

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



**EL ACUERDO DE ARBITRAJE  
EN LOS CONTRATOS MERCANTILES ATÍPICOS**

**PABLO JOSÉ PRADO MENDÍA**

GUATEMALA, JUNIO DE 2009

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

**EL ACUERDO DE ARBITRAJE EN LOS CONTRATOS  
MERCANTILES ATÍPICOS**

TESIS

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

Por

**PABLO JOSÉ PRADO MENDÍA**

Previo a conferírsele el grado académico de

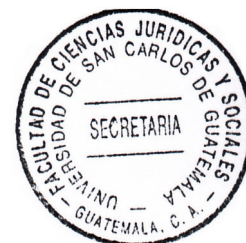
**LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

y los Títulos Profesionales de

**ABOGADO Y NOTARIO**

Guatemala, junio de 2009

**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. Marco Vinicio Marroquín García
VOCAL V:	Br. Gabriela María Santizo Mazariegos
SECRETARIO:	Lic. Avidán Ortiz Orellana

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ  
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

**Primera Fase:**

Presidente:	Lic. Julio Roberto Echeverría Vallejo
Vocal:	Lic. Juan Carlos Godínez Rodríguez
Secretario:	Lic. Enexton Emigdio Gómez Meléndez

**Segunda Fase:**

Presidente:	Lic. Héctor Manfredo Maldonado Méndez
Vocal:	Lic. Carlos Alberto Velásquez Polanco
Secretario:	Lic. Napoleón Gilberto Orozco Monzón

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

LIC. MARIO RENE CANO RECINOS  
ABOGADO Y NOTARIO  
15 CALLE 9-72, 3ER. NIVEL, ZONA 1.  
TELEFONOS: 22301516, 22199248 GUATEMALA. C.A.



Guatemala, 25 de julio del 2005.

Señor Licenciado:

**Bonerge Amílcar Mejía Orellana**

**Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales**

**de la Universidad de San Carlos de Guatemala**

Su despacho.

Señor Decano:

Respetuosamente en esta oportunidad me dirijo a usted, para manifestarle que cumpliendo con el contenido de la Providencia de fecha nueve de febrero del año dos mil cinco, procedí ASESORAR el trabajo de tesis denominado: "EL ACUERDO DE ARBITRAJE EN LOS CONTRATOS MERCANTILES ATÍPICOS", elaborado por el bachiller: PABLO JOSÉ PRADO MENDÍA, y al respecto me permito informarle que revisé cuidadosamente el material de tesis y luego de hacer algunas recomendaciones y correcciones, las cuales fueron atacadas y corregidas, me permito dictaminar que el mismo ha cumplido con las disposiciones normativas del artículo 32 de la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales para este tipo de monografía, por lo que puede ser discutido en examen público correspondiente.

De usted, atento,

Lic. Mario René Cano Recinos  
ABOGADO Y NOTARIO

ABOGADO Y NOTARIO, COLEGIADO 3733.

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 JURIDICAS Y SOCIALES. Guatemala, trece de junio del año dos mil cinco.-----

Atentamente, pase al LIC. EDUARDO GÓMEZ GARCÍA, para que proceda a Revisar el trabajo de Tesis del estudiante PABLO JOSÉ PRADO MENDIA, Intitulado: "EL ACUERDO DE ARBITRAJE EN LOS CONTRATOS MERCANTILES ATÍPICOS" y, en su oportunidad emita el dictamen correspondiente.-

MIAB/sllh

Circular stamp: FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES, DECANATO, GUATEMALA, C. A.

Circular stamp: FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES, SECRETARIA, Guatemala, C. A.

*Licenciado*  
**EDUARDO GÓMEZ GARCÍA**  
6ª. Av. "A" 20-69, zona 1, Oficina 8  
Teléfono: 2238-1008  
Guatemala, Guatemala, C. A.  
COLEGIADO No. 4,204



Licenciado  
Bonerge Amílcar Mejía Orellana  
Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales  
Universidad de San Carlos de Guatemala  
Ciudad Universitaria, zona 12.  
Su Despacho.

Señor Decano:

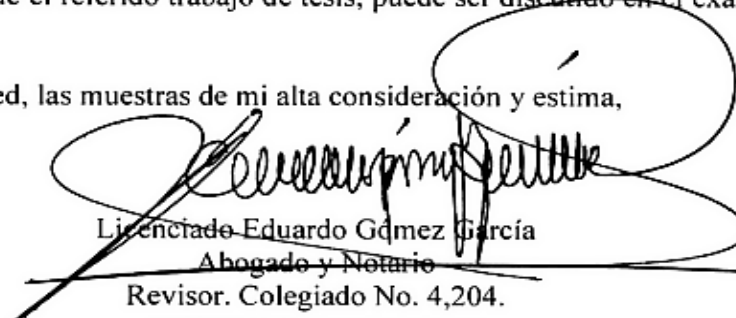
Con muestras de mi alta consideración y estima, tengo el honor de dirigirme a Usted, para hacer de su conocimiento, que de conformidad con el nombramiento emitido por ese Decanato, he procedido a revisar el trabajo de tesis del Bachiller PABLO JOSÉ PRADO MENDÍA, por lo que a continuación emito el siguiente dictamen:

El trabajo de tesis propuesto por el estudiante Prado Mendía, se titula "EL ACUERDO DE ARBITRAJE EN LOS CONTRATOS MERCANTILES ATÍPICOS"

De la revisión practicada, en mi opinión, se establece que el presente trabajo cumple con todos los requisitos exigidos por la reglamentación universitaria vigente, trabajo cuyo contenido científico y técnico, la metodología, las técnicas de investigación utilizadas, la redacción y bibliografía, son idóneos para el sustento de cada uno de los argumentos legales que sostiene la tesis. Trata de la importancia del arbitraje como un medio alternativo para la solución de conflictos acordado en los contratos mercantiles atípicos, para que de forma moderna y ágil se resuelvan los problemas conforme las normas y disposiciones legales vigentes.

En conclusión, para la elaboración del trabajo de investigación, se ha cumplido con lo establecido en el artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, en tal virtud, en mi calidad de revisor, me permito emitir DICTAMEN FAVORABLE y al efecto APRUEBO el trabajo de tesis en mención. Como consecuencia se ha cumplido con las finalidades determinadas por la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala, por lo que el referido trabajo de tesis, puede ser discutido en el examen público correspondiente.

Reitero a Usted, las muestras de mi alta consideración y estima,

  
Licenciado Eduardo Gómez García  
Abogado y Notario  
Revisor. Colegiado No. 4,204.

**LIC. EDUARDO GOMEZ GARCIA**  
**ABOGADO Y NOTARIO**



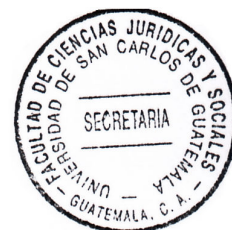
DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Guatemala, veintitrés de marzo del año dos mil nueve.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del trabajo de Tesis del (de la) estudiante PABLO JOSÉ PRADO MENDÍA, Titulado EL ACUERDO DE ARBITRAJE EN LOS CONTRATOS MERCANTILES ATÍPICOS. Artículos 31, 33 y 34 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.-

CMCM/slh





## DEDICATORIA

### A DIOS, A JESÚS Y A LA VIRGEN MARÍA:

Por la vida, al haberme permitido llegar a este momento cumbre; por la sabiduría que me han otorgado y a quienes les debo todo el respeto en su reino y ruego bendiga mi ejercicio profesional.

### A MIS PADRES:

Ciro Augusto Prado Echeverría y Magda Mendía de Prado, por sus sacrificios y ejemplos para lograr este éxito.

### A MIS HERMANOS:

Ciro David y Gerardo Andrés Prado Mendía. Por sus palabras de aliento en todo momento.

### A MIS TÍOS:

Por su apoyo.

### A MIS PRIMOS:

Cariñosamente.

### A MIS ABUELOS:

Carlos Ambrocio Mendía Avelar, María del Rosario Álvarez de Mendía (+), Hortensia Echeverría (+), David Prado (+), con amor.

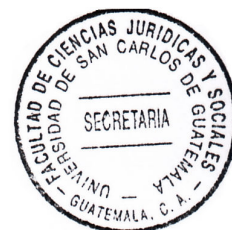
### A MI ASESOR:

Licenciado Mario René Cano Recinos.

### A MI REVISOR:

Licenciado Eduardo Gómez García.





A LOS LICENCIADOS:

Rosario Gil Pérez, Héctor Manfredo Maldonado Méndez, Napoleón Gilberto Orozco Monzón, Fredy Orellana Martínez, por conseguir este logro.

A LA ADMINISTRACIÓN DEL LICENCIADO BONERGE MEJÍA ORELLANA

Por su proyecto organizado de derecho, para el estudiantado.

A LA TRICENTENARIA:

Universidad de San Carlos de Guatemala, en especial a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, por mi formación profesional.

A MIS AMIGOS:

Saúl, René Polillo, Octavio, Rafael Ayala Penados, Jorge Mario Baldizón Cruz, Gustavo Sam, Mauricio Castro, Antonieta García, Profesor Daniel, Otto Franco, Javier, Gretel Aguilar, Estibalis Noriega, Guillermo, Beteta, Luis Felipe, Cristian, Marlon.

A MIS COMPAÑEROS DEL ORGANISMO JUDICIAL:

Especialmente los integrantes de los Juzgados Segundo de Primera Instancia Civil, Sexto de Paz Civil, Tribunal de Sentencia de Antigua Guatemala, del departamento de Sacatepéquez, Sala Primera y Sala Segunda de la Corte de Apelaciones del Ramo Penal.

A MI PATRIA:

Mi querida Guatemala.



## ÍNDICE

	<b>Pág.</b>
Introducción.....	i

### CAPÍTULO I

1. Medios alternativos de solución de conflictos.....	1
1.1 Generalidades.....	1
1.2 Definición.....	2
1.3 Métodos alternativos de solución de conflictos.....	4
1.3.1 La negociación.....	4
1.3.1.1 Concepto.....	4
1.3.2 La mediación.....	5
1.3.3 La conciliación.....	7
1.3.4 El arbitraje.....	10
1.3.5 La evaluación neutral.....	13
1.3.6 Otros medios alternativos de solución de conflictos.....	14
1.3.7 Los medios alternativos de solución de conflictos adversariales y no adversariales.....	15
1.3.8 Las principales características de los medios alternativos de solución de conflictos.....	15

### CAPÍTULO II

2. Derecho de arbitraje.....	19
------------------------------	----



Pág.

2.1	Generalidades.....	19
2.2	Sociedades primitivas.....	19
2.3	Época antigua.....	21
2.4	El arbitraje en el derecho romano.....	23
2.5	Edad media.....	25
2.6	Época contemporánea.....	26
2.7	Derecho eclesiástico.....	28
2.8	Guatemala.....	28
2.9	Naturaleza jurídica.....	30
2.10	Definición.....	32
2.11	Características del arbitraje.....	37
2.12	Clases de arbitraje.....	37
2.13	Estructura del arbitraje.....	38
2.14	Materias susceptibles de arbitraje.....	39
2.15	Materias no susceptibles de arbitraje.....	40

### **CAPÍTULO III**

3.	El acuerdo de arbitraje.....	43
3.1	Principios generales.....	43
3.2	Modalidades del acuerdo de arbitraje.....	44
3.2.1	Cláusula compromisoria.....	44
3.2.1.1	Requisitos esenciales de la cláusula compromisoria..	45
3.2.1.2	Características de la cláusula compromisoria.....	45



Pág.

3.2.1.3	Cláusulas compromisorias defectuosas.....	46
3.2.1.4	Técnica de la elaboración de las cláusulas compromisorias.....	47
3.2.2	El compromiso arbitral.....	51
3.2.2.1	Requisitos esenciales del compromiso arbitral.....	51
3.2.2.2	Características del compromiso arbitral.....	52
3.3	Elementos del acuerdo.....	53
3.3.1	Objeto.....	53
3.3.2	El consentimiento.....	53
3.4	Elementos de validez.....	55
3.4.1	Forma.....	55
3.4.2	Ausencia de vicios de la voluntad.....	57
3.4.3	Capacidad de las partes compromitentes.....	58
3.5	Consecuencias que produce el acuerdo de arbitraje.....	60
3.5.1	Suspensión dentro del procedimiento.....	63
3.5.2	Suspensión del procedimiento contra terceros.....	64
3.5.3	Perjuicios por incumplimiento al pacto arbitral.....	66
3.6	Autonomía del acuerdo arbitral.....	67

#### **CAPÍTULO IV**

4.	Los contratos mercantiles atípicos y sus condiciones generales.....	69
4.1	Definición de contrato.....	69



Pág.

4.1.1	Como una institución.....	71
4.1.1.1	Autonomía y libertad.....	72
4.1.1.2	La extensión esencial de la autonomía.....	74
4.1.1.3	Formas de manifestarse la autonomía.....	77
4.1.2	Los contratos atípicos o innominados.....	78
4.1.2.1	Generalidades de la contratación atípica.....	79
4.1.2.2	Definición.....	86
4.1.2.3	Elementos del contrato.....	87
4.1.2.3.1	Elementos esenciales.....	87
4.1.2.3.2	Elementos naturales.....	87
4.1.2.3.3	Elementos accidentales.....	87
4.2	Características de las obligaciones y de los contratos mercantiles.....	88
4.2.1	Características de las obligaciones mercantiles.....	88
4.2.2	Características de los contratos mercantiles.....	89
4.3	Sus estipulaciones.....	91
4.4	¿El contrato o instrumento público nulo, hace también nula la cláusula de arbitraje? y ¿esa nulidad es resuelta por un procedimiento ajeno al arbitraje?.....	94

## CAPÍTULO V

5.	Contratos mercantiles atípicos y sus costumbres.....	105
5.1	Contrato atípico de transferencia de tecnología -Know-how-.....	105
5.1.1	Diferencia.....	106
5.1.2	Obligaciones.....	106
5.1.3	Características.....	106
5.1.4	Elementos que caracterizan al Know how.....	107
5.2	Contrato atípico –joint-venture-.....	108
5.2.1	Definición.....	108
5.3	Contrato atípico de leasing.....	109
5.3.1	Definición.....	109
5.3.2	Modalidades del contrato de leasing.....	109
5.3.2.1	Leasing operativo.....	109
5.3.2.2	Leasing financiero.....	109
5.3.3	Elementos.....	110
5.3.4	Características.....	110
5.3.5	Etapas del contrato de leasing financiero.....	110
5.3.5.1	Etapas de administración.....	110
5.3.5.2	Etapas de disposición.....	111

5.3.6	Diferencia del leasing financiero con el arrendamiento.....	111
5.4	El contrato de factoring.....	112
5.4.1	Definición.....	112
5.4.2	Sujetos del contrato.....	112
5.4.3	Diferencia con el contrato de descuento.....	113
5.5	Contrato de underwriting.....	113
5.5.1	Definición.....	113
5.5.2	Diferencia con el contrato de suscripción de valores.....	114
5.5.3	Sujetos, objeto y forma del contrato.....	114
5.5.4	Modalidades del contrato.....	115
	CONCLUSIONES.....	117
	RECOMENDACIONES.....	119
	ANEXOS.....	121
	ANEXO A.....	123
	ANEXO B.....	132
	ANEXO C.....	142
	ANEXO D.....	143
	BIBLIOGRAFÍA.....	145



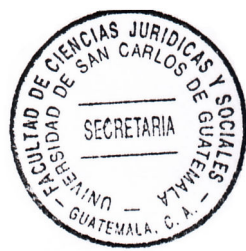
## INTRODUCCIÓN

El arbitraje responde a la realidad del nuevo orden económico mundial. El pacto arbitral o acuerdo de arbitraje es muy utilizado en las negociaciones mercantiles por contar con procedimientos ágiles y efectivos de solución de controversias.

Este análisis está contenido en cinco capítulos: el primero, se refiere a los distintos medios alternativos para la solución de conflictos. El segundo, menciona el derecho de arbitraje, sus antecedentes, su naturaleza jurídica, su definición. El tercero y cuarto, tratan lo que es el acuerdo de arbitraje y los contratos mercantiles atípicos; especies de pacto arbitral, elementos, efectos, técnicas, procedimientos. Y, en el quinto capítulo, se hace una pequeña clasificación de los diferentes contratos mercantiles atípicos y sus costumbres.

La hipótesis de la presente investigación es, determinar si el acuerdo de arbitraje es una solución eficaz para resolver conflictos en las contrataciones mercantiles, especialmente en las de **numerus apertus**, si ayuda a descongestionar el poder judicial y si es una manera de contribuir en la formación democrática de una sociedad que necesita construir diálogos y consensos para el desarrollo de la vida.





El objetivo general de este trabajo es: Establecer si realmente el acuerdo de arbitraje es una alternativa que ayuda a que una controversia se solucione en forma rápida.

Los objetivos específicos consisten en analizar la doctrina del arbitraje, las normas aplicables y sus procedimientos, cuando se susciten controversias; así como tener un conocimiento amplio de los diferentes contratos mercantiles **numerus apertus**.

Para la elaboración de esta tesis se utilizaron diferentes métodos y técnicas de investigación; entre éstos, el método descriptivo jurídico, en el cual se desarrollaron capítulos alusivos al arbitraje; por otra parte, las técnicas de investigación utilizadas fueron la bibliográfica y la investigación de campo a través de la encuesta y la entrevista, que sirvieron para ilustrar la aplicación de los diferentes procedimientos a seguir cuando se susciten controversias.



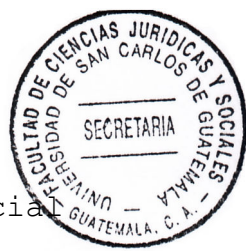
## CAPÍTULO I

### 1. Medios alternativos de solución de conflictos

#### 1.1 Generalidades

Hay pruebas contundentes de que las personas que llegan a un acuerdo por sí mismas son más propensas a cumplirlo que cuando es un juez, el que les dice qué es lo que tienen que hacer. Siguiendo lo anterior, es necesario establecer la importancia de los medios alternativos para la solución de conflictos situándonos en la actualidad de la administración de justicia por un lado, en la necesidad de redefinir el rol del Poder Judicial y por otro en la necesidad de precisar los alcances de la Conciliación, Mediación y Arbitraje, como mecanismos alternativos para la solución de conflictos, como una función propia de un Estado solidario y económico.

En lo referente al primer tema, tenemos que para revalorizar y jerarquizar el Poder Judicial es imprescindible quitarle el enorme peso que lo asfixia, producto de una mentalidad social que se empeña en arrojarle, problemas que superan su capacidad de respuesta y que podrían haber sido resueltos de manera más racional, económica y eficiente a través de algunos mecanismos alternativos. Por tanto, debe quebrarse la errónea creencia de que la vía judicial es la única manera de resolver las disputas,



pues solamente variando esa manera de pensar el Poder Judicial dejará de ser el lugar por donde comienza el proceso de solución, para pasar a ser el reducto final al que pueda recurrirse cuando las alternativas (no judiciales) no sean viables. La idea es que la vía judicial se reserve para los conflictos que no admitan soluciones total o parcialmente consensuales. Es necesario destacar que estos medios son alternativos, más no substitutivos de la justicia ordinaria, inevitablemente habrá disputas que tendrán que ser decididas por un tercero, llámese árbitro o juez. Como por ejemplo en los casos que no exista voluntad de las partes, que se trate de un delito que se persigue de oficio, o bien, que atente contra el interés público y el Estado no pueda dejar en él sólo acuerdo de voluntad de los particulares la decisión sobre la controversia suscitada.

En cuanto al segundo tema, la idea de promover el recurso a otras formas alternativas, no jurisdiccionales, de solución de conflictos entre ellas la Conciliación, Mediación y Arbitraje, se inspira en que dichos mecanismos pueden contribuir a descongestionar el Poder Judicial, aliviando la sobrecarga que hoy padece. Además de contribuir en la formación democrática de una sociedad que necesita construir diálogos y consenso para el desarrollo de su vida.



## 1.2 Definición

Los medios alternativos de solución de conflictos, pueden definirse en sentido amplio como en sentido restringido. En sentido amplio, los medios alternativos de solución de conflictos, son aquellas atribuciones, alternativas al sistema judicial oficial, que permite la solución privada de los conflictos. En sentido restringido, los medios alternativos de solución de conflictos, son aquellos procedimientos que buscan la solución a los conflictos entre las partes, ya sea de manera directa entre ellas o con el nombramiento de agentes negociadores, como es el caso de la negociación o mediante la intervención de un tercero imparcial como son los casos de la mediación, la conciliación y el arbitraje.

Los principales medios alternativos de solución de conflictos:

- a) La negociación.
- b) La mediación.
- c) La conciliación.
- d) El arbitraje.
- e) La evaluación neutral.



## 1.3 Métodos alternativos de solución de conflictos

### 1.3.1 La negociación

#### 1.3.1.1 Concepto

Según el diccionario de la lengua española, la palabra negociación proviene del latín negotiatio que significa acción y efecto de negociar.

A juicio de Pinkas Flint Blank, la negociación es un proceso de comunicación dinámico, en mérito del cual dos o mas parte tratan de resolver sus diferencias e intereses en forma directa a fin de lograr con ello una solución que genere mutua satisfacción de intereses. Estas diferencias deben ser resueltas por las partes aprovechando los distintos valores que cada una de ellas asigna a la toma de decisiones.

Existen ciertas características institucionales y estructurales de las situaciones de negociación que pueden facilitar la táctica del compromiso, o hacerla más accesible a una de las partes que a la otra o afectar a la probabilidad de un compromiso simultáneo o de un punto muerto:



- a) Utilización de un agente negociador.
- b) Secreto contra publicidad.
- c) Negociaciones entrecruzadas.
- d) Negociaciones continuas.
- e) Agenda restringida.
- f) La posibilidad de compensación.

### 1.3.2 La mediación

Para Pinkas Flint la mediación constituye una variante del proceso de negociación. Si bien aplica a esta las mismas reglas generales, difiere de la negociación en que entra en escena un tercero denominado mediador. El rol del mediador es el de un facilitador, quien recoge inquietudes, traduce estados de ánimo y ayuda a las partes a confrontar sus pedidos con la realidad. En su rol, el mediador calma los estados de ánimos exaltados, rebaja los pedidos exagerados, explica posiciones y recibe confidencias.

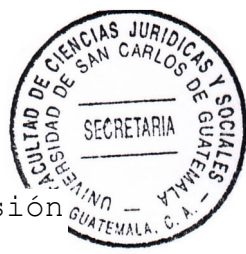
Para Ruprecht es un medio de solución de los conflictos por el cual las partes ocurren ante un órgano designado por ellas o instituido oficialmente, el cual propone una solución que puede o no ser acogida por las partes.



Para Gerard Couturier, se trata de un procedimiento de investigación completo que conlleva a proponer precisas recomendaciones para solucionar un conflicto.

Características:

- a. Al igual que en la conciliación, al mediador lo escogen o eligen las partes o un tercero, misión que deberá recaer en una persona que posea los dotes necesarios para hallar soluciones a un problema que las partes por iniciativa propia no están en capacidad de brindar.
- b. constituye un sistema intermedio de solución de conflictos entre la conciliación y arbitraje, una puja adicional que permitirá a las partes inmersas hallar en familia y de manera directa, la solución que no ha sido posible aún materializarse.
- c. Así mismo se caracteriza por tratar de alcanzar una aceptación de las partes por intermedio de la propuesta de un tercero, que sólo tiene fuerza de recomendación. El mediador no impone nada. La presencia y labor del mediador no restringe ni limita la iniciativa de las partes para lograr por si misma la solución directa del conflicto.

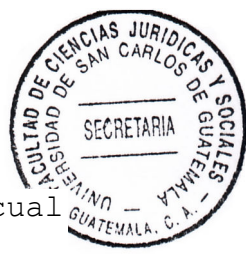


d. El tercero pese a no tener autoridad sobre la decisión en si, sin embargo ayuda a las partes en el proceso de adoptarla, actúa como catalizador entre ellas.

### 1.3.3 La conciliación

Para Caivano, la conciliación implica la colaboración de un tercero neutral a quien las partes ceden cierto control sobre el proceso pero sin delegar en él la solución. La función del conciliador es asistir a las partes para que ellas mismas acuerden la solución, guiándolos para clarificar y delimitar los puntos conflictivos. Para Manuel Alonso García, la conciliación es una forma de solución de los conflictos, en virtud de la cual las partes del mismo, ante un tercero que no propone ni decide, contrastan sus respectivas pretensiones tratando de llegar a un acuerdo que elimine la posible contienda judicial. Agrega el autor que los conciliadores no interpretan el derecho ni las normas, sino que le corresponde ponderar y equilibrar los intereses contrapuestos de las partes, lo que hace que sus resultados no tengan el carácter decisivo de una sentencia. Fernando Onfray, considera que la conciliación es un sistema destinado a prevenir y solucionar los conflictos constituido por un conjunto de actuaciones realizadas por las partes y el





conciliador, que no tiene poder de decisión y ante el cual recurren los primeros en busca de un acuerdo.

