

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



FORTALECIMIENTO DE LA CERTEZA JURÍDICA DEL ARBITRAJE

JUAN CARLOS LUCERO ZELADA

GUATEMALA, JULIO DE 2011

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

FORTALECIMIENTO DE LA CERTEZA JURÍDICA DEL ARBITRAJE



TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

JUAN CARLOS LUCERO ZELADA

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Y los títulos profesionales de

ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, julio de 2011

**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. Mario Ismael Aguilar Elizardi
VOCAL III:	Lic. Luis Fernando López Díaz
VOCAL IV:	Br. Mario Estuardo León Alegría
VOCAL V:	Br. Pablo José Calderón Gálvez
SECRETARIO:	Lic. Avidán Ortiz Orellana

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente:	Lic. Héctor René Granados
Secretario:	Licda. Marisol Morales Chew
Vocal:	Lic. Héctor David España Pinetta

Segunda Fase:

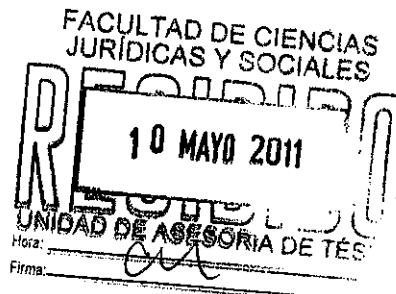
Presidente:	Lic. José Dolores Bor
Secretario:	Licda. Marisol Morales Chew
Vocal:	Lic. Obdulio Rosales Dávila

RÁZON: “Únicamente la autora es responsable de las doctrinas sustentadas y contenido de la tesis”. (Artículo 43 del Normativo para la elaboración de tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público).



Guatemala, 02 de mayo de 2011.

Licenciado
Carlos Manuel Castro Monroy
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Ciudad Universitaria



Licenciado Castro Monroy:

De la manera más atenta me permito comunicarle que he cumplido con la función de Asesora de Tesis del bachiller **JUAN CARLOS LUCERO ZELADA**, con número de carné 200510727, el cual se intitula: "**FORTALECIMIENTO DE LA CERTEZA JURÍDICA DEL ARBITRAJE**"; el cual a mi criterio cumple con todos los requisitos y formalidades que establece la normativa de esta facultad, y emito el dictamen siguiente:

- a) El tema investigado por el bachiller **JUAN CARLOS LUCERO ZELADA**, es de suma importancia respecto a su contenido científico y técnico, ya que se presenta con una temática que deviene de explorar el ámbito del Derecho, en especial sobre el Arbitraje, contribuyendo a la importancia de actualizar la ley que regula dicha materia. Lo técnico se manifiesta en la investigación realizada aportando soluciones siempre respetando el criterio de su autor en la redacción objetiva; además que la investigación realizada, es de carácter jurídico puesto que incorpora mecanismos idóneos a considerar para la solución del problema planteando una alternativa eficaz.


- b) En la investigación realizada, el bachiller empleó los métodos analítico al tener contacto con toda la información bibliográfica de diferentes autores; el método sintético al resumir la información que realmente se consideró importante; el método deductivo al tener contacto con el problema planteado, y posteriormente especificando el tema que ocupaba la presente investigación; el método inductivo durante el desarrollo de la tesis; por lo tanto considero que la estructura de la tesis y, la metodología y técnicas de investigación empleadas, son las adecuadas para el desarrollo del tema y el logro de los objetivos que la investigación pretende arribar.



- c) Opino que el trabajo de tesis en cuanto a su redacción, es claro y ordenado, pues se utiliza un lenguaje sencillo, claro, sustancioso y con bastante terminología jurídica.
- d) Con respecto a la contribución científica del trabajo de tesis considero que constituye un aporte científico, válido y oportuno encaminado a solventar la problemática del arbitraje, a través del aporte que presenta el bachiller LUCERO ZELADA; ello en virtud que el tópico abordado en dicho trabajo, resulta de singular importancia ya que aborda temas tanto legales como administrativos y operativos relativos a una figura como lo es el arbitraje, y con ello se le da el fortalecimiento y la certeza jurídica que necesita dicha figura jurídica.
- e) El bachiller JUAN CARLOS LUCERO ZELADA, arriba a conclusiones y recomendaciones congruente con su trabajo, que confirman los supuestos y las hipótesis planteadas al inicio de la investigación, sintetizando y solventando además las afirmaciones que se sustentan en el desarrollo del mismo.
- f) Se evidencia que el bachiller realmente investigó el tema y acudió a las fuentes bibliográficas, tanto doctrinarias como legales, y de campo idóneas para su desarrollo.
- g) En virtud de lo anterior, y por haberse cumplido con los requisitos establecidos en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, resulta procedente dar el presente **DICTAMEN FAVORABLE, APROBANDO** el trabajo de tesis considerando conveniente se nombre al revisor respectivo y oportunamente se ordene la impresión del mismo, para que pueda ser discutido en el correspondiente examen público.

Sin más que agradecer la consideración a mí persona, al encomendarme tan honroso trabajo de Asesor, aprovecho la oportunidad para reiterarle mi alta muestra de estima.

Sin otro particular, me suscribo muy cordialmente.


Licda. Astrid Xiomara Castañaza Cárcamo
Abogada y Notaria
Colegiado No. 6289
Asesora de Tesis

LICENCIADA
ASTRID XIOMARA CASTAÑAZA CÁRCAMO
ABOGADA Y NOTARIA



**UNIDAD ASESORIA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES.** Guatemala, diez de mayo de dos mil once.

Atentamente, pase al (a la) LICENCIADO (A) : **EDGAR ARMINDO CASTILLO
AYALA**, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante: **JUAN
CARLOS LUCERO ZELADA**, Intitulado: **“FORTALECIMIENTO DE LA
CERTeza JURÍDICA DEL ARBITRAJE”**.

Me permito hacer de su conocimiento que está facultado (a) para realizar las modificaciones de forma y fondo que tengan por objeto mejorar la investigación, asimismo, del título de trabajo de tesis. En el dictamen correspondiente debe hacer constar el contenido del Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, el cual dice: “Tanto el asesor como el revisor de tesis, harán constar en los dictámenes correspondientes, su opinión respecto del contenido científico y técnico de la tesis, la metodología y las técnicas de investigación utilizadas, la redacción, los cuadros estadísticos si fueren necesarios, la contribución científica de la misma, las conclusiones, las recomendaciones y la bibliografía utilizada, si aprueban o desaprueban el trabajo de investigación y otras consideraciones que estime pertinentes”.


LIC. CARLOS MANUEL CASTRO MONROY
JEFE DE LA UNIDAD ASESORIA DE TESIS

cc.Unidad de Tesis
CMCM/ cpt.



Licenciado Edgar Armindo Castillo Ayala

Colegiado # 6220

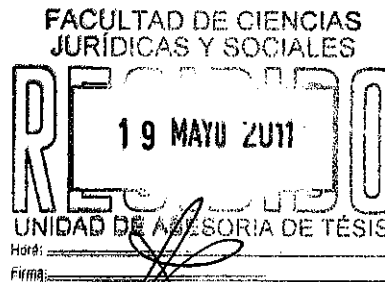
Teléfono: 22327936

Dirección 3ª. Avenida 13-62 Zona 1 ciudad de Guatemala



Ciudad de Guatemala, 19 de mayo de dos mil once

Licenciado
Carlos Manuel Castro Monroy
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Ciudad Universitaria



Estimado Licenciado Castro Monroy:

Reciba un cordial saludo acompañado del deseo de éxito en sus actividades diarias al frente de la Unidad de Tesis. De manera atenta me dirijo a usted para comunicarle que he cumplido con la función de Revisor de Tesis del estudiante: JUAN CARLOS LUCERO ZELADA, que me fuera asignado, titulada: **"FORTALECIMIENTO DE LA CERTEZA JURÍDICA DEL ARBITRAJE"** para lo cual procedí a revisar y asesorar al estudiante en las ampliaciones y modificaciones que se estimaron pertinentes y el cual a mi criterio, ya cumple con todos los requisitos y formalidades que establece el normativo de esta Facultad, y para el efecto procedo a emitir el siguiente:

DICTAMEN

- i. Con respecto a la estructura formal de la tesis, esta fue realizada en una secuencia ideal para un buen entendimiento de la misma, así como la utilización de la metodología concerniente a los métodos: Deductivo, Inductivo, Analítico, Sintético y Jurídico. En lo que respecta a las técnicas de investigación, el sustentante aplicó las señaladas en el plan de investigación a su cabalidad, comprobándose además, el uso de bibliografía actualizada, nacional, e internacional, pertinente a un tema de tal importancia a nivel internacional.
- ii. De tal manera que la redacción utilizada reúne las cualidades exigidas en cuanto a la claridad y la precisión. El sustentante, brinda un valioso aporte jurídico enfocándolo fundamentalmente desde el punto de vista doctrinario, debido a la poca legislación existente sobre el tema, analizando la existente y determinando que el órgano facultado para legislar debe revisar la legislación mercantil existente, con la finalidad de actualizarla y adecuarla a las necesidades de Guatemala, siendo con ello interesante la contribución científica que realizó con el presente trabajo.

