiento al "Demandado", de conformidad con lo dispuesto en el literal b) del artículo 10 del "Reglamento". El 14 de julio de 2000 el "Panel" recibió la comunicación del "Demandado" del 30 de junio de 2000, por medio de la cual éste le propone a la "Demandante" un acuerdo de transacción, el cual nunca se concretó.

El 17 de julio de 2000, la "Demandante" remitió comunicación dando respuesta a las afirmaciones del "Demandado" del 30 de junio de 2000 y del 13 de julio de 2000. Finalmente, el 18 de julio de 2000, el "Demandado" da respuesta a lo anterior.

El 18 de julio de 2000, el "Panel" le solicita al "Centro" la aclaración acerca de si la versión 4.0 del Acuerdo del "Registrador", vigente al momento del registro del nombre de dominio BANCARED.COM, incluye la "Política" y el "Reglamento". El 24 de julio de 2000, el "Centro" le contesta al "Panel" señalando que en efecto tanto la "Política", como el "Reglamento" están incluidos dentro de la versión 4.0 del Acuerdo del "Registrador". El 27 de julio de 2000 se recibe de la "Demandante" un recuento de leyes para admitir y rechazar pruebas, según las leyes de la República de Guatemala.

El "Panel" coincide con el "Centro" en cuanto a que la demanda ha cumplido con todos los requisitos formales que fijan la "Política" y el "Reglamento".

La "Demandante" es una sociedad mercantil constituida conforme a las leyes de la República de Guatemala y el "Demandado" es un individuo de nacionalidad Guatemalteca, ambos con domicilio en la ciudad de Guatemala, República de Guatemala. La demanda y su contestación se hicieron en idioma español. Por lo tanto, de acuerdo al "Reglamento", Artículo 11 literal a), el "Panel" resuelve que el procedimiento se tramite en idioma español.

4. Antecedentes de Hecho

El "Panel", ante lo afirmado en la demanda, en la contestación de la demanda, en la réplica de la "Demandante" y en la contra réplica del "Demandado" y por los documentos respectivos agregados, tampoco cuestionados, tiene por acreditados los siguientes hechos:

La "Demandante" fue constituida el 14 de enero de 1993 e inscrita en el Registro Mercantil General de la República de Guatemala el 23 de junio de 1993. La "Demandante", de conformidad con su objeto social, presta de manera principal los siguientes servicios: "...la administración y centralización de la información de las interconexiones electrónicas de carácter financieras, bursátiles, cajeros automáticos, terminales punto de ventas y todo tipo de instrumento computadorizado o electrónico que tenga o pudiera tener relación con ellos o que contribuya a facilitar la pronta y efectiva transmisión de información electrónica...".

El 25 de junio de 1993, la "Demandante" solicitó ante el Registro de la Propiedad Industrial de la República de Guatemala, el registro de la marca BANCARED Y DISEÑO para cubrir: "servicios en asuntos financieros y monetarios, relacionados con los institutos bancarios; servicios de crédito que no sean bancos; asuntos monetarios; las interconexiones financieras, bursátiles, cajeros automáticos, terminales punto de venta por la vía electrónica o cualquier instrumento computadorizado" servicios de la Clase 36 Internacional.

La solicitud anteriormente descrita, procedió a registro siguiendo los trámites propios de la legislación guatemalteca, inscribiéndose el 6 de octubre de 1998, bajo el número 92,384 con vigencia de diez años, es decir hasta el 5 de octubre de 2008. La marca registrada por TRANSACCIONES UNIVERSALES SOCIEDAD ANÓNIMA es la siguiente:

La "Demandante" ofrece servicios financieros por medios electrónicos o Internet, utilizando su marca BANCARED Y DISEÑO. A los servicios prestados por la "Demandante" se puede acceder en las siguientes páginas web: www.bancared.com-gt, www.bancared.net.gt y www.bancared.net, las cuales contienen la misma información, presentación y diseño.

De acuerdo a las manifestaciones de ambas Partes y a lo confirmado por el "Registrador" al "Centro", el "Demandado" es titular del nombre de dominio BANCARED.COM desde el 6 de septiembre de 1997, vigente hasta el 7 de septiembre de 2000.

Este "Panel", ingresó al sitio www.bancared.com, y pudo comprobar que el "Demandado" no está utilizando su nombre de dominio.

De igual forma, la "Demandante" ha realizado publicidad sobre su marca BANCARED Y DISEÑO desde por lo menos el 22 de julio de 1996, de acuerdo a las pruebas aportadas por la misma.

El "Demandado" fue empleado de la empresa CABLENET, S.A. desde el 3 de marzo de 1997 hasta el 31 de mayo de 1998. En el mes de julio de 1997, la empresa CABLENET, S.A. mantuvo relaciones comerciales con la parte "Demandante", según lo acredita la cotización enviada el 3 de junio de 1997, por Hans Thiel, Gerente General de dicha empresa a Otto Knoke Schlosser, Gerente General de la "Demandante" y la orden de compra del 18 de julio de 1997 emitida por la "Demandante" y dirigida a la mencionada empresa.

5. Alegatos de las Partes

5.1 Demanda

Afirma la "Demandante" que:

Que es una sociedad de nombre comercial BANCARED y que fue constituida el 14 de enero de 1993 e inscrita en el Registro Mercantil General de Guatemala el 23 de junio de 1993. Dicha sociedad se creó con el propósito de ofrecer entre otros, servicios financieros electrónicos utilizando tecnología reciente.

El 25 de junio de 1993 la "Demandante" solicitó el registro de la marca BANCARED Y DISEÑO para identificar: "Servicios financieros y monetarios, relacionados con los institutos bancarios; servicios de crédito que no sean bancos; asuntos monetarios, las interconexiones financieras, bursátiles, cajeros automáticos, terminales punto de venta por la vía electrónica o cualquier otro instrumento computarizado", servicios de la Clase 36 Internacional. Dicha solicitud de registro fue concedida el 6 de octubre de 1998, con una vigencia de diez (10) años, es decir hasta el 5 de octubre de 2008.

Desde 1993 hasta la fecha la "Demandante" ha venido utilizando su marca BANCARED Y DISEÑO para promocionar y publicitar los servicios ofrecidos por ella en Guatemala y en Centroamérica.

La "Demandante" tiene como meta la expansión de los servicios electrónicos por Internet y la promoción de la banca digital en Internet en Guatemala y Centroamérica. De igual forma, la "Demandante" tiene como proyecto futuro prestar sus servicios por medios electrónicos a consumidores de Guatemala, Centroamérica, Latinoamérica y el mundo. Para éstos fines, la "Demandante" precisa reflejar su marca BANCARED Y DISEÑO en el dominio de nivel superior genérico .com.

El "Demandado" obtuvo el registro del nombre de dominio BANCARED.COM el 6 de septiembre de 1997, en vigencia del contrato de servicios del "Registrador", versión 4.0 y efectuó modificaciones sobre el mismo el 16 de noviembre de 1999, en vigencia del contrato de servicios del "Registrador", versión 5.0. La "Demandante" afirma que dado que el "Demandado" realizó modificaciones al registro en vigencia de la versión 5.0 del Acuerdo, la cual incluye la "Política" y el "Reglamento", éstos le son aplicables.

Poco después de haber registrado el nombre de dominio BANCARED.COM, el "Demandado" contactó telefónicamente al señor Otto Knoke Schlosser, Representante Legal de la "Demandante" con el fin de venderle a la sociedad "Demandante" dicho nombre de dominio a un precio equivalente al costo del registro, gastos de mantenimiento y de reinscripción y otros gastos extras en que había incurrido por el registro.

La "Demandante" no aceptó esta oferta, ni las ofertas sucesivas que el "Demandado" le hizo, con el argumento de que es ella la titular del registro marcario.

Adicionalmente, desde 1997 a la fecha el "Demandado" no ha hecho uso del nombre de dominio BANCARED.COM para llevar a cabo actividad alguna. Teniendo en cuenta que la "Demandante" es la titular del registro de la marca BANCARED Y DISEÑO, de la cual ha venido haciendo un uso legítimo, y que el ordenamiento jurídico vigente en Guatemala le otorga el derecho de hacer cesar el uso o imitación indebida de su marca, se encuentra facultada para interrumpir el uso de la marca BANCARED, como el registro del nombre de dominio por parte del "Demandado". Más aún si se considera que éste no se encontraba legitimado para solicitar el registro del nombre de dominio BANCARED.COM, ni para ofrecer dicho registro a la sociedad titular de la marca, es decir a la "Demandante".