La conciliación es, pues una forma de solución de una controversia que acelera su terminación definitiva a través de un acuerdo de las partes, asistidas por un tercero, el conciliador, respecto de derechos que no tienen carácter de indisponibles.

Es un proceso mediante el cual una tercera persona, neutral e imparcial, ayuda a las partes en conflicto a buscar una solución consensual, proponiendo si fuera necesario fórmulas conciliatorias que las partes pueden rechazar o aceptar.

Características:

- a. Es un acto jurídico a través del cual las partes recurren a un tercero para que les ayude a resolver un conflicto.
- b. Requiere la existencia de un tercero, este no decide, se limita a señalar el camino posible de solución de conflictos, pues las partes se avendrán o no a las soluciones que ellos mismos estimen conveniente.



- c. Es un mecanismo alternativo de solución de conflicto, ya que las partes pueden optar por la conciliación, por el arbitraje o por ir al poder judicial.
- d. La oralidad e inmediatez están siempre presentes, pues el conciliador estará al lado de las partes que han solicitado su actuación, las que se realizarán sin intermediarios. Es inimaginable un proceso conciliador con escritos que van y vienen, pues la casi totalidad de negociaciones se efectivizan mejor sin la presencia de documento alguno o de formalidad específica.
- e. Ese tercero no propone, no decide, ni siquiera interpreta la norma en conflicto, menos hace esfuerzo alguno para su aplicación. Se limita simplemente a señalar el camino posible de solución de conflictos, pues en última instancia las partes se avendrán o no a las soluciones que ellos mismo estimen conveniente.
- f. Pretende evitar un procedimiento heterónomo o la simple prosecución del proceso ya iniciado.
- g. Trata de fomentar un acercamiento entre las partes con miras a demostrar que este es preferible a su total inexistencia, propiciando que el diálogo posibilite la solución del conflicto.



h. Carece de toda formalidad, es un acto informal por excelencia, por eso que se ha convertido en una herramienta flexible por la amplia libertad conservada al conciliador; empero nada quita al conciliador que tenga su propia metodología para lograr el éxito que se ha propuesto al iniciar su labor conciliadora.

#### 1.3.4 El arbitraje

Es un método de solución de controversias en virtud del cual las partes acuerdan (*convenio arbitral*), someter la solución de determinados conflictos que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto a una determinada relación jurídica a la decisión (*laudo arbitral*), de uno o varios terceros (*árbitro*). La forma de nombramiento de los terceros también es acordada por las partes.

El arbitraje es un sistema de solución de conflictos en que la voluntad de las partes, se somete a la voluntad de un tercero. En el fondo del arbitraje existe un pacto o convenio entre los litigantes en el sentido de que someterán sus voluntades a la convicción y al pronunciamiento del tercero, con el compromiso de cumplir con lo que por el se decida. Para Napoli, es el procedimiento que tiene por objeto la composición del conflicto



por una persona u organismo cuyo laudo una vez dictado tiene que cumplirse obligatoriamente. Para Cabanellas, es toda decisión dictada por un tercero, con autoridad para ello, en una cuestión o asunto que las partes han sometido su decisión y que tiene que cumplirse obligatoriamente. Según Krotoschin, el arbitraje suple el entendimiento directo de las partes y reemplaza el acuerdo entre ellas, por una decisión del conflicto que proviene de un tercero llamado árbitro.

El arbitraje, comparte con el sistema judicial la característica de ser adversarial y adjudicativo. El tercero neutral no auxilia a las partes para que estas acuerden la solución, sino que se las impone mediante el dictado de un laudo igual en sus efectos a una sentencia judicial.

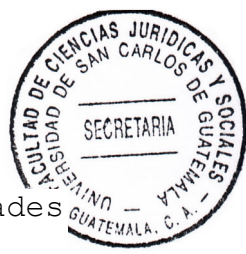
Características:

- a. El proceso arbitral se desenvuelve conforme a etapas basado en determinadas formalidades propuestas por los poderes públicos, siendo por ese solo hecho, una respetable institución jurisdiccional.
- b. El laudo arbitral será siempre una solución de conciencia, toda vez que se emite conforme a las



disposiciones legales pero sobre todo a la equidad, evitando por ello llegar a injustas desproporciones que puedan figurar en el derecho y las obligaciones de las partes en conflicto.

- c. Es necesario la existencia de un conflicto entre dos o más partes para que sea necesario recurrir a la institución arbitral y que las partes involucradas hayan decidido esta vía de solución, para cuyo efecto suscriben previamente un acuerdo denominado compromiso arbitral.
- d. Siendo las partes las depositarias del derecho solucionar sus diferencias como mejor les parezca, es posible que de mutuo y común acuerdo decidan que cada vez que surja un conflicto, este sea sometido obligatoriamente al proceso arbitral siempre que no se vulneren intereses, el orden público ni derechos de terceros.
- e. Por un lado el juez tiene jurisdicción, el árbitro carece de ella, el juez tiene facultades cautelares y ejecutivas que no tiene el árbitro, no obstante, para que obtenga estas tendrá necesariamente que recurrir a aquel.



f. Los árbitros deben emitir un fallo, tiene facultades propias de un juzgador, en tal sentido, pueden actuar y valorar las pruebas que les permitan arribar a una decisión final.

#### 1.3.5 La evaluación neutral

Es el acto por el cual las partes acuden a un centro de conciliación para que un tercero (*evaluador neutral*), les aclare una situación litigiosa y les pueda facilitar un acuerdo conciliatorio. Es absolutamente voluntario, no hay obligación de recurrir a este método. Las partes deben estar de acuerdo en solicitar la evaluación neutral. Busca que las partes tomen conciencia de sus posiciones a fin de que estén abiertas al diálogo y a la creación de opciones de solución que impliquen mutuos beneficios llegando así a un acuerdo. El evaluador neutral sólo da una opinión, no se involucra en el proceso de negociación.



### 1.3.6 Otros medios alternativos de solución de conflictos

Otros medios alternativos de solución de conflictos que aunque hasta hoy no han tenido gravitancia, pero que si la doctrina y otras realidades las consagran estas son:

- a. Mediación - arbitraje (med-arb).
- b. Arbitraje - mediación (arb-med).
- c. Tribunal multipuertas (multidoor court-house).
- d. Defensor del pueblo (ombudsman).
- e. Evaluación neutral previa.
- f. Dictamen de expertos.
- g. Grupo asesor circunscrito.
- h. Juez de alquiler (rent a judge).
- i. Juicio abreviado (summar y jury trial).
- j. Arbitraje delegado.
- k. Mini trial.



### 1.3.7 Los medios alternativos de solución de conflictos adversariales y no adversariales

Los medios alternativos de solución de conflictos, pueden clasificarse en adversariales y no adversariales.

a) No adversariales: conocidos también como autocompositivos. Los medios alternativos de solución de conflictos, no adversariales de mayor importancia son la negociación, la mediación y la conciliación extrajudicial.

b) Adversariales: conocidos también como heterocompositivos. El medio alternativo de solución de conflictos adversarial de mayor gravitación en nuestro país es el arbitraje.

### 1.3.8 Las principales características de los medios alternativos de solución de conflictos

Como se ha señalado, los principales medios alternativos de solución de conflictos, son la negociación, la mediación, la conciliación y arbitraje, como características de ellos, podemos destacar las siguientes:





- a. En cuanto a la voluntariedad: la mediación, la negociación y el arbitraje son absolutamente voluntarios, en tanto que la voluntariedad de la conciliación extrajudicial está limitada a la decisión unilateral de la parte citada de asistir o no a la audiencia, puesto que como institución la conciliación extrajudicial pre-proceso es obligatoria.
- b. En cuanto a la formalidad: la mediación y la negociación no tiene una estructura formal determinada, en tanto que en el arbitraje y en la conciliación extrajudicial sí tienen formas y etapas que cumplir.
- c. En cuanto al control de las partes sobre el proceso: en la mediación y en la negociación las partes ejercen sobre el proceso un control alto; en la conciliación extrajudicial ejercen un control medio y en el arbitraje un control menor.
- d. En cuanto a la intervención de terceros neutrales: en la negociación no se produce la intervención de terceros neutrales (pues el negociador representa una de las partes), en tanto que en los otros medios alternativos si. En la mediación al tercero neutral se le denomina mediador, en la conciliación extrajudicial



se denomina conciliación extrajudicial y en arbitraje se le denomina árbitro.

- e. En cuanto a la duración del proceso: en la negociación y en la mediación la duración del proceso es también generalmente corta, dependiendo de las partes y del tercero neutral en tanto que en la conciliación extrajudicial la duración del proceso es corta, estando sujeta al legislador.
- f. En cuanto a la obligatoriedad de cumplimiento del acuerdo o laudo: en la mediación y en la conciliación extrajudicial el acuerdo es voluntario, de producirse este es obligatorio, en tanto que en el arbitraje el laudo arbitral es decisión exclusiva del tercero neutral y es obligatorio para las partes.
- g. En cuanto a la confidencialidad: en la mediación y en la negociación la confidencialidad está en poder de las partes, en la conciliación extrajudicial, tanto las partes como el conciliador deben guardar absoluta reserva de todo lo sostenido o propuesto, en tanto que en el arbitraje la excepción a la confidencialidad se producen en el supuesto de que se pida la nulidad del fallo.



h. En cuanto a la economía: en la negociación, salvo nombramiento de negociadores, es posible que no se produzca desembolso alguno de dinero en tanto no participa un tercero neutral, por otra parte en la mediación, en el arbitraje y en la conciliación extrajudicial intervienen terceros neutrales cuyos servicios privados son remunerados.

En conclusión estos medios alternativos de solución de conflictos, son necesarios y primordiales, mejor dicho en otras palabras, deben ser de obligatoriedad antes de iniciar un proceso, ya que hay una pérdida de tiempo y gastos sino se llevasen a cabo y se tuviese la posibilidad de llegar a una solución anticipada, en el caso de la conciliación extrajudicial, debe de ser absolutamente obligatorio antes de iniciar un proceso vía judicial, ya que en la realidad es más rápido y económico para nuestra sociedad, los costos en el arbitraje, deben de ser accesibles a todas aquellas personas que quieran someterse a estos medios alternativos de solución de conflictos, ya que en mi opinión, por falta de publicidad y de conocer sus ventajas, finalidades, celeridad, economía, no han sido obligatorio para las partes, dando así una solución más rápida y con trascendencia jurídica.



## CAPÍTULO II

### 2. Derecho de arbitraje

#### 2.1 Generalidades

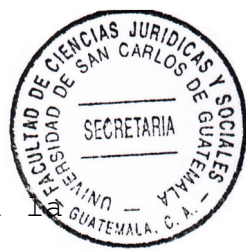
Para conocer con exactitud la institución del arbitraje necesito saber su propia historia para documentarme.

Se dice en relación al arbitraje que es una de las primeras formas de resolver conflictos jurídicos entre las gentes siendo su origen antiguo, como lo demuestran las inscripciones babilónicas, los relatos bíblicos y el sistema romano los cuales tenían referencia del arbitraje. Por ello, la importancia de conocer sus antecedentes históricos.

#### 2.2 Sociedades primitivas

El arbitraje fue una de las primeras formas de resolver conflictos entre gentes y se imponía diferir a terceros la resolución de sus disputas.

Surge la justicia arbitral en las primeras etapas de la humanidad como una necesidad del hombre. En una sociedad donde la fuerza



era un medio de justicia que sólo conocía el límite de quien la ejercía, se impuso una nueva idea que garantizaba una solución justa del conflicto. La necesidad de una justicia más humana hace que el diferendo se someta a la decisión final de un anciano. Así lo hicieron los hebreos, celtas y algunas comunidades de América como los mayas, aztecas, incas.

La humanidad inicia su paso de la Era Primitiva a la civilizada cuando establece reglas de comportamiento social y decide que unos hombres (los sacerdotes, los ancianos, los doctos) resuelvan cuando esas reglas se han infringido y la pena que puedan sufrir. Posteriormente aparece la formación de la institución judicial como una función primordial del estado, establecida precisamente para impartir justicia por medio de un sistema permanente y estable con la adopción al mismo tiempo de una serie de pautas para el ejercicio de su actividad, sistema disponible para tutelar los derechos. Eso que el estado al asumir la función de administrar justicia no sustituyó ni ha sustituido definitivamente el arbitraje, el cual se ha conservado en casi todos los sistemas jurídicos por tratarse de una institución vigente en el tiempo.



### 2.3 Época antigua

En Grecia se dice que hacia el año 1520 a.c. surgió en una forma de justicia arbitral que eran los consejos anfictiónicos, que resolvían los conflictos entre los grupos étnicos, se conformaban por doce ancianos representantes de las diferentes tribus. Existieron también árbitros de carácter público que eran elegidos al azar y árbitros escogidos por las partes en donde conocían solamente de contratos privados. Los árbitros de carácter público eran elegidos al azar entre cuarenta y cuatro patriarcas y debían de tener setenta años de edad y de ser de conducta irreprochable.

También se habla de los jueces árbitros que juzgaban en los templos de Esparta después de haber hecho jurar a las partes para que se sometieran a su decisión.

Se sabe que el arbitraje en la China se tiene como antecedentes la mediación y el arbitraje siendo los principales recursos para resolver desavenencias en aquella época. Para Confucio la solución de las desavenencias se lograba a través de la persuasión moral y el acuerdo y no bajo la coacción. La autoayuda unilateral y la intervención de un adversario pone fin a una relación armoniosa y por tanto serian la antitesis de la paz y la



comprensión, que constituye la esencia del pensamiento Confusio.

Así también el arbitraje entre los hebreos se encuentra documentado en el Talmud, donde se designa a un tribunal llamado "De los Diez" al cual se recurría en ciertas causas dudosas. Estos juicios de árbitros se celebraban ya antes de Moisés. En el Antiguo Testamento podemos ver alguno de los ejemplos de arbitraje; así vemos que el primer centro de arbitraje que se tenga noticia, aparece o lo encontramos, en La Santa Biblia en el capítulo XVIII del libro de Éxodo, versículo trece al vigésimo séptimo el cual nos narra sobre la huida de los israelitas de la esclavitud de los egipcios guiados por Moisés, quien les informaba sobre las leyes y enseñanzas de Dios cuando su pueblo tenía dificultades; a Moisés se le hacía difícil y cansado ser el único en tener a su cargo la enseñanza de las leyes de Dios por lo que a petición de su suegro Jetro encomendó a hombres capaces que tuvieran temor de Dios, sinceros y que no buscaran ganancias mal habidas a resolver los problemas pequeños, y así Moisés se encargaría de los problemas más grandes.

Otro ejemplo de arbitraje aparece en el BETH DIN JUDIO consejo formado por un grupo de rabinos con el propósito de mediar,



conciliar y arbitrar controversias, conflictos y desavenencias entre la comunidad judía.

#### 2.4 El arbitraje en el derecho romano

El derecho romano aporta importantes figuras jurídicas como funciones jurisdiccionales entre estas en persona diferente al gobernante.

Es así que el procedimiento romano tuvo según las épocas tres sistemas que estuvieron sucesivamente en vigor como eran las acciones de la ley, el procedimiento ordinario y el extraordinario. Bajo los dos primeros sistemas de procedimiento hay dos clases de jueces, los simples particulares designados para cada asunto y cuya misión termina en cuanto han pronunciado la sentencia y los jueces que componen los tribunales permanentes. Habían jueces designados para cada asunto en lo que se distinguían el judex, al arbiter y los recupetatores.

El Judex término que se empleaba para designar al juez se encargaba a la solución precisa de una cuestión de derecho estricto, el arbiter término que se empleaba para designar al árbitro el cual se encargaba de los asuntos que era necesario





apreciar la buena fe y donde era preciso tener poderes más extensos.

Estos jueces eran elegidos para cada proceso en las listas confeccionadas por el Pretor y puestos en el foro; de donde viene la calificación de Selecti judices o judices in albo relati. Hasta los últimos tiempos de la República fueron escogidos por los senadores; pero en el año 531 la ley Sempronia decidió que los Jueces se tomaran de la orden de los caballeros y sus listas comprendían unos trescientos al principio.

En cuanto a los recuperatores se tienen pocas noticias y se dice que juzgaban los procesos entre ciudadanos y peregrinos es decir manejaban los intereses del pueblo, tomados la mitad entre los ciudadanos y peregrinos, también se añadía un tercero para que no hubiera empate.

El arbitramento en el derecho romano tenía dos características principales la primera era que se necesitaba del acuerdo previo de las partes y la segunda característica que los árbitros decidían pero no ejecutaban.

En Roma bajo el emperador Diocleciano se pasó de la justicia privada a la justicia pública y de la voluntaria a la obligatoria



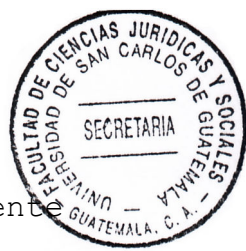
cuando se estableció que los tribunales en Roma a través de los Magistrados asumieran en nombre del poder público la plenitud de la jurisdicción y dictaran sentencia bajo el amparo del estado.

El arbitraje privado como modo extrajudicial de terminar litigios se fue desarrollando en Roma, y con posterioridad a Diocleciano aparecieron las diferentes modalidades del arbitraje, la cláusula compromisoria (arbiter incontractibus) por medio de la cual las partes estaban de acuerdo someter a un árbitro designado previamente, todas las controversias que surgieran de la ejecución de un contrato.

La jurisdicción de la iglesia tiene un origen arbitral es por ello que los primeros cristianos evitaban también la justicia romana y sometían sus controversias a sus propios obispos, naciendo así los tribunales Eclesiásticos que fueron reconocidos oficialmente en los tiempos de Constantino.

## 2.5 Edad Media

La evolución de una mejor organización en los poderes reales hizo que el arbitraje se sometiera al propio rey o por los menos a sus delegados, también se puede decir que a veces sustituía lo que era la justicia pública. El arbitraje subsistía en los siglos XII

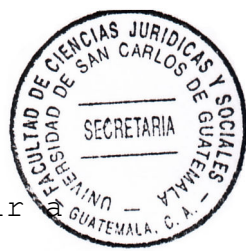


Y XIV al lado de la jurisdicción común como un uso enteramente privado pero muy frecuente. En cuanto a la ejecución de la sentencia arbitral se requería de una cláusula penal para asegurar su ejecución.

## 2.6 Época contemporánea

Los tratados de Jay, Estados Unidos, dio inicio al arbitraje internacional moderno en 1794 entre Gran Bretaña y Estados Unidos. Así también se dice que los conflictos que se dieron por defender los derechos de pesca en áreas específicas entre Gran Bretaña y Estados Unidos fueron conciliados con el tratado de Ghent en 1814.

El congreso de Estados Unidos estableció que el arbitraje era el procedimiento más deseable para resolver conflictos acerca de la aplicación o interpretación de pactos colectivos de trabajo por medio de Ley Taft Hartley, dando como resultado la creación de la institución de arbitraje del servicio Federal de conciliación y mediación del gobierno de los Estados Unidos. Esa institución se encarga de evitar las interrupciones del libre tráfico comercial que puedan resultar de conflictos laborales. Dicha institución trabaja a través de la conciliación y mediación ya sea por "**motu proprio**" o ha solicitud de una o más de las partes en disputa. Si

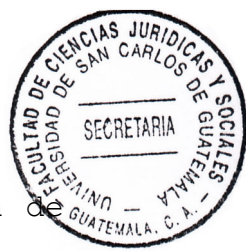


no se llega a un arreglo en un tiempo prudencial pueden inducir a las partes someterse a arbitraje sus disputas sin que se llegue a huelgas. También esa institución tiene árbitros calificados para que las partes en conflicto soliciten sus servicios.

El arbitraje en el ramo comercial es más utilizado en industrias dedicadas a las construcciones, vestido, textiles así como empresas de seguros y controversias que involucran negociación de acciones y títulos.

La ley federal de arbitraje ha gobernado desde el año de 1925 en todo lo que respecta a arbitraje, es decir ha creado normas para solucionar conflictos de transacciones marítimas y transacciones interestatales o de comercio internacional, a través de sus disposiciones reglamentarias ha establecido que puedan hacerse acuerdos para someter a arbitraje tanto futuras como existentes disputas, que las cortes no tendrán competencia a acuerdos válidos de arbitraje, como si existe alguna disputa acerca de la validez o efectividad de un contrato que contenga cláusula de arbitraje, solamente serán competentes en cuanto a su laudo.

Para el estado Soviético el arbitraje internacional era una forma conveniente para la solución de litigios internacionales; fue hasta que en el juicio arbitral sobre el tratado de no agresión y



arbitraje aprobado en la conferencia de Moscú y la limitación de armamentos celebrado en el año 1992 empezó a tener más aceptación el arbitraje. Siendo así que aprobó varios tratados como los de la Unión Postal Universal de 1964, la Convención Internacional de Telecomunicaciones de 1959, la Convención Única sobre Estupefacientes de 1961, la Convención Internacional para la Represión de la Circulación y del Tráfico de Publicaciones Obscenas de 1923 y algunos otros, en donde expresa que cualquier controversia en esos tratados se resolvería por medio del arbitraje.

## 2.7 Derecho eclesiástico

La manera de resolver los conflictos de la iglesia tuvo su origen arbitral ya que evitaban ser juzgados por la justicia romana creando sus tribunales eclesiásticos en donde los fallos los daban sus propios obispos.

## 2.8 Guatemala

Se tiene como antecedentes del arbitraje en Guatemala la ley de Enjuiciamiento del código de Comercio Español de 1829. Esa ley citada por Fernando Linares Beltranena en su tesis de graduación en su título sexto contiene el juicio arbitral y en el Artículo



252 establece lo siguiente: "Toda contienda sobre negocios mercantiles puede ser comprometida al juicio de árbitros . . .",<sup>1</sup> en su Artículo 296 establece lo siguiente: " los comerciantes podrán también comprometer la decisión de sus contiendas en amigables componedores . . .; "<sup>2</sup> también se habla del arbitraje de derecho.

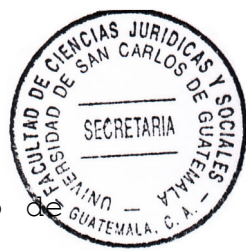
Esa ley de Enjuiciamiento del código de Comercio Español de 1829 habla sobre las sentencias en donde los árbitros eran los encargados de dictarlas y los laudos por los amigos componedores. Así también explica la ejecución tanto de las sentencias como la de los laudos en donde correspondía a la jurisdicción ordinaria ya sea por tribunales de comercio o jueces que entendían de negocios mercantiles.

También se tiene como antecedente histórico del arbitraje en Guatemala la asociación privada de Abogados llamada La Barra de Guatemala que fue fundada el 8 de noviembre de 1829. En uno de sus estatutos establecía que era obligación externa de los asociados que todo conflicto de sus clientes debían de someterse al arbitraje por medio de la cláusula arbitral consignada en sus contratos; tenían un reglamento en todo lo concerniente al

---

<sup>1</sup> Ibid, pág. 20.

<sup>2</sup> Ibid.



procedimiento, así como la separación que hacían con respecto a los árbitros "juris" y de los "arbitradores".

El 1 de junio de 1964 entró en vigencia el Código Procesal Civil y Mercantil (decreto ley 107) que derogó todas las leyes anteriores en cuanto a materia de arbitraje se refiere. En ese código regulaba sobre el contrato de compromiso arbitral.

La nueva Ley de Arbitraje promulgada el 25 de noviembre de 1995 a través del decreto 67-95 vino a derogar en su totalidad todas aquellas normas que regulaban lo referente al arbitraje de los códigos tanto Procesal Civil y Mercantil como del Código Civil.

La Ley Nueva de Arbitraje fundamentada en la Ley modelo de Uncintral, hizo que el arbitraje en Guatemala se practicara más.

## 2.9 Naturaleza jurídica

Existen teorías que explican el origen del arbitraje, entre ellas tenemos:

- a. El arbitraje como una actividad jurisdiccional: en donde el arbitraje actúa como un medio para resolver conflictos



siendo un juicio de conocimiento y es por ello que se determina como una actividad jurisdiccional.