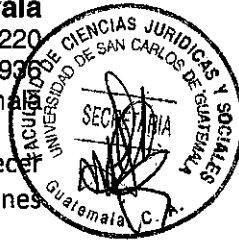


Licenciado Edgar Armindo Castillo Ayala

Colegiado # 6220

Teléfono: 22327936

Dirección 3ª. Avenida 13-62 Zona 1 ciudad de Guatemala



iii. Las conclusiones y recomendaciones, fueron redactadas de forma clara y sencilla para establecer el fondo de la Tesis, en congruencia con el tema investigado, haciendo aportaciones valiosas y propuestas concretas para su realización.

iv. La bibliografía empleada por el sustentante fue adecuada al tema investigado.

v. Considero finalmente que el tema investigado por el Bachiller Juan Carlos Lucero Zelada es de suma importancia respecto a su contenido científico y técnico, por lo que puede llegarse a la conclusión de que el mismo, no sólo reúne los requisitos por la reglamentación correspondiente, sino que además presenta una temática de especial importancia, en el sentido de que en su ponencia logró establecer que efectivamente, es necesario establecer un procedimiento unificado para la contratación de una póliza de cualquier rama de seguro por parte de las entidades aseguradoras autorizadas para operar en el país.

En relación a lo anterior, se pudo establecer que el trabajo de investigación se efectuó apegado a la asesoría de revisión prestada, habiéndose apreciado el cumplimiento de las modificaciones realizadas, tanto de fondo, como de forma, por parte del bachiller, y según lo establecido por el Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, Artículo 32.

Por lo ya expuesto, en mi calidad de **REVISOR**, concluyo que el trabajo de Tesis del Bachiller JUAN CARLOS LUCERO ZELADA, cumple satisfactoriamente con lo establecido en el Normativo, por lo que me permito aprobar el presente trabajo de Tesis, emitiendo, **DICTAMEN FAVORABLE**, en cuanto a su fase de revisión.

Sin otro particular, aprovecho la ocasión para reiterarle las muestras de mi más alta consideración y estima.

Lic. Edgar Armindo Castillo Ayala

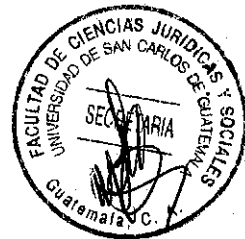
Colegiado # 6220

Teléfono 22327936

Edgar Armindo Castillo Ayala

Abogado y Notario

Dirección: 3ª. Avenida 13-62 Zona 1, ciudad de Guatemala



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Guatemala, siete de junio del año dos mil once.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del trabajo de Tesis del (de la) estudiante JUAN CARLOS LUCERO ZELADA, Titulado FORTALECIMIENTO DE LA CERTEZA JURÍDICA DEL ARBITRAJE. 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/sllh.



DEDICATORIA

A DIOS:

Por ser mi guía en este camino.

A MIS PAPÁS:

Nunca me alcanzarían las palabras para decirles cuanto los quiero. Les agradezco el haberme enseñado la lección más grande en la vida, aprender a ser feliz.

A MI FAMILIA:

Silvia Lucero, Ana Isabel Lucero, Fredy Mejía, Arnaud Laissus y Matt Laissus, quienes han llenado de alegría mi existencia.

A MIS MEJORES AMIGOS:

Héctor Robles, René Girón y Rodrigo López, por acompañarme en el camino de la vida y compartir alegrías.

A MIS PADRINOS:

Otto y Eugenia Velázquez, Mario y Elba Lidia Álvarez, Sergio y Viole Ayala, Hugo y Yara Polanco, Carlos y María Mercedes Noriega, Marco Antonio y Lilian To. Por siempre estar dispuestos a brindarme su apoyo cuando los he necesitado.

A MIS MAESTROS:

Licenciado Rafael Godínez Bolaños, Licenciado Ricardo Alvarado y Licenciado Edgar Castillo. Por compartir sus enseñanzas y amistad.

A LA CRECIG:

En especial a la Licenciada Ana Morales Flores y al Licenciado Carlos Enrique Rivera Ortiz, por ser mis más grandes ejemplos y haberme formado como profesional

A MI ALMA MATER:

Universidad de San Carlos de Guatemala, en especial a la Jornada Matutina de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.

A LAS AUTORIDADES DE LA FACULTAD: Licenciado Bonerge Mejía Orellana y Licenciado Avidán Ortíz Orellana.

ÍNDICE

	Pág.
Introducción.....	(i)

CAPÍTULO I

1. Teoría del arbitraje.....	1
1.1. El conflicto.....	1
1.2. Métodos alternos de resolución de conflictos.....	5
1.3. El arbitraje.....	13
1.3.1. Origen.....	19
1.3.2. Ventajas.....	21
1.3.3. Naturaleza jurídica.....	24
1.3.4. Materia.....	25
1.3.5. Clasificación.....	28

CAPÍTULO II

2. El contrato y el proceso arbitral.....	33
2.1. El contrato de arbitraje.....	33
2.1.1. Clases.....	34
2.1.2. Forma.....	37
2.1.3. Efectos.....	38
2.1.4. Principio de autonomía.....	38
2.1.5. Contenido del contrato.....	40
2.1.6. Clausulas Patológicas.....	41
2.2. El proceso arbitral.....	41
2.2.1. Fases.....	43
2.2.2. Etapas.....	45
2.2.3. Medidas cautelares.....	47
2.2.4. Principio de competencia - competencia.....	48
2.2.5. El laudo.....	49
2.2.6. Recursos contra el laudo.....	51

CAPÍTULO III

3.	Marco legal del arbitraje.....	53
3.1.	Fundamento constitucional del arbitraje.....	53
3.2.	Tratados y Convenios internacionales.....	54
3.3.	Normas ordinarias.....	60
3.4.	Derecho comparado.....	64

CAPÍTULO IV

4.	Situación actual del arbitraje en Guatemala.....	69
4.1.	Uso del arbitraje.....	69
4.2.	Cultura de arbitraje.....	74
4.3.	Certeza jurídica del arbitraje.....	81

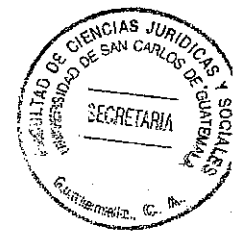
CAPÍTULO V

5.	Reconocimiento jurídico del arbitraje en Guatemala.....	87
5.1.	Intento de reforma constitucional.....	87
5.2.	Educación orientada hacia la solución de conflictos.....	90
5.3.	El arbitraje como derecho fundamental.....	95
5.4.	El arbitraje como medio para alcanzar la justicia.....	99

CONCLUSIONES.....	105
-------------------	-----

RECOMENDACIONES.....	107
----------------------	-----

BIBLIOGRAFÍA.....	109
-------------------	-----



INTRODUCCIÓN

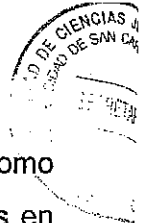
A lo largo de la historia las sociedades han necesitado establecer mecanismos para resolver los conflictos que surgen entre los individuos. Procedimientos como la conciliación, mediación, negociación y arbitraje existen desde antes que surgiera la justicia estatal. En la actualidad, ante la complejidad de las interacciones sociales ha resurgido la idea de utilizar los métodos alternos de resolución de conflictos con el objeto de mantener la paz social.

En Guatemala el uso del arbitraje y de los otros métodos alternos de resolución de conflictos ha recobrado un nuevo auge a partir del inicio de la vigencia del Decreto 67 – 95 del Congreso de la República de Guatemala, Ley de Arbitraje. Esta normativa propició el marco legal necesario para el ejercicio del derecho a utilizar el arbitraje como medio para resolver las controversias. Sin embargo en Guatemala no existe actualmente una cultura de arbitraje que permita la implementación de este mecanismo. Esta carencia de cultura arbitral se ha traducido en un desinterés por determinar cuál es el vínculo de esta figura jurídica con la norma fundamental, la Constitución Política de la República de Guatemala.

Llenar el vacío jurídico existente a nivel Constitucional en Guatemala, como norma fundamental de nuestro país con respecto al arbitraje como alternativa de la administración de justicia ordinaria, cuando así lo permita la materia objeto de la controversia, constituye la piedra angular sobre la cual se erige el planteamiento de la presente investigación.