El nombre de dominio BANCARED.COM es idéntico a la marca BANCARED de propiedad de la "Demandante", ya que siendo el ".com" un dominio genérico de nivel superior, es una expresión inapropiable.

La "Demandante" señala que tiene motivos suficientes para considerar que el "Demandado" no tiene interés legítimo en el nombre de dominio BANCARED, toda vez que desde el 6 de septiembre de 1997, fecha en la cual el "Demandado" obtuvo el registro de dicho nombre de dominio, no lo ha utilizado para actividades comerciales, no comerciales o de cualquier otra naturaleza; no existen evidencias que apunten a que el "Demandado" se encuentra garantizando su presencia comercial o de cualquier índole en el Internet; el "Demandado" no ofrece productos o servicios identificados con la marca BANCARED; el titular del nombre de dominio BANCARED lleva más de dos años sin haber introducido contenido alguno a dicho nombre; y el nombre de dominio no corresponde a alguna sociedad, empresa, seudónimo o nombre del "Demandado", lo cual evidencia la falta de interés legítimo del "Demandado" a dicho nombre.

Al respecto, la "Demandante" afirma que sí tiene presencia en la red, tal y como se puede comprobar al ingresar a sus páginas web, y que tiene interés de obtener el registro de su nombre de dominio en el nivel superior genérico ".com", toda vez que éste designa a las entidades que desarrollan actividades comerciales y tiene una connotación internacional.

Solicita la transferencia del dominio BANCARED.COM a favor de la "Demandante". La "Demandante" cita en apoyo de su pretensión el artículo 4 b) i) de la "Política", dado que de las circunstancias antes citadas se puede desprender que el "Demandado" adquirió el nombre de dominio fundamentalmente con el fin de venderlo o transferirlo de alguna manera al titular de la marca, por un valor que supera los costos directamente relacionados con el registro del nombre de dominio, lo cual evidencia la mala fe de aquél. La "Demandante" igualmente cita el artículo 4 b) ii), afirmando que el "Demandado", al registrar el nombre de dominio BANCARED.COM obstaculizó que la "Demandante" reflejara su marca BANCARED Y DISEÑO en el nivel ".com". Por último, la "Demandante" alega que el "Demandado" incurrió en la conducta señalada en el artículo 4 b) iii), al registrar el nombre de dominio de mala fe, con el fin de perturbar la actividad comercial de un competidor.

Otras alegaciones de la "Demandante" se examinan en el punto 6, abajo.

5.2 Contestación de la Demanda

Alega el "Demandado": El origen del nombre de dominio BANCARED.COM es un acrónimo del lema comercial: "Bosques y Areas Naturales para la Conversación del Agua". Por carecer de una preposición "-e" usada en los anglicismos para significar electrónico, se toma la terminación RED, para su identificación de estar en el Internet.

El "Demandado" dice hacer parte de un grupo de personas cuya preocupación principal es los efectos de la contaminación de mantos acuíferos por el crecimiento desordenado y sin control de la industrialización, lo cual se prueba con el hecho de que también tiene a su nombre el registro del nombre de dominio AGUAPURA.COM.

En el momento en que registró el nombre de dominio BANCARED.COM, los únicos nombres de dominio genéricos de nivel superior disponibles eran: .COM, .NET y .ORG, lo que determinó que registraran el nombre de dominio con el .COM, que era el que más se asimilaba a las actividades por él desarrolladas.

La "Demandante" hasta ahora ha visto el valor del Internet, por lo que pretende sobreponer los intereses de entidades financieras con poder económico y político sobre las personas que vieron la oportunidad primero, afrontaron el costo y aún continúan en buena fe intentando conciliar la situación.

El "Demandado" señala que en su posición de "CEO" del grupo, se encuentra en disposición de acatar lo dispuesto por el "Panel", pese que la convención de derechos de autoría y de propiedad industrial, que se encuentra pendiente de aprobación por su gobierno, protegería su autoría sobre la expresión BANCARED.

Reitera que se encuentra en disponibilidad para llegar a un acuerdo con respecto al nombre de dominio BANCARED.COM, siempre que la "Demandante" le reintegre los gastos administrativos incurridos sin ningún margen de utilidad para él.

5.3 Réplica de la "Demandante" a la Contestación de la Demanda

Indica la "Demandante" que el "Demandado" no tiene un interés legítimo en el nombre de dominio BANCARED.COM, toda vez que dicha expresión no es producto de su creatividad, toda vez que la "Demandante" ha utilizado su marca y nombre comercial BANCARED Y DISEÑO y ha efectuado publicidad sobre la misma desde el momento en que solicitó el registro de su marca en 1993. Desde ese momento la "Demandante" ha venido realizando campañas agresivas de publicidad sobre su marca para dar a conocer los servicios financieros por medios electrónicos no solo en Guatemala, sino en otros países de Centroamérica. Lo anterior, ha llevado a que la marca BANCARED Y DISEÑO goce de reconocimiento en Guatemala y que cualquier residente en la ciudad de Guatemala esté muy familiarizado con dicha marca.

La manifestación del "Demandado" en lo que respecta a la violación de sus derechos de autor sobre la expresión BANCARED por parte de la "Demandante" es falsa y puede dar lugar a los delitos de injuria y calumnia.

Teniendo en cuenta que la "Demandante" tiene proyectos relacionados directamente con el Internet, tiene la necesidad de reflejar su marca con el dominio del nivel superior genérico ".com", mediante el nombre de dominio BANCARED.COM, del cual es titular el "Demandado".

De otra parte, teniendo en cuenta que el "Demandado" fue empleado de la sociedad CABLENET S.A. durante el período correspondiente al 3 de marzo de 1997 al 31 de mayo de 1998, período dentro del cual ésta sociedad mantuvo relaciones comerciales con la "Demandante", es de suponerse que el señor Mario Ariel Castillo Vargas pudo enterarse de los proyectos de Internet entre las mencionadas sociedades. Así, es probable que de esta forma se le haya ocurrido registrar el nombre de dominio BANCARED.COM para luego venderlo a un precio mayor del que normalmente cuesta un nombre de dominio en Internet en los gTLD al titular de la marca.

Con respecto al grupo, asociación o entidad Bosques y Areas Naturales para la Conservación del Agua (Red), del cual según el "Demandado" se deriva el nombre de dominio BANCARED.COM, la "Demandante" señala que a pesar de que de acuerdo a la legislación vigente en Guatemala, las entidades sin ánimo de lucro deben registrarse ante el Registro de Personas Jurídicas de la Municipalidad de Guatemala, el "Demandado" no aporta la prueba de dicho registro, ni la prueba de la calidad con la que actúa dentro de dicho grupo, asociación o entidad.

Igualmente, la "Demandante" afirma que es extraño que siendo el grupo Bosques y Areas Naturales para la Conservación del Agua (Red) aparentemente una organización de carácter no lucrativo, el nombre de dominio haya sido registrado a favor del "Demandado" y que se haya utilizado el dominio del nivel superior genérico ".com", que de acuerdo al documento "Request For Comments" RFC 1591, anexo a la demanda, esta destinado a entidades comerciales. En ese caso aduce que la "Demandante", se debió registrar el citado nombre de dominio en el nivel genérico ".org".

La "Demandante" también llama la atención sobre el hecho de que dentro del conjunto de asociaciones, organizaciones gubernamentales o no gubernamentales, grupos de personas o individuos quienes trabajan o intercambian información acerca de la preservación del medio ambiente en Centroamérica, listados en el sitio <http://www.poam.org/proyecto/red-fisica.shtml> no aparece ni el grupo Bosques y Areas Naturales para la Conservación del Agua (Red), ni el "Demandado". De igual forma, el "Demandado" tampoco aparece en forma personal o en representación de dicho grupo la lista que elabora la Comisión Nacional del Medio Ambiente (CONAMA), que se anexó por la "Demandante" en su réplica.