- b. El arbitraje como una relación contractual: donde el arbitraje nace por la voluntad de las partes.
- c. La doctrina mixta: que es una institución jurisdiccional que nace como consecuencia de una relación contractual.

Todo arbitraje tiene fundamento en la autonomía de la voluntad fundamentada en la libertad y disposición de las partes para elegir la vía donde resolver sus diferencias y conflictos, en donde los árbitros no pertenecen a ninguna organización estatal, no son auxiliares de justicia ni funcionarios públicos. Pero ese principio de autonomía de la voluntad de las partes para resolver conflictos tiene límites provenientes de la jurisdicción ordinaria de los tribunales en cuanto a la emisión de providencias cautelares y de la ejecución de sus laudos así como del orden público en cuanto a la incompatibilidad y prohibición de someterse a arbitraje. Siendo así que el arbitraje tiene plenamente fundamento contractual.

Puedo concluir diciendo que todo arbitraje tiene su origen contractual, a través de cláusulas compromisorias que es a **priori** (presente) y compromiso arbitral que es a **posteriori** (futuro).





## 2.10 Definición

Toda relación humana esta expuesta a conflictos de múltiples índole en el que están en juegos diversos. A medida que el hombre ha ido evolucionando ha tratado de encontrar diversos medios para solucionar sus diferencias, hasta llegar al ordenamiento jurídico para garantizar condiciones de vida y normas de conducta dentro de la sociedad, con el fin de mantener la fuerza y evitar la violencia como métodos orientados a la administración de justicia, a través de un tercero imparcial que dirima sus confrontaciones. Platón enseña que "el mayor bien para el estado, no es la guerra ni la sedición sino la paz y la buena inteligencia entre los ciudadanos. Pero como la existencia de intereses contradictorios forman parte de la naturaleza del grupo, el estadista ha debido crear sistemas que ponga remedio a los disensos, obligando a los miembros a observar ciertas reglas y preventivo que en caso de presentar desavenencias, un tercero resuelva las disputas. Es indispensable que se establezcan tribunales para cada sociedad y jueces que decidan sobre la marcha, las diferencias que se susciten. Tribunal que estará compuesto por los jueces más íntegros que sea posible encontrar. Un estado no sería estado si lo que concierne a los tribunales no estuviese arreglado como es debido".



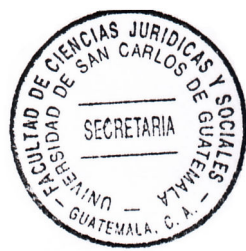
El Estado crea el derecho para justificar el carácter público de la entidad jurisdiccional, toda vez que la imposición obligatoria debe respetarla, lo que se traduce en una acción coercitiva de imposición, así pues en las organizaciones sociales modernas el estado tiene la facultad de promover los órganos que resolverán esas situaciones de conflictos que alteran el orden social, para mantener la tranquilidad pública. Surge entonces la jurisdicción, actividad destinada a restablecer el orden jurídico alterado por conductas humanas al contrario de las normas establecidas. En una sentencia se aplica la imposición de una conducta específica a las partes que están obligadas a cumplirlas bajo amenaza de obtenerla en forma coactiva en caso de resistencia.

La importancia del derecho no solamente radica en resolver el conflicto si no la forma como se resuelve, por ello cuando un sistema judicial es deficiente, no cumple su función a cabalidad se convierte en una ficción corriendo el riesgo de retroceder al pasado en que el hombre ejercía la justicia por su propia mano, haciendo imposible la convivencia social. Ello explica por que la necesidad de encontrar otras formas alternativas que puedan proveer las soluciones que en el sistema público no esta en condición de brindar.



El arbitraje puede ser una de las formas a través de la cual las personas encuentren el acceso a una justicia eficiente administrada por las mismas partes, dentro de su esfera de libertad y en el marco de sus derechos disponible. Si bien es cierto que el arbitraje descongestionaría la pesada carga procesal. No podemos concebirla como un competidor de la vía judicial sino más bien como una vía complementaria en el entendido que el arbitraje no es válido para cumplir aquellos litigios donde no exista la libre disposición. Es regla general que en un litigio que verse sobre el orden público las partes no podrán recurrir al arbitraje que es de competencia del poder judicial. Desde la producción de ciertas medidas probatorias la ejecución forzosa del laudo, el arbitraje requiere la colaboración de los jueces. Es más, si obtenido el laudo se presentan demoras o través en la etapa de la ejecución judicial en la práctica, las deudas originalmente controvertidas y previamente reconocidas en el laudo, quedaran diferidas en el tiempo. Por tanto debemos ser concientes que el arbitraje debe convivir con la justicia en forma armónica, manteniendo una relación y un respeto mutuo entre ambos sistemas.

Daré algunas definiciones de arbitraje de autores estudiados en dicha materia:



El tratadista colombiano Jorge Hernán Gil Echeverri, define el proceso arbitral, como: "Un procedimiento sui generis, mediante el cual, por expresa voluntad de las partes, se difiere la solución de conflictos privados transigibles, a un cuerpo igualmente colegiado integrado por árbitros, los que transitoriamente quedan investidos de jurisdicción para proferir un laudo con la misma categoría jurídica y los mismos efectos de una sentencia jurídica."<sup>3</sup>.

El ex presidente chileno, Doctor Patricio Aylwin define el arbitraje como "aquel al que las partes concurren de común acuerdo o por mandato del legislador y que se verifica ante tribunales especiales, distintos de los establecidos permanentemente por el Estado, elegidos por los propios interesados o por la autoridad judicial en subsidio o por un tercero en determinadas ocasiones"<sup>4</sup> .

Para el argentino Osvaldo Alfredo Gozaini el arbitraje puede definirse como: "un método o técnica por el cual se trata de resolver extrajudicialmente las diferencias que intercedan en las

---

<sup>3</sup> Ibid, pág. 11.

<sup>4</sup> Ibid, pág. 21.



relaciones entre dos o mas partes, a cuyo fin se acuerda la intervención de un tercero (o tribunal), para que los resuelva”<sup>5</sup>.

Para el abogado y notario Mario Gordillo el arbitraje es “Un método alternativo, mediante el cual las partes acuerdan someter una controversia al conocimiento de árbitros constituidos especialmente para ello, desligados del poder judicial y cuyo fallo, denominado laudo arbitral, tiene la eficacia de una sentencia jurisdiccional.”<sup>6</sup>

Según nuestro ordenamiento jurídico en el Artículo 4 de la Ley de Arbitraje (Decreto 67-95) numeral 2 define al Arbitraje así “Arbitraje” significa cualquier procedimiento arbitral, con independencia de que sea o no una institución arbitral permanente ante la que se lleve a cabo.”

Al tener en cuenta todas las definiciones expuestas anteriormente definiré lo que para mi opinión es el Arbitraje: el arbitraje es una alternativa para resolver conflictos que surjan de una relación jurídica contractual por medio de terceras personas denominados árbitros que son ajenos a la investidura de la jurisdicción ordinaria, donde sus resoluciones llamadas laudos si son ejecutadas por jueces ordinarios.

---

<sup>5</sup> Ibid, pág. 17.

<sup>6</sup> Ibid, pág. 112.



## 2.11 Características del Arbitraje

- a. Es una institución jurídica destinada a resolver conflictos sean individuales, colectivos, jurídicos o de intereses.
- b. Su peculiaridad reside en la intervención de un tercero, por acuerdo de las partes, cuya decisión se impone.
- c. En virtud de un conjunto arbitral previo a la constitución de la junta arbitral o del árbitro único la partes adhieren de antemano al resultado de la actuación del o los árbitros, esto es, al laudo arbitral.
- d. El arbitraje es consensual.
- e. Las partes seleccionan al árbitro o árbitros.
- f. El arbitraje es neutral.
- g. El arbitraje es un procedimiento confidencial.

## 2.12 Clases de arbitraje

Según la doctrina el arbitraje se clasifica así: atendiendo a la calidad de los litigantes en público y privado, a la naturaleza del litigio en mercantil, civil y laboral, a los sujetos que



emiten las reglas en estado y particulares, según la naturaleza de las reglas en internacional e interno, según la voluntad de los litigantes en voluntario o convencional y necesario u obligatorio, atendiendo a la norma donde se regula en acuerdo, reglamento y/o ley, según la generalidad o especificidad de las normas en ad hoc e institucional, de acuerdo al tipo de solución en derecho y equidad, y según las fuentes de las reglas en irritual o carta blanca y en formal.

### 2.13 Estructura del arbitraje

- a. El acuerdo: es aquel en el cual las partes deciden someter al arbitraje controversias que puedan suscitarse o que hayan surgido entre ellas ya sea por una relación jurídica contractual o no contractual.
- b. El procedimiento: Se rige de acuerdo a los reglamentos o lineamientos del tipo de arbitraje en el cual se someten las partes.
- c. El laudo: es la decisión definitiva que se emite en un arbitraje a través de un tribunal arbitral, decisión que puede ser emitida conforme a derecho o a la equidad.
- d. Cumplimiento: una vez emitido el laudo su cumplimiento es inmediato y se vuelve forzoso por la vía ordinaria.



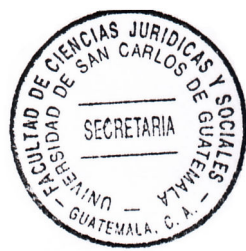
## 2.14 Materias susceptibles de arbitraje

Hay un principio que establece que se puede someter a procedimiento arbitral todas aquellas controversias relativas a materias en que las partes tengan libre disposición.

También se dice que el estado tiene la posibilidad de someter al arbitraje, no sólo las cuestiones litigiosas que surjan actuando como sujeto de derecho privado sino aquellas controversias relativas al cumplimiento, interpretación, aplicación y efectos de los contratos celebrados con la aplicación de la Ley de Contrataciones del Estado (decreto número 57-92 del Congreso de la República), establecido en el Artículo 103.

También es materia susceptible de arbitraje las controversias relativas a relaciones de índole comercial como por ejemplo, cualquier operación comercial de suministro, acuerdo de distribución, mandato o representación comercial, transferencia de créditos para su cobro, arrendamiento de bienes de equipo con opción de compra, construcción de obras, consultoría, ingeniería, concesión de licencias, inversión, financiación, banca, seguros, acuerdos de licencias y otras formas de comercialización mercantil.





Según nuestro ordenamiento jurídico en el Artículo 3 numerales 1 y 2 de la Ley de Arbitraje decreto 67-95 establece que serán objeto de arbitraje "aquellos casos en que la controversia verse sobre materias en que las partes tengan libre disposición conforme a derecho" y en el numeral dos dice "También se aplicará la presente ley a todos aquellos casos en que, por disposición de otras leyes, se permita el procedimiento arbitral, siempre que el acuerdo arbitral sea válido conforme a esta ley", ejemplo de ello está la Ley de Protección al Consumidor decreto 006-2003 que habla sobre el arbitraje de consumo en donde establece en su Artículo 83 lo siguiente: "En la primera audiencia o en cualquier momento las partes podrán someterse voluntariamente al arbitraje de consumo, que se deberá formalizar de acuerdo con la ley de arbitraje, a su trámite y demás cuestiones aplicables."

#### 2.15 Materias no susceptibles de arbitraje

Según nuestro ordenamiento jurídico en el Artículo 3 de la Ley de Arbitraje habla sobre qué materias no puede llevarse el arbitraje al establecer que: "a) Las cuestiones sobre las que haya recaído resolución judicial firme, salvo los aspectos derivados de su ejecución b) Las materias inseparables unidas a otras sobre las que las partes no tengan libre disposición c) cuando la ley



prohíba expresamente o señale un procedimiento especial para determinados casos". En el Artículo 2158 del Código Civil habla sobre las materias que no son susceptibles de arbitraje como los son el estado civil de las personas, la validez o nulidad del matrimonio o divorcio, la responsabilidad penal en los delitos que dan lugar a procedimiento de oficio, todo lo relacionado al derecho de los alimentos y lo que se deja por disposición de última voluntad, mientras viva el testador o donante.

En cuanto a lo que respecta a materia laboral, todo arbitraje que pueda pactarse será reglamentado por su misma materia.





### CAPÍTULO III

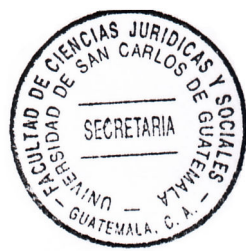
#### 3. El acuerdo de arbitraje

##### 3.1 Principios generales

El derecho de arbitraje como se había expuesto anteriormente en cuanto a su naturaleza jurídica y definición tiene su origen en la voluntad de las partes por medio de un acuerdo arbitral o pacto arbitral.

El objeto de todo acuerdo arbitral es la solución de controversias futuras o que se están suscitando excluyendo a la jurisdicción estatal y remitiendo a particulares la decisión de las controversias.

Teniendo en cuenta lo dicho anteriormente las partes pueden convenir en someter a arbitraje cualquier conflicto que se pueda suscitar como consecuencia de un contrato o las controversias ya existentes y determinadas ya sean materia de un proceso o no, siempre y cuando las partes tengan la libre facultad de disponer al respecto, es decir, que en lo que se refiere a materia penal, el estado o la capacidad civil de las personas no pueden ser objeto de arbitraje.



A través del convenio arbitral las partes pueden someter a arbitraje controversias presentes como futuras adoptando las cláusulas en un contrato siendo principal o independiente. Siendo así que hay dos clases de convenio o pactos arbitrales, la cláusula compromisoria y compromiso arbitral ambas guardan un mismo objetivo, el someter controversias a los árbitros, pero son diferentes ya que una contiene elementos genéricos es decir, es a priori (cláusula compromisoria) y la otra se concreta a elementos presentes, es decir, controversias que ya se están suscitando, o sea a posteriori (compromiso arbitral).

### 3.2 Modalidades del acuerdo de arbitraje

#### 3.2.1 Cláusula compromisoria

Es aquella por la cual las partes en común acuerdo someten solucionar sus conflictos futuros total o parcialmente en relación con un contrato determinado.



### 3.2.1.1 Requisitos esenciales de la cláusula compromisoria

Debe de constar en un documento la expresión de voluntad de las partes de someter sus controversias que puedan surgir al arbitraje.

Si la cláusula compromisoria consta en un contrato separado al documento del acuerdo de voluntades, es necesario para que produzca efectos jurídicos y sea vinculante al acuerdo de voluntades constar con los siguientes aspectos: a) nombre de las partes. b) indicar en forma precisa el contrato al cual se refieren.

### 3.2.1.2 Características de la cláusula compromisoria

A) La cláusula compromisoria opera para diferencias futuras es por eso que se debe pactar antes de que se origine cualquier conflicto o controversia entre las partes.

B) Tiene relación directa con un contrato, es decir, no se pueden someter a la decisión de los árbitros asuntos o diferencias extracontractuales.



### 3.2.1.3 Cláusulas compromisorias defectuosas

La interpretación de cómo se ha redactado un acuerdo arbitral es de suma importancia en cuanto a la inoperancia de las cláusulas compromisorias.

La inoperancia de las cláusulas compromisorias puede resultar de que las partes no cumplan con los plazos estipulados o de la actitud de las partes de revocar o renunciar al acuerdo arbitral en forma tácita, es decir, se refiere al aspecto práctico o mecánico. Así también puede resultar que una cláusula compromisoria sea defectuosa debido a que el contrato principal sea nulo.

Hay por ejemplo cláusulas compromisorias con redacciones patológicas, como la de someter al arbitraje cuando se redacta el término conflictos y la terminología litigio a un tribunal ordinario; es por ello que la mayoría de cortes arbitrales han tratado de mantener una disposición arbitral que no pueda derivarse ningún sentido.



#### 3.2.1.4 Técnica de la elaboración de las cláusulas compromisorias

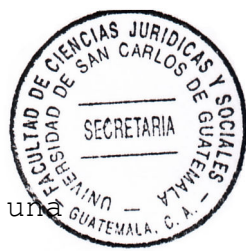
Todo éxito en la solución de diferencias sometidas al arbitraje tiene que ver con la técnica de elaborar o redactar cláusulas compromisorias.

Es por eso que es de suma importancia este tema ya que el éxito de cualquier negociación final reflejará los esfuerzos de las partes para crear un proceso viable de resolver conflictos que puedan ser políticos, económicos, jurisprudenciales y culturales.

En los países de derecho Anglosajón la jurisprudencia como la doctrina han adoptado un análisis jurídico que divide en dos las cláusulas de arbitraje, la primera en "restringida" o estricta (narrow) y la segunda en amplia (broad). Esa división de cláusulas ha ayudado a los fallos de las cortes en cuanto a la nulidad de cláusulas compromisorias en relación a los contratos.

Citando a R. Bond en relación a las cláusulas estrictas y amplias manifiesta lo siguiente: "En un caso en Estados Unidos, un tribunal Federal de Distrito falló considerando que los términos "surgidos de" eran relativamente restrictivos en materia de arbitraje y que por lo tanto dicha cláusula se refería sólo a "desavenencias y controversias relativas a la interpretación del





contrato y a su ejecución". Con base en esta interpretación, una cuestión relacionada con cualquier vicio del consentimiento no podría ser examinada por el tribunal arbitral."<sup>7</sup>

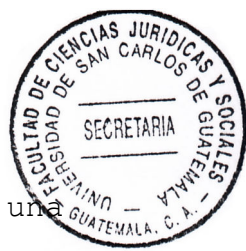
Continúa manifestando "en un caso más reciente, otro Tribunal norteamericano decidió, con base en el caso antes citado, que la frase "en conexión con este acuerdo" en un arbitraje de la CCI debía ser interpretada restrictivamente y excluyó así uno de los nueve grupos de controversias existentes entre las partes. Esta decisión fue revocada por la Corte de Apelación la cual sostuvo que "La cláusula recomendada por la CCI debe de ser entendida como comprendiendo una amplia gama de cuestiones sometidas a arbitraje. Ella incluye todas las desavenencias entre las partes que tengan una relación determinante (significant relationship) con el contrato, independientemente de la relación que se da a la controversia."<sup>8</sup>

Otro aspecto importante en cuanto a la redacción o técnica de cláusulas compromisorias es el lugar de Arbitraje ya que ha habido fallos en donde han favorecido a una de las partes por adoptar una legislación parecida a la nacionalidad de las partes en conflicto.

---

<sup>7</sup> Ibid, pág. 34.

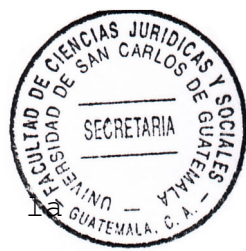
<sup>8</sup> Bond, Ob. Cit; pág. 35.



Es así que R. Bond nos expone un caso sometido a la CCI entre una sociedad finlandesa y una sociedad australiana; "Londres fue seleccionada como sede del arbitraje por mención expresa de la cláusula compromisoria. La controversia se refería al no pago de ciertas regalías pactadas y a la rescisión del contrato a partir de 1976. El cedente de la licencia inició el arbitraje en 1982. El árbitro consideró que en la medida en que el arbitraje se debía llevar a cabo en Inglaterra era aplicable el régimen inglés de prescripción contenido en la English Limitation Act. En consecuencia, aun considerando que el Derecho Finlandés era aplicable al contrato y que dicho sistema jurídico no consagraba una prescripción similar, el árbitro aplicó el correspondiente régimen inglés de seis años y declaró prescritas las pretensiones fundadas sobre hechos ocurridos antes de 1976, es decir, en el referido caso, la totalidad de la demanda."<sup>9</sup> Nos agrega R. Bond que "la aparentemente simple elección del sitio del arbitraje, no debe hacerse a la ligera. Así, en un caso ante una Corte Federal de Estados Unidos cuya base era un arbitraje entre una parte norteamericana y otra iraní en el que la cláusula compromisoria redactada antes de la revolución iraní señalaba a Irán como lugar del arbitraje, la corte norteamericana se negó a aceptar la petición de una de las partes en el sentido de modificar el lugar de arbitraje, sosteniendo que no había una autorización legal ni

---

<sup>9</sup> Ibid, pág. 20.



de equidad que nos permita modificar el acuerdo con base en la conveniencia de las partes ex post . . . Tampoco existe doctrina o política alguna que ofrezca ( a la parte iraní) una estrella polar que le permita navegar eludiendo los términos claros de la cláusula de elección de foro para así evitar la ruta inicial, inequívoca y contractualmente escogida por las partes.”<sup>10</sup>

Se debe tener también en cuenta aspectos que refleje las políticas de administración de ambas partes y dirigidas hacia el acuerdo, consecuencia de ello es recomendable no dejar hasta el final de las discusiones del contrato lo relativo a la cláusula compromisoria.

En toda solución de conflictos se debe tomar en cuenta la negociación, las resoluciones no vinculantes y las vinculantes; en cuanto a la negociación, negociar con las personas que tengan que ver con el poder de decidir y no precisamente con las personas que están involucradas en el conflicto; en cuanto a las resoluciones vinculantes y no vinculantes es establecer un arbitraje que sea obligatorio y evitar así otras alternativas para la solución de conflictos como puede ser la mediación y la conciliación.

---

<sup>10</sup> Ibid.



Hay un elemento que para mi parecer y opinión es el elemento base en toda elaboración de una cláusula de arbitraje siendo este, el ordenamiento normativo. Importante en cuanto a un sistema legal que tenga relación con el objeto de las controversias que puedan aparecer con respecto a un contrato, importante en cuanto a excluir normas de leyes internacionales de arbitraje y fundamental para solucionar las diferencias surgidas para el tipo de contrato en causa.

### 3.2.2 El compromiso arbitral

Es aquel convenio por el cual las partes someten sus controversias presentes y determinadas relacionadas con un vínculo contractual a la justicia arbitral por medio del cumplimiento de una cláusula compromisoria o de una disposición de ley por el cual se designan a los árbitros y se especifica el procedimiento a seguir.

#### 3.2.2.1 Requisitos esenciales del compromiso arbitral

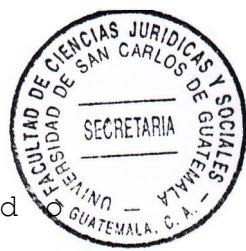
- Debe constar el domicilio de las partes y el nombre.
- Establecer las controversias o diferencias concretas que van a ser resueltas por medio del arbitraje y que es objeto.



- Lugar y la forma a seguir del funcionamiento del tribunal o arbitramiento.
- La forma a seguir para el nombramiento de los árbitros.
- Qué tipo de arbitraje a seguir en cuanto a su resolución (derecho o equidad).
- La integración del tribunal arbitral.
- Indicación del proceso en curso, si fuere el caso.

#### 3.2.2.2. Características del compromiso arbitral

- Se debe formalizar por escrito cuando se pacte en documentos separados.
- Toda controversia surgida por relaciones contractuales o extracontractuales pueden ser sometidas al arbitraje.
- Las diferencias que son pactadas por las partes a decisión arbitral, son únicas, sin que se pueda pactar cualquier otro asunto conexo o complementario, íntimamente ligado con las diferencias objeto del compromiso.
- Se podrán aumentar y disminuir las pretensiones de las partes de común acuerdo cuando el compromiso arbitral se haya pactado con posterioridad al inicio de un proceso ante la justicia ordinaria, sin sujeción a las formuladas ante el juez que venía conociendo el asunto.



- Todo compromiso arbitral se puede pactar con posterioridad una vez surgidas las diferencias entre las partes. Es parte importante del compromiso arbitral que pueda ya existir una controversia judicial o extrajudicial.

### 3.3 Elementos del acuerdo

#### 3.3.1 Objeto

Todo acuerdo de arbitraje debe de tener un objeto lícito, determinado y posible. Hay dos tipos de objeto dependiendo del tipo de pacto arbitral siendo así: a) cláusula arbitral: tiene por objeto determinado resolver controversias a un futuro que tenga relación directa con el contrato; b) compromiso arbitral: tiene por objeto determinado la resolución de controversias que se están ya suscitando, se determina el nombramiento de los árbitros y el procedimiento arbitral que se va realizar.

#### 3.3.2 El consentimiento

El consentimiento se da cuando por la voluntad de las partes están de acuerdo en el objeto del acuerdo, es decir, que esté plenamente determinado tanto para disputas presentes (compromiso arbitral) como para diferencias futuras (cláusula compromisoria).