El presente trabajo para resolver el problema propondrá un cambio de cultura en la forma de resolver los conflictos. Resaltando que en las escuelas de Derecho debe existir una educación orientada a una perspectiva completa de esta ciencia, la cual debe estar enfocada en la búsqueda de la paz social y la justicia.

Esta nueva cultura de solventar conflictos a través del arbitraje desembocará en el aumento de su uso y en la concientización de la necesidad que tiene Guatemala de



analizar a profundidad si existe certeza jurídica en la utilización del arbitraje, como método no judicial o alternativo a la administración de justicia, para resolver conflictos en los cuales las partes tengan libre disposición.

El análisis de los temas contenidos en el presente trabajo de tesis se encuentra estructurado en cinco capítulos. El primer capítulo: teoría del arbitraje; el segundo capítulo: el contrato y el proceso arbitral; el tercer capítulo: marco legal del arbitraje; el cuarto capítulo: situación actual del arbitraje en Guatemala; y por último, el quinto capítulo: reconocimiento jurídico del arbitraje en Guatemala, por medio de la utilización de los métodos: deductivo, inductivo, analítico, sintético y jurídico.

Identificar en el ordenamiento jurídico actual si existe un precepto Constitucional en Guatemala para fortalecer al arbitraje y brindarle mayor certeza jurídica, utilizando mecanismos de interpretación taxativa o tácita y fortalecer la aplicación normativa considerada como fundamental, que permita garantizar el uso del arbitraje como método alternativo de resolución de conflictos, diferenciándolo debidamente de la justicia ordinaria, así como determinar las consecuencias que puede traer la carencia del mismo, será entonces el objeto del presente estudio.

CAPÍTULO I

1. Teoría del arbitraje

1.1. El conflicto

Todos los seres humanos se encuentran íntimamente relacionados a través de un sinnúmero de interacciones sociales. Éstas lo someten por medio de grupos de pertenencia o grupos de adhesión y entidades privadas tales como empresas, asociaciones, comercios o instituciones de carácter públicas.

La complejidad de dichas interacciones ha aumentado con el desarrollo, puesto que según la medida en que nos involucramos en esta red social, asimismo se multiplicarán a su vez las posibilidades suscitarse conflictos. Sin embargo, los conflictos son parte inevitable de todas las relaciones humanas.

Para poder llegar a conocer la naturaleza del conflicto, es preciso que éste se defina. Para los autores modernos “el conflicto es una divergencia de intereses o valores sobre puntos que generan enfrentamientos en cuanto a la persecución de objetivos, donde muchas veces la emoción entra en juego produciendo en algunos casos escalonamientos irracionales, conformando interacciones contrapuestas en las cuales aparece incierto el resultado.”¹

¹¹¹ Rivera Neutze, Antonio Guillermo. **Amigable composición**, pág. 47.

La complejidad de la convivencia moderna permite avizorar que el futuro del mundo se encontrará plagado de un entramado de contratos de toda índole. Igualmente, acompañados de dichas relaciones contractuales, se encontrarán las controversias que sobrevengan entre las partes. Estas últimas crecerán, incluso por razones que les son ajenas, a raíz de las cambiantes condiciones externas, políticas, legales o económicas.

En esencia, el conflicto existe porque las personas son distintas. Además, ellas representan un conjunto de propósitos, métodos o conductas diferentes a las del entorno con el cual interactúan. Las discrepancias son consecuencia de una serie de factores, mencionando entre ellos, conflictos:

- “Por intereses: deseos intrínsecos por materializarse.
- Por datos: una falta de ellos o una mala interpretación puede provocar distintos puntos de vista sobre la relevancia de algún tema en específico.
- Por relaciones: una falta de comunicación, errores en el uso del lenguaje como lo son las suposiciones, las interpretaciones o las generalizaciones.
- Por valores: una diferencia en la forma de interpretar la vida por medio de la religión, la cultura y los criterios.
- Por estructuras: diferencias entre los poderes y autoridades que tiene cada una de las partes.”²

² **ibid**, pág. 28.

Es en el momento en que surgen dos o más personas con igualdad de pretensiones sobre un mismo objeto, en el que se genera la necesidad de atribuírselo a una sola, provocando, así pues, el detrimento de otra.

Si se comprende que el conflicto es un proceso dinámico que permite realizar un análisis sobre las posibilidades de ganar que se poseen, y que este análisis busca lograr revertirlas y generar un contra proceso positivo. Se podrán, entonces, construir los componentes necesarios para invertir dicho proceso. Todo ello tomando en cuenta que el fin primordial de la abogacía es la resolución de conflictos.

En consecuencia, podemos encontrar una relación intrínseca entre el cambio y el conflicto. Sin embargo, la armonía social y su estabilidad dependerán esencialmente del manejo que se les brinde.

En la actualidad los conflictos son cada vez más complejos y graves. Además, y paralelamente, ha cambiado la actitud y la predisposición para procesarlos o lograr resolverlos. Por tanto, es nuestro motivador resaltar la importancia a nivel nacional que representa contar con distintas alternativas, muchas veces complementarias, para el adecuado manejo del inevitable entrecruzamiento de los intereses propios de la interacción social.

De hecho, la necesidad universal de organizar instituciones para el manejo de las confrontaciones sociales es un claro reflejo de la conflictividad inevitable en la

convivencia. La humanidad ha dedicado gran parte de sus energías a encontrar solución a sus conflictos dotándose de instituciones que permitan asegurar la convivencia pacífica y armónica.

La existencia de grupos sociales o individuos apegados al status quo y la secuencia propia de la evolución provocan una polaridad entre la permanencia y el cambio. Lo anteriormente dicho se ha convertido en un presupuesto esencial del conflicto. Incluso vemos reflejada esta dialéctica en los valores y normas que se crean, modifican y extinguen constantemente.

La presencia del conflicto es constante en la sociedad, por lo que intentar erradicarla es imposible. Históricamente se puede observar una continuidad de su presencia manifestada alternativamente en períodos de orden que al ser resueltos pasan a una temporal estabilidad, hasta que surge nuevamente el conflicto.

En la actualidad el aumento de velocidad de los procesos de cambio ha evidenciado que los períodos de orden son cada vez más breves y las crisis más frecuentes. Situación que no cambia la perspectiva que se tiene sobre las controversias en lo absoluto, sino que simplemente muestra una aceleración del ritmo, sin alterar la secuencia.

Asimismo, en este momento histórico se hereda una perspectiva distinta del conflicto al resaltar que “la difundida creencia de quienes consideran toda alteración o quiebre de la

estabilidad o el orden establecido como algo pernicioso o peligroso contribuye en gran medida a la perduración e incluso a la escalada y eclosión de la conflictividad por cuya razón entendemos que la superación de los malentendidos resulta crucial.”³ En ese sentido queda claro que el problema no es en ningún momento la controversia en sí misma, pues es algo inevitable, sino más bien la forma en que se interpreta y enfrenta la situación hasta la búsqueda de una alternativa viable para todos los actores.

Por tanto, el objetivo del orden social no puede ser la desaparición de los conflictos, sino más bien la administración racional de los mismos. Controlándolos para aumentar su nivel y asegurando un grado razonable de balance social.

Lo anteriormente dicho permite comprender que el conflicto no es precisamente negativo, pero la inadecuada reacción al mismo puede desembocar en consecuencias nefastas. El manejo adecuado de la conflictividad, especialmente ante los complejos contextos sociales y económicos actuales, incide evidentemente en la prosperidad o decadencia de la armonía social y el desempeño colectivo e individual.

1.2. Métodos alternos de resolución de conflictos

El actual sistema judicial institucionalizado para el tratamiento de los conflictos tiene una sobrecarga alarmante y atraviesa por una crisis bastante compleja y difícil de resolver. Este recargo ha impedido que el sistema judicial cumpla con la función por la

³ Poniaman, Alejandro. **Qué hacer con los conflictos**, pág. 27.

cual fue precisamente creado, esto es el proveer y preservar la paz y armonía en base a la justicia.

No es necesario realizar un estudio demasiado profundo para evidenciar que el aumento de la población y el índice de conflictos han determinado un aumento difícil de soportar por el sistema judicial, y que el riesgo sigue agravándose. Según María del Pilar Callizo⁴ “en aquellos países en los que se ha tratado de solucionar el problema de la administración de justicia, aumentando la cantidad de juzgados, jueces, magistrados y/o modificando los códigos procesales, se ha podido constatar, que momentáneamente estas medidas paliaban la situación, pero a la larga volvían a surgir los mismos problemas.”⁵ Ello recuerda que el cambio no pasa por una inversión económica, sino más bien por una inversión en la transformación cultural y perceptiva.