La indeterminación por parte del "Demandado" del precio en la oferta de venta del nombre de dominio BANCARED.COM, deja a su discreción el momento y las condiciones del traspaso del nombre de dominio, colocándolo en una posición de poder frente a la "Demandante". Esta circunstancia, sumada al hecho de que si la "Demandante" paga al "Demandado" lo que él estima conveniente en cuanto a gastos administrativos para obtener el registro del nombre de dominio, estaría incentivando a personas que como el "Demandado", registren signos distintivos notorios previamente registrados ante las Oficinas de Propiedad Intelectual, como nombres de dominio en Internet. La "Demandante" alega que debido al valor comercial que han adquirido los nombres de dominio en Internet, hay personas que con el objeto de obtener una ventaja o ganancia registren como nombres de dominio, marcas, nombres comerciales u otros signos distintivos, pretendiendo obtener recompensas en la venta de dichos nombres de dominio a los titulares de los derechos de propiedad industrial. Las anteriores circunstancias devienen en la negativa de la "Demandante" en adquirir del "Demandado" el nombre de dominio, objeto de ésta controversia.

5.4 Contestación a la Réplica por parte del "Demandado" y escritos complementarios subsiguientes:

El "Demandado" afirma que: En el momento en que se hace alusión la dirección de la sociedad CABLENET estaba a cargo de dos personas y el cuerpo técnico también estaba formado por dos personas, una de las cuales era él.

El dominio BANCARED.COM fue registrado desde las instalaciones de CABLENET en horas hábiles y enviado a las direcciones IP de OSI, S.A.

Teniendo en cuenta que el procedimiento normal en el registro de un nombre de dominio es enviar al administrador de los servidores un e-mail solicitando la autorización de instalación del dominio en dicha ubicación física, es evidente que el registro del nombre de dominio BANCARED.COM fue de conocimiento de los directivos de la empresa CABLENET.

Tiempo después, el Ingeniero Robert Duke toma posesión como gerente general de CABLENET y el Licenciado Luis Roberto Cobar pasa a ser presidente de dicha empresa. En la propuesta de negocio por escrito el Ingeniero Duke le ofreció el nombre de dominio al señor Knoke, es decir al Representante Legal de la "Demandante", lo cual evidencia que la empresa CABLENET tenía conocimiento acerca del registro del nombre de dominio BANCARED.COM.

Los gastos que se pidieron rembolsar eran de \$1,200.00, valor éste que es menos de la mitad del solicitado al momento de contactar al señor Knoke hace tres años. Dicho monto no refleja deseo de lucro.

En comunicación dirigida al "Demandante" y con copia al "Panel" del 30 de junio de 2000, el "Demandado" manifiesta que estaría dispuesto a transferir el nombre de dominio en cuestión a la "Demandante", siempre y cuando ésta haga una donación a una organización internacional ecologista por el monto que se considere relacionado al valor del dominio y que se le dé un cheque por un monto de USD\$0.1. Por último, en comunicación del 18 de julio de 2000, el "Demandado" a través de la señora Ingrid Castillo, persona de su "conocimiento y confianza" reitera que el destino del nombre de dominio siempre ha sido el de una labor no comercial y nunca fue puesto en funciones operativas al haberse sugerido un posible conflicto de intereses. Por lo tanto, la acción tomada fue la de contactar telefónicamente a la "Demandante" para ofrecerle la transferencia del nombre de dominio BANCARED.COM por un valor de \$350.00. El "Demandado" afirma en esa misma comunicación que recientemente la abogada de la "Demandante" lo contactó a través de su teléfono celular en dos ocasiones y que en total, han sido cuatro las llamadas intercambiadas a propósito del asunto en mención. Que la referencia a entidades no se hizo con el fin de evadir responsabilidades, sino para proveer la información de manera completa.

Finalmente, señala el "Demandado" que su propuesta del 30 de junio de 2000 la hizo con base a la resolución del conflicto de dominio "McDonalds – Quitter", como una manifestación de su buena fe.

5.5 Respuesta del "Demandante" y del "Demandado" al requerimiento del "Panel"

Ante el requerimiento del "Panel" de aportar la "Demandante" las pruebas conducentes a demostrar que el "Demandado" contactó en varias oportunidades a ésta para ofrecerle la venta del nombre de dominio a cambio de costos, gastos, recargos y demás gastos extras en que había incurrido éste por el registro, mantenimiento y administración del nombre de dominio BANCARED.COM, la parte "Demandante" señaló lo siguiente:

Como prueba de lo anterior, se encuentra la declaración de la "Demandada" en la Respuesta a la Réplica del 16 de junio de 2000, en la que no solo se hace referencia el hecho de que ésta solicitó la suma de \$1,200.00 por concepto de la transferencia del nombre de dominio, sino que manifiesta expresamente que en varias oportunidades, ésta intentó negociar la venta del nombre de dominio con la "Demandante", de lo cual no obtuvo ningún resultado.

Adicionalmente, la "Demandante" afirma que en una conversación telefónica sostenida con el "Demandado", éste le informó que los gastos administrativos podrían ascender de \$1,500.00 a \$2,000.00, mas otros gastos en los que pudo incurrir y no contabilizó, como son el "WEB hosting" y otros servicios, sin incluir ventaja o utilidad alguna. Sin bien la "Demandante" no tiene prueba del hecho mencionado, manifiesta que es evidente que el "Demandado" pretendía obtener una utilidad, por cuanto tal y como consta en la comunicación del "Registrador", que adjunta como prueba, el registro del nombre de dominio ".com" costaba en 1997 la cantidad de \$100.00, lo que correspondía al registro y a la administración por dos años.

En lo referente a la vigencia del CONVENIO CENTROAMERICANO PARA LA PROTECCION DE LA PROPIEDAD INDUSTRIAL del 1 de junio de 1968, la "Demandante" aclara que dicho Convenio sigue siendo la legislación vigente en materia de propiedad industrial en Guatemala, junto con los Tratados Internacionales suscritos, aprobados y ratificados por dicho país, tal y como los ADPIC y el Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial. Ello por cuanto los protocolos de modificación del citado Convenio Centroamericano no han sido aprobados, ni una nueva ley en materia de propiedad industrial ha sido emitida. El "Demandante" aclara que hace referencia al Convenio Centroamericano para la Protección de la Propiedad Industrial, para señalar la aplicación del párrafo 4 inciso a) ii) de la "Política", que establece que el titular de un nombre de dominio esta obligado a someterse a un procedimiento administrativo obligatorio en caso de que un tercero ("Demandante") sostenga ante un proveedor competente, en cumplimiento del "Reglamento", que aquél posee un nombre de dominio idéntico o similar hasta el punto de crear confusión con respecto a una marca de productos o servicios sobre que el "Demandante" tiene derechos.

Por último, en su comunicación del 17 de julio de 2000, la "Demandante" manifiesta que aún cuando su mayor deseo es solucionar la controversia, únicamente retirará la demanda si el "Demandado" transfiere el nombre de dominio BANCARED.COM a nombre de TRANSACCIONES UNIVERSALES S.A. en forma inmediata, gratuita o sin costo, plazo o condición alguna.

6. Debate y Conclusiones

6.1 Normas aplicables

El artículo 15 numeral a) del "Reglamento" ordena al "Panel" tomar su decisión sobre la base de:

6.1.1 Las manifestaciones y los documentos presentados por las partes;

6.1.2 Lo dispuesto en la "Política" y en el propio "Reglamento";

6.1.3 De acuerdo con cualesquiera reglas y principios de derecho, que el "Panel" considere aplicables.

La versión 4.0 del acuerdo de registro ("service agreement") del "Registrador" incluye según el "Centro" la "Política" en vigencia para el "Registrador" desde el 1° de enero de 2000. Ello obliga al "Demandado" a sujetarse a este procedimiento de acuerdo a dicha "Política" y a su "Reglamento".

Por otra parte, las partes son residentes en el mismo país, es decir en la República de Guatemala, por lo que los principios de derecho aplicables incluyen a los de ese país. El "Panel" ha estudiado para esos efectos el CONVENIO CENTROAMERICANO PARA LA PROTECCION DE LA PROPIEDAD INDUSTRIAL del 1 de junio de 1968, tal como figura en el sitio web oficial de la SIECA (SECRETARIA DE INTEGRACION ECONOMICA CENTROAMERICANA), <http://www.sieca.org.gt/>, y en particular las siguientes disposiciones: Artículos 10 (k), 12, 17, 26 (b), 65 y 66 (d).