Citaré a continuación 3 ejemplos en donde surge problemas con respecto al consentimiento "se trataba de una asociación cuyos miembros, según su reglamento, debían hacer un pago anual por equis cantidad de dinero. Los estatutos fueron reformados, y en los mismos se aumentó la cuota de los socios y, a la vez, se estableció que cualquier controversia se debía de solucionar mediante el proceso arbitral. Los socios que no consintieron en la nueva reglamentación, pues no querían que se les aumentara la cuota, fueron demandados ante un tribunal arbitral, debido a que no pagaron, Los tribunales del Estado sostuvieron que no era aplicable el arbitraje, ya que estos socios nunca consintieron en el arbitraje"<sup>11</sup>

"Aparecía que en una compraventa se le entregó a un comprador la factura en la que se anotaba que cualquier controversia que surja en relación con la compraventa se resolverá mediante arbitraje. En este caso, se resolvió que ahí no existió el acuerdo de voluntades"<sup>12</sup>

---

<sup>11</sup> Domke, Martin, **La ley y práctica del arbitraje comercial**, pág. 55.

<sup>12</sup> Ibid, pág. 69.



### 3.4 Elementos de validez

#### 3.4.1 Forma

En cuanto a la forma y siguiendo los lineamientos de la ley modelo de la uncintral, la Ley de Arbitraje de Guatemala, según el decreto 67-95, todas coinciden en que debe de ser por escrito estableciendo que las partes se obligan a someter a arbitraje todas o ciertas diferencias que hayan surgido o que puedan surgir, además denotará una cláusula compromisoria incluida en un contrato o un compromiso firmado por las partes que también puede ser a través de cartas, telex, telegramas u otros medios de telecomunicación que dejen constancia del acuerdo en un intercambio de escritos de demanda y contestación en los que en existencia de un acuerdo sea afirmada por una parte sin ser negada por la otra.

"Aunque en la práctica se encuentran acuerdos verbales de arbitraje y algunas legislaciones nacionales los admiten, el párrafo 2) del artículo 7 sigue a la Convención de Nueva York, de 1958 al exigir que conste por escrito. Dicho párrafo amplía y aclara la definición de la forma escrita del párrafo 2) del artículo II de esta Convención pues agrega "telex u otros medios de telecomunicación que dejen constancia del acuerdo", comprende





la situación análoga a un acuerdo de arbitraje, cuando hay un intercambio de escritos de demanda y contestación en los que la existencia de un acuerdo sea afirmada por una parte sin ser negada por otra y prevé que la referencia hecha en un contrato a un documento por ejemplo, (condiciones generales) " que contiene una cláusula compromisoria constituye acuerdo de arbitraje siempre que el contrato conste por escrito y la referencia implique que esa cláusula forme parte del contrato" <sup>13</sup>

"Los artículos 8 y 9 (de la Ley Modelo) tratan aspectos importantes de la compleja cuestión de la relación entre el acuerdo de arbitraje y el recurso a los tribunales. En virtud del párrafo 1) del artículo 8 de la Ley Modelo, que sigue el modelo del párrafo 3) del artículo II de la Convención de Nueva York de 1958, el tribunal judicial remitirá a las partes al arbitraje si se presenta una reclamación sobre un asunto que se objetó de un acuerdo de arbitraje, a menos que se compruebe que el acuerdo de arbitraje es nulo, ineficaz o de ejecución imposible. La remisión depende de una solicitud que cualquiera de las partes puede hacer a más tardar en el momento de presentar el primer escrito sobre el fondo del litigio. Aunque esa disposición, en el caso de que sea aprobada por un Estado cuando adopta la Ley Modelo, por su naturaleza sólo obligue a los tribunales de este Estado, no se

---

<sup>13</sup> Notas de la Comisión de las Naciones Unidas para el derecho mercantil sobre la organización del proceso arbitral, pág. 20.



limita a los acuerdos que prevén el arbitraje en ese Estado y por lo tanto, facilita el reconocimiento y la eficacia mundiales de los acuerdos de arbitraje comercial internacional.”<sup>14</sup>

“Durante los debates que dieron lugar a la Convención de Nueva York, una de las delegaciones propuso que al final de la segunda parte del art. II se le adicionara” . . . y confirmada por escrito por una de las partes . . .”, es decir, que el intercambio de notas o telegramas debería de ser confirmado por escrito. Esta propuesta fue rechazada tanto por la Unión Soviética, como por el Reino Unido, y al momento de la votación no se aceptó. Por lo tanto, no se requiere que la aceptación se tenga que hacer por escrito, lo que significa que la aceptación pueda ser verbal”<sup>15</sup>

#### 3.4.2 Ausencia de vicios de la voluntad

En todo acuerdo de arbitraje las partes deben de enterarse y estar concientes de su actuación. Las partes no pueden ser sorprendidas por dolo o violencia para negociar su consentimiento, debe de reinar la libre voluntad.

---

<sup>14</sup> Ibid, pág. 21.

<sup>15</sup> . Silva, Jorge Alberto, **Arbitraje comercial internacional en México**, pág. 71.



Nos dice Jorge Alberto Silva que "en Alemania (art 1025 del Código de Procedimientos Civiles) se considera nulo un acuerdo arbitral cuando hubiese sido obtenido por excesiva influencia de una de las partes en contra de la parte que económicamente es débil."<sup>16</sup>

### 3.4.3 Capacidad de las partes comprometidas

En cuanto a este elemento pueden solamente ser parte aquellas personas que están facultadas para transigir sobre el objeto del litigio y en forma subjetiva las que son capaces de obrar de acuerdo con el derecho actual o con el consentimiento del representante legal o por el propio representante legal.

En cuanto a la capacidad del estado de someterse al procedimiento arbitral, ha tenido bastante aceptación en cuanto a la práctica. Así citaré el caso de Libia en donde una empresa particular se había sometido al arbitraje y después dicha empresa pasó al gobierno, esta empresa se tuvo que someter al arbitraje por suscitarse diferencias, "El caso de Libia es importante. Liamco, una empresa petrolera, obtuvo concesión del gobierno libio para la explotación de petróleo. En la concesión se estableció un procedimiento arbitral para el caso de litigios. Libia

---

<sup>16</sup> Ibid, pág. 75.



nacionalizó el petróleo y sus leyes de nacionalización establecieron un procedimiento para que todas las empresa expropiadas, entre ellas Liamco, pudieran obtener una compensación. Liamco prefirió el proceso arbitral, demandando al gobierno libio. En Ginebra se dictó el laudo contra Libia, y Liamco presentó el laudo en Estados Unidos de América para su ejecución, basándose en la Convención de Nueva York, así como en la Ley sobre inmunidades a soberanos extranjeros (Foreign sovereign immunities) de 1976. Libia estuvo de acuerdo en la aplicabilidad de la ley sobre inmunidad, y la corte resolvió que ciertamente una ley sobre nacionalización del petróleo debe considerarse como acto de Estado.”<sup>17</sup>

También se habla del caso de Nigeria en la compra de cemento, “Este país compró cemento en el extranjero para construir una instalación militar. Una empresa francesa hizo el traslado y desembarcó el cemento. Nigeria no pagó. Según el clausulado del contrato se debía recurrir al arbitraje para solucionar el litigio, por lo que el asunto se planteó ante un tribunal de arbitraje de París. Nigeria se excepcionó alegando inmunidad; pese a ello, fue condenada al pago, ejecutándose el laudo sobre los bienes nigerianos en bancos de Estados Unidos de América y

---

<sup>17</sup> Silva, Ob. Cit; pág. 79.



Alemania. Y es que en el acto de comprar, el gobierno nigeriano actuó de iure gestionis y no de iure imperi.”<sup>18</sup>

### 3.5 Consecuencias que produce el acuerdo de arbitraje

Como todo contrato el acuerdo de arbitraje genera obligaciones y derechos, es decir, efectos que los podemos dividir en positivos y negativos.

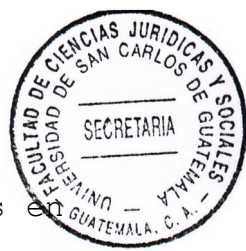
La obligación de las partes de someter sus diferencias al procedimiento arbitral, nombrar árbitros y estar sabido que la resolución final tiene carácter obligatorio para hacerse cumplir son los efectos llamados positivos.

Así también están los efectos negativos que es la imposibilidad de someter las diferencias de las partes a la jurisdicción ordinaria en virtud de un acuerdo arbitral.

Es de suma importancia que los efectos negativos se cumplan ya que sería de poca utilidad exigir el cumplimiento de una obligación de arbitrar cuando se puede sustituir por un procedimiento legal ordinario. Es por ello que en el arbitraje internacional mediante un sistema de cumplimiento indirecto se ha

---

<sup>18</sup> Ibid.



solucionado dicho problema, es decir, cuando una de las partes de un pacto arbitral instaura un proceso judicial en vista del incumplimiento a tal pacto, dicho proceso puede detenerse por la solicitud del alguna de las partes del pacto arbitral, esto es consecuencia de obligar a la parte que tiene el deseo de seguir adelante con su reclamo para que haga caso del pacto arbitral y haga valer su reclamo por medio del arbitraje.

También es importante el cumplimiento de reclamar sus diferencias por medio del arbitraje en cualquier país es decir internacionalmente. Esto ha sido posible gracias al protocolo de Ginebra de 1923, el cual establece que un acuerdo arbitral comercial internacional debe tener efecto en el ámbito internacional y no simplemente en el país donde fue acordado.

La ley de arbitraje comercial internacional de British Columbia habla sobre la suspensión de procedimientos legales, pero para que se de esa suspensión se requiere que el proceso judicial sea respecto de asuntos susceptibles de someterse al arbitraje, así también que el pacto arbitral no sea nulo ni inválido, inoperante o imposible de ser cumplido. Esa ley establece que la Suspensión de procedimientos legales se da cuando una de las partes de un pacto arbitral inicia un proceso judicial respecto de un asunto que se acordó someter a arbitraje, cualquiera de las partes en el



proceso judicial puede, antes o después de comparecer y antes de presentar alegatos o adoptar otras medidas en el mismo, solicitar al tribunal que suspenda el procedimiento. También en solicitudes de un proceso judicial, el tribunal emitirá una orden suspendiendo el proceso, salvo que este determine que el pacto arbitral es nulo o inválido, inoperante o imposible de ser cumplido. Dicha ley menciona que una solicitud que haya sido instaurada bajo un proceso judicial y que el asunto esté en curso ante el tribunal, un arbitraje puede ser iniciado o continuado, y también puede emitirse el laudo arbitral.

La ley arbitral de Estados Unidos también habla sobre suspensión del procedimiento judicial pero con ciertas condiciones para que se dé dicha suspensión como es que el proceso sea instaurado respecto de asuntos susceptibles de ser sometidos a arbitraje según acuerdo escrito en tal sentido. Esa ley habla sobre la Suspensión del procedimiento cuando las pretensiones del mismo son susceptibles de ser sometidas a arbitraje, si se instaura alguna acción o procedimiento ante un tribunal de Estados Unidos respecto de asuntos susceptibles de ser sometidos a arbitraje según un acuerdo escrito en tal sentido, el tribunal ante el cual se tramite el proceso, luego de tener certeza de que el asunto a que se refiere la acción o procedimiento es susceptible de sometimiento a arbitraje, suspenderá el juicio por solicitud de



cualquiera de las partes, hasta que el arbitraje se realice en conformidad con los términos del pacto, siempre que quien solicita la suspensión no haya incumplido su obligación de dar inicio al arbitraje.

### 3.5.1 Suspensión dentro del procedimiento

Al hablar de suspensión dentro del procedimiento me refiero a la solicitud de suspensión es decir, hacerse cumplir el acuerdo arbitral, es consecuencia de los efectos negativos en todo pacto arbitral.

Esta solicitud de suspensión según las leyes estadounidenses (ley de arbitraje comercial internacional de British Columbia) tiene la denominación de Excepciones y establece que cuando una de las partes de un pacto arbitral inicia un proceso judicial respecto de un asunto que se acordó someter a arbitraje, cualquiera de la partes en el proceso judicial puede, antes o después de comparecer y antes de presentar alegatos o adoptar otras medidas en el mismo, solicitar al tribunal que suspenda el procedimiento.





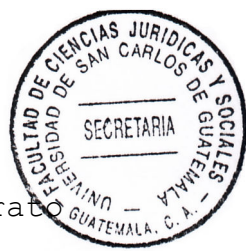
Por último los pasos dentro del procedimiento se pretenden evitar por una solicitud de suspensión que es un común denominador de la mayoría de la ley de arbitraje.

### 3.5.2 Suspensión del procedimiento contra terceros

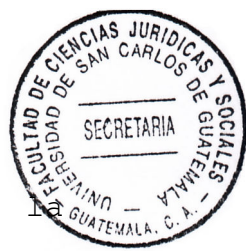
Esta clase de suspensión de excluir a terceros es una forma compleja que se da en la mayoría de contratos de propiedad intelectual.

Es decir determinar si existe o no consentimiento por medio de las partes de someter a arbitraje es complejo; es por ello que se debe de analizar detalladamente y analíticamente si el consentimiento se manifiesta en forma distinta o mediante suscripción formal del acuerdo.

Hay ejemplos en la jurisprudencia internacional en donde hay empresas que someten sus controversias a contratos complejos en donde si someten al arbitraje pero en forma indirecta y separada; y las cortes arbitrales han fallado en cuanto a que los terceros forman parte principal aunque actúen en forma indirecta.



Un ejemplo de ello lo encontramos en el caso CCI de un contrato de operación en un campo petrolífero "en el que una compañía francesa acordó actuar como operador. Cuando surgieron los conflictos bajo el contrato, las compañías demandantes buscaron unir en arbitraje no solo a la compañía operadora francesa, sino también a su matriz Francesa que no era parte del contrato. Para respaldar la jurisdicción de la CCI se argumentó en alegatos dirigidos a la Corte Arbitral, que las respectivas matrices habían firmado previamente un Protocolo de Acuerdo No. 1, según el cual la matriz había adquirido compromisos en cuanto a operaciones y había acordado incluir cláusulas compromisorias en cuanto a las operaciones y cláusulas claves en el contrato operativo, incluyendo el arbitraje de la CCI. La matriz francesa se reservó la opción de decidir si intervendría en el contrato de operación en forma directa o a través de una subsidiaria. Los demandantes alegaron que la matriz era la parte con interés real y que el contrato de operación y su firma a través de una subsidiaria, era simplemente la ejecución de una obligación preexistente, incluyendo la obligación de arbitrar. La matriz señaló que el "Protocolo de Acuerdo No. 1 era un acuerdo totalmente separado, contentivo de una cláusula específica de selección de foro a favor de tribunales ordinarios de Luxemburgo y que la firma del contrato no la hacía del contrato de operación. Sin embargo, la Corte Arbitral encontró evidencia



concluyente de un acuerdo para arbitrar vinculando no sólo a la compañía francesa, sino también a la matriz y ordenó que el arbitraje se adelantara en contra de las dos, de conformidad con el artículo 8.3 del Reglamento (Craig, Park & Paulsson, Arbitraje Cámara de Comercio Internacional, P. 198). Este tipo de arreglo es común en complejos contratos de propiedad intelectual, que ampara tanto a la matriz como a la subsidiaria.”<sup>19</sup>

### 3.5.3 Perjuicios por incumplimiento al pacto arbitral

En cuanto a los perjuicios causados por incumplimiento al pacto arbitral se debe que una de las partes hace caso omiso del pacto e instaura una acción ante la justicia ordinaria y por consecuencia tiene la obligación de reparar los perjuicios causados.

Hay que tener en cuenta que en todo pacto arbitral tiene que estar instaurada las voluntades de las partes, es decir, el consentimiento de someter las diferencias que puedan surgir a un acuerdo arbitral así como de asegurarse que el acuerdo arbitral no sea ineficaz, indeterminado o nulo porque de lo contrario no habría motivo de oponerse al incumplimiento de resolver las controversias al arbitraje.

---

<sup>19</sup> Curso Vancouver, pág. 37-39.



### 3.6 Autonomía del acuerdo arbitral

Se ha discutido acerca de si el acuerdo de arbitraje es un acto jurídico no accesorio al contrato principal o si lo es.

En cuanto al hablar sobre este tema haré un estudio jurídico profundo siendo así que este tema será tratado más adelante.





## CAPÍTULO IV

### 4. Los contratos mercantiles atípicos y sus condiciones generales

#### 4.1 Definición de contrato

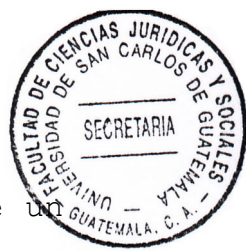
Según DIEZ-PICAZO, afirma que "contrato es todo acuerdo de voluntades por medio del cual los interesados se obligan. El contrato así concebido se convertirá en la institución central, en la piedra angular, no sólo del Derecho Civil, sino de todo el ordenamiento jurídico. El ordenamiento es contemplado desde la perspectiva como una trama o una urdimbre de contratos que los particulares celebran. El Derecho es el reino del contrato, de manera que donde acaba el contrato acaba también el Derecho y comienza el reino de la arbitrariedad y de la fuerza. Las limitaciones a la libertad de contratar serán consideradas como atentados a la libertad de la persona. " <sup>20</sup>

Según Manuel Ossorio, lo define como "Pacto o convenio entre partes que se obligan sobre materia o cosa determinada y a cuyo cumplimiento pueden ser compelidas"<sup>21</sup>

---

<sup>20</sup> Ibid, pág. 121.

<sup>21</sup> Ibid, pág. 167.



Según Cabanellas "como el acuerdo de dos o mas personas sobre un objeto de interés jurídico; y el contrato constituye una especie particular de convención, cuyo carácter propio consiste en ser productor de obligaciones."<sup>22</sup>

Según Néstor De Buen Lozano considera que el contrato " es un acuerdo espontáneo de voluntades, que persiguen fines distintos, adecuados a la ley y a las buenas costumbres, generalmente consensual y excepcionalmente formal, para la creación y transmisión inmediata, diferida y condicionada, temporal o permanentemente, de derechos y obligaciones de contenido patrimonial."<sup>23</sup>

Según nuestro ordenamiento jurídico en el Código Civil Decreto Ley número 106, en su Artículo 1517 establece: "Hay contrato cuando dos o más personas convienen en crear, modificar o extinguir una obligación"

A mi criterio contrato es cuando las partes se manifiestan satisfechas en la interpretación, ejecución y cumplimiento de sus obligaciones teniendo como fundamento los principios de buena fe guardada y la verdad sabida.

---

<sup>22</sup> Ibid, pág. 498.

<sup>23</sup> Ibid, pág. 205.



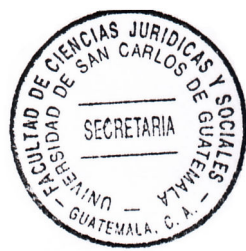
#### 4.1.1 Como una institución

Para dar un significado institucional del contrato hablaré sobre la autonomía de la voluntad, elemento esencial en todo contrato como una institución.

Esa autonomía de la voluntad es la autorregulación de los intereses de los particulares de establecer qué normas les convienen para su auto legislación y autodisciplina.

La autonomía de la voluntad se somete al inmerso ambiente del fenómeno de intervención estatal, es decir, la función que tiene el derecho de asumir un papel reglamentario para ordenar los diversos problemas que se puedan dar en un sistema económico capitalista. Dicha autonomía de la voluntad toma en cuenta los controles de actividad, regímenes de autorización y concesión, disciplinas de precios, disciplina de fabricación y circulación de bienes, concesión de incentivos, ordenamientos sectoriales de determinación de actividades, etc; todo lo cual aboca a la presencia de numerosas normas imperativas dentro de la reglamentación contractual lo que le llamamos predisposición del contenido del contrato.





#### 4.1.1.1 Autonomía y libertad

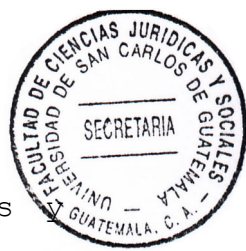
Todo fundamento de un contrato y la obligación que nace del mismo está basado en el pensar mismo de la persona y en el respeto de la dignidad a que pertenece.

La autonomía de la voluntad tiene su origen de significación y exaltación en el racionalismo ilustrado y del pensamiento helegiano. Según Ghestin el principio de autonomía de la voluntad es parte integrante en un contrato y fuente creadora de reglas jurídicas "En el ochocientos este principio se impuso por utilidad social. Era así el juego liberal de la oferta y la demanda. Para favorecer los cambios necesarios al desarrollo económico, es menester suprimir todas las trabas impuestas a la libertad contractual. El laissez faire, laissez passer sólo se complementa con el laissez contracter"<sup>24</sup>

El estado como parte integrante del derecho puede tutelar la normativa de los contratos no así pasarse del límite que implique violar el principio de libertad contractual y de autonomía de la voluntad siempre que se cumpla con las voluntades lícitas y honestas, al respecto nos habla ALONSO MARTINEZ "He condenado siempre con energía el empeño de aprisionar la libertad humana en

---

<sup>24</sup> Ibid, pág. 122.



unas cuantas reglas preestablecidas en la Ley. Son válidas dignas de respeto cuantas combinaciones invente el interés privado con tal que no sean contrarias a la moral y buenas costumbres, quepan o no en las clasificaciones siempre estrechas e insuficientes del legislador. Lo de menos es que los pactos y estipulaciones de los ciudadanos estén de antemano clasificados y tengan un nombre técnico en el Código. No hay quien pueda prever todas las combinaciones que es capaz de crear el ingenio humano estimulado por el aguijón, la necesidad y el interés. En nuestro tiempo se ha descubierto formas de asociación antes desconocidas, contratos mercantiles y manifestaciones del crédito ignoradas de nuestros abuelos y aún de nuestros padres. ¿Y hemos de rechazarlos porque en los códigos les falte el nombre del bautismo o porque no se acomoden a sus clasificaciones artificiosas, interventoras y arbitrarias? No.”<sup>25</sup>

Es importante hablar sobre un contenido positivo de la autonomía de la voluntad o privada en materia de contrato con lo cual nos habla al respecto López y López “a.- Libertad de elección del tipo de contrato, según las finalidades que los particulares hayan prefijado conseguir, dentro de los tipos de contratos previstos en la ley. b.- Libertad de celebrar contratos llamados atípicos, o sea no correspondientes a tipos contractuales

---

<sup>25</sup> Ibid, pág. 145.



previstos por las leyes, pero practicado en el mundo de los negocios, y aceptados socialmente como lícitos y dignos de tutela. c.- Libertad de determinar el contenido del contrato salvo en aquellos casos en que existe una legítima predisposición de aquel.”<sup>26</sup> La teoría del negocio jurídico y de la autonomía contractual han sido invadidas por las condiciones generales, las relaciones de contrato social y la legislación protectora. Siendo así que la autonomía de la voluntad se ha perdido por problemas en cuanto al equilibrio de las prestaciones, la buena fe, si una parte actúa con prepotencia y la otra sólo debe sumisión, si no se informa expresamente a la parte que se adhiere, si hay olvido de la equidad contractual o de los principios de responsabilidad y confianza.

#### 4.1.1.2 La extensión esencial de la autonomía

La autonomía de la voluntad no tiene un carácter absoluto es decir, tiene limitaciones de carácter colectivo social. Una limitación que está coordinada por el ordenamiento jurídico para intereses colectivos y no se vuelva un libertinaje y sea contrario a la moral y al orden público.

---

<sup>26</sup> Ibid, pág. 327.



Es por eso que en nuestro ordenamiento jurídico en el Artículo 1271 del Código Civil establece que "Se puede estipular cualesquiera condiciones que no sean contrarias a las leyes ni a la moral. No vician el contrato y se tienen por no puestas las condiciones imposibles y las contrarias a las leyes o a las buenas costumbres." Este Artículo nos hace ver los límites a que está sometida toda autonomía de la voluntad.

Entonces diré que existe una limitación a la autonomía de la voluntad que son producto de las leyes. Siendo así que la legislación tiene fuerza para obligar, es necesaria su aplicación y no puede ser excluido su mandato por la voluntad de los particulares, así también hay leyes que sí pueden ser objeto de esa exclusión porque pueden ser sustituidas o eliminadas por el árbitro individual pero, si no se pacta ello también tienen fuerza de obligar, siendo estas últimas llamadas dispositivas o voluntarias y las primeras imperativas.

Al tener en cuenta que las leyes imperativas no dejan que la autonomía de la voluntad gobierne, es importante establecer qué contenido tienen estas leyes: a) la imposición de un determinado contenido al acto de autonomía. b) la exclusión de un determinado contenido del mismo, c) la prohibición de un concreto acto de autonomía; d) la exigencia de que un concreto interés particular



se canalice bajo y exclusivamente la utilización de un típico acto de autonomía y e) la imposición para la validez de un acto de autonomía de que éste se haga observando unas formalidades específicas. Podemos concluir diciendo que las leyes imperativas limitan el actuar de la autonomía de la voluntad en cuanto a la imposición de requisitos formales para la validez de una actuación y las dispositivas serán de igual función en cuanto no se haya establecido pacto en contrario.