Evidentemente, la solución no se encuentra simplemente en ampliar la administración de justicia. No se necesita acrecentar su infraestructura ni sus recursos humanos. Lo que realmente se requiere es la creación de condiciones idóneas que permitan una convivencia pacífica a través de opciones distintas para tratar los problemas. Las cuales atiendan las características propias de los conflictos y faciliten la coexistencia de intereses aparentemente contrapuestos, evitando así la ruptura de la comunidad.

⁴ Abogada y árbitro ad hoc del tribunal permanente del MERCOSUR. Mediadora y especialista en negociación, mediación y arbitraje.

⁵ Centro de estudios de justicia de las Américas. **Arbitraje y mediación en las Américas**, pág. 391.

De la misma manera la legislación no ha podido mantenerse a la mano de la constante evolución y variaciones que deben tener los procesos para lograr una justicia pronta y cumplida. Lamentablemente, ésta se ha transformado en simples modificaciones cosméticas al sistema. Esta incompatibilidad en el manejo eficaz en la administración de los conflictos ha desembocado en una total crisis.

Consecuencia de ello es que hoy en día se observa, a nivel mundial, un resurgimiento casi espontáneo del uso de los métodos alternos de resolución de conflictos. Lo cual se ha convertido en un indicador de los inminentes cambios trascendentales que enfrenta, no sólo el sistema judicial, sino que toda la estructura social. Es así como estos mecanismos han compensado y contrarrestado las graves falencias de la actual organización jurídica.

Cabe mencionar que se habla de un resurgimiento de los métodos alternos de resolución de conflictos, puesto que dichos mecanismos son tan antiguos como el mismo hombre, pero el monopolio de la justicia por el Estado los había dejado en el olvido.

Actualmente, Guatemala y el mundo se encuentran ante una nueva perspectiva producto de las circunstancias que recientemente han provocado una crisis en el sistema judicial. Dicha crisis ha obligado a que se reconozca la existencia de distintas posibilidades para un manejo adecuado de los conflictos, dependiendo de su naturaleza; y dejando de lado la opción de resolver los diferendos en forma compulsiva.

Al hablar de una resolución compulsiva de los conflictos se resalta la búsqueda de un ganador y un perdedor. Sin embargo, generalmente una de las partes puede no dar por concluido el conflicto si no se encuentran satisfechas sus pretensiones. Este es el aspecto medular que obliga a realizar un replanteamiento de las perspectivas que se tienen sobre las controversias.

En consecuencia, por la complejidad de los procesos, muchas veces multifacéticos, es imposible hablar de un sistema mejor que el otro. Por el contrario, se debe conocer cada uno de ellos para utilizarlos dependiendo de la naturaleza del conflicto y la estrategia a seguir para la resolución del mismo.

Históricamente se menciona que “la búsqueda de mecanismos alternativos de resolución de los conflictos se orientó naturalmente, en un primer tiempo hacia la mediación y la conciliación, que, constituyen aparentemente versiones atenuadas a lo que son en la actualidad.”⁶ Evidentemente dicha búsqueda debió recaer en estos mecanismos debido a su total ausencia de formalismo. Circunstancia que permitió su implementación sin necesidad de contar con un marco regulatorio procesal que estableciera detalladamente la forma en que se debían llevar a cabo los procedimientos extrajudiciales.

En ese sentido, se debe comprender que la mediación es “la intervención en una disputa o negociación, de un tercero, imparcial y neutral que carece de poder

⁶ Oppetit, Bruno. **Teoría del arbitraje**, pág. 37.

autorizado de decisión para ayudar a las partes en disputa a alcanzar voluntariamente su propio arreglo mutuamente aceptable.”⁷ Esta definición logra reunir, en pocas palabras, los aspectos esenciales de esta institución.

Sin embargo la conciliación y la mediación, aunque son muy similares, no son idénticas. En la mediación se puede detectar que se intenta ayudar a las partes a que éstas lleguen a un acuerdo. El esfuerzo se encuentra enfocado en aclarar los puntos de vista de cada uno de ellos y en propiciar un acercamiento para que puedan llegar a una solución de compromiso por sí mismas.

El mediador, por tanto, se encuentra limitado a facilitar que las partes tengan un mejor conocimiento y una apreciación más exacta de sus posiciones respectivas. La mediación ha tenido cierto grado de éxito en la satisfacción de las necesidades de resolver conflictos en el mundo de los negocios, sin embargo, existen dos problemas principales a los que aún se enfrenta.

En primer lugar, tanto la mediación como los otros métodos alternos de resolución de conflictos se encuentran en un constante riesgo de desnaturalización a través de la institucionalización, por lo que un encasillamiento limitaría su flexibilidad. Esto quiere decir que al momento de dotar de reconocimiento a estas figuras, brindándoles un marco regulatorio que establezca detalladamente que se puede y que no se puede

⁷ Moore, Christopher. **El proceso de mediación**, pág. 52.

hacer en cada uno de estos procedimientos, distorsiona, hasta cierto punto, su misma naturaleza poco formalista.

Del mismo modo, la mediación ha tendido actualmente a transformarse en una especie de cuasi-arbitraje. Es como un proceso judicial anexo al cual las partes se encuentran obligadas a participar con el objetivo de provocar una solución amistosa y rápida antes de que empiece el litigio. La obligatoriedad contraría en absoluto la naturaleza de esta institución.

Por otro lado, el Artículo 49 del Decreto 67-95 del Congreso de la República de Guatemala, Ley de Arbitraje,⁸ define la conciliación como un “mecanismo o alternativa no procesal de resolución de conflictos, por medio del cual las partes entre quienes exista una diferencia originada en relaciones comerciales o de cualquier otra índole, tratan de superar el conflicto existente, con la colaboración activa de un tercero, objetivo e imparcial, cuya función esencial consiste en impulsar las fórmulas de solución planteadas por las partes o propuestas por él, evitando así que el conflicto llegue a instancia jurisdiccional o arbitral.” Definición bastante completa que ofrece la legislación guatemalteca.

Por tanto, el conciliador, tras haberse reunido en conjunto o separadamente con cada una de las partes, propone él mismo a éstas un acuerdo susceptible de constituir una

⁸ La Ley de Arbitraje no hace distinción alguna entre conciliación y mediación. Sin embargo, como se ha resaltado en el presente estudio sus diferencias son claras.

solución justa para el desacuerdo que las enfrenta. El conciliador juega un rol más activo y participativo que el mediador.

También es preciso distinguir la conciliación y la mediación del arbitraje. Los primeros técnicamente no generan una resolución vinculante y ejecutoria para las partes, puesto que ni el conciliador ni el mediador pueden imponer un acuerdo. Su espíritu, a diferencia del arbitraje, no implica un mecanismo contencioso. De hecho, difícilmente alguien nombrado como conciliador o mediador será requerido como árbitro en el mismo conflicto.

Claramente existen conflictos que no permiten una solución negociada o transaccional, sino que siempre será necesario entrar al ámbito litigioso en virtud de una solución que pueda afectar intereses de distintas entidades. El espíritu de la transacción solo es adecuado para conflictos en los cuales no estén establecidos en forma definitiva los derechos de cada parte.

Por ello, cuando alguna de las partes estime que dispone de elementos que le garanticen salir vencedor en un proceso, tenga o no la razón, es preferente acudir a una solución contenciosa. Tanto una conciliación como una mediación, si no tiene posibilidades de tener éxito, logrará únicamente alargar y aumentar los costos de la solución del conflicto.

Evidentemente se vislumbra, en los últimos años, un nuevo auge de los métodos alternos de resolución de conflictos por variadas circunstancias. Entre ellas se pueden mencionar:

-“Razones negativas, orientadas a evitar procedimientos judiciales pesados, largos y costosos.

-Razones comerciales, orientadas a evitar la publicidad de los procesos que dañan la imagen de las empresas que quieren resolver sus controversias de la forma más discreta posible; ahorrando tiempo que se puede traducir en dinero, y preservando las relaciones comerciales para seguir generando beneficios para las partes.

-Razones sociales, derivadas de las necesidades actuales de contar con un derecho instrumentalizado a favor de las finalidades económicas de los Estados, empresas y personas individuales que exigen la intervención de jueces capaces de transformarse en expertos, consejeros o psicólogos.”⁹

Todas las razones expuestas anteriormente obligan a reflexionar sobre esta nueva sensibilidad ligeramente confusa que obliga al desarrollo de mecanismos privados para buscar soluciones. Pero, en definitiva, el éxito de los métodos alternos de resolución de conflictos se encuentra íntimamente ligado a la voluntad que tengan las partes para poner fin a la controversia.

⁹ Rivera Neutze, **Ob. Cit**; pág. 28.