De igual forma, el "Panel" ha considerado aplicables las siguientes normas del CONVENIO DE PARIS PARA LA PROTECCION DE LA PROPIEDAD INDUSTRIAL, suscrito, aprobado y ratificado por la República de Guatemala: Artículo 10 bis 3) 1). El artículo 4 (a) de la "Política" establece de manera expresa las controversias aplicables al procedimiento administrativo obligatorio, en los siguientes términos:

"a. Controversias aplicables. Usted estará obligado a someterse a un procedimiento administrativo obligatorio en caso de que un tercero (un "demandante") sostenga ante el proveedor competente, en cumplimiento del Reglamento, que:

"i) usted posee un nombre de dominio idéntico o similar hasta el punto de crear confusión con respecto a una marca de productos o de servicios sobre la que el demandante tiene derechos;

"ii) usted no tiene derechos o intereses legítimos respecto del nombre de dominio; y

"iii) usted posee un nombre de dominio que ha sido registrado y se utiliza de mala fe."

En aplicación de los lineamientos citados, a continuación el "Panel" estudiará y evaluará los hechos y las alegaciones de cada una de las partes del proceso.

6.2 Identidad o Similitud Confundible

Alega la "Demandante" que el nombre de dominio BANCARED.COM, registrado por el "Demandado" es idéntico a la marca sobre la que ella tiene derechos.

Al cotejar el "Panel" el nombre de dominio del "Demandado" con la marca BANCARED Y DISEÑO, lo primero que se debe destacar es que ésta marca es de tipo mixto, pues además de su aspecto nominativo, tiene un elemento gráfico, tal y como fue presentada en el punto 4 de la presente providencia.

El CONVENIO CENTROAMERICANO PARA LA PROTECCION DE LA PROPIEDAD INDUSTRIAL, en su artículo 12 señala la importancia de establecer el elemento característico de las marcas que consistan en un diseño o en una etiqueta, en los siguientes términos:

"Artículo 12. Cuando una marca consista en una etiqueta o diseño, la protección se extenderá únicamente a las palabras, leyendas o signos que la caracterizan, mas no a los términos o signos de uso común o corriente en el comercio, la industria o las actividades de servicios."

Dentro del análisis de confundibilidad de la marca BANCARED Y DISEÑO también se debe considerar el hecho de que la misma pueda ser descriptiva de los servicios de la Clase 36 Internacional que identifica. Sin embargo, esto carece de peso en este procedimiento debido a que dentro de la limitada competencia del "Panel"

que actúa conforme a la "Política" y al "Reglamento", no se debe discutir en este procedimiento si la marca puede ser una expresión que describa los servicios que pretenda identificar. Es cierto que de acuerdo al CONVENIO CENTROAMERICANO PARA LA PROTECCION DE LA PROPIEDAD INDUSTRIAL, artículo 10 k), no pueden registrarse como marcas, ni como elementos de las mismas:

"k. Las figuras, denominaciones o frases descriptivas de los productos, mercancías o servicios que tratan de ampararse con la marca, o sus ingredientes, cualidades, características físicas o del uso a que se destinan;"

Sin embargo, la "Política", en su artículo 4(a)(i) menciona "una marca de productos o de servicios sobre la que el "Demandante" tiene derechos", y debe tenerse por tales a aquellos registros que consiga acreditar suficientemente el "Demandante", tal y como lo ha sucedido en este caso, pues la "Demandante" ha anexado la copia de su certificado de marca extendido por el Registro de la Propiedad Industrial de Guatemala. De hecho, el CONVENIO CENTROAMERICANO PARA LA PROTECCION DE LA PROPIEDAD INDUSTRIAL en su artículo 17, establece el sistema atributivo del registro de la propiedad industrial, en los siguientes términos:

"Artículo 17. La propiedad de una marca se adquiere por el registro de la misma de conformidad con el presente Convenio y se prueba con la Certificación de Registro, extendida por la autoridad competente."

En efecto, el "Panel" no está habilitado para pronunciarse sobre la validez o invalidez de una marca concedida por la Oficina de Marcas de un determinado país. Los únicos órganos competentes para declarar la invalidez de una marca son los del país de registro o los del país del tribunal que resulte competente.

Ahora bien, para efectos de determinar la confundibilidad entre el nombre de dominio BANCARED.COM y la marca BANCARED Y DISEÑO resulta indispensable tener en cuenta los criterios señalados por la doctrina y acogidos reiteradamente por la jurisprudencia. Dichos criterios han sido planteados entre otros, por el autor Jorge Otamendi, quien al respecto señaló: "La confusión puede producirse en tres campos el visual, el auditivo o el ideológico "4.3. Confusión visual.

"Es la confusión causada por la identidad o similitud de los signos, sean éstos palabras, frases, dibujos, etiquetas o cualquier otro, por su simple observación.

"4.4 Confusión auditiva.

"Esta confusión se da cuando la pronunciación de las palabras tiene una fonética similar.

"4.5 Confusión ideológica.

"4.5.1 Similitud conceptual de palabras.

"Es la que se deriva del mismo parecido contenido conceptual de las marcas..."

Es así como, para determinar la confundibilidad entre la marca BANCARED Y DISEÑO y el nombre de dominio BANCARED.COM, debemos tener en cuenta que la confusión puede producirse en el plano visual, en el auditivo o en el ideológico y que el orden en que se analicen estos aspectos dependerá del tipo de marcas de que se trate. Por lo tanto, el examinador, al analizar una marca mixta, debe determinar cual es el elemento que prevalece dentro de ella, atendiendo a la impresión de conjunto que despierte la marca, analizándola sucesivamente, colocándose en el lugar del consumidor presunto y teniendo en cuenta las semejanzas y no las diferencias entre las expresiones en conflicto.

De igual forma, es de notar que en las marcas mixtas suele prevalecer el aspecto nominativo sobre el gráfico, en atención a la fuerza expresiva de las palabras, las cuales tienden a ser gravadas en la mente del consumidor que las percibe con mayor facilidad. Lo anterior, no obsta para que en algunas ocasiones el aspecto gráfico sea el que caracterice a la marca en estudio. Sin embargo, es evidente que en el caso de la marca BANCARED Y DISEÑO, el aspecto nominativo sea el que predomine, dado que el gráfico se limita a incluir cierto diseño tendiente a destacar a la expresión BANCARED.

Resulta pues obvia la coincidencia letra por letra del nombre de dominio de segundo nivel BANCARED con la marca de la "Demandante". Con ello, el "Panel" tiene por acreditada la identidad del nombre de dominio BANCARED.COM con tal marca. La adición de ".com" en el conjunto del nombre de dominio en nada cambia esa conclusión a los fines de la "Política", artículo 4 a) i) pues esta es una partícula correspondiente al nivel superior de dominio genérico.

Existe identidad cuando una cosa es la misma que otra con la que se compara, lo que ciertamente ocurre en este caso, donde la marca y el dominio de segundo nivel son intercambiables sin que pueda apreciarse diferencia ninguna.

Aunque la marca de la "Demandante" contiene junto con la denominación BANCARED algunos elementos de diseño, debe aclararse que puesto que los nombres de dominio no son susceptibles de incorporar ningún tipo de elemento gráfico, la identidad existe siempre que las denominaciones así lo sean, con independencia de esos otros elementos de diseño que puedan estar presentes.

En consecuencia, el "Panel" encuentra que el nombre de dominio BANCARED.COM es idéntico a la marca BANCARED Y DISEÑO de la "Demandante".

6.3 Derechos e Intereses Legítimos Respecto del Nombre de Dominio

La "Demandante" alega que el "Demandado" no tiene derechos o intereses legítimos sobre el nombre de dominio BANCARED.COM. Esto no ha sido específicamente contestado por el "Demandado" como era su obligación conforme al artículo 5(b)(i) del "Reglamento".