Hay otro límite que tiene la autonomía de la voluntad el cual es la moral es decir, las convicciones de ética social imperantes en un determinado momento y de carácter general en el mundo jurídico; pero es importante preguntarnos ¿cuál es el patrón que señale a las personas como honestas o rectas?. En este sentido de ideas es importante hablar sobre la libre personalidad, sobre la libertad ideológica religiosa y de culto que nos da la Constitución, importante hablar de ello por cuanto a que cada individuo tiene su propia moral y no pueden ser impuestas a otras personas que piensan en forma distinta de aquel y uno de los fundamentos de la constitución es garantizar la libertad, la justicia, la paz y el desarrollo integral de la persona, por lo que en mi opinión no hay un patrón que establezca que es contrario a la moral.



El orden público es otro de los límites que gobierna a la autonomía de la voluntad, el orden público son los principios plasmados en la Constitución que tienen como contenido importante y de defensa el respeto a la dignidad de la persona, sus libertades básicas, su derecho a la igualdad y los demás derechos inviolables que le son inherentes.

#### 4.1.1.3 Formas de manifestarse la autonomía

El resultado de la autonomía de la voluntad aparece claro en las instituciones del patrimonio, del derecho subjetivo y del negocio jurídico.

En el patrimonio aparece el poder jurídico del individuo sobre los bienes y relaciones jurídicas de naturaleza económica. En el derecho subjetivo en cuanto a la concesión de un poder jurídico sobre bienes de cualquier clase y la garantía de libre goce de los mismos y en el negocio jurídico que es el acto por el cual se reglamenta las relaciones jurídicas.



#### 4.1.2 Los contratos atípicos o innominados

En los tiempos modernos hemos visto una gran cantidad de cambios, motivados principalmente por la adopción mundial del concepto globalizador, que generan con mayor amplitud y frecuencia, la aparición, entre otras, de: Tecnologías innovadoras, ampliación de mercados, comunicaciones más eficaces y rápidas, que propician inevitables cambios en los estilos de vida de las personas y, consecuentemente, en sus interacciones. Este hecho provoca, a su vez, el nacimiento de una mayor cantidad de vínculos contractuales no previstos en los textos jurídicos tradicionales. La utilización, por parte del derecho, de nuevas figuras contractuales que regulen esas relaciones, se hace indispensable, de ahí la utilización cada día más generalizada, de la llamada contratación atípica o innominada.

*“La complejidad del mundo actual, la evolución tecnológica, el mayor confort al que en una medida u otra todos aspiramos, el transporte, la información, la cultura, los libros, los viajes, el turismo, etc., todo implica la presencia de una empresa que los produce y los vuelca al mercado masivamente”.*<sup>27</sup>

---

<sup>27</sup> Farina, Juan Manuel. Contratos Comerciales Modernos. 2ed. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1997. Pág.2.



#### 4.1.2.1 Generalidades de la contratación atípica

No es una invención contemporánea, tiene su origen en el Derecho Romano donde, en sus primeras manifestaciones, no se le daba mayor importancia, ya que para los romanos de la época, sólo era relevante aquel contrato regulado por la ley. Posteriormente, le dieron un tratamiento más amplio, llegando incluso a aceptar el criterio, de que la ejecución voluntaria del convenio (contrato innominado) por una de las partes, constituía causa suficiente para obligar de forma civil a la otra. En la actualidad el aporte de la globalización en favor de estos contratos, es haber acelerado y masificado su uso.

*"Conforme destaca Messineo, el contrato innominado es el índice más seguro de que la vida jurídica no se fosiliza en formas inmutables, sino que al contrario, está en constante movimiento y evolución (p.ej., de la venta se ha desprendido el suministro; de la locación se ha destacado el arriendo de cosas productivas; del mutuo ha surgido la apertura de crédito, el anticipo y el descuento, etcétera). A las formas tradicionales (y en cierto sentido, arcaicas) de origen romanista, se van agregando figuras*





contractuales que son el resultado de la vida económica moderna..."<sup>28</sup>

Hoy se tiende a utilizar de forma generalizada el concepto de "contratos atípicos" en vez de "contratos innominados", pues modernamente no interesa tanto que los contratos tengan denominación o carezcan de ella, lo relevante es si están o no regulados por ley.

Los contratos atípicos son aquellos nacidos a la vida jurídica motivados por la libertad de contratación y que no están regulados expresa, completa y unitariamente en la ley.

Al respecto el autor GASTALDI, dijo:

*" 1) si el contrato no cuenta con una expresa regulación completa en la ley, en forma específica o por remisión (aún parcial) será atípico, como ocurre con el contrato estimatorio, Y 2) no basta que todos los elementos estén previstos en diversas figuras, para tener al contrato como típico, sino que, para otorgarle esta calificación, la regulación debe ser unitaria y encuadrar todos sus elementos en un sólo contrato típico. En caso contrario, será*

---

<sup>28</sup> Ibid., pp.296.



uno atípico, como por ejemplo, el "alquiler de cajas de seguridad".<sup>29</sup>

Puede decirse, que la regulación normativa delega en los sujetos privados (autonomía de la voluntad), la posibilidad de adoptar sus iniciativas contractuales, como una de las mejores soluciones a efecto de que puedan cumplir más eficazmente sus fines y metas, sin tener que recurrir a las figuras contractuales tradicionales que les podrían acarrear mucha rigidez en su cotidianidad. Claro está, tal delegación no es indiscriminada, pues tiene que supeditarse a los controles, límites racionales y morales de la misma normativa legal (moral, buenas costumbres, buena fe y del orden público).

Los contratos atípicos, aún y cuando no están regulados de manera expresa por ley, deben tener, además de la tipicidad social, entendida como su identificación en virtud del uso repetido y generalizado, una motivación suficiente que permita considerarlos socialmente importantes y productivos.

*"...estos contratos no constituyen una creación original de las partes singulares que lo celebran; la costumbre les ha ido*

---

<sup>29</sup> Ibid., pp.303.



*otorgando una fisonomía propia, y las partes, al celebrarlos someten a su disciplina".*<sup>30</sup>

Existen circunstancias, en que las partes acuerdan, dentro de un contrato típico, el establecimiento de una o varias cláusulas subordinadas, de carácter atípico. Esta decisión, accesoria, no basta para provocar la pérdida del contrato típico, su fisonomía y carácter, pues no es suficiente para afectar o modificar su causa típica. Por el contrario, es necesario aplicar a dichas cláusulas atípicas, las normas correspondientes al mismo contrato típico al que están subordinadas. No obstante, si existen modificaciones sustanciales, que excedan cierto límite y que provoquen la creación de otro esquema distinto de los existentes y que signifiquen, en consecuencia, una deformación categórica del contrato típico, nos hallaremos entonces ante un contrato atípico.

Doctrinariamente, se han hecho varias clasificaciones para entender la contratación atípica, pero destaca la del autor JUAN MANUEL FARINA, quien hace referencia a dos:

- a) Contratos innominados con tipicidad consuetudinaria (o social), regidos por las normas y criterios dados por los usos, costumbre, jurisprudencia y doctrina jurídica. No se

---

<sup>30</sup> Ibid., pp.295.



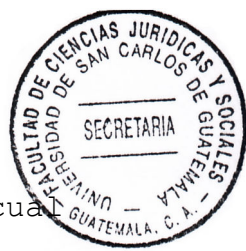
pueden concebir como una creación antojadiza o discrecional de quienes lo celebran, por el contrario, es la propia costumbre la que le ha dado una fisonomía particular, que permite que las partes se sometan a su disciplina y en caso de conflicto, en el supuesto de insuficiencia de documento escrito, el intérprete debe acudir a los usos y costumbres.

- b) Contratos innominados sin tipicidad social, en los cuales se aplica el criterio de la analogía, es decir, se acude a la figura contractual de mayor semejanza para su comparación.

El empleo de los usos y costumbres para la interpretación de los contratos atípicos es de gran importancia, pues además de presentar mayor flexibilidad que las propias leyes, constituyen derecho objetivo, al cual nos podemos remitir para su delimitación. Estos dos conceptos se relacionan íntimamente con la denominada "causa" de los contratos atípicos.

En los contratos típicos la "causa" está fijada por ley; por el contrario, en los atípicos, por la costumbre, por las partes o por los usos. Así, se dice, que de la atipicidad de la causa depende la atipicidad del contrato.

Un contrato siempre debe tener una causa, estructuralmente no se concibe sin ella. Ahora, si las partes lo realizan sin una causa,



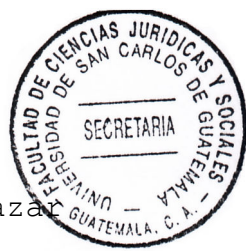
es decir, desviándose de la función económica y social a la cual está supeditado, se entenderá que es improductivo de efectos, pues va dirigido a una finalidad distinta de la que admite el ordenamiento jurídico. Es por este motivo, que no es suficiente recurrir al nombre que las partes o la práctica asignan al contrato, se debe además investigar y analizar su contenido con el propósito de identificar su causa, la cual nos permitirá delimitar, en qué tipo de contrato nos encontramos (típico o atípico) y seremos capaces de dilucidar cuáles normas son las aplicables en caso de conflicto. Se puede decir que el contrato atípico debe tener una causa o fin merecedor de tutela jurídica; al respecto, el autor AUGUSTO MORELLO ha dicho que para este tipo de contratos es conveniente disciplinar:

*"...ciertos principios compartidos que contengan guías flexibles y pautas de interpretación a fin de que haciéndose cargo de sus características diferenciadoras, permitan al operador jurídico una toma de posición más efectiva (realista y segura), durante las fases de desarrollo y ejecución en el tráfico moderno".<sup>31</sup>*

A los contratos atípicos (al igual que los típicos) se les aplican, también, los principios de la buena fe y la teoría del abuso del derecho, por lo que el intérprete tiene que investigar cuándo, bajo la apariencia de un contrato atípico, se pretende

---

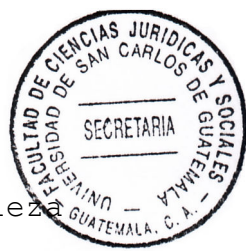
<sup>31</sup> Morello, Augusto. Contrato y proceso. 1 ed. Buenos Aires: Abeledo. Perrot, 1990. Pág. 63.



simular uno típico, pues hay una marcada tendencia a disfrazar contratos, con fines impositivos, o bien, para eludir responsabilidades. No obstante, con el fin de lograr resultados coherentes con este hecho, es necesario crear cláusulas que terminan desnaturalizando la figura del contrato típico elegido, y es ahí donde el intérprete debe poner especial atención a efecto de determinar lo realmente querido por las partes, es decir, la causa del contrato.

Es preciso tener presente que la creación y adopción de nuevas figuras contractuales (atípicas) que faciliten y concuerden con los cambios modernos, es ilimitada, pero deben basarse en los principios constitucionales, normativa vigente, usos y costumbres, que integran el Estado de Derecho en el que vivimos.

Cabe advertir, que muestran un especial auge en el derecho comercial, pues los constantes cambios han propiciado que los comerciantes hayan tenido que ir adoptando y creando sus propias figuras legales (sobre la base de los usos y costumbres), para regular sus actividades comerciales en todos aquellos casos en que la legislación típica resulta insuficiente o imposibilitada, para solucionar los nuevos problemas suscitados en la intensa actividad comercial.



Los contratos atípicos tienen, básicamente, la misma naturaleza jurídica que los típicos, por lo que son convenciones reconocidas por la ley como creadoras de efectos jurídicos. A ambos se les aplican (principio de seguridad jurídica) los mismos requisitos y principios estipulados para la materia contractual en general, pero difieren, claro está, en su estructura, aplicación y definición particular

#### 4.1.2.2 Definición

Los contratos atípicos son aquellos por los cuales los contratantes los fijan al amparo del principio de la autonomía de la voluntad y de la indudable consagración **numerus apertus** para las relaciones obligatorias, además ofrecen menor seguridad y una mayor capacidad judicial de interpretación.

Los contratos atípicos no suelen llevar una nominación establecida por la ley (tipicidad legislativa) pero si llevan una nominación dada por obra de la doctrina y de la jurisprudencia a la que se le llama tipificación social



#### 4.1.2.3 Elementos del contrato

##### 4.1.2.3.1 Elementos esenciales

Son aquellos indispensables para la validez y eficacia del contrato como son el consentimiento, la capacidad contractual y el objeto, la causa y la forma cuando es **ad solemnitatem**. Estos elementos dan existencia a un acto jurídico en general.

##### 4.1.2.3.2 Elementos naturales

Son aquellos que devienen de la propia naturaleza del contrato y que son impuestos por el ordenamiento jurídico a falta de estipulación por medio de las partes, es decir, son efectos normales del negocio.

##### 4.1.2.3.3 Elementos accidentales

Son aquellos que por la voluntad de las partes pueden acompañar a un contrato como la condición, el plazo, etc.

Para poder establecer una teoría general de los elementos de los contratos, ya sean típicos como atípicos hay que diferenciar que





los esenciales siempre lo van a ser pero acompañados de elementos particulares para cada contrato.

#### 4.2 Características de las obligaciones y de los contratos

##### Mercantiles

##### 4.2.1 Características de las obligaciones mercantiles

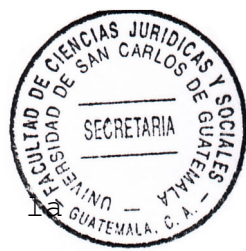
- a) Falta de pago: Esta característica consiste en que en las obligaciones de tracto sucesivo, salvo pacto en contrario, la falta de un pago dará por vencido el plazo de la obligación y la hará exigible.
- b) Capitalización de intereses: En la obligaciones mercantiles se podrá pactar la capitalización de intereses siempre que la tasa de interés no sobrepase la tasa promedio que utilizan los bancos en sus operaciones.
- c) Calidad de mercaderías Calidad dad de mercaderías: Sólo se podrá exigir al deudor la entrega de mercaderías de especie o calidad medias cuando no se hubiere establecido con precisión la especie o la calidad de las mercaderías que habrán de entregarse.



- d) Nulidad en un negocio jurídico plurilateral: la nulidad de las obligaciones de una de las partes no hará nulo un negocio jurídico plurilateral.
- e) Derecho de retención: Cuando un crédito sea exigible, el acreedor podrá retener los bienes muebles o inmuebles de su deudor que se hallaren en su poder o de los que tuviere la libre disposición por medio de títulos de crédito representativos.
- f) Mora: Se incurre en mora mercantil sin necesidad de requerimiento en las obligaciones y contratos mercantiles el día siguiente a aquel en que venzan o sean exigibles.
- g) Solidaridad de deudores: en las obligaciones mercantiles mancomunadas, en lo que al deudor o los fiadores se refiere, su mancomunidad es solidaria en virtud de la ley.
- h) Principios filosóficos: las obligaciones mercantiles en lo que se refieren a su interpretación, ejecución y cumplimiento se basarán con los principios de verdad sabida y buena fe guardada.

#### 4.2.2 Características de los contratos mercantiles

- a) Contrato definitivo: dicha característica consiste en que una persona representante aparente, se reserva la facultad



de designar dentro de un plazo determinado, quien será la persona que resultará como contratante definitivo, si no cumple en designar a dicha persona dentro del plazo determinado, el contrato producirá sus efectos entre los contratantes primitivos.

- b) Libertad de contratación: esta característica consiste en que ninguna persona esta obligada a celebrar contrato.
- c) Omisión fiscal: los efectos de los actos mercantiles como de los contratos no produce su ineficacia, como tampoco libera de pagar los impuestos omitidos.
- d) Los contratos por adhesión: son aquellos en los cuales las partes se someten a lo establecido en formularios, machotes o pólizas sin que puedan estipular lo contrario.
- e) Cláusula compromisoria: es aquella en la cual las partes al establecer un negocio jurídico mercantil se someten a resolver sus conflictos o controversias que se susciten para ser resueltas mediante arbitraje.
- f) Formalidad en el negocio jurídico mercantil: los contratos mercantiles no están sujetos para su validez a formalidades especiales salvo aquellos en los cuales se exige una formalidad o solemnidad específica.
- g) La representación para contratar: Por la poca formalidad que existe en los contratos mercantiles, la representación no



tiene mayores formalidades, es decir no hay necesidad que exista un mandato.

#### 4.3 Sus estipulaciones

Las condiciones generales de los contratos son reglas establecidas unilateralmente por uno de los contratantes para el contenido contractual total o parcial y en el cual la otra parte solamente se limita a adherirse o rechazar el contrato, es decir, son cláusulas predispuestas que afectan al adherente y se encuentran en varias ocasiones en una posición débil porque se le impide negociar.

Como dice Alfaro las cláusulas predispuestas o cláusulas no negociables individualmente son "aquellas que han sido prerredactadas y cuya incorporación al contrato sea exclusivamente imputable a una de las partes (predisponente)"<sup>32</sup>.

La función de estas condiciones supone un fenómeno de contratación por medio de formularios (modelos de los contratos bancarios o las pólizas de seguros) o mediante cláusulas preestablecidas. Estas condiciones generales de los contratos actúan en una forma de inferioridad al cliente o consumidor cuyos

---

<sup>32</sup> Ibid, pág. 15.



derechos contractuales se ven recortados o disminuidos y sus obligaciones aumentadas. Es por eso que es necesario una política jurídica de control riguroso que impida las situaciones de abuso en la contratación, respecto de la parte contractual que se sitúa en forma económicamente más débil.

El crear mecanismos para el control de las condiciones generales de contratación implica una lucha por los valores de la honradez, fidelidad, confianza y honestidad contra cláusulas abusivas y contratos que no están familiarizados con la buena fe.

Es así que se han articulado mecanismos de control de las condiciones generales que se clasifican en tres tipos: a) **legislativos**, dictando normas de carácter genérico que imponga un contenido determinado a las condiciones generales o prohibiendo su inclusión en las determinadas cláusulas abusivas o que puedan ser vistas así; b) **administrativos**, establecer una exigencia de autorización previa de las condiciones generales con el objeto de prevenir el abuso de la parte predisponente; c) **judiciales**, utilizando en la interpretación del contrato la regla **stipulatio contra proferentem** y la de la buena fe.

Al abordar este tema hablaré del derecho comparado, en donde se ocupan de regular las condiciones generales ya sea en, sus



códigos civiles, códigos de comercio, en sus leyes específicas para esta materia o en las leyes de protección al consumidor.

Por ejemplo, en Italia en su Código Civil se habla sobre las cláusulas que son añadidas a los contratos perfeccionados mediante firmas de módulos o formularios preparados, en donde dichas cláusulas van a prevalecer sobre las generales consignadas en ellas y aun cuando las generales no hubiesen sido tachadas. En España, la ley española habla sobre las condiciones generales en la contratación de establecer que las cláusulas predispuestas tienen como finalidad ser redactadas a una pluralidad de contratos, siendo esas cláusulas impuestas por una de las partes con independencia de la autoría material de las mismas. En Alemania en la ley para la regulación jurídica de las condiciones generales de la contratación llamada AGB-Gesetz o AGBG en su Artículo 1 establece la determinación del concepto "Son condiciones generales de la contratación todas aquellas cláusulas contractuales predispuestas para una pluralidad de contratos que una parte (predisponerte) impone a la otra en el momento de celebración del contrato. Es irrelevante que las cláusulas constituyan una parte del contrato formalmente separado o estén recogidas en el documento contractual mismo, la extensión que tengan, el tipo de escritura en que estén redactadas y la forma que el contrato tenga. No hay condiciones generales de la



contratación cuando las cláusulas contractuales hayan sido negociadas en el caso concreto por las partes”<sup>33</sup>. En su Artículo 3 regula las Cláusulas sorprendentes: “ No se consideran incluidas en el contrato aquellas cláusulas de las condiciones generales de la contratación que, en atención a las circunstancias, en especial, en atención a la apariencia externa del contrato, resulten tan insólitas que la contraparte del predisponente no hubiera podido contar con ellas ”<sup>34</sup>. En nuestro ordenamiento jurídico a través del Código Civil que en su Artículo 1520 por medio del contrato de adhesión estipula lo siguiente” Los contratos de adhesión, en que las condiciones que regulan el servicio que se ofrece al público son establecidas sólo por el oferente, quedan perfectos cuando la persona que usa el servicio acepta las condiciones impuestas.”

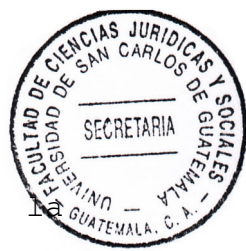
4.4 ¿El contrato o instrumento público nulo, hace también nula la cláusula de arbitraje? y ¿esa nulidad es resuelta por un procedimiento ajeno al arbitraje?

Primero debo de establecer las directrices en que se basan mis interrogantes, siendo así he de tener, un concepto de lo que es el contrato, el instrumento público, el arbitraje y sus

---

<sup>33</sup> Cabello de los Cobos y Mancha, **La ley de condiciones generales de la contratación**, pág. 24-29.

<sup>34</sup> Ibid.



diferencias, su naturaleza jurídica así como hablar sobre nulidad.

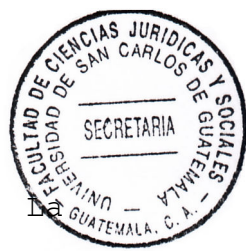
Contrato es un acuerdo espontáneo de voluntades, que persiguen fines distintos, adecuados a la ley y a las buenas costumbres, generalmente consensual y excepcionalmente formal, para la creación y transmisión inmediata, diferida y condicionada, temporal o permanentemente, de derechos y obligaciones de contenido patrimonial.

Instrumento público es el documento notarial autorizado a instancia de parte, en el que consta un hecho jurídico o una relación de derecho.

Al tener en cuenta los conceptos de contrato como de instrumento público es importante establecer sus diferencias, siendo así que todo contrato es el acto jurídico que da origen a derechos y obligaciones y el instrumento público es el documento en donde está contenido el contrato.

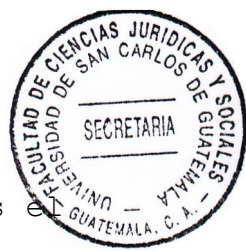
Acuerdo de arbitraje es una alternativa para resolver conflictos que surjan de una relación jurídica contractual por medio de terceras personas denominadas árbitros que son ajenos a la investidura de la jurisdicción ordinaria, donde sus resoluciones





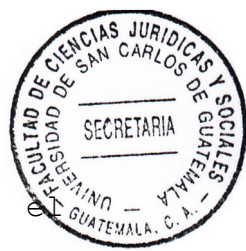
llamadas laudos si son ejecutadas por jueces ordinarios. La naturaleza jurídica del acuerdo de arbitraje radica en el principio de la autonomía de la voluntad fundamentada en la libertad y disposición de las partes para elegir la vía donde resolver sus diferencias y conflictos y tiene fundamento contractual ya sea por medio de una cláusula compromisoria (a priori) o compromiso arbitral (a **posteriori**).

La nulidad en el contrato radica en la falta de elementos esenciales del contrato, es decir, en cuanto al consentimiento, capacidad contractual y objeto (nulidad absoluta). Según nuestro ordenamiento jurídico en el Artículo 1301 del Código Civil: "Hay nulidad absoluta en un negocio jurídico, cuando su objeto sea contrario al orden público o contrario a leyes prohibitivas expresas, y por la ausencia o no concurrencia de los requisitos esenciales para su existencia. . . .;". La acción de nulidad tiene por objeto comprobar en la vía judicial la verdadera realidad jurídica oculta bajo una falsa apariencia, estando legitimados activamente para dicha acción las partes en el contrato y cualquiera que manifieste un interés legítimo; también puede ser declarada de oficio o por el Ministerio Público Artículos 1301, 1302 y 1310 del Código Civil. También hay nulidad parcial que radica cuando el contrato contiene una o varias cláusulas ilegales, pese a la validez y adecuación al



ordenamiento jurídico del conjunto esencial del mismo. Esto es consentimiento, el objeto, la causa, y en su caso, la forma, son intachables, pero algunos aspectos del contrato son contrarios a una norma imperativa, es decir, la nulidad parcial consiste en una ineficacia de parte del contrato. La nulidad parcial se puede plantear en supuestos en los que no todo el contenido del contrato es ilícito, sino algunas de sus cláusulas o condiciones, como prevé expresamente el legislador para algunos supuestos en el Artículo 1308 del Código Civil, el cual establece: "La nulidad de una o más de las disposiciones de un negocio jurídico no perjudica a las otras, siempre que sean separables. . . .; " Se funda el remedio de la nulidad parcial en el principio de conservación del negocio cuando el mismo sigue respondiendo a la finalidad querida por las partes; evitando con ello que la nulidad total frustre su interés. Su aplicación no plantea problemas cuando una norma lo dispone expresamente; sin embargo, cuando se carezca de una disposición en este sentido, parece que se deberá estar a la voluntad de las partes, para que no sea violentada con una decisión que en ningún caso se quiso. Ahora bien, no es necesario que dicha voluntad conste expresamente, pudiendo ser presunta.