1.3. El arbitraje

El resurgimiento del arbitraje como método alternativo de resolución de conflictos ha generado en su entorno una idea o una perspectiva de justicia informal, lo cual se encuentra en una creciente aceptación a nivel mundial. Esta idea de arbitraje la encontramos desde los orígenes en el devenir de la noción que se tiene de justicia.

El arbitraje actualmente se encuentra menos representado por los factores pacificadores de los métodos alternos de resolución de conflictos orientados a la transacción. Pero sí más como un mal menor a la justicia estatal diferenciado únicamente por ciertas ventajas que permiten obtener resultados más pronto.

Precisamente esta nueva perspectiva que se tiene del arbitraje obliga a formular la pregunta sobre ¿si la sociedad debe conformarse con no ver en el arbitraje nada más que un mecanismo complejo que se caracteriza por una gran variedad de procedimientos, el cual se encuentra tan encasillado por el derecho actual que limita su flexibilidad?

Por otro lado, existen autores como Max Weber que ven en el arbitraje un medio, considerando que “si la justicia se define por su finalidad, que es atribuir a cada cual lo

que le corresponde, es susceptible de comprender la totalidad de los medios que permiten realizarla, siendo uno de ellos el arbitraje.”¹⁰

Actualmente hay diversos autores que se han aventurado a dar una definición exacta de lo que es el arbitraje. Entre las más importantes se puede encontrar la elaborada por el jurista Francisco González de Cossío que considera que el arbitraje es “la alternativa a las cortes nacionales establecidas por el Estado para dirimir cualquier tipo de controversia”.¹¹ Esta concepción del arbitraje recae en la misma perspectiva de enfocar a este método alternativo de resolución de conflictos como un mal menor a la justicia estatal pero no da una noción sobre lo que abarca la materia.

Una situación similar sucede cuando se estudia la definición que brinda el español Jaime Guasp, al establecer que el arbitraje es “la resolución de un conflicto que se lleva a cabo por un tercero a cuya decisión las partes se someten voluntariamente.”¹² Si bien en esta definición hace referencia a ciertas características del arbitraje, esta es aún incompleta y no permite obtener una perspectiva exacta de la institución a la que hace referencia el presente trabajo.

Otra noción de esta figura la brinda el mexicano Humberto Briseño quien ve el arbitraje como “un proceso jurídico tramitado, desarrollado y resuelto por particulares.”¹³ Si bien el arbitraje es un procedimiento privado por su naturaleza convencional, esta es una

¹⁰ Hecquet, Stephen. **De la justicia**, pág.177.

¹¹ González de Cossío, Francisco. **El arbitraje**, pág. 48.

¹² Guasp, Jaime. **El Arbitraje en el derecho español**, pág. 87.

¹³ Briseño Sierra, Humberto. **El arbitraje comercial**, pág. 12.

institución más compleja y su definición abarca más que las concepciones procesales citadas.

Una noción más completa la establece otro jurista mexicano. Juan Luis Siqueiros define al arbitraje como “un método o una técnica mediante la cual se trata de resolver extrajudicialmente las diferencias que pueden ocurrir o que han surgido entre dos o más partes, mediante la actuación de una o varias personas, los cuales derivan facultades del acuerdo consensual de las partes involucradas en la controversia.”¹⁴ Esta definición abarca muchas características de la noción que se debe tener sobre el arbitraje, sin embargo es necesario considerar más cualidades de esta institución, en especial lo referente a la solución que resulta del proceso.

En el mismo Decreto 67-95 del Congreso de la República de Guatemala, Ley de Arbitraje, en el Artículo cuatro se encuentra una definición de arbitraje: “Arbitraje significa cualquier procedimiento arbitral, con independencia de que sea o no una institución arbitral permanente ante la que se lleve a cabo.” En esta definición, bastante incompleta, se destaca la concepción procesal del arbitraje identificando esta institución como un sinónimo del proceso arbitral como tal, lo cual de por sí es erróneo.

En fin, se puede notar una incertidumbre en cuanto al contenido del concepto de arbitraje cuyos límites parecen desaparecer por su constante evolución y su complejidad.

¹⁴ Siqueiros, José Luis. **El arbitraje, un mecanismo idóneo para resolver controversia extrajudicial**, pág. 182.

“Los grandes desaciertos de las partes al definir en las cláusulas arbitrales el papel esencial del árbitro, particularmente en lo relativo a la determinación de la naturaleza de los poderes que se le confieren y la transformación contemporánea de la idea e institución de justicia”¹⁵ son las circunstancias que no permiten la comprensión del concepto de arbitraje ni su fácil reducción a ciertas características propias que excluyan, sin lugar a dudas, toda confusión posible respecto de instituciones análogas pero distintas.

Pese al universo de definiciones enunciadas, hay ciertos elementos que se debe rescatar, los cuales son esenciales de esta institución y los encontramos dispersos en la idea que se tiene de la institución. Entre ellos cabe mencionar, que el arbitraje es:

- “Método adversarial de resolución de conflictos;
- Alternativo a los tribunales estatales;
- Difiere la solución a un tercero;
- El tercero es un particular;
- Es voluntario;
- La decisión es final y obligatoria;
- Para su ejecución ha de ocurrirse a tribunales estatales.”¹⁶

¹⁵ Oppetit, **Ob. Cit**; pág. 107.

¹⁶ González Dubón, Aníbal. **Curso de certificación de árbitros**, módulo I, pág. 2.

Las características que permiten estructurar la noción de arbitraje son únicas, y algunas bastante distintas a las que conforman a la justicia estatal, por lo que es necesario profundizar en ellas para comprender esta institución.

-Método adversarial de resolución de conflictos: el arbitraje es considerado adversarial porque en este proceso cada una de las partes plantea sus pretensiones y el árbitro debe atribuir la razón a uno de ellos al momento de tomar su decisión y plasmarla en el laudo arbitral.

-Alternativo a los tribunales estatales: el arbitraje es una opción complementaria a la que nos brinda cualquier órgano estatal. Las partes a través de un contrato plasman su voluntad de someter la decisión a un particular investido, para el caso concreto, de jurisdicción.

-Difiere la solución a un tercero: esta característica hace referencia al árbitro, quien es la persona encargada de mantener su independencia, imparcialidad y neutralidad. Esto comprende incluso a los árbitros que son designados por las mismas partes. Este tercero está facultado para decidir la forma en que resolverá el conflicto.

-El tercero es un particular: el hecho de que este tercero sea el encargado de resolver un conflicto se destaca en el mismo Decreto 67-95 del Congreso de la República de Guatemala, Ley de Arbitraje, que en su Artículo 14 establece que no podrán ser nombrados árbitros los miembros del Organismo Judicial. Los miembros del tribunal

arbitral no pueden por tanto, integrar el poder judicial ni ningún otro poder del Estado, ni un órgano u organismo público.

-Es voluntario: la característica esencial de todos los métodos alternos de resolución de conflictos es su voluntariedad. El arbitraje es esencialmente convencional y su base es la voluntad de las partes.

-La decisión es final y obligatoria: la decisión del árbitro es título ejecutivo. En el Decreto Ley 107 del Jefe de Gobierno de la República, Enrique Peralta Azurdia, Código Procesal Civil y Mercantil, en su Artículo 294 establece que el laudo arbitral es título ejecutivo en la vía de apremio. Contra el laudo arbitral únicamente puede interponerse el recurso de revisión de conformidad con el Artículo 43 del Decreto 67-95 del Congreso de la República de Guatemala, Ley de Arbitraje.

-Para su ejecución ha de ocurrirse a tribunales estatales: si bien los árbitros ejercen la jurisdicción, no gozan de todos los atributos de la misma. En concreto no tiene poder de coerción sobre las partes o terceros y tampoco pueden ejecutar sus propias resoluciones. Por ello, los árbitros deben recurrir a un tribunal estatal para apoyarse.

Comprendiendo las características mencionadas se puede formular una noción bastante completa del arbitraje, concluyendo que esta institución es un método adversarial de resolución de conflictos, alternativo a los tribunales estatales, en el cual las partes voluntariamente deciden someter una controversia actual o futura a un

tercero, el cual debe ser un particular, y cuya decisión es final y obligatoria pero que para ejecutarse debe ocurrirse a los tribunales estatales.

1.3.1. Origen

-Sociedades primitivas: desde la perspectiva de la mayoría de autores que han estudiado la figura del arbitraje existe un criterio unificado el reconocer que el origen de esta institución, y de todos los métodos alternos de resolución de conflictos, lo podemos identificar “desde el principio de la humanidad.”¹⁷ De igual manera es reconocida la influencia del arbitraje en el desarrollo de las instituciones judiciales que hoy conocemos.

Antiguamente, tanto ofendido y ofensor recurrían ante un tercero designado de común acuerdo. Éste podía ser incluso el rey o el jefe del clan o grupo, para que este regulara la composición con la cual se determinara la responsabilidad de cualquiera de los dos o los exhortara a someterse a un arreglo pacífico.