El "Demandado" atribuye el origen del nombre de dominio BANCARED.COM a un acrónimo del lema del grupo ambientalista que aparentemente preside "Bosques y Areas Naturales para la Conservación del Agua" y que la expresión RED se la colocó dado que en el idioma Español no existe la preposición ".e", que en Inglés significa: electrónico. Sin embargo, se abstiene de aportar las pruebas de la existencia de dicho grupo o de la calidad de "CEO", con la que afirma obrar.

Aún cuando, el "Demandado" afirma que el grupo que preside desarrolla actividades no comerciales o no concurrenciales, nada obra dentro del expediente que apoye esa manifestación, lo que implica que la presunción de finalidad concurrencial, propia del derecho de competencia desleal no fue desvirtuada por el "Demandado". Acerca de esta presunción, el doctrinante José Masager en su obra "Comentarios a la Ley de Competencia Desleal", Editorial Civitas, Madrid, 1999, página 124, señaló lo siguiente:

"...de otro lado, la presunción de finalidad concurrencial se ha formulado sin restricción alguna desde un punto de vista subjetivo y por tanto, vale tanto para los operadores económicos profesionales, como para aquellos que intervienen en el mercado de forma esporádica o para la satisfacción de necesidades económicas e individuales, así como vale tanto para los que desarrollan una actividad empresarial o profesional como para los que lleven a cabo actividades científicas, deportivas, caritativas..."

Así mismo, en sus numerosos escritos, el "Demandado" no ofrece ningún dato relativo a su profesión, las actividades culturales, sociales o profesionales que haya podido venir desempeñando hasta la fecha, ni ningún otro dato que permita valorar la credibilidad de sus manifestaciones sobre una finalidad no comercial o concurrencial.

Teniendo en cuenta que el "Demandado" se identifica como parte de un grupo ambientalista, llama la atención al "Panel" que el dominio de nivel superior escogido haya sido el ".com" y no el ".org", el cual igualmente se encontraba disponible en la fecha en la que aquél registró el nombre de dominio BANCARED.COM y se adecuaba mejor a la naturaleza y finalidades del grupo ambientalista de la que aparentemente hace parte el "Demandado". De igual forma, es sorprendente el hecho de que a pesar de que el "Demandado" afirma actuar a nombre del mencionado grupo ambientalista, el nombre de dominio haya sido registrado en su propio nombre. Estas situaciones que fueron señaladas de manera reiterada por la "Demandante" en sus escritos y no fueron contra argumentadas por el "Demandado" en ninguno de sus escritos.

También llama la atención el hecho de que el "Demandado" haya registrado otros nombres de dominio, tales como: "empaques.com", "envases.com", "salvavidas.com", "agua-pura.com", "aguapura.com" y "formas.com", en su propio nombre y en el mismo día y en los días subsiguientes a aquél en el que solicitó el registro del nombre de dominio objeto del conflicto. Es de notar, que con la excepción del dominio "aguapura.com", en cuya página aparece una breve información concerniente al tema del medio ambiente y en la que se hace referencia a información que sería presentada con posterioridad, dichos dominios no se encuentran activos. Las anteriores afirmaciones han sido debidamente probados por la parte "Demandante" y no fueron contestados en debida forma por el "Demandado", lo cual constituye un indicio grave en su contra. Ese registro en masa de nombres de dominio poco hace para probar que el "Demandado" tenga derechos o intereses legítimos sobre el nombre de dominio objeto del presente procedimiento. Por el contrario, lo que el hecho mencionado induce a pensar es que el "Demandado" en un momento dado decidió registrar dichos nombres de dominio con fines especulativos. En particular, y como lo aduce la "Demandante" y no lo niega el "Demandado", éste no se encuentra legitimado para el uso del nombre "BANCARED" por no ser titular de ninguna marca "BANCARED", ni tener derecho de ninguna clase para el uso de esa marca. Al respecto, el CONVENIO CENTROAMERICANO PARA LA PROTECCION DE LA PROPIEDAD INDUSTRIAL en su artículo 26, señala lo siguiente:

"El propietario de una marca registrada tendrá los derechos siguientes:

"....

(b) Hacer cesar el uso o imitación indebida de aquélla;..."

E0s así, como la disposición antes citada le otorga al titular de un registro marcario la facultad de impedir los actos de imitación o el uso que un tercero realice sobre su marca. Esto implica que correlativamente quien use o imite una marca registrada por una persona, no se haya legitimado para ello.

En el ámbito de la competencia desleal, el artículo 10 bis del CONVENIO DE PARIS PARA LA PROTECCION DE LA PROPIEDAD INDUSTRIAL prohíbe los actos de confusión en los siguientes términos:

"En particular deberán prohibirse:

"1) Cualquier acto capaz de crear confusión, por cualquier medio que sea, respecto del establecimiento, los productos o la actividad industrial y comercial."

De igual forma, El CONVENIO CENTROAMERICANO PARA LA PROTECCION DE LA PROPIEDAD INDUSTRIAL en su artículo 65 define la competencia desleal en los siguientes términos:

"Artículo 65. Sin perjuicio de lo prescrito en las leyes penales de los Estados Contratantes, para los efectos de este Convenio se entiende por competencia desleal todo acto o hecho engañoso que como los que contempla el artículo 66, se realice con la intención de aprovecharse indebidamente de las ventajas que otorgan las marcas, nombres comerciales y las expresiones o señales de propaganda en perjuicio del titular de las mismas o del público consumidor."

El artículo 66 del mencionado Convenio por su parte, consagra una lista enunciativa de las conductas que pueden ser consideradas de competencia desleal, previendo en su literal (d) lo siguiente:

"Artículo 66. Para los fines del presente Convenio constituirá competencia desleal la realización por cualquier persona de actos como los siguientes:

"...

"d. La reproducción aún parcial, de los elementos gráficos o fonéticos de una marca ajena, sin la autorización de su propietario; ..."

Por lo tanto, quien incurra en esta prohibición, estará en una posición ilegítima frente al titular del registro marcario.

Además el "Demandado" no ha utilizado nunca, ni utiliza actualmente la denominación BANCARED.COM para llevar a cabo alguna oferta propia de productos o servicios. Ello se aprecia particularmente al tratar de acceder al sitio www.bancared.com.

De otra parte, la "Demandante" si bien no probó la notoriedad de su marca BANCARED Y DISEÑO, sí logró demostrar un uso y una publicidad masiva en Guatemala por lo menos desde el año 1996, es decir, meses antes a que el "Demandado" obtuviera el registro del nombre de dominio en cuestión. Igualmente, se debe tener en cuenta que la marca BANCARED Y DISEÑO fue solicitada por la "Demandante" desde el 25 de junio de 1993, aún cuando su inscripción en el Registro de la Propiedad Industrial de Guatemala solo se efectuó hasta el 6 de octubre de 1998.

Al respecto, es de notar que el "Demandado" en ningún momento niega conocer la marca BANCARED Y DISEÑO, ni los servicios identificados con dicha marca, a pesar de que es evidente de que el registro de dicha marca fue posterior al registro de su nombre de dominio.

Es así como, desde el momento de su registro el nombre de dominio BANCARED.COM no ha sido utilizado por parte del "Demandado" para identificar servicios financieros a través de Internet, ni para distinguir cualquier otro servicio o producto. A pesar de que el "Demandado" afirma que esto se debe al conflicto entre dicho nombre de dominio y la marca BANCARED Y DISEÑO, no explica suficientemente esta situación toda vez que fue él mismo quien le ofreció a la "Demandante" la transferencia del dominio. El "Demandado" tampoco explica la finalidad que tuvo al registrar el nombre de dominio en cuestión, ni la razón por la cual considera que se encontraba legitimado para registrarlo, lo que induce necesariamente al "Panel" a dudar que tenga derechos o intereses legítimos sobre el mismo. El "Demandado" ni en su contestación a la demanda, ni en los escritos subsiguientes, se molesta siquiera en referirse a ese punto, habida cuenta de lo dispuesto por el artículo 5 b) i) del "Reglamento" (carga de contestar específicamente a las alegaciones del "Demandante"). Ello constituye una presunción desfavorable en contra del "Demandado" en cuanto a la posible existencia de derechos e intereses legítimos propios de éste en relación con el dominio BANCARED.COM.