También hay nulidad en cuanto al instrumento público, nulidad que se declara en cuanto a la forma, es decir sobre requisitos



establecidos que según nuestro ordenamiento jurídico en Artículo 31 del Código de Notariado habla sobre las formalidades esenciales que debe tener todo instrumento público, dando lugar a la nulidad si no se cumplen con los requisitos establecidos según ese artículo, el Artículo 32 del Código de Notariado habla sobre la acción que puede plantear la parte interesada en cuanto a la nulidad del instrumento público al establecer lo siguiente: "La omisión de las formalidades esenciales en los instrumentos públicos, da acción a la parte interesada para demandar su nulidad, siempre que se ejercite dentro del término de cuatro años, contados desde la fecha de su otorgamiento". La falsedad de un instrumento público también da lugar a la nulidad del mismo y puede ser ideológica y material siendo la primera cuando se hace constar en un documento un hecho no declarado por las partes y la segunda cuando se hace un documento público falso o se altere uno verdadero. Según nuestro ordenamiento jurídico en el Código Penal están sancionadas tanto la falsedad ideológica como la material en sus Artículos 321 y 322.

Tanto el contrato como el instrumento público y el acuerdo de arbitraje llevan consigo una interrelación, pero los hace independientes por medio de la autonomía que guardan.



Es así que actualmente el **pensamiento doctrinario, recogido por la jurisprudencia y las convenciones internacionales** es unánime al sostener la autonomía del acuerdo arbitral frente a la relación contractual que sea materia objeto del arbitraje. Así el reglamento de arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Comercial Internacional (CNUDMI/UNCITRAL) establece en el Artículo 21 que el tribunal arbitral está facultado para decidir acerca de las objeciones de que carece de competencia, incluso cuando se fundan en la existencia o validez del acuerdo arbitral y que tiene facultades también para determinar la existencia o validez del contrato. Agrega que a estos efectos, el acuerdo arbitral se considerará como una cláusula independiente de las demás estipulaciones del contrato y que la declaración arbitral de nulidad del contrato, no entraña **ipso jure** la invalidez de la cláusula compromisoria, nuestro ordenamiento jurídico a través de la Ley de Arbitraje decreto 67-95 habla sobre la autonomía del acuerdo de arbitraje en su Artículo 21 en su párrafo segundo al sostener que " La decisión del tribunal arbitral declarando nulo un contrato, no entrañará por ese solo hecho la nulidad de la cláusula en la que conste el acuerdo de arbitraje.", así también el Reglamento de Arbitraje de la Comisión de Resolución de Conflictos de la Cámara de Industria de Guatemala (CRECIG) reconoce la autonomía del acuerdo de arbitraje ya que en su Artículo 18 párrafo cuarto establece lo



siguiente: "Salvo estipulación en contrario, la posible inexistencia o nulidad del contrato, no implica la incompetencia del Tribunal si este admite la validez del Acuerdo arbitral. Continúa siendo competente, incluso en caso de inexistencia o nulidad del contrato, para determinar los derechos respectivos de las partes y pronunciarse sobre sus demandas y conclusiones."

Según la jurisprudencia de Estados Unidos tiene igual criterio en cuanto a la autonomía del acuerdo de arbitraje ya que en un contrato de compraventa de lana celebrado se incluyó la cláusula compromisoria, estableciendo que toda controversia que no se refiera al estado o calidad de las mercaderías sería sometida a la Asociación Americana de Arbitraje (AAA), el comprador se opuso al arbitraje, alegando que el contrato se había celebrado con fraude. El tribunal de primera instancia decidió que habiéndose concertado el contrato principal con fraude, la cláusula carecía de validez. El Tribunal Superior, al revocar el fallo de primera instancia sostuvo que "la cláusula de arbitraje es distinta de las demás disposiciones del contrato" y que no se había alegado que la cláusula compromisoria fuere fraudulenta y que ésta estaba concebida en términos lo bastante amplios para abarcar el caso de fraude.



Según nuestra jurisprudencia habla sobre la autonomía que tiene el contrato con respecto al instrumento público al quedar establecida en la sentencia de casación de la Corte Suprema de Justicia de fecha 10 de diciembre de 1973 al desestimar el recurso de casación interpuesto en contra de la sentencia dictada por una Sala de Apelaciones la que indicó: "Que en lo atinente en las escrituras públicas contentivas de los contratos inexistentes, se arriba a la conclusión de que dichos instrumentos llenan a cabalidad todas y cada una de las formalidades tanto esenciales como no esenciales y el hecho de que en ellas conste un negocio o acto que adolece de nulidad absoluta, no hace que dichas escrituras sean nulas".

Que estando el acuerdo de arbitraje basado en el principio de la autonomía de la voluntad, es decir, la libertad que tienen las partes de someter cualquier controversia que se suscite al arbitraje, estaríamos violando dicho principio de llevar a cabo por medio de la jurisdicción ordinaria si es nulo o no ya sea el instrumento público o el contrato, si las mismas partes llegaron a un acuerdo por el cual deciden que las diferencias que se susciten serán resueltas por medio del arbitraje, siendo así que el acuerdo de arbitraje al estar basado en el principio de la autonomía de la voluntad lo fundamenta en una relación contractual que puede ser por medio de una cláusula compromisoria



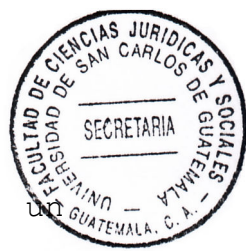
(a priori) o por medio del compromiso arbitral (a posteriori) creando efectos, efectos positivos y negativos, siendo los efectos positivos la facultad y correlativa obligación de las partes de acudir al arbitraje como medio de arreglo de diferencias, cooperar en el nombramiento de los árbitros, participar en el procedimiento arbitral y aceptar de antemano el carácter obligatorio de la decisión que dicte el órgano arbitral designado por ellas. Por el contrario están los efectos negativos que consisten en la imposibilidad de plantear la diferencia que se susciten o puedan suscitarse ante la jurisdicción ordinaria y de que éste conozca el fondo del asunto. Estos efectos negativos tienen importancia tanto en el plano nacional de un país como en el plano internacional, es por eso que en la mayoría de tratados y convenciones reconocen la importancia de evitar que el acuerdo de arbitraje pueda ser sustituido por un procedimiento que tenga que ver con la justicia ordinaria. Nuestro ordenamiento jurídico habla sobre los efectos negativos al establecer por medio de la ley de arbitraje Decreto 67-95 en su Artículo 11 "Excepción de incompetencia fundada en el acuerdo de arbitraje. 1) El acuerdo arbitral obliga a las partes a respetar y cumplir lo estipulado. El acuerdo arbitral impedirá a los jueces y tribunales conocer de las acciones originadas por controversias sometidas al proceso arbitral, siempre que la parte interesada lo invoque mediante la excepción de incompetencia. Se entenderá que las partes renuncian



al arbitraje y se tendrá por prorrogada la competencia de los tribunales cuando el demandado omite interponer la excepción de incompetencia. 2) Si se ha entablado la acción a que se refiere el párrafo 1) del presente artículo, habiéndose hecho valer la excepción de incompetencia, se podrá no obstante, iniciar o proseguir las actuaciones arbitrales y dictar un laudo mientras la cuestión esté pendiente ante tribunal.", así también el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de la Industria de Guatemala habla sobre la Sumisión al Arbitraje de la Comisión al establecer en su Artículo 18 que: " La sumisión al acuerdo de Arbitraje de la CRECIG, implica la aceptación de la obligatoriedad de este reglamento. Al aceptar este reglamento, las partes renuncian expresamente al derecho de impugnar el laudo emanado del arbitraje, administrado por la CRECIG. Si alguna de las partes se rehúsa o se abstiene de participar, el Arbitraje tendrá lugar a pesar de la negativa o la abstención."

En conclusión, tanto la doctrina como la jurisprudencia han discutido ampliamente la cuestión relativa a los efectos que un contrato o instrumento público nulo pueda tener sobre la validez de la cláusula arbitral incorporada en el o en forma separada dada la íntima relación que existe entre ellos, pues se ha alegado ante los tribunales que si el contrato o instrumento público es nulo lo es también la cláusula arbitral y que este





alegato sea sometido a la jurisdicción ordinaria y no a un tribunal arbitral. Siendo así que el acuerdo de arbitraje es autónomo por cuanto a su naturaleza jurídica basada en el principio de autonomía de la voluntad, de la libertad y disposición de las partes para elegir la vía donde resolver sus diferencias y conflictos, por cuanto a sus efectos que produce esencialmente los efectos llamados negativos basados en los tratados y convenios internacionales, así como el pensamiento doctrinario y la jurisprudencia.



## CAPÍTULO V

### 5. Contratos mercantiles atípicos y sus costumbres

#### 5.1 Contrato atípico de transferencia de tecnología -know-how-

En un sentido amplio, mediante el contrato de transferencia de tecnología (también denominado de asistencia técnica o de licencia de Know-how) una empresa transfiere a otra ciertos procedimientos de fabricación, transformación y conservación o bien la asistencia técnica o los conocimientos tecnológicos para una mejor utilización de tales prestaciones en su proceso productivo.

Como el contrato de ingeniería, este contrato tiene por finalidad, la mejora de los procesos productivos, administrativos, financieros de la empresa cliente.

Los contratos de transferencia de tecnología tienen autonomía propia, por lo que pueden celebrarse independientemente, sin conexión con ningún otro contrato, aunque aparecen en ocasiones como parte integrante de otros más complejos, como los citados contratos de ingeniería.



### 5.1.1 Diferencias

El contrato de Know how pese a semejanzas con algunas figuras como la denominada licencia de patentes, el contrato de compra venta y el contrato de asistencia técnica, no debe de confundirse, con estas por ejemplo, se diferencia del primero en que no tiene carácter público que permite el Registro, es un secreto; del segundo el dador no vende los conocimientos, autoriza su utilización y del tercero por el carácter de confidencialidad no existe, asistencia técnica.

### 5.1.2 Obligaciones

En cuanto a las obligaciones que genera este contrato, son de medio: la autorización de explotación y la puesta a disposición; en cambio, los de resultado que se garantizan son los técnicos que para este fin se determina: el tiempo de comprobación de resultados y los criterios o sistemas de comprobación.

### 5.1.3 Características

Es atípico, consensual, se perfecciona por el acuerdo entre las partes, es sinalagmático, bilateral por existir contraprestaciones entre las partes.



#### 5.1.4 Elementos que caracterizan al Know How

- a) Práctico: o sea útil, funcional, beneficioso, aprovechable, real.
- b) Probado: que los procedimientos hayan sido ensayados, demostrados y comprobados, a la vez seguros y acreditados.
- c) Original: que sea nuevo, peculiar, interesante. Es esta característica lo que lo hace confidencial durante la vida del contrato y luego de su terminación.
- d) Específico: que sea un conjunto de técnicas, procedimientos y métodos definidos e individualizados e identificados en forma concreta.
- e) Generalmente no patentados y secreto: en el sentido que no es comúnmente conocido
- f) Reproducible: o fácilmente transmisible oralmente en sesiones de entrenamiento o por escrito en los contratos y/o manuales.
- g) Sustancial: por el hecho de que el mismo incluya una información importante para la venta de los productos o la prestación de los servicios, para la presentación de los productos, las relaciones con la clientela y en general la gestión operativa y administrativa.



## 5.2 Contrato atípico -joint-venture-

### 5.2.1 Definición

Es aquel por el cual el conjunto de sujetos de derecho nacionales o internacionales- realizan aportes de las mas diversas especies, que no implicarán la pérdida de la identidad e individualidad como persona jurídica o empresa, para la realización de un negocio común, pudiendo ser este desde la creación de bienes hasta la prestación de servicios, que se desarrollará dentro de un lapso limitado, con la finalidad de obtención de beneficios económicos.

La idea general es la de una empresa o proyecto con participación de dos o mas personas, físicas o jurídicas, y cuya finalidad es realizar una operación de negocio distinta y generalmente complementaria, de la que desempeñan las empresas constituyentes, bajo cuya gestión está el control de la nueva empresa.



### 5.3 El contrato atípico de leasing

#### 5.3.1 Definición

Es conocido también como arrendamiento financiero, locación financiera o arrendamiento con opción a compra.

#### 5.3.2 Modalidades del Contrato de Leasing

##### 5.3.2.1 Leasing Operativo

En esta modalidad, el propietario fabricante o proveedor de un bien lo transfiere a otro para utilizarlo en su actividad económica.

En este caso, el locador es al mismo tiempo el fabricante o proveedor de los bienes. En caso de no ser así, el contrato sería de renting, el cual es un típico contrato de arrendamiento en el que el locador ni fabrica ni provee el bien.

##### 5.3.2.2 Leasing Financiero

En este contrato, un sujeto llamado *dador* (dador del financiamiento) proporciona dinero para comprar un bien que



necesita el *tomador* (tomador del financiamiento y del bien por adquirir), adquiriéndolo directamente del proveedor y pagándole el valor del mismo.

### 5.3.3 Elementos

- a) Dador: La persona que da el financiamiento
- b) Tomador: el sujeto beneficiario del financiamiento y usuario del bien por adquirir.

### 5.3.4 Características

El tomador o usuario debe tener siempre el derecho a optar por la compra de los mismos, salvo pacto en contrario. El plazo del contrato se negocia en razón de la vida útil del bien adquirido y es común que sea forzoso. El tomador o usuario asume los riesgos y soporta los vicios del objeto adquirido.

### 5.3.5 Etapas del Contrato de Leasing Financiero

#### 5.3.5.1 Etapa de Administración

Lo importante es la utilización del bien adquirido con el financiamiento.



#### 5.3.5.2 Etapa de Disposición

Vencido el plazo, el tomador decide adquirir el bien, ejercitando el derecho a la opción de compra.

#### 5.3.6 Diferencia del leasing financiero con el arrendamiento

En el Contrato de arrendamiento: la intención de las partes es la de permitir el uso de un bien y en razón de ello se pacta la renta. La opción de compra es una preferencia de adquisición, en que las rentas no tienen nada que ver en el precio. Si no se hace uso del derecho de opción y el bien es vendido a tercero, el locatario no tiene derecho a que se le entregue parte del precio vendido. En el Contrato de leasing la intención de las partes es negociar un crédito sujeto a las reglas del mercado financiero, lo que influye en las rentas periódicas que debe pagar por el uso del bien. La opción debe ser parte del contrato, el precio de la posible venta se pacta desde la celebración del contrato y será siempre un valor residual que se calcula tomando en cuenta el deterioro que sufre el bien. Si no se ejerce la opción y el bien es vendido a tercero, tendrá derecho a una parte del precio.





## 5.4 El contrato de factoring

### 5.4.1 Definición

Es una sociedad financiera cuya función social consiste en comprar deudas comerciales a la vista o exigibles a corto plazo, negociarlas y prestar un conjunto de servicios comerciales y financieros a su clientela vendedora de bienes o servicios, con arreglo a un contrato previo establecido para cierta duración que vincula al factor con su cliente.

Es un convenio de efectos permanentes establecido entre el contratante, según el cual aquel se compromete a transferir al factor todas o parte de las facturas que posee de terceros deudores y notificarles esa transmisión; como contrapartida el *factor* se encarga de efectuar el cobro de estas deudas, de garantizar el resultado final, incluso en caso de morosidad del deudor y de pagar el importe, por anticipado, a la fecha fija o mediante deducción de sus gastos de intervención.

### 5.4.2 Sujetos del Contrato

a) Factor, que es la sociedad factoring.



b) El cliente o sea el titular de los créditos transferidos a factor.

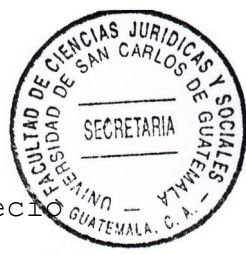
#### 5.4.3 Diferencia con el contrato de descuento

En el contrato de factoring, el cliente que transfiere los créditos debe quedar desligado de garantizar el pago, por regla. En este contrato, se opera generalmente sobre facturas, o bien sobre un título que a la vez es factura, la factura cambiaria. Está concebido para absorber una masa de facturas y se puede trasladar periódicamente, facturas durante el plazo del contrato. En el Contrato de Descuento, el desligarse de garantizar el pago es una excepción. Es un negocio regularmente sobre créditos que constan en títulos de crédito o en libros. Puede negociarse sobre un título de crédito.

#### 5.5 Contrato de underwriting

##### 5.5.1 Definición

Es una operación por la cual un banco o una sociedad financiera otorga prefinanciamiento a la sociedad emisora sobre la suma que representa el total o parte de los valores a emitir: acciones o debentures, pagando un precio menor al valor nominal de cada



documento, los cuales colocará posteriormente por un precio mayor.

#### 5.5.2 Diferencia con el contrato de suscripción de valores

El contrato de Underwriting, no es un negocio realizado en la bolsa. Quien da el financiamiento puede ser un banco, una sociedad financiera o cualquier sujeto económicamente solvente. El prefinanciamiento es sobre títulos valores por emitir.

#### 5.5.3 Sujetos, objeto y forma del contrato

Sujetos:

- a. La entidad que da el prefinanciamiento, adquiere los títulos valores a emitir con la finalidad de colocarlos posteriormente.
- b. La sociedad anónima que recibe el prefinanciamiento, contrayendo la obligación de emitir los valores objeto del contrato.

Objeto:

El prefinanciamiento que se otorga y los títulos que se emiten.

Forma: es libre por regla general.



#### 5.5.4 Modalidades del contrato

a. En firme. Cuando el ente que otorga el prefinanciamiento los coloca, en el entendido de que se convierte en socio temporal de la sociedad emisora.

b. No en firme. Cuando el ente financiero, se obliga a colocar los títulos pero por cuenta del emisor y los títulos no colocados son devueltos a la entidad emisora.





## CONCLUSIONES

1. En Guatemala, el arbitraje ha adoptado tendencias modernas de derecho y es la manera fácil y viable para solucionar conflictos.
2. Todo acuerdo de arbitraje está sometido a una competencia para poder arbitrar; las controversias que puedan surgir o surjan versarán sobre materias en que las partes tengan libre disposición conforme derecho.
3. El pensamiento doctrinario, recogido por la jurisprudencia y las convenciones internacionales es unánime al sostener la autonomía del acuerdo arbitral frente a la relación contractual que es materia objeto de arbitraje.
4. En toda cláusula de arbitraje en un contrato mercantil atípico es importante apreciar la negociación de las que se deriven los problemas, ya que se asegura o se reflejará la integridad de las partes en sus esfuerzos mutuos para crear un proceso viable de resolución de conflictos.





## RECOMENDACIONES

1. Las instituciones arbitrales, deben realizar estudios y análisis comparados con el derecho internacional sobre las diferentes normativas existentes en materia de arbitraje en Guatemala.
2. Los centros de arbitraje, deben conocer la competencia y la libertad de disposición conforme a derecho, de someter las controversias que surjan o que puedan surgir al arbitraje.
3. Todo Tribunal de Arbitraje debe tomar en cuenta la teoría de la separación, de la cláusula compromisoria con respecto al contrato y así decidir sobre la nulidad y vicio del mismo.
4. Las partes, al manifestar su voluntad en toda contratación mercantil atípica, deben redactar la cláusula compromisoria de una forma en la que, tenga relación con el objeto de la negociación; por la cual han consentido.







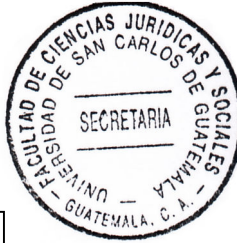
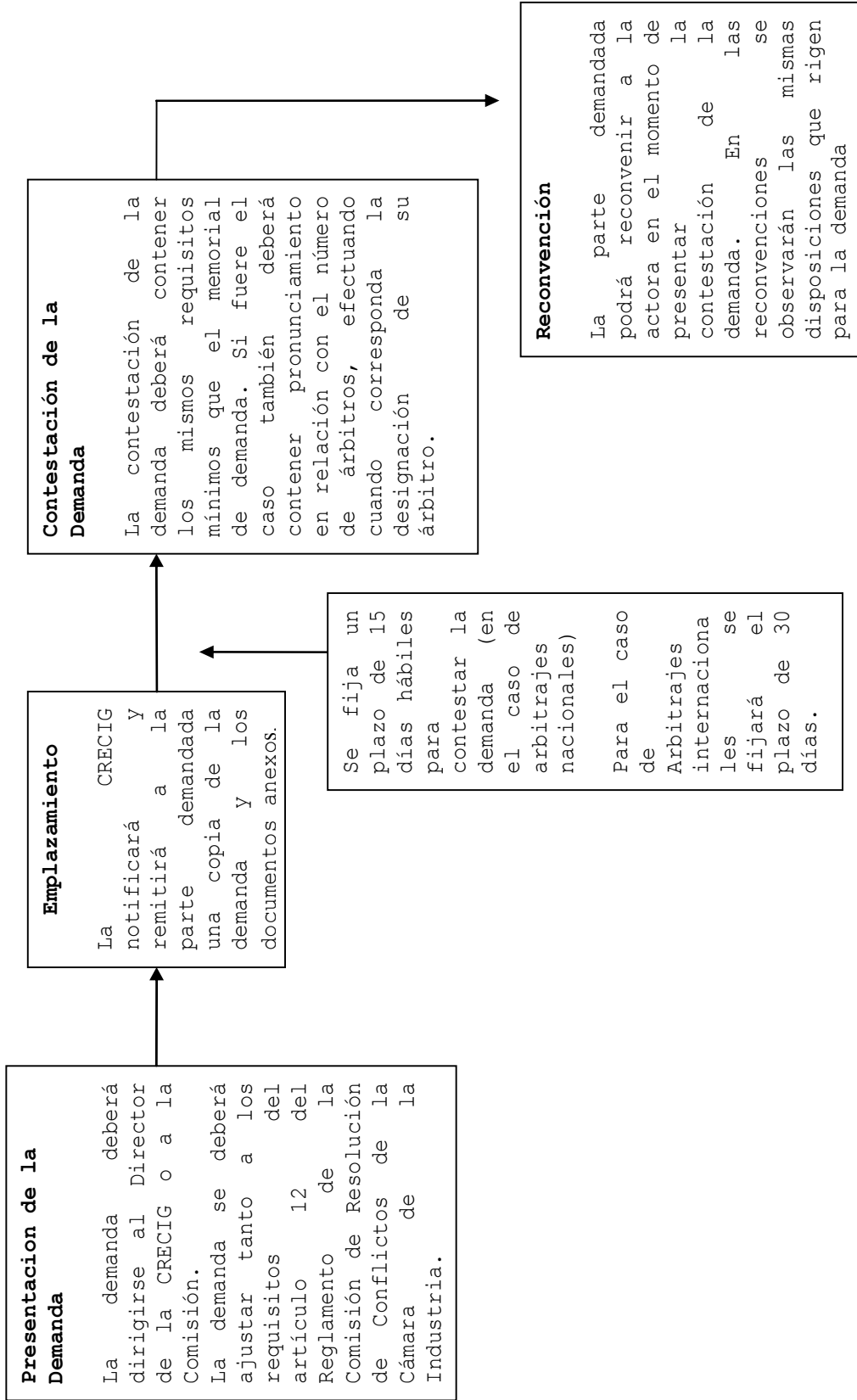
**ANEXOS**