A medida que este tipo de arbitrajes primitivos progresaban fueron tornándose en obligatorios. Es a partir de este momento en que se inicia el desarrollo de lo que posteriormente se convierte en la función jurisdiccional a cargo del Estado. El desarrollo de estos procedimientos culmina cuando los jueces dejan de ser nombrados por las partes y son designados, de manera soberana, por el pretor.

¹⁷ Bernal Gutiérrez, Rafael. **El arbitraje en Guatemala, apoyo a la justicia**, pág. 20.

-Estados modernos: actualmente las legislaciones, escritas o no, reconocen a los particulares el derecho de sustraer al conocimiento de los tribunales del estado el juzgamiento de ciertos asuntos para ser entregados al conocimiento de simples particulares de su libre elección y confianza. No obstante, se observa con cierta desconfianza y existe intervencionismo de los jueces para mantener el control sobre este tipo de procesos.

-Guatemala: en Guatemala ha existido interés por el arbitraje desde la fundación del Estado como tal. El Código de Enjuiciamiento Civil y Mercantil de 1934 establecía la vía procesal ejecutiva para eventos en los cuales no se honrara el compromiso adquirido por alguna de las partes de llevar un determinado asunto al conocimiento de los árbitros. Esta vía resultó poco efectiva, costosa y lenta, lo cual generó un desánimo para el uso del arbitraje.

Posteriormente, en el Decreto Ley 107 del Jefe de Gobierno de la República, Enrique Peralta Azurdia, Código Procesal Civil y Mercantil, de 1965 se logró un adelanto significativo al modificarse la normativa que establecía la necesidad de un proceso prolongado, sustituyéndole por un trámite de tipo incidental. La normativa vigente provocaba que recurrir al procedimiento arbitral implicara un trámite tan engorroso y lento como acudir a los tribunales estatales.

Producto de ello y de la aprobación del Decreto 9-84 y del Decreto 35-86, ambos del Congreso de la República de Guatemala; así como de la Convención de Nueva York de 1958 y de la Convención de Panamá suscrita en 1975, propiciaron la creación de la actual normativa reguladora del arbitraje. Dándole vida al Decreto 67-95 del Congreso de la República de Guatemala, Ley de Arbitraje, que toma como base la ley modelo de arbitraje comercial Internacional de 1995.

1.3.2. Ventajas

El arbitraje en ningún momento debe interpretarse como un sustituto de la justicia estatal. Simplemente representa una opción más para resolver las controversias. Dentro de todas las organizaciones gubernamentales de cualquier país existen tribunales públicos, llamados a conocer y resolver litigios mercantiles al lado de procesos penales, laborales, administrativos, constitucionales o de otro tipo. Pero sus servicios están afectados por una tramitación engorrosa, un rezago proveniente de una verdadera saturación de demandas, una publicidad que lesiona el prestigio o el nombre de los interesados, y de elevados costos. Aquello sin mencionar el conjunto de formalismos anacrónicos que hacen de los procesos una tramitación complicada.

La Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, la cual es la principal institución mundial especial en la solución de controversias comerciales de carácter internacional y es la más antigua (fundada en 1923), ha desempeñado una función pionera en el desarrollo del arbitraje comercial internacional.

La Corte Internacional de Arbitraje considera que esta institución sin duda alguna es el sistema de solución extrajudicial de controversias de carácter internacional de mayor uso en el ámbito empresarial. Dicha entidad considera que “las razones son simples:

- “decisiones definitivas y vinculantes;
- reconocimiento internacional de los laudos;
- neutralidad;
- especialización de los árbitros;
- rapidez y economía; y
- confidencialidad.”¹⁸

-Decisiones definitivas y vinculantes: una de las ventajas del arbitraje es que el laudo arbitral se caracteriza por no ser apelable y por ello tiene más posibilidades de ser definitivo que las decisiones tomadas por los tribunales de primera instancia. El laudo puede ser recurrido, pero los motivos de dicho recurso son estrictamente limitados.¹⁹

-Reconocimiento internacional de los laudos: los laudos arbitrales gozan de mayor seguridad jurídica que las decisiones judiciales nacionales. Más de 140 Estados se han adherido a la Convención de Nueva York sobre el Reconocimiento y la Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras. Esta Convención facilita la ejecución de los laudos arbitrales de todos los Estados contratantes.

¹⁸ Comité Español de la Cámara de Comercio Internacional. **Publicación CCI número 810**. Pág. 3.

¹⁹ En Guatemala se puede interponer el recurso de revisión de conformidad con el artículo 43 del Decreto 67 – 95 del Congreso de la República de Guatemala, Ley de Arbitraje.

-Neutralidad: en el arbitraje las partes se encuentran en libertad de pactar las condiciones del procedimiento incluyendo: sede, idioma, reglas aplicables y nacionalidad de los árbitros. Esto permite que ninguna de las partes se vea desfavorecida por la sumisión al proceso por el cual se resolverán las controversias.

-Especialización de los árbitros: el arbitraje ofrece a las partes la posibilidad de designar árbitros a las personas que éstas deseen, siempre y cuando reúnan los requisitos de independencia, imparcialidad y neutralidad. Las controversias podrán ser resueltas por especialistas en la materia objeto del litigio.

-Rapidez y economía: el carácter limitado de la posibilidad de recurrir los laudos arbitrales proporciona una ventaja innegable ante los procedimientos judiciales ordinarios. Asimismo, el arbitraje faculta a las partes para elegir los procedimientos más rápidos y menos onerosos según las circunstancias. Adicionalmente, en los arbitrajes institucionales se cuenta con reglamentos elaborados en base a la experiencia de estas entidades y que permiten reducir tiempos y costos en los procesos.

-Confidencialidad: las audiencias de los tribunales arbitrales no son públicas y solamente las partes reciben la comunicación del laudo. Esto permite que no se lesionen los intereses y los nombres de las partes con publicidad dañina.

1.3.3. Naturaleza jurídica

Existen grandes discusiones en torno a este tema en particular. Definitivamente no se puede dejar de lado el hecho que la compleja estructura del arbitraje se ve reflejada en las distintas doctrinas que estructuran posturas con relación a su verdadera naturaleza jurídica.

En la actualidad dicha controversia se ve reflejada en las exposiciones elaboradas por los teóricos. Principalmente “existen dos vertientes principales a este respecto: la corriente procesalista y la contractualista.”²⁰

-Corriente procesalista: quienes consideran esta teoría como válida, opinan que el arbitraje es una institución del derecho procesal. Si la función del árbitro es dirimir controversias, entonces su labor es sustancialmente idéntica a la de un juez estatal. En esencia tienden a equiparar al árbitro con el juez pero como un funcionario público temporal.

Los defensores de esta teoría opinan que el arbitraje es un conjunto de etapas conducidas por un tercero hasta llegar a una definición obligatoria. Por lo tanto estipulan que esta institución es de naturaleza procesal.

²⁰ Briseño Sierra, **Ob. Cit**; pág. 17.

-Corriente contractualista: en esta vertiente juega un papel principal la autonomía de la voluntad. Tomando en consideración que el laudo arbitral encuentra su origen y fundamento en la manifestación de voluntad realizada por las partes en la cual acuerdan el proceso arbitral, lo distingue perfectamente de un juicio común en el cual no sucede lo mismo.

Los defensores de esta teoría, que son la mayoría, hacen alusión al hecho de ser necesario establecer por escrito el compromiso de someterse a esta modalidad de justicia para poder limitar la jurisdicción de los tribunales estatales y, a su vez, para facultar al tribunal arbitral para conocer sobre la controversia en particular.

En Guatemala, tomando en consideración los Artículos cuatro y 46 del Decreto 67-95 del Congreso de la República de Guatemala, Ley de Arbitraje, se puede evidenciar que se adopta una teoría mixta conforme a la cual, a base de la aplicación del arbitraje, encontramos una decisión convencional o contractual que abre la puerta a la intervención de los árbitros, con un pronunciamiento de igual efecto a la sentencia del juez.

1.3.4. Materia

Hasta el momento se ha logrado evidenciar los beneficios que tiene la utilización de los métodos alternos de resolución de conflictos, en especial el arbitraje. Ahora bien, es trascendental distinguir en qué momentos los usuarios se pueden amparar de esta

institución y comprender cuándo la materia no lo permite. Ello, debido a que las características de la controversia inviten a utilizar un mecanismo adversarial.