Finalmente, el artículo 4 (c) de la "Política" establece varias maneras como el "Demandado" puede demostrar sus derechos y sus legítimos intereses sobre el nombre de dominio al responder la demanda, señalando las siguientes:

"i) antes de haber recibido cualquier aviso de la controversia, usted ha utilizado el nombre de dominio, o ha efectuado preparativos demostrables para su utilización, o un nombre correspondiente al nombre de dominio en relación con una oferta de buena fe de productos o servicios; o "ii) usted (en calidad de particular, empresa u otra organización) ha sido conocido corrientemente por el nombre de dominio, aun cuando no haya adquirido derechos de marcas de productos o servicios; o "iii) usted hace un uso legítimo y leal o no comercial del nombre de dominio, sin intención de desviar a los consumidores de manera equívoca o de empañar el buen nombre de la marca de productos o de servicios en cuestión con ánimo de lucro."

Si bien las causales enumeradas son enunciativas y no taxativas, el "Demandado" no ha provisto al "Panel" de las pruebas que evidencien que se encuentra en alguna de dichas situaciones, lo cual lo justificaría para tener algún interés legítimo en el nombre de dominio en cuestión. Teniendo en cuenta que la "Demandante" no ha otorgado licencia al "Demandado" para el uso de su marca BANCARED Y DISEÑO o para registrar un nombre de dominio que incluya dicha expresión, así como el hecho de que la expresión BANCARED realmente no guarda relación con el nombre o las actividades del "Demandado", el "Panel" determina que el "Demandado" carece de derechos e intereses legítimos sobre el nombre de dominio BANCARED.COM.

6.4 Registro de Mala Fe

Mucho se ha discutido acerca de si para que surja la obligación de sometimiento al procedimiento administrativo señalado en el artículo 4 (a) de la "Política", es necesario que se cumplan todas las situaciones allí establecidas. Es decir, la semejanza o confundibilidad entre el nombre de dominio y la marca, la falta de legitimidad del titular del registro del nombre de dominio respecto de dicho dominio y la mala fe en el registro y en el uso del nombre de dominio.

El hecho de que en la enumeración de las circunstancias se haya utilizado la conjunción "y" indica que el "Demandante" debe probar la ocurrencia de las tres causales. Así fue interpretado por el Panel Administrativo de la OMPI, en el Caso No. D99-0001. En el párrafo 6 de dicha Decisión, el Panel Administrativo se refiere a la historia legislativa de la "Política" y en particular al Segundo Reporte de Implementación de Documentos para dicha "Política" e indica que hubo comentarios de parte de la INTA ("International Trademark Association") y de varios propietarios de marcas, tendientes a abogar por ampliar la definición de registro de mala fe o abusivo, incluyendo de manera independiente tanto los casos de registro de mala fe, como los de uso de mala fe, en vez de exigir la coincidencia de ambas circunstancias. Esto, en atención a que se ha visto que los piratas de la red o "cybersquatters" muchas veces registran numerosos nombres de dominio, sin usarlos, lo cual evitaría la aplicación del procedimiento administrativo, a la luz de la interpretación antes anotada. Aún cuando este argumento parece tener mérito, tal y como lo señala el Panel Administrativo en el caso antes citado, implicaría un cambio en la "Política".

Sin embargo, tanto el Reporte de la OMPI, como recomendaciones hechas por los registradores, requirieron el cumplimiento del registro y el uso de mala fe para la procedencia del procedimiento administrativo.

Hecho el anterior preámbulo, la "Demandante" afirma que el dominio BANCARED.COM ha sido registrado y usado de mala fe, y que fue registrado con la única y exclusiva intención de venderlo por un precio más elevado que el que le costó adquirirlo al "Demandado". La "Demandante" afirma también en su demanda que poco después de haber efectuado el registro del nombre de dominio BANCARED.COM, el "Demandado" contactó telefónicamente al señor Otto Knoke Schlosser,

Representante Legal de la "Demandante" con el fin de venderle el nombre de dominio en cuestión a un precio indeterminado, que cubriría: costo, gastos los recargos y demás gastos extras en que él había incurrido, por el registro, mantenimiento y la administración del nombre de dominio mencionado.

Empero, ésta afirmación de la "Demandante" carece de sustento probatorio. A pesar del requerimiento del "Panel", la "Demandante" no arrojó prueba documental o testimonial, así sea rendida ante Notario Público, de las supuestas llamadas telefónicas hechas por el "Demandado" para vender el dominio tan pronto lo obtuvo. En comunicación del 27 de julio de 2000, la "Demandante" manifestó al "Panel" su imposibilidad de grabar las conversaciones telefónicas sostenidas con el "Demandado", toda vez que la legislación en Guatemala prohíbe esta práctica.

Al respecto, debemos resaltar que el "Panel" en ningún momento ha exigido que se le presenten grabaciones de las conversaciones telefónicas sostenidas entre el "Demandante" y el "Demandado", dado que es consciente de la prohibición

que reposa sobre ésta práctica. Sin embargo, el "Panel" deja en claro que el "Demandante" no aportó ni siquiera, por ejemplo, una prueba testimonial rendida por su Representante Legal ante un Notario Público, que hubiese podido sustentar sus afirmaciones en este sentido.

No obstante lo anterior, en el escrito del 6 de junio de 2000, el "Demandado" confiesa que: "los gastos que pidió rembolsar a la fecha son de \$1200.00 y que eran menos de la mitad en el momento de contactar al señor Knoke hace más de tres años". Posteriormente, en su comunicación del 30 de junio de 2000, el "Demandado" manifiesta que estaría dispuesto a transferir el nombre de dominio a cambio de una donación a una organización internacional ecologista por el monto que se considere relacionado al valor del dominio y un cheque por valor de \$0.1 a su favor. Por último, en su escrito del 18 de julio de 2000, el "Demandado" sí afirma que han sido cuatro las llamadas telefónicas realizadas con motivo del conflicto y el valor de los gastos que debían ser reembolsados por concepto de la transferencia del nombre de dominio BANCARED.COM era por la suma de \$350.00.

Es así, como si bien el "Demandado" no reconoce expresamente que haya adquirido el nombre de dominio materia del conflicto con la intención de venderlo, es claro que por lo menos en momentos posteriores a la obtención del registro respectivo, estaba dispuesto a transferirlo a cambio de una contraprestación económica superior a la suma de USD\$100.00, correspondientes a lo que dicho registro costó, según la prueba allegada por la "Demandante".

Con lo dicho el "Panel" considera que el "Demandado" no sólo no ha negado su exigencia a la "Demandante" de una suma superior a "los costos diversos documentados que están relacionados directamente con el nombre de dominio" (artículo 4 b) i) de la "Política"), sino que directamente la reconoce.

En lo concerniente al Registro del nombre de dominio BANCARED.COM hecho de mala fe por parte del "Demandado", también se debe resaltar el hecho de que éste fue empleado de la empresa CABLENET, tal y como consta de las pruebas aportadas por la "Demandante" y por las afirmaciones del "Demandado". Esta empresa mantuvo relaciones comerciales con la "Demandante", motivo por el cual aquél pudo llegar a conocer las intenciones de la "Demandante" de hacer uso de su marca BANCARED Y DISEÑO en el Internet. Ello se corrobora con el hecho aducido por el "Demandado", de que al tiempo en que se presentaron los hechos CABLENET contaba con tan solo cuatro empleados, uno de los cuales era él. El "Demandado" alegó sin probarlo que el nombre de dominio BANCARED.COM es producto de su creatividad. Así mismo, el "Demandado" tampoco negó conocer a la "Demandante", ni a los servicios prestados por ella e identificados con la marca

BANCARED Y DISEÑO. Obviamente, de haber tenido el "Demandado" derechos o intereses legítimos sobre el nombre de dominio, él podría haber vendido, como cualquier otra propiedad privada, tal nombre de dominio a quien quisiera pagarlo, al precio que se conviniera. Pero el "Demandado" no tiene ni derechos ni intereses legítimos sobre el nombre de dominio, tal y como quedó establecido en el punto 6.3 arriba.