ANEXO A

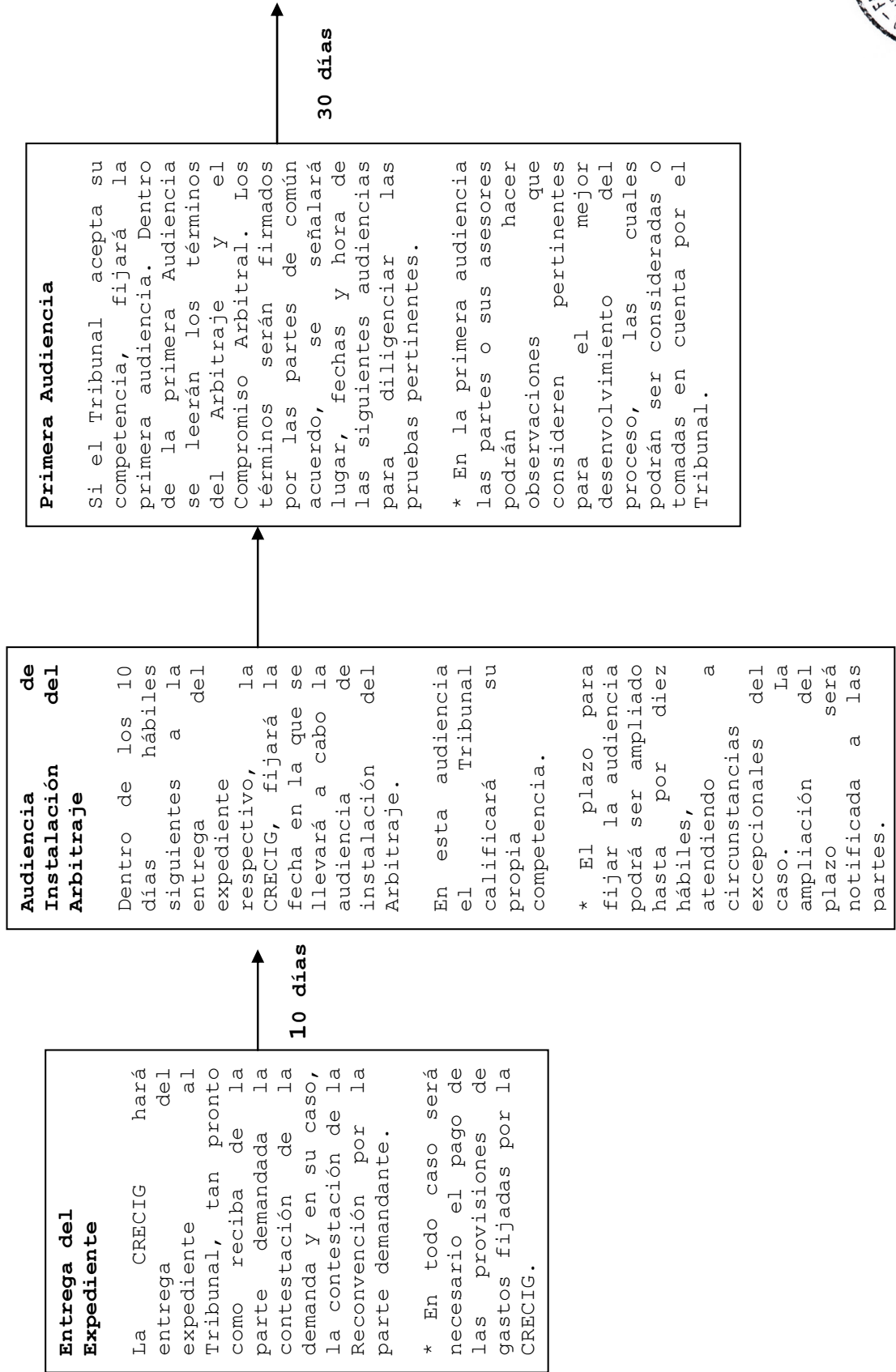
ESQUEMAS DEL PROCEDIMIENTO ARBITRAL SEGÚN LA CRECIG Y LA CENAC  
ESQUEMA DEL PROCEDIMIENTO ARBITRAL DE LA CRECIG

FASE PRE-ARBITRAL



**FASE ARBITRAL.**

**ESQUEMA DEL PROCEDIMIENTO ARBITRAL DE LA CRECIG**



ESQUEMA DEL PROCEDIMIENTO ARBITRAL DE LA CRECIG

FASE ARBITRAL

**Periodo de Prueba**  
Dentro de los 30 días hábiles siguientes a la firma de los términos del arbitraje, el Tribunal deberá determinar los hechos que estime convenientes, y practicar diligencias y pruebas pertinentes que le solicitan y las que de oficio considere necesarias

**Alegatos finales**  
Finalizadas las diligencias de prueba que decida practicar el Tribunal, se fijará una audiencia para escuchar los alegatos finales de las partes.  
\* Se fijará un máximo de 2 hrs a cada parte para sus alegatos.

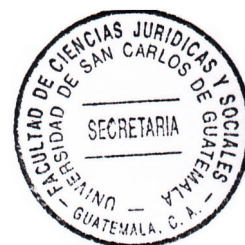
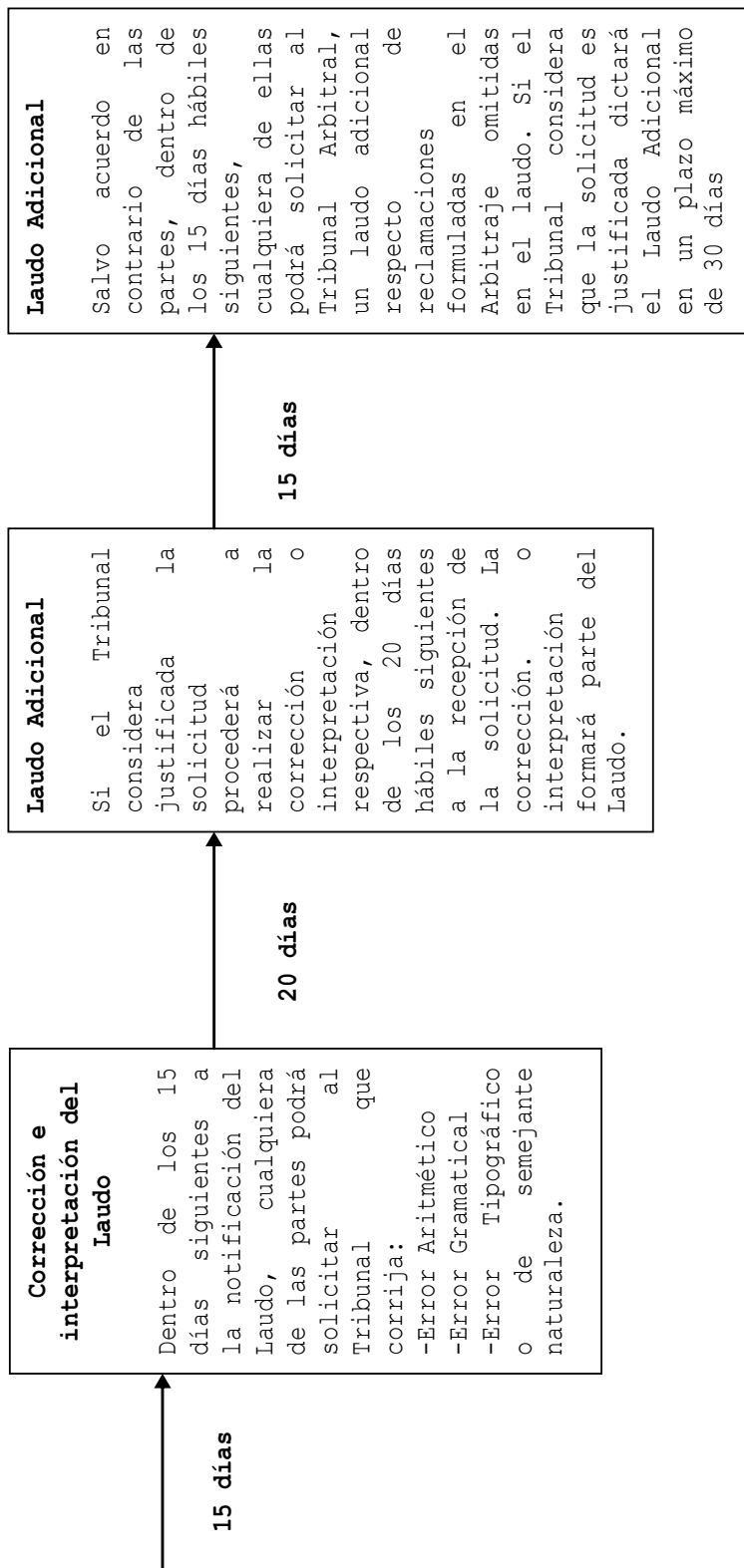
**Laudo**  
Dentro de los cuatro meses siguientes a la Audiencia de Instalación, el Tribunal deberá emitir el Laudo. Este plazo podrá prorrogarse según las circunstancias del caso concreto.  
\* La prórroga sólo podrá solicitarse dos veces y cada una no podrá exceder de un mes.

**De la notificación y custodia del Laudo**  
El laudo será notificado a las partes por medio de una copia firmada por los árbitros, la cual será entregada a cada una de ellas. El original permanecerá en la CRECIG y solamente las partes podrán obtener copia certificada.



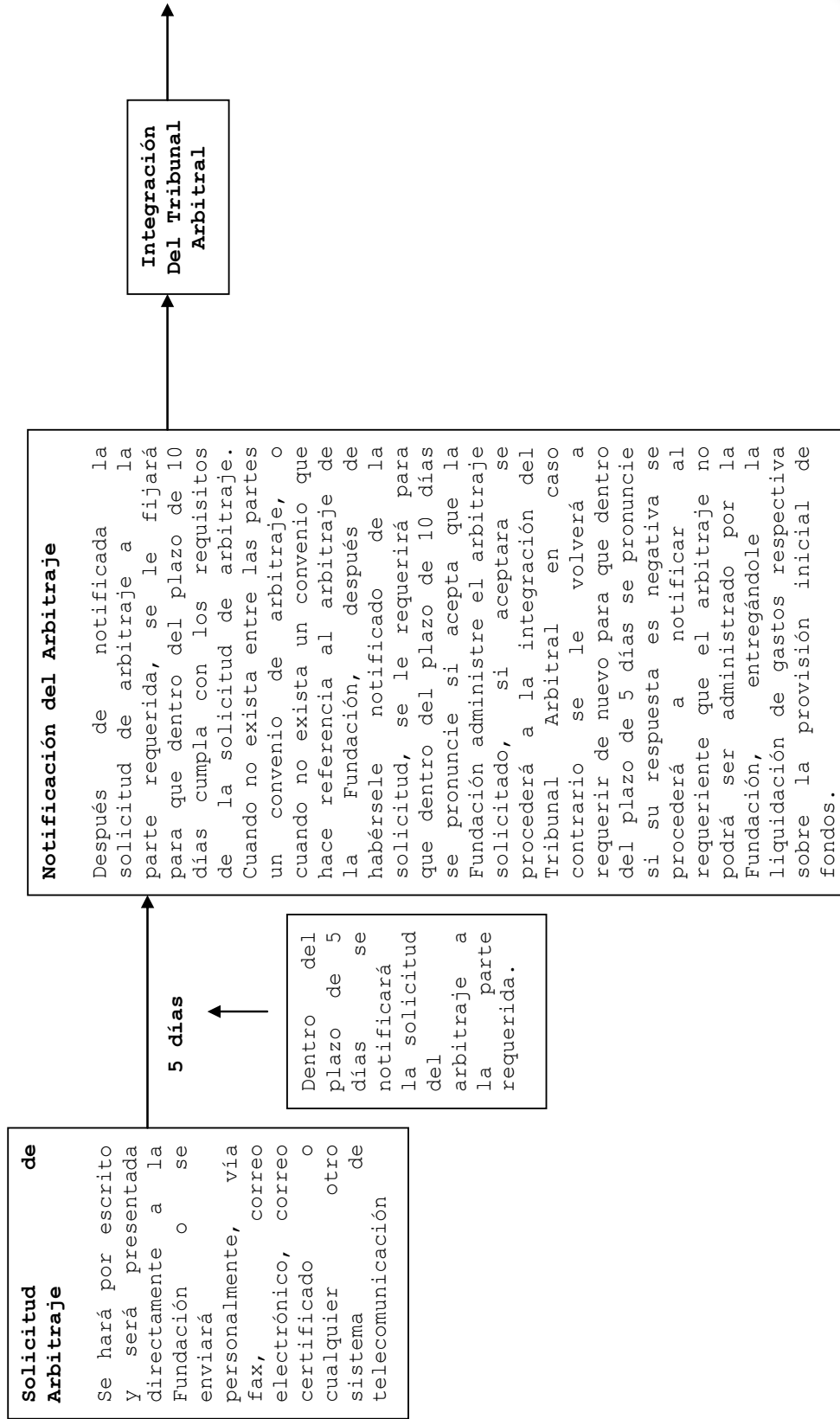
ESQUEMA DEL PROCEDIMIENTO ARBITRAL DE LA CRECIG

CORRECCION E INTERPRETACION DEL LAUDO



ESQUEMA DEL PROCEDIMIENTO ARBITRAL DE LA CENAC

FASE PRE-ARBITRAL

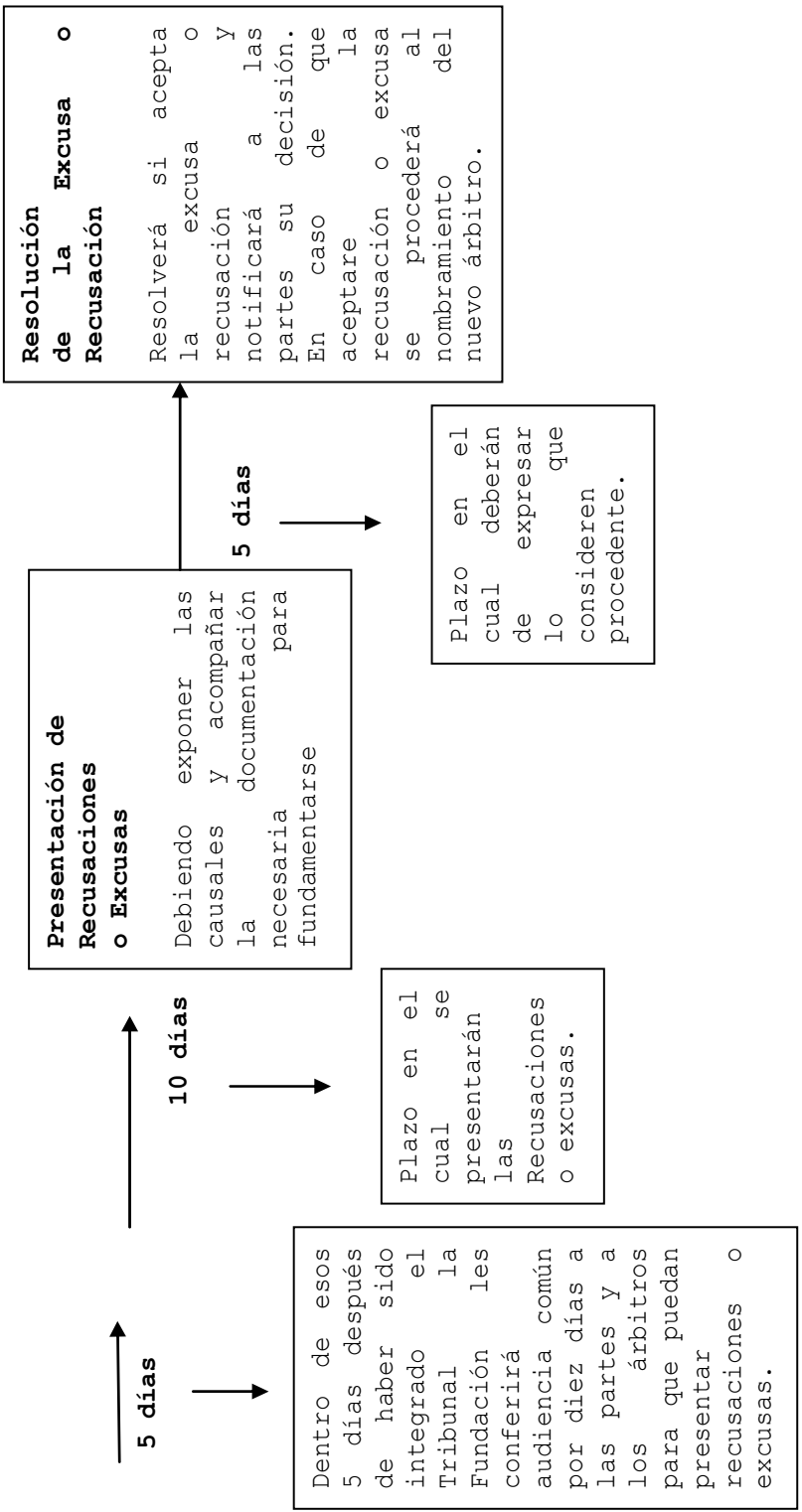






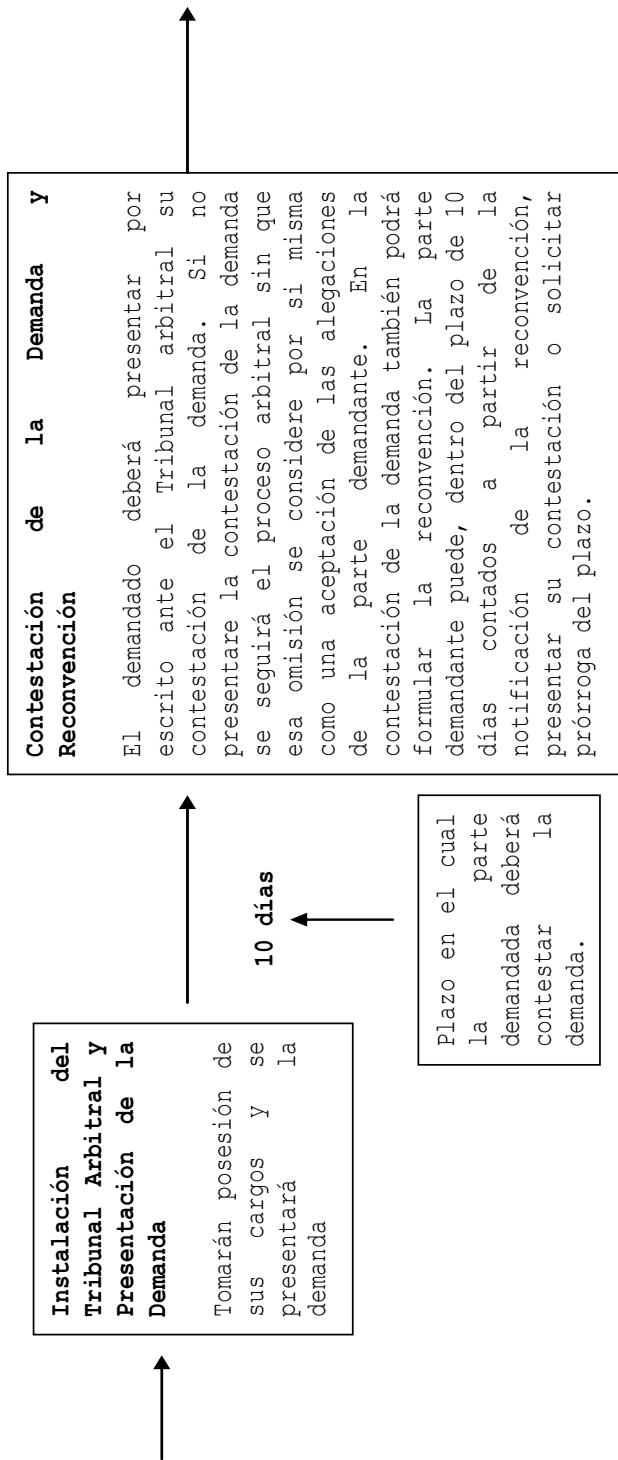
ESQUEMA DEL PROCEDIMIENTO ARBITRAL DE LA CENAC

FASE PRE-ARBITRAL



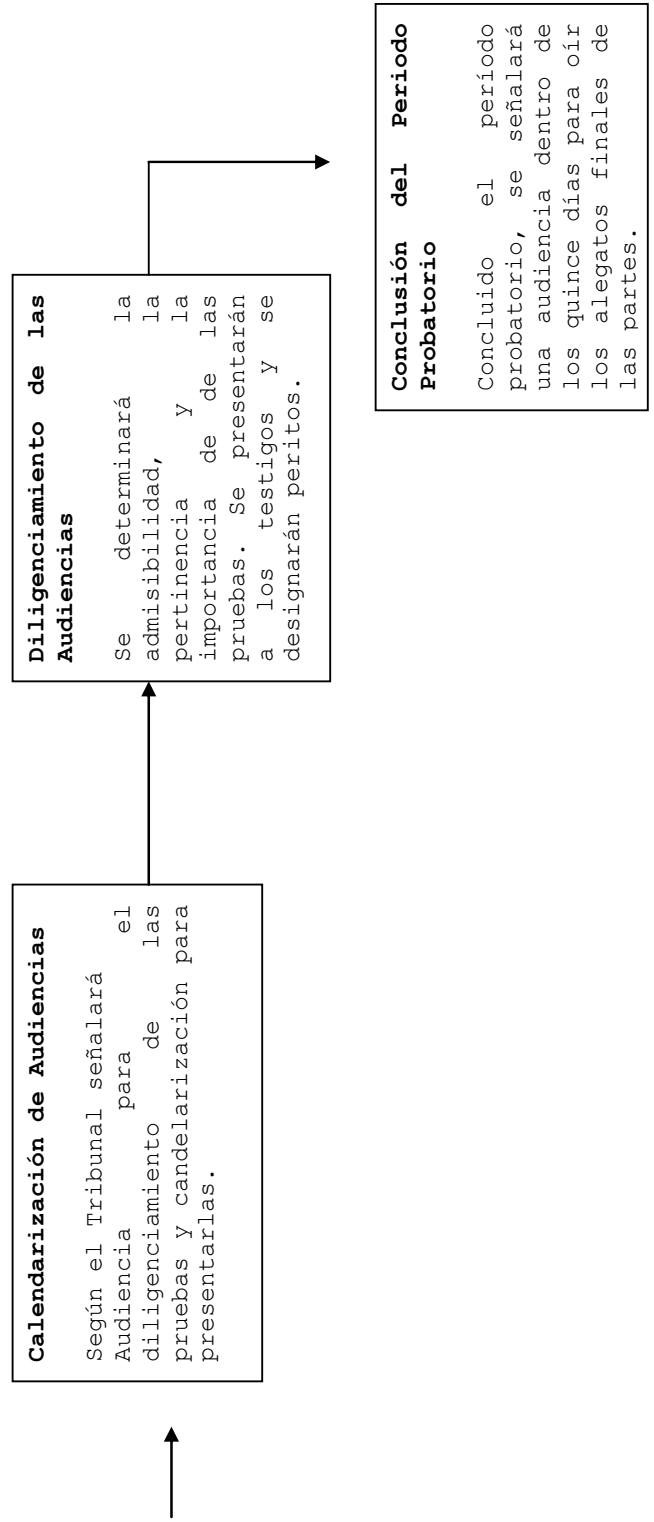
**ESQUEMA DEL PROCEDIMIENTO ARBITRAL DE LA CENAC**

**FASE ARBITRAL**



ESQUEMA DEL PROCEDIMIENTO ARBITRAL DE LA CENAC

FASE ARBITRAL



ESQUEMA DEL PROCEDIMIENTO ARBITRAL DE LA CENAC

FASE ARBITRAL

**Alegatos Finales**  
El Tribunal Arbitral oír los alegatos finales los cuales salvo disposición en contrario del Tribunal Arbitral no podrán exceder de una hora con treinta minutos por cada parte. El Tribunal Arbitral podrá, si lo considera necesario, en razón de circunstancias excepcionales debidamente justificadas, decidir, por propia iniciativa o a petición de parte, que se celebre una audiencia extraordinaria dentro de los quince días siguientes a la audiencia en que se presentaron los alegatos finales.

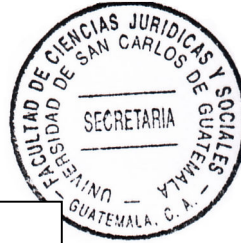
**Lectura y notificación del Laudo Arbitral.**

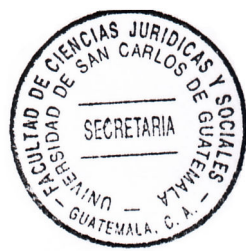
10 días

Plazo dentro del cual las partes podrán requerir del Tribunal Arbitral una interpretación, y rectificación y ampliación del laudo.

**Resolución sobre la interpretación, rectificación y ampliación del laudo.**

Se deberá emitir por escrito dentro de los veinte días siguientes a la recepción del requerimiento.





## **ANEXO B**

### **CONVENCIÓN DE PANAMÁ Y CONVENCIÓN DE NUEVA YORK**

**Convención interamericana sobre arbitraje comercial internacional (Panamá 1975). Decreto No. 35-86 del Congreso de la República de Guatemala. Ratificada por el Ministerio de Relaciones Exteriores el 7 de Julio de 1986.**

Los gobiernos de los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos, deseosos de concertar una Convención sobre Arbitraje Comercial Internacional han acordado lo siguiente:

#### **ARTÍCULO 1**

Es válido el acuerdo de las partes en virtud del cual se obligan a someter a decisión arbitral las diferencias que pudiesen surgir o que hayan surgido entre ellas con relación a un negocio de carácter mercantil. El acuerdo respectivo constará en el escrito firmado por las partes o en el canje de cartas, telegramas o comunicaciones por telex.