De los estudios realizados sobre el Decreto 67-95 del Congreso de la República de Guatemala, Ley de Arbitraje, se identifica la existencia de tres criterios principales para establecer cuándo las controversias pueden ser objeto de este proceso. Entre ellos se encuentran:

- “el criterio excluyente;
- el criterio negativo; y
- el criterio positivo.”²¹

-Criterio excluyente: el Decreto 67-95 del Congreso de la República de Guatemala, Ley de Arbitraje, en el Artículo tres establece que “se encuentran excluidos del ámbito de aplicación de la presente ley los arbitrajes laborales.” Por las características de esta institución vemos que no existe relación alguna con el arbitraje regulado en materia de derecho de trabajo. Asimismo, la noción de orden público abarca el ámbito de esta materia.

De igual manera la tutelaridad propia de los procesos laborales no es verificable bajo la confidencialidad del arbitraje.

²¹ Bernal Gutiérrez, **Ob. Cit**; pág. 51.

-Criterio negativo: en el mismo Artículo se establecen algunas circunstancias en que tanto la doctrina como la ley han ampliado la imposibilidad de tramitarlo por la vía arbitral. Entre ellos se mencionan:

“las cuestiones sobre las que hayan recaído resolución judicial firme, salvo los aspectos derivados de su ejecución.

-las materias inseparablemente unidas a otras sobre las que las partes no tengan libre disposición.

-cuando la ley prohíba expresamente o señale un procedimiento especial para determinados casos.”

Este último caso, al incluir los asuntos que tengan un procedimiento especial, recae en vedar el acceso al arbitraje sobre materias en las cuales existe una posibilidad real, siempre y cuando ambas partes lo hayan acordado. Esta disposición contraviene todo el espíritu de la ley y de la institución del arbitraje como tal.

-Criterio positivo: de conformidad con la ley mencionada, será de aplicación en todos aquellos casos en que “la controversia verse sobre materias en que las partes tengan libre disposición conforme a derecho. De igual manera se aplicará a todos aquellos otros casos en que, por disposición de otras leyes, se permita el procedimiento arbitral; siempre que el acuerdo arbitral sea válido.”

1.3.5. Clasificación

Así como se han identificado diversidad de nociones y definiciones sobre la institución del arbitraje, en la doctrina nos encontramos con diversas clasificaciones sobre esta institución. Dichas sistematizaciones obedecen a las variables que pueden identificarse en un proceso dependiendo las características de las partes y sobre todo a la voluntad plasmada en el acuerdo de arbitraje en el cual pueden estipular el ámbito del proceso, la ley de fondo, la estructura del procedimiento y hasta la forma en que deben resolver los árbitros.

En base a lo anterior para el arbitraje se estructura la siguiente clasificación:

- “nacional e internacional;
- institucional y ad hoc; y
- de derecho o de equidad.”²²

-Arbitraje nacional e internacional: desde el Artículo uno del Decreto 67-95 del Congreso de la República de Guatemala, Ley de Arbitraje, se hace constar que dicha ley “se aplicará al arbitraje nacional y al internacional”. Si bien no se especifica cuando el arbitraje es nacional, se establecen las circunstancias que hacen considerar al arbitraje como internacional, por lo que podemos utilizar un criterio excluyente para identificar a ambos.

²² Rivera Neutze. Antonio Guillermo. **Curso práctico de arbitraje comercial internacional**, pág. 23.

En el Artículo dos de la misma normativa, se aclara cuando el arbitraje es internacional. Esto debido a que las partes tienen, al momento de la celebración del acuerdo de arbitraje, sus domicilios en Estados diferentes. Este es un criterio considerado subjetivo ya que obedece a circunstancias inherentes a los sujetos del proceso.

En el mismo Artículo en mención, se establece taxativamente que “si el lugar del arbitraje o el lugar del cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones objeto del litigio se encuentra fuera del Estado en el cual las partes tienen sus domicilios”, se considerará internacional.

Adicionalmente, la ley indica un criterio objetivo que establece que será considerado internacional cuando las partes han convenido expresamente en que la cuestión objeto de arbitraje está relacionada con más de un Estado. Este criterio obedece estrictamente al objeto de la controversia.

-Institucional y ad hoc: esta distinción hace referencia a la forma en que se sustanciara el proceso. Por un lado puede realizarse con el apoyo de una institución arbitral permanente, definida en el Artículo cuatro del Decreto 67-95 del Congreso de la República de Guatemala, Ley de Arbitraje, en que se le identifica como cualquier entidad o institución legalmente reconocida, a la cual las partes pueden libremente encargar, de conformidad con sus reglamentos o normas pertinentes, la administración del arbitraje y la designación de los árbitros. De la misma manera en la misma ley, en su Artículo cinco se establece que cuando una disposición de la presente ley se refiera

a un acuerdo que las partes hayan celebrado o que puedan celebrar o cuando se refiera a un acuerdo entre las partes, se entenderán comprendidas en ese acuerdo todas las disposiciones del reglamento de arbitraje que en él se pudiera mencionar o incorporar.

En Guatemala existen tres instituciones arbitrales permanentes, ellas son:

- la Comisión de Resolución de Conflictos de Guatemala;
- el Centro Nacional de Arbitraje y Conciliación; y
- el Centro Privado de Dictamen, Conciliación y Arbitraje.

Si el proceso arbitral no es administrado por una de las entidades mencionadas, o de las otras existentes a nivel internacional, el arbitraje será considerado Ad hoc, quedando regulado todo el proceso según el criterio de las partes y sin el apoyo administrativo de una institución con experiencia en la materia.

-De derecho o de equidad: esta clasificación hace referencia a la forma en la cual será resuelto el asunto. Cuando el arbitraje es de derecho el árbitro necesariamente debe ser un abogado y debe resolver obligatoriamente de conformidad con la ley. Por otro lado, en el arbitraje de equidad, regulado en el Artículo 37 del Decreto 67-95 del Congreso de la República de Guatemala, Ley de Arbitraje, también llamado ex aequo et bono, el árbitro no está obligado a decidir en base a las normas de derecho, sino que puede hacerlo en conciencia o según su leal saber y entender. En esta clase de

arbitraje el árbitro puede ser cualquier persona versada en una ciencia en específico, no necesariamente un abogado.

CAPÍTULO II

2. El contrato y el proceso arbitral

2.1. El contrato de arbitraje

De conformidad con lo establecido la fuente del arbitraje, eminentemente voluntario, es la convención de utilizar esta institución. Previo al uso de esta vía, las partes deben acordar la competencia de los árbitros.

El contrato o acuerdo de arbitraje es la manera en que se plasma la intención de llevar un proceso arbitral, es por ello que podemos identificarlo como la fuente básica del arbitraje como tal.

Es precisamente a través de este convenio que, como acto de naturaleza convencional y en ejercicio de la autonomía de la voluntad que guardan las partes, resuelven sustraer su controversia del conocimiento de un juez, acudiendo en su lugar a la vía arbitral.

El mismo Decreto 67-95 del Congreso de la República de Guatemala, Ley de Arbitraje, en su Artículo cuatro define el acuerdo o contrato de arbitraje como “aquel por virtud del cual las partes deciden someter a arbitraje todas o ciertas controversias que hayan surgido o que puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual.”

Esta definición nos permite evidenciar que el someterse al arbitraje es consecuencia de la decisión de las partes, un acuerdo que es voluntario y no forzoso y que dicho pacto trata sobre relaciones jurídicas contractuales o extracontractuales.

Para Gil Echeverry el pacto arbitral es “un contrato mediante el cual las partes manifiestan su voluntad de diferir la solución de sus conflictos de intereses actuales o futuros, originados en una relación contractual o en una situación de hecho, a la justicia arbitral, quedando derogada la justicia ordinaria.”²³

En definitiva las partes pueden convenir en someter a arbitraje cualquier controversia que pudiera surgir en el futuro entre ellas. Aquello como consecuencia de un contrato u otra relación jurídica identificada; siempre que las partes tengan la facultad de la libre disposición respecto de ellas.

2.1.1. Clases

Tomando en consideración que la doctrina mantiene un criterio unificado al establecer que el contrato arbitral puede utilizarse con objeto de establecer la vía arbitral para controversias tanto actuales como futuras, se ha optado por hacer una distinción dependiendo el momento en que se realice el pacto.

²³ Gil Echeverry, Jorge. **Curso práctico de arbitraje**, pág. 14.

Anteriormente se consideraba como forma natural de acceder al arbitraje por medio del compromiso. En la actualidad, con el ánimo de precaver la utilización del arbitraje para controversias futuras relacionada con contratos, surge la idea de utilizar la cláusula arbitral.

-El compromiso: se celebra cuando existe ya la controversia, por ello es indiferente si ella ha sido sometida o no al conocimiento judicial. En caso de que si se hubiese conocido es menester verificar que el proceso no tenga ya una decisión vinculante. El alcance de este acuerdo como toda convención en general, solo abarca a quienes lo hayan celebrado y no es oponible a terceras personas a menos de que estas hubiesen hecho constar su venia.