El "Demandado" también afirmó que había ofrecido al "Demandante" la transferencia del nombre de dominio en cuestión a cambio de \$350.00, que cubrirían los gastos efectuados por él en la obtención y administración de dicho dominio. Sin embargo, no acreditó ante el "Panel" cuáles fueron esos gastos, por lo que resta concluir que al ser dicha suma superior al valor de \$100.00, señalado por el "Registrador" como el valor del registro de un nombre de dominio y su mantenimiento por dos años, en prueba aportada por la "Demandante", el

"Demandado" incurrió en lo establecido en el artículo 4 b) i) de la "Política" por cuanto, el valor cobrado, así este no sea manifiestamente exagerado, supera los costos documentados del registro del dominio BANCARED.COM en el año de 1997.

La "Demandante" aportó con su Réplica pruebas que evidencian la publicidad que por lo menos desde el año de 1996 ha venido realizando sobre su marca BANCARED Y DISEÑO. Igualmente aportó las pruebas indiciarias del conocimiento que pudo tener el "Demandado" de la existencia de dicha marca y de los planes de su titular, TRANSACCIONES UNIVERSALES SOCIEDAD ANONIMA, de incursionar en el Internet. El "Demandado" sabía o al menos debía saber de la existencia de los servicios distinguidos por la marca BANCARED Y DISEÑO. Por lo tanto, registrar como nombre de dominio una expresión confundible o idéntica con una marca registrada impide que el titular marcarlo refleje la marca en el nombre de dominio correspondiente.

La "Política", en su artículo 4 b) ii), requiere que el "Demandado" "haya desarrollado una conducta de esa índole". El "Panel" considera que el "Demandado", al conocer las circunstancias de titularidad y uso de la marca ajena a la que es idéntica el dominio, y registrarlo sin derechos ni intereses legítimos propios, ha incurrido en una conducta de tal índole, con lo que se determina que el requisito descrito se encuentra presente.

El "Demandado" también ha incurrido, si bien parcialmente, en la circunstancia de registro de mala fe de la "Política", en su artículo 4 b) iii) que dice: "Usted ha registrado el nombre de dominio fundamentalmente con el fin de perturbar la actividad comercial de un competidor".

A todas luces, el "Demandado" no es un "competidor" de la "Demandante". Tampoco consta que la finalidad del registro haya sido "fundamentalmente" conseguir esa perturbación, que suele hacerse en el contexto de una competencia desleal directa para aumentar la cuota propia de mercado. Aquí la perturbación se ha realizado para hostigar a la "Demandante" y conducirla a negociaciones sobre venta del dominio, con lo que la correspondencia parcial de la conducta del "Demandado" con el citado artículo 4 b) iii) de la "Política" queda enmarcada, así como la circunstancia de impedir que la marca se refleje en el dominio, en un designio global dirigido directamente a forzar la compra del dominio. El "Panel" concluye por lo tanto, que la "Demandante" ha probado la circunstancia del artículo 4(b)(i) de la "Política". De otra parte, la finalidad de lucro ilegítimo por la venta del nombre de dominio no agota las circunstancias de registro de mala fe, que han sido enumeradas sólo como ejemplo en la "Política". Que el "Demandado" haya registrado un nombre de dominio ".com", de uso comercial de acuerdo al "Request for Comments 1591", cuando al mismo tiempo afirma que BANCARED corresponde a una organización ambientalista, habla de una consecuencia inadmisibles en quien dice obrar de buena fe. Si hubiese sido consecuente el "Demandado" con lo que ha afirmado en sus escritos, durante el presente procedimiento, entonces no debería haber pensado en registrar un nombre de dominio ".com", destinado a un uso comercial, dado que según él mismo ha afirmado la organización que preside no tiene fines comerciales.

Además, la falta de uso del nombre de dominio BANCARED.COM por parte del "Demandado", desde el momento mismo de su registro, no solo pone de presente que dicho "Demandado" no lo requiere para el desarrollo de sus actividades, sino que confirma que el registro ha sido hecho manifiestamente con la intención de impedirle al titular de la marca el uso de dicho dominio, logrando consolidar un poder de negociación sobre aquél. Como se vio, el "Demandado" no ha probado derechos ni intereses legítimos propios sobre el nombre de dominio, ni mucho menos algún interés legítimo como, por ejemplo, "realmente querer ilustrar" al público sobre el cuidado del medio ambiente.

Por todo lo expuesto, el "Panel" determina que el nombre de dominio BANCARED.COM ha sido registrado de mala fe.

6.5 Utilización de Mala Fe

Reprocha la "Demandante" al "Demandado" la falta de utilización legítima del nombre de dominio BANCARED.COM por más de dos años, tratándose de un nombre de dominio idéntico o engañosamente similar a la marca BANCARED Y DISEÑO, de la cual es titular aquélla.

Coincidentemente con lo alegado por el "Demandante", este "Panel" ha constatado mediante una visita independiente realizada el 30 de junio de 2000 al sitio web www.bancared.com que no es posible lograr el acceso a página alguna.

Al respecto, la "Demandante" trae a colación la opinión del Panelista Unico, Roberto A. Bianchi, quien en la decisión del Panel Administrativo presentado ante el Centro de Arbitraje y Mediación de la OMPI en el caso No. D2000-0143, señaló lo siguiente:

"Por otra parte, mantener meses después del registro el sitio "en construcción" cuando el nombre de dominio es idéntico o confundiblemente similar a la marca de vinos del demandante muy conocida en el país demandado y provocando la posibilidad de confusión a los navegantes de la WEB que deseen conectarse con el sitio del demandante –sin aclararles que su conexión no se ha hecho con un sitio del demandante- representa un uso evidente de la mala fe. En consecuencia, el panel determina que el nombre de dominio raimat.com ha sido usado y se usa de mala fe por el demandado."

En efecto, el nombre de dominio BANCARED.COM no conduce a una página web o a cualquier otra presencia en el Internet. No existe prueba alguna que apunte a que una página web u otra presencia en el Internet estén en proceso de construcción para ser utilizados con dicho nombre de dominio. Tampoco hay prueba que evidencie que se esté realizando publicidad o promoción del nombre de dominio. Sin embargo, tal y como fue expuesto en el punto 6.4, el uso de mala fe no debe ser circunscrito a un obrar positivo, sino ampliado a una falta de uso. Es así, como es posible que dadas las circunstancias, la inactividad del demandado pueda llevar a considerar que se encuentra usando el nombre de dominio de mala fe. Así fue reconocido por el Panel Administrativo en el caso No. D2000-003, a propósito del registro del nombre de dominio TELSTRA.ORG. Adicionalmente, el artículo 4 b) de la "Política" reconoce expresamente que la enumeración de las pruebas del registro y utilización de mala fe es de tipo enunciativo, por cuanto dispone: "las circunstancias siguientes, entre otras,..."

El "Panel" considera que en el caso en cuestión, la falta de uso del nombre de dominio BANCARED.COM por parte del "Demandado", sin la debida justificación por parte del mismo, pone de presente un uso de mala fe. Las circunstancias particulares del caso en estudio, que llevan al "Panel" a la anterior conclusión son las siguientes:

a) El "Demandante" ha demostrado que su marca BANCARED Y DISEÑO, la cual es idéntica al nombre de dominio BANCARED.COM, ha sido objeto de extensa publicidad, por lo que es ampliamente conocida en Guatemala y en otros países Centroamericanos;

- b) El "Demandado" no proveyó al "Panel" de prueba alguna que evidenciara siquiera sumariamente que actuó o ha actuado de buena fe en el registro y en el uso del nombre de dominio en cuestión;
- c) El "Demandado" no desconoce de manera expresa la existencia de la marca BANCARED Y DISEÑO. Por el contrario, las pruebas aportadas por la "Demandante" ponen de presente que mediante la relación laboral del "Demandado" con la empresa CABLENET, éste pudo haber tenido conocimiento de la existencia de los planes de la "Demandante" para incursionar en el Internet utilizando su marca.
- d) El "Demandado" acepta haber pedido al "Demandante" por la transferencia del registro del nombre de dominio un monto superior a aquél constituido por el valor de su registro y de su mantenimiento, lo cual evidencia su ánimo de lucro.
- e) El "Demandado" no manifestó el tipo de actividades a las que se dedica. A pesar de que dice actuar en calidad de "CEO" del grupo "Bosques y Areas Naturales para la Conservación de las Aguas", no aportó prueba alguna que sustentara estas afirmaciones, lo cual hace poco plausible concebir alguna circunstancia en la que pudiese usar legítimamente el nombre de dominio BANCARED.COM.
- f) Las anteriores circunstancias ponen de presente que el eventual uso del nombre de dominio BANCARED.COM por parte del "Demandado", sería ilegítimo, pudiendo constituir una violación de las normas que regulan la competencia desleal y una usurpación de los derechos de propiedad industrial de la "Demandante".