#### **ARTÍCULO 2**

El nombramiento de los árbitros se hará en la forma convenida por las partes. Su designación podrá delegarse a un tercero sea este persona natural o jurídica.

Los árbitros podrán ser nacionales o extranjeros.

#### **ARTÍCULO 3**

A falta de acuerdo expreso entre las partes el arbitraje se llevará a cabo conforme a las reglas de procedimiento de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial.

#### **ARTÍCULO 4**

Las sentencias o laudos arbitrales no impugnables según la ley o reglas procesales aplicables, tendrán fuerza de sentencia judicial ejecutoriada. Su aplicación o reconocimiento podrá exigirse en la misma forma que la de las sentencias dictadas por tribunales ordinarios nacionales o extranjeros, según las leyes procesales del país donde se ejecuten, y lo que establezcan al respecto los tratados internacionales.

#### **ARTÍCULO 5**

1. Sólo se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de la sentencia a solicitud de la parte contra la cual es invocada, si ésta se prueba ante la autoridad competente del Estado en que se pide el reconocimiento y la ejecución:



a. 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 lo han sometido, o si nada se hubiere indicado a este respecto, en virtud de la ley del Estado en que se haya dictado la sentencia; o

b. Que la parte contra la cual se invoca la sentencia arbitral no haya sido debidamente notificada de la designación del árbitro o del procedimiento de arbitraje o no haya podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus medios de defensa; o

c. Que la sentencia se refiera a una diferencia no prevista en el acuerdo de las partes de sometimiento al procedimiento arbitral; no obstante; si las disposiciones de la sentencia que se refieren a las cuestiones sometidas al arbitraje pueden separarse de las que no hayan sido sometidas al arbitraje, se podrá dar reconocimiento y ejecución a las primeras; o

d. Que la constitución del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se hayan ajustado al acuerdo celebrado entre las partes o, en defecto de tal acuerdo, que la constitución del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se hayan ajustado a la ley del Estado donde se haya efectuado el arbitraje; o

e. Que la sentencia no sea aún obligatoria para las partes o haya sido anulada o suspendida por una autoridad competente del Estado en que, o conforme a cuya ley, haya sido dictada esa sentencia.

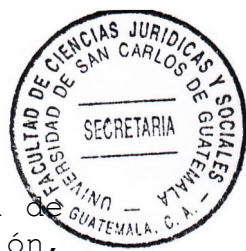
2. También se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de una sentencia arbitral si la autoridad competente del Estado en que se pide el reconocimiento y la ejecución comprueba:

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 contrarios al orden público del mismo Estado.

#### ARTÍCULO 6

Si se ha pedido a la autoridad competente prevista en el artículo 5, párrafo 1 e), la anulación o la suspensión de la sentencia, la autoridad ante la cual se invoca dicha sentencia podrá, si lo



considera procedente, aplazar la decisión sobre la ejecución de la sentencia y, a instancia de la parte que pida la ejecución, podrá también ordenar a la otra parte que de garantías apropiadas.

*ARTÍCULO 7*

La presente Convención estará abierta a la firma de los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos.

*ARTÍCULO 8*

La presente Convención está sujeta a ratificación. Los instrumentos de ratificación se depositarán en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos.

*ARTÍCULO 9*

La presente Convención quedará abierta a la adhesión de cualquier otro Estado. Los instrumentos de adhesión se depositarán en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos.

*ARTÍCULO 10*

La presente Convención entrará en vigor el trigésimo día a partir de la fecha en que haya sido depositado el segundo instrumento de ratificación. Para cada Estado que ratifique la Convención o se adhiera a ella después de haber sido depositado el segundo instrumento de ratificación, la Convención entrará en vigor el trigésimo día a partir de la fecha en que tal Estado haya depositado su instrumento de ratificación o adhesión.

*ARTÍCULO 11*

Los Estados partes que tengan dos o más unidades territoriales en las que rijan distintos sistemas jurídicos relacionados con cuestiones tratadas en la presente Convención, podrán declarar, en el momento de la firma, ratificación o adhesión, que la Convención se aplicará a todas sus unidades territoriales o solamente a una o más de ellas.

Tales declaraciones podrán ser modificadas mediante declaraciones ulteriores, que especificarán expresamente la o las unidades territoriales a las que se aplicará la presente Convención. Dichas declaraciones ulteriores se transmitirán a la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos y surtirán efecto treinta días después de recibidas.



#### ARTÍCULO 12

La presente Convención regirá indefinidamente, pero cualquiera de los Estados Partes podrá denunciarla. El instrumento de denuncia será depositado en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos. Transcurrido un año, contando a partir de la fecha de depósito del instrumento de denuncia, la Convención cesará en sus efectos para el estado denunciante, quedando subsistente para los demás Estados Partes.

#### ARTÍCULO 13

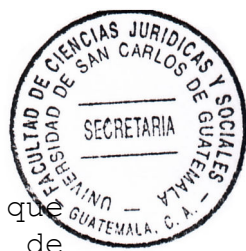
El instrumento original de la presente Convención, cuyos textos en español, francés, inglés y portugués son igualmente auténticos, será depositado en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos. Dicha secretaría notificará a los Estados Miembros de la organización de los Estados Americanos y a los Estados que se hayan adherido a la Convención, las firmas, los depósitos de instrumentos de ratificación, adhesión y denuncia, así como las reservas que hubiere. También les transmitirá las declaraciones previstas en el artículo 11 de la presente Convención.

**Convención sobre el reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras (NEY YORK, 10 DE JUNIO DE 1958).  
Aprobación Decreto Ley No. 9-84, 30 de Enero de 1984  
Adhesión: Acuerdo Gubernativo No. 60-84**

#### ARTÍCULO I

1. La presente Convención se aplicará al reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales dictadas en el territorio de un Estado distinto de aquel en que se pide el reconocimiento y ejecución de dichas sentencias, y que tengan su origen en diferencias entre personas naturales o jurídicas. Se aplicará también a las sentencias arbitrales que no sean consideradas como sentencias nacionales en el Estado en el que se pide su reconocimiento y ejecución.
2. La expresión "sentencia arbitral" no solo comprenderá las sentencias dictadas por los árbitros nombrados para casos determinados, sino también las sentencias dictadas por los órganos arbitrales permanentes a los que las partes se hayan sometido.
3. En el momento de firmar o de ratificar la presente Convención, de adherirse a ella o de hacer la notificación de su extensión prevista en el artículo X, todo Estado podrá a base de reciprocidad, declarar que aplicará la presente Convención al reconocimiento y a la ejecución de las sentencias arbitrales dictadas en el territorio de otro





Estado Contratante únicamente. Podrá también declarar que sólo aplicará la Convención a los litigios surgidos de relaciones jurídicas, sean o no contractuales, consideradas como comerciales por su derecho interno.

#### *ARTÍCULO II*

1. Cada uno de los Estados Contratantes reconocerá el acuerdo por escrito conforme al cual las partes se obliguen a someter a arbitraje todas las diferencias o ciertas diferencias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto a una determinada relación jurídica contractual o no contractual, concerniente a un asunto que pueda ser resuelto por arbitraje
2. La expresión "acuerdo por escrito" denotará una cláusula compromisoria incluida en un contrato o un compromiso firmados por las partes o contenidos en un canje de cartas o telegramas.
3. El tribunal de uno de los Estados contratantes al que se someta un litigio respecto del cual las partes hayan concluido un acuerdo en el sentido del presente artículo, remitirá a las partes al arbitraje, a instancia de una de ellas a menos que compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o inaplicable.

#### *ARTÍCULO III*

Cada uno de los Estados contratantes reconocerá la autoridad de la sentencia arbitral y concederá su ejecución de conformidad con las normas de procedimiento vigentes en el territorio donde la sentencia sea invocada, con arreglo a las condiciones que se establecen en los artículos siguientes. Para el reconocimiento o la ejecución de las sentencias arbitrales a que se aplica la presente Convención, no se impondrán condiciones apreciablemente más rigurosas, ni honorarios o costos más elevados, que los aplicables al reconocimiento o a la ejecución de las sentencias arbitrales nacionales.

#### *ARTÍCULO IV*

1. Para obtener el reconocimiento y la ejecución previstos en el artículo anterior, la parte que pida el reconocimiento y la ejecución deberá presentar, junto con la demanda:
  - a) El original debidamente autenticado de la sentencia o una copia de ese original que reúna las condiciones requeridas para su autenticidad;
  - b) El original del acuerdo a que se refiere el artículo II, o una copia que reúna las condiciones requeridas para su autenticidad.
2. Si esa sentencia o ese acuerdo no estuvieren en un idioma oficial del país en que se invoca la sentencia, la parte que pida



el reconocimiento y la ejecución de esa última deberá presentarse una traducción a ese idioma, de dichos documentos. La traducción deberá ser certificada por un traductor oficial o un traductor jurado, o por un agente diplomático o consular.

#### ARTÍCULO V

1. Sólo se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de la sentencia, a instancia de la parte contra la cual es invocada, si esta parte prueba ante la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución:

a) Que las partes en el acuerdo a que se refiere el artículo II estaban sujetas a alguna incapacidad en virtud de la que le es aplicable o que dicho acuerdo 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; o

b) Que la parte contra la cual se invoca la sentencia arbitral no ha sido debidamente notificada de la designación del árbitro o del procedimiento de arbitraje o no ha podido, por cualquiera otra razón, hacer valer sus medios de defensa; o

c) Que la sentencia se refiere a una diferencia no prevista en el compromiso o no comprendida en las disposiciones de la cláusula compromisoria, o contiene decisiones que exceden de los términos del compromiso o de la cláusula compromisoria; no obstante, si las disposiciones de la sentencia que se refieren a las cuestiones sometidas al arbitraje pueden separarse de las que no han sido sometidas al arbitraje, se podrá dar reconocimiento y ejecución a las primeras; o

d) Que 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, que la constitución del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral, no se han ajustado a la ley del país donde se ha efectuado el arbitraje; o

e) Que la sentencia no es aún obligatoria para las partes o ha sido anulada o suspendida por una autoridad competente del país en que, o conforme a cuya ley, ha sido dictada esa sentencia.

2. También se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de una sentencia arbitral si la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución, comprueba:

a) Que, según la ley de ese país, el objeto de la diferencia no es susceptible de solución por vía de arbitraje; o

b) Que el reconocimiento o la ejecución de la sentencia serian contrarios al orden público de ese país.



#### *ARTÍCULO VI*

Si se ha pedido a la autoridad competente prevista en el artículo V, párrafo 1 e), la anulación o la suspensión de la sentencia, la autoridad ante la cual se invoca dicha sentencia podrá, si lo considera procedente, aplazar la decisión sobre la ejecución de la sentencia y, a instancia de la parte que pida la ejecución, podrá también ordenar a la otra parte que de garantías apropiadas.

#### *ARTÍCULO VII*

1. Las disposiciones de la presente Convención no afectarán la validez de los acuerdos multilaterales o bilaterales relativos al reconocimiento y a 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 hacer valer una sentencia arbitral en la forma y medida admitida por la legislación o los tratados del país donde dicha sentencia se invoque.
2. El Protocolo de Ginebra de 1923 relativo a las cláusulas de arbitraje y la Convención de Ginebra de 1927 sobre la Ejecución de las sentencias Arbitrales Extranjeras dejarán de surtir efectos entre los Estados contratantes a partir del momento y en la medida en que la presente Convención tenga fuerza obligatoria para ellos.

#### *ARTÍCULO VIII*

1. La presente Convención estará abierta hasta el 31 de diciembre de 1958 a la firma de todo miembro de las Naciones Unidas, así como de cualquier otro Estado que sea o llegue a ser miembro de cualquier organismo especializado de las Naciones Unidas, o sea o llegue a ser parte en el Estado de la Corte Internacional de Justicia, o de otro Estado que haya sido invitado por la Asamblea General de las Naciones Unidas.
2. La presente Convención deberá ser ratificada y los instrumentos de ratificación se depositarán en poder del Secretario General de las Naciones Unidas.

#### *ARTÍCULO IX*

1. Podrán adherirse a la presente Convención todos los Estados a que se refiere el artículo VIII.
2. La adhesión se efectuará mediante el depósito de un instrumento de adhesión en poder del Secretario General de las Naciones Unidas.



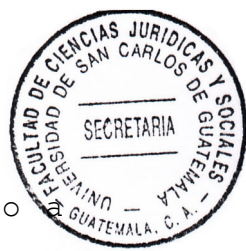
#### ARTÍCULO X

1. Todo Estado podrá declarar, en el momento de la firma, de la ratificación o de la adhesión, que la presente Convención se hará extensiva a todos los territorios cuyas relaciones internacionales tenga a su cargo o a uno de varios de ellos. Tal declaración surtirá efecto a partir del momento en que la Convención entre en vigor para dicho Estado.
2. Posteriormente, esa extensión se hará en cualquier momento por la ratificación dirigida al Secretario General de las Naciones Unidas y surtirá efecto a partir del nonagésimo día siguiente a la fecha en que el Secretario General de las Naciones Unidas haya recibido tal notificación o en la fecha de entrada en vigor de la Convención para tal Estado, si esta última fecha fuese posterior.
3. Con respecto a los territorios a los que no se hay hecho extensiva la presente Convención en el momento de la firma, de la ratificación o de la adhesión, cada Estado interesado examinará la posibilidad de adoptar las medidas necesarias para hacer extensiva la aplicación de la presente Convención a tales territorios, a reserva del consentimiento de sus gobiernos cuando sea necesario por razones constitucionales.

#### ARTÍCULO XI

Con respecto a los Estados federales o no unitarios, se aplicarán las disposiciones siguientes:

- a) En lo concerniente a los artículos de esta Convención cuya aplicación dependa de la competencia legislativa del poder federal, las obligaciones del gobierno federal serán, en esta medida, las mismas que las de los Estados contratantes, que no son Estados federales;
- b) En lo concerniente a los artículos de esta Convención cuya aplicación dependa de la competencia legislativa de cada uno de los Estados o provincias constituyentes que, en virtud del régimen constitucional de la federación, no están obligados a adoptar medidas legislativas, el gobierno federal, a la mayor brevedad posible y con su recomendación favorable, pondrá dichos artículos en conocimiento de las autoridades competentes de los Estados o provincias constituyentes.
- c) Todo Estado federal que sea parte en la presente Convención proporcionará, a solicitud de cualquier otro Estado contratante que le haya sido transmitida por conducto del Secretario General de las Naciones Unidas, una exposición de la legislación y de las prácticas vigentes en la federación y en sus entidades constituyentes con respecto a determinada disposición de la Convención, indicando la medida en que por



acción legislativa o de otra índole, se haya dado efecto tal disposición.

#### *ARTÍCULO XII*

1. La presente Convención entrará en vigor el nonagésimo día siguiente a la fecha del depósito del tercer instrumento de ratificación o de adhesión.
2. Respecto a cada Estado que ratifique la presente Convención o se adhiera a ella, después del depósito del tercer instrumento de ratificación o de adhesión, la presente Convención entrará en vigor el nonagésimo día siguiente a la fecha del depósito por tal Estado de su instrumento de ratificación o de adhesión.

#### *ARTÍCULO XIII*

1. Todo Estado contratante podrá denunciar la presente Convención mediante notificación escrita dirigida al Secretario General de las Naciones Unidas. La denuncia surtirá efecto un año después de la fecha en que el Secretario General haya recibido tal notificación.
2. Todo Estado que haya hecho una declaración o enviado una notificación conforme a lo previsto en artículo X, podrá declarar en cualquier momento posterior, mediante notificación dirigida al Secretario General de las Naciones Unidas, que la Convención dejará de aplicarse al territorio de que se trate un año después de la fecha en que el Secretario General haya recibido tal notificación.
3. La presente Convención, seguirá siendo aplicable a las sentencias arbitrales respecto de las cuales se haya promovido un procedimiento para el reconocimiento o la ejecución antes de que entre en vigor la denuncia.

#### *ARTÍCULO XIV*

Ningún Estado contratante podrá invocar las disposiciones de la presente Convención respecto de otros Estados contratantes más que en la medida en que él mismo esté obligado a aplicar esta Convención.

#### *ARTÍCULO XV*

El secretario General de las Naciones Unidas notificará a todos los Estados a que se refiere el artículo VIII:

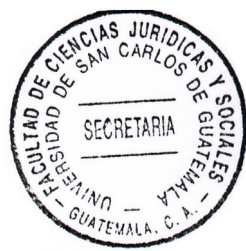
- a) Las firmas y ratificaciones previstas en el artículo VIII;
- b) Las adhesiones previstas en el artículo IX;
- c) Las declaraciones y notificaciones relativas a los artículos I, X y XI;
- d) La fecha de entrada en vigor de la presente Convención, en conformidad con el artículo XII;



e) Las denuncias y notificaciones previstas en el artículo XIII.

*ARTÍCULO XVI*

1. La presente Convención, cuyos textos chino, español, francés, inglés y ruso serán igualmente auténticos, será depositada en los archivos de la Naciones Unidas.
2. El Secretario General de la Naciones Unidas transmitirá una copia certificada de la presente Convención a los Estados a que se refiere el artículo VIII.



## **ANEXO C**

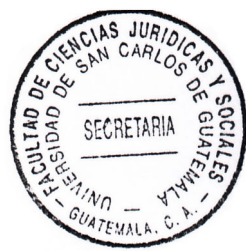
### **MODELO DE CLAÚSULAS COMPROMISORIAS DE ARBITRAJE Y DE CONVENIO ARBITRAL COMO ACUERDO INDEPENDIENTE**

#### **Modelo de cláusula compromisoria de arbitraje, según la cámara de la industria de Guatemala (crecig).**

Los contratantes convienen en que toda disputa o reclamación que se relacione con la aplicación, interpretación y/o cumplimiento de este contrato, por cualquier causa, deberá resolverse mediante arbitraje de (equidad o derecho), de conformidad con el reglamento de arbitraje de la comisión de resolución de conflictos de la Cámara de Industria de Guatemala, LA CRECIG, que se encuentre vigente al momento de surgir el conflicto, el arbitraje será administrado, por la Comisión de Resolución de Conflictos de la Cámara de Industria de Guatemala, por medio de un tribunal compuesto de (uno o tres árbitros), nombrados de conformidad con el reglamento ya relacionado y el idioma del arbitraje será el español. El laudo, será inimpugnable, y deberá ser cumplido de buena fe y sin demora alguna, por las partes.

#### **Modelo de la cláusula compromisoria de arbitraje, según la cámara de comercio (cenac).**

Todos los conflictos que surjan del presente contrato, tanto durante su vigencia, como a la terminación del mismo, por cualquier causa, deberán ser resueltos a través del proceso de conciliación. Transcurridos veinte días hábiles sin llegar a un acuerdo, la controversia será resuelta mediante arbitraje de (equidad o de derecho), de conformidad con el Reglamento de Conciliación y Arbitraje de la FUNDACION CENAC, el cual las partes aceptan desde ahora en forma irrevocable. Las partes autorizan a la FUNDACION CENAC para que nombre al conciliador y a los árbitros de conformidad con su reglamento. Adicionalmente, acuerdan los contratantes que la FUNDACION CENAC, será la institución encargada de administrar los procedimientos de conformidad con su normativa.



**ANEXO D**

**CONVENCIONES SOBRE ARBITRAJE INTERNACIONAL RATIFICADAS POR  
GUATEMALA.**

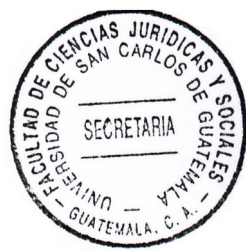
**I.-** *Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras* (Nueva York 10 de junio de 1958). Decreto Ley No. 9-84.

**II.-** *Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional* suscrita en Panamá el 30 de Enero de 1975. Ratificada por el Congreso de la República de Guatemala mediante el Decreto Número 35-86 el 7 de julio de 1986.

**III.-** *Convención de Derecho Internacional Privado (Código de Derecho Internacional Privado o Código de Bustamante)* que está vigente en Guatemala según Decreto 1575 de la Asamblea Legislativa de la República de Guatemala, suscrito en la Habana el 13 de febrero de 1928, refrendado por el Ejecutivo el 26 de abril de 1929.







## BIBLIOGRAFÍA

- ALFARO, Águila Real. **El derecho de las condiciones generales y de las cláusulas predispuestas.** Revista jurídica de Cataluña. Vol. 2, no.1. (mayo 2000).
- AYLWIN AZOCAR, Patricio. **El juicio arbitral.** Santiago, de Chile: Ed. Jurídica de Chile, 1958.
- BON, R. **Cómo redactar una cláusula compromisoria.** El arbitraje comercial internacional. Vol. 27, no. 6. (mayo 1995).
- CABANELLAS, Eduardo. **Diccionario de derecho usual.** 11<sup>a</sup>. Ed.; Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta s.r.l., 1974.
- DOMKE, Martin. **La ley y práctica del arbitraje comercial.** Chile: (s.e.), 1995.
- DE BUEN LOZANO, Nestor. **La decadencia del contrato.** 2<sup>a</sup>. ed.; Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta s.r.l., 1974.
- DIEZ, Picazo. **Fundamento del derecho civil patrimonial.** 1 t.; Madrid, (s.e.), 1993.
- GIL ECHEVERRI, Jorge Hernán. **Curso práctico de arbitraje.** Santa Fe de Bogota, Ed. Librería del profesional, 1993. 290 págs.
- GORDILLO GALINDO, Mario Estuardo. **Derecho procesal civil guatemalteco.** (s.l.i.) Ed. Praxis, (s.f.).
- GOZAINI, Osvaldo Alfredo. **Formas alternativas para la resolución de conflictos.** Buenos Aires, Ed. De palma, 1995.
- LINARES BELTRANENA, Fernando. **El arbitraje de equidad en el derecho civil y mercantil.** Universidad Rafael Landivar, Guatemala: (s.e.), 1973.



MARROQUÍN ESCOBAR, Hugo José Emilio. **El juicio de árbitros de derecho en la legislación guatemalteca.** Universidad de San Carlos, Guatemala:(s.e.), 1963.

MARTÍNEZ, Alonso. **El Código Civil en sus relaciones con la legislaciones forales.** Madrid, (s.e.), 1991.

MUÑOZ, Nery Roberto. **El instrumento público y el documento notarial.** 7<sup>a</sup>. ed.; Guatemala: Ed. Infoconsult editores, 2001.

MUÑOZ, Nery Roberto. **Introducción al estudio del derecho notarial.** 8<sup>a</sup>. ed.; Guatemala: Ed. Infoconsult editores, 2001.

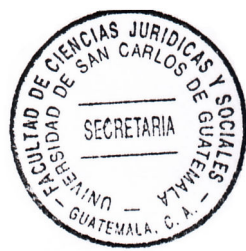
MUÑOZ, Nery Roberto. **La forma notarial en el negocio jurídico.** 7<sup>a</sup>. ed.; Guatemala: Ed. Infoconsult editores, 2002.

**Notas de la comisión de las Naciones Unidas para el derecho mercantil sobre la organización del proceso arbitral.** El gráfico (Panamá). Año 1997, No. 22715 (Miércoles 14 de marzo de 2002).

OSSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales.** Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta s.r.l., 1974.

RIVERA NEUTZE, Antonio Guillermo. **Arbitraje & conciliación, alternativas extrajudiciales de solución de conflictos.** 3<sup>a</sup>. ed.; Guatemala: (s.e.), 2001.

SILVA, Jorge Alberto. **Arbitraje comercial internacional en México.** 2<sup>a</sup>. ed.; México: Ed. Pereznieto, 1994. 526 págs.



**Legislación:**

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

**Código Procesal Civil y Mercantil.** Enrique Peralta Azurdia, Jefe de Gobierno de la República de Guatemala, decreto-ley número 107, 1964.

**Código de Comercio.** Decreto-número 2-70, 1970.

**Código de Notariado.** El Congreso de la República de Guatemala, decreto número 314, 1947.

**Ley de Arbitraje.** El Congreso de la República de Guatemala, decreto número 67-95, 1995.

**Estatutos de la Comisión de Resolución de Conflictos de la Cámara de Industria de Guatemala -CRECIG-.** Junta directiva de la Cámara de la Industria de Guatemala, 1998.