En general, por medio del compromiso se somete a conocimiento de la justicia arbitral las controversias sobre intereses presentes y determinados que surjan tanto de relaciones contractuales como extracontractuales; aun cuando ya estén ventilándose ante la justicia ordinaria. Las diferencias que se sometan a decisión arbitral son únicamente las expresamente previstas en el compromiso, sin que pueda asumirse que este se extiende a cualquier otro asunto ligado.

-Cláusula compromisoria: es parte integrante del contrato en el cual las partes establecen que todas o algunas de las controversias que surjan en base a dicho contrato se someterán a la decisión de un árbitro. La cláusula arbitral puede o no estar integrada en el contrato mismo, ya que puede constar en un documento separado.

Debe tomarse en consideración que la cláusula compromisoria es una estipulación a futuro, por lo que no se pueden conocer de antemano cuáles serán los motivos o el alcance que tendrá la controversia. De hecho, “en caso de que nada se diga sobre el particular habrá de entenderse e interpretarse que el alcance de la cláusula es total y que todos los asuntos que surjan derivados del contrato podrán ser sometidos al conocimiento del tribunal arbitral.”²⁴ De ello se comprende que salvo pacto en contrario de las partes, podrán someterse a arbitraje todas y cada una de las diferencias que surjan a lo largo de la vida del contrato, sin restricción alguna ni necesidad de nuevo pacto para cada controversia.

En general, la cláusula compromisoria debe tener una relación directa o inmediata con un contrato y por ello no pueden someterse a la decisión de los árbitros asuntos o diferencias meramente extracontractuales. Adicionalmente, debe quedar pactado antes de que se origine cualquier conflicto o controversia entre las partes.

Si bien existe esta distinción doctrinaria, de conformidad con el Decreto 67-95 del Congreso de la República de Guatemala, Ley de Arbitraje, en su Artículo 10 se establece que “la distinción entre compromiso o cláusula compromisoria no tiene consecuencia alguna con respecto a los efectos jurídicos del acuerdo de arbitraje.”

²⁴ Bernal Gutiérrez, **Ob. Cit**; pág. 103.

2.1.2. Forma

En alusión a la poca formalidad de la institución del arbitraje, el único requisito que establece nuestra el Decreto 67-95 del Congreso de la República de Guatemala, Ley de Arbitraje, en su Artículo 10 es que “el acuerdo de arbitraje debe constar por escrito.”

En cuanto a dicho requisito, el mismo Artículo añade “se entenderá que el acuerdo consta por escrito cuando esté consignado en un documento firmado por las partes o en un intercambio de cartas, télex, telegramas, telefax u otros medios de telecomunicación que dejen constancia del acuerdo, o en un intercambio de escritos de demanda y contestación en los que la existencia de un acuerdo sea firmada por una parte sin ser negada por la otra.”

Adicionalmente, cuando el acuerdo arbitral no conste en el mismo contrato, el Artículo 10 establece “la referencia que se haga en un contrato a un documento en el que se contenga la cláusula arbitral constituye acuerdo de arbitraje siempre que el contrato conste por escrito y la referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato.”

Finalmente, en cuanto a los contratos de adhesión, el Artículo 10 establece “si el acuerdo de arbitraje ha sido incorporado a contratos mediante formularios o mediante pólizas, dichos contratos deberán incorporar en caracteres destacados y precisos la advertencia de incluir en su contenido un acuerdo de arbitraje.”

2.1.3. Efectos

Por un lado, como efecto positivo podemos establecer que el acuerdo de arbitraje atribuye al tribunal arbitral la jurisdicción sobre el caso. Como efecto negativo se excluye la jurisdicción estatal sobre el caso, autorizando por lo tanto la interposición de la excepción de incompetencia en el supuesto de que una de las partes haya promovido una acción judicial.

De ello se desprende que las partes deben cumplir con ciertas obligaciones. Una de hacer: consistente en la obligación de someter la controversia a arbitraje; de modo que en caso de plantearse el conflicto deben actuar en la forma convenida en la cláusula arbitral para poner en funcionamiento esta jurisdicción. Una de no hacer: que consiste en el deber de abstenerse de ocurrir ante la justicia estatal para dirimir el conflicto. Y una de dar: consistente en proveer los fondos para atender los costos y gastos del arbitraje.

2.1.4. Principio de autonomía

La cláusula arbitral no es un accesorio del contrato principal, sino que es propiamente un contrato dentro de un contrato, por lo que se predica su autonomía. La autonomía consiste en que la eficacia de la cláusula arbitral es independiente de la eficacia o ineficacia del contrato principal. Para esto, debemos entender la eficacia como la aptitud del negocio para producir los efectos queridos por las partes. Con este alcance,

la ineficacia jurídica no impide que el acto produzca otros efectos, aunque no deseados por las partes.

El mismo Decreto 67 -95 del Congreso de la República de Guatemala, Ley de Arbitraje, en el Artículo 21 establece “un acuerdo arbitral que conste en una cláusula que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del contrato.” Como consecuencia, el mismo Artículo indica que “la decisión del tribunal arbitral declarando nulo un contrato, no entrañará por ese sólo hecho la nulidad de la cláusula en la que conste el acuerdo de arbitraje.”

Es necesario identificar que si bien las partes son las mismas, el acuerdo arbitral celebrado bajo la modalidad de una cláusula compromisoria tiene un objeto distinto del contrato en el cual se encuentra enmarcada. Este objeto sería el de someter a arbitraje las diferencias que se deriven del contrato marco. Por ende no tiene por qué verse afectado por los mismos vicios. De hecho se considera que “es clara la teoría y es preciso mantener en mente que podría igualmente estar viciado el acuerdo arbitral con las mismas fallas del contrato en el cual se encuentra incorporado, caso en el cual y dependiendo del tipo de vicio y su alcance, producirá los efectos por igual.”²⁵ Por ello es necesario analizar cada caso y no expandir los efectos nocivos del contrato al acuerdo de arbitraje.

²⁵ Ibid, pág. 109.

2.1.5. Contenido del contrato

El único formalismo establecido para el acuerdo de arbitraje es constar por escrito. Igualmente es sabido que cualquier cláusula debe incluir la descripción explícita de los procedimientos a seguir con inclusión de los términos de referencia, dentro de los cuales se deberá particularizar aspectos únicos a las partes y a su relación.

Estando a discreción la constitución del acuerdo, es importante que cualquiera que sea el enfoque que se le dé a la cláusula, refleje las políticas de administración de ambas partes y dirigidas hacia el acuerdo. En consecuencia se aconseja hacer un estudio profundo de la misma y no dejarlo hasta el final de la discusión del contrato principal.

Si bien no se puede crear una cláusula compromisoria ideal que pueda utilizarse para todos los casos, sí hay ciertas características que debe contener para adaptarse a las situaciones particulares. Entre ellas se puede mencionar:

“- la elección entre un arbitraje institucional o uno ad hoc. En el caso de elegir un arbitraje institucional, es esencial identificar con precisión la institución que ha de administrar el arbitraje y recurrir a las cláusulas modelo;

-La sede del arbitraje, o sea el lugar que determinará la localización del procedimiento. Esto tiene relevancia particular en orden a la individualización del tribunal judicial que tendrá competencia para asistir al tribunal arbitral en aquellas materias en que éste lo requiera por no tener imperium y para entender en posibles recursos y otras cuestiones;

- el idioma en que se ha de desarrollar el arbitraje;
- si el arbitraje ha de ser de derecho o de equidad;
- la ley aplicable al fondo, a la cláusula arbitral y al procedimiento; y
- el número de árbitros.”²⁶

2.1.6. Clausulas patológicas

Este término alude a las cláusulas que por impericia, exceso de previsiones o por otras razones se convierten en un obstáculo para el desarrollo del arbitraje que las partes quisieron prever como mecanismo de solución de sus conflictos.²⁷

Estas cláusulas, debido a la defectuosa forma como han sido elaboradas, generan la imposibilidad de concluir con certeza cuál es la voluntad real de las partes. Por ello terminan no sólo impidiendo el que se aborde el arbitraje sino que limitan incluso seriamente la posibilidad de que se conozca por el juez ordinario las diferencias derivadas del contrato que las incorpora.

2.2. El proceso arbitral

El arbitraje es de origen contractual y se lleva a cabo por la vía del proceso. Al igual que en todo lo relacionado con esta institución, es el ejercicio de la plena voluntad de las

²⁶ González Dubón, **Ob. Cit**; pág. 21.

²⁷ La expresión cláusulas patológicas es atribuida a Frédéric Eisemann, ex secretario de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional.

partes la que permite convenir el procedimiento a que se haya de ajustar el Tribunal Arbitral para