Por todo lo expuesto, el "Panel" determina que la conducta omisiva en cuanto a la ausencia de uso del nombre de dominio BANCARED.COM por parte del "Demandado", constituye una forma de uso de mala fe.

7. Decisión

El "Panel" ha determinado que el nombre de dominio BANCARED.COM es idéntico a la marca BANCARED Y DISEÑO de la "Demandante". Asimismo, el "Panel" ha determinado que el "Demandado" carece de derechos e intereses legítimos respecto de dicho nombre de dominio. El "Panel" también ha determinado que el registro de dicho nombre de dominio por el "Demandado" ha sido efectuado de mala fe y que la falta de uso del nombre de dominio por parte de éste es una conducta que tiene una clara connotación de mala fe.

Por todo ello y conforme a los artículos 4 i) y 15 de la "Política" y el "Reglamento" respectivamente, el "Panel" resuelve ordenar que el registro del nombre de dominio BANCARED.COM sea transferido a la "Demandante", TRANSACCIONES UNIVERSALES SOCIEDAD ANONIMA.

Fernando Triana
Panelista Unico
2 de agosto de 2000

BIBLIOGRAFÍA

1. AIMONE GIBSON, Enrique. **Derecho económico internacional**. Chile: Ed. Universitarias, 1980.
2. BRISEÑO SIERRA, Humberto. **El arbitraje en el derecho privado: situación internacional el arbitraje privado**. México: Universidad Autónoma de México, 1963.
3. CABANELLAS DE LA CUEVA, Guillermo. **Derecho de las inversiones extranjeras**. Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta, 1987.
4. CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. **Convención de Nueva York vs. convención de Panamá sobre reconocimiento e ejecución de laudos arbitrales**. Disponible en: <http://www.amcham.org.pe/laudonoviembre.pdf>
5. CALDERON RODRIGUEZ, Ana Karina. **La solución de conflictos entre particulares por medio de arbitraje comercial**. Universidad Rafael Landívar, Guatemala: 1995 Tesis de graduación.
6. CASTAÑEDA, Jorge y otros. **Derecho económico internacional: análisis jurídico de la carta de los derechos y deberes económicos de los estados**. Fondo de Cultura Económica, México, 1976.
7. CASTELLANOS HOWELL, Álvaro Rodrigo. **El arbitraje como medio alternativo para la solución de conflictos entre particulares, situación actual y sus perspectivas**. Ponencia preparada para el XV Congreso Jurídico Guatemalteco.
8. COUSO, Javier A. **La producción del derecho económico internacional y la necesidad de una democracia cosmopolita**. Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales, Chile, 2002. Disponible en: <http://islandia.law.yale.edu/sela/cousos.pdf>

9. CUADRADO ROURA, Juan R. **Introducción a la política económica**. España: Ed. McGraw Hill, Interamericana, España, S.A., 1995.
10. DE HERBON FELDSTEIN, Leonardi. **Arbitraje interno e internacional. El arbitraje**. Buenos Aires, Argentina: Abenedo-Perrot. S.A.E., 1994.
11. DICCIONARIO ESPASA JURÍDICO. Madrid, España: Ed. Espasa Calpe, S.A., 2005.
12. DOMÍNGUEZ VARGAS, Sergio. **Teoría económica, nociones elementales**. México: Ed. Porrúa, S.A., 1992.
13. ETHEVERRY, Raúl Aníbal. **Derecho comercial y económico, obligaciones y contratos comerciales, parte general**. Buenos Aires, Argentina: Ed. Astrea, 1994.
14. FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara. **Contratos internacionales**. Buenos Aires, Argentina: Ed. Abeledo Perrot, S.A.E., 1995.
15. GARCÍA AMADOR, Francisco. **Derecho internacional del desarrollo**. Madrid, España: Ed. Civitas, S.A., 1987.
16. GÓMEZ GRANILLO, Moisés. **Introducción al derecho económico**. México: Ed. Esfinge, 1995.
17. GUZMAN, Marco Antonio. **Derecho económico ecuatoriano**. Ecuador: Disponible en: <http://www.comunidadandina.org/bda/docs/EC-CA-0002.pdf>
18. KRAMER ROOT, d´Arlin. **Internacional trade, el comercio internacional y la economía nacional**; 2da. ed. Cincinnati, Ohio, Estados Unidos: Ed. South-Western Publishing Company, 1974.
19. LÓPEZ ROSADO, Felipe. **Economía política**. México: Ed. Porrúa, S.A., 1982.

20. MADRID HURTADO, Miguel de la. **El pensamiento económico en la constitución mexicana de 1857**. México: Ed. Porrúa, S.A., 1986.
21. MARZORATI, Osvaldo. **Derecho de los negocios internacionales, métodos modernos de solución de disputas**. Buenos Aires, Argentina: Ed. Astrea de Palma., 1993.
22. MOSSET ITURRASPE, Jorge. **La frustración del contrato**. Argentina: Ed. Rubinzal-Culzoni, 1991.
23. NUEVA ENCICLOPEDIA JURÍDICA. Barcelona, España: Ed. Francisco Seix, S.A., 1985.
24. OLIVERA, Julio H.G. **Derecho económico, conceptos y problemas fundamentales**. Argentina: Ed. Macchi, 1981.
25. PALACIOS LUNA, Manuel R. **El derecho económico en México**. México: Ed. Porrúa, S.A., 1996.
26. POEMER, Andrés. **Introducción al análisis económico del derecho**. México: Fondo de Cultura Económica, 1994.
27. RANGEL COUTO, Hugo. **Derecho Económico**. México: Ed. Porrúa, S.A., 1986.
28. REVISTA DE LA ASOCIACIÓN DE GERENTES DE GUATEMALA, **Revista Gerencia. Número 283**. Guatemala, 1994.
29. RIVERA NEUTZE, Antonio Guillermo. **El proceso práctico arbitral**. Guatemala: Ed. Imprenta y Fotograbado Llerena, S.A., 1996.
30. SANTOS BRIZ, Jaime. **Derecho económico y derecho civil**. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1963.

31. SECCIÓN DE OBRAS DE POLÍTICA Y DERECHO. **Derecho económico internacional**. Distrito Federal, México, 1976.
32. SERRA ROJAS, **Andrés**. **Derecho económico**. México: Ed. Porrúa, S.A., 1981.
33. TORRES LOPEZ, Juan. **Análisis económico del derecho**. Madrid, España: Ed. Tecnos, S.A., 1987.
34. ULISES MONTOYA. **La convención interamericana de arbitraje comercial internacional de 1975. (Convención de Panamá)**. XI Conferencia interamericana de arbitraje comercial. Madrid, España, 1992. Disponible en: <http://www.unmsm.edu.pe/derecho/Docus/XI%20CONFERENCIA%20INTERAMERICANA%20DE%20ARBITRAJE%20COMERCIAL.pdf>
35. WITKER, Jorge. **Derecho económico**. México: Ed. Harla, 1985.
36. WITKER, Jorge y Laura Hernández. **Régimen Jurídico del comercio exterior en México**. México: Ed. UNAM, 2000.

LEGISLACIÓN:

7. **Constitución Política de la República de Guatemala**. Asamblea Nacional Constituyente, 1986.
8. **Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional**. Congreso de la República de Guatemala, Decreto Numero 35-86, 1986.
9. **Convención sobre Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias**. Jefatura de Estado, Decreto Ley 9-84, 1984.
10. **Convenio sobre Ley aplicable a las Obligaciones contractuales**, Roma 1980.

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

12. **Tratado de libre comercio entre República Dominicana, Centroamérica y Estados Unidos.** Congreso de la República de Guatemala, Decreto Número 31-2005, 2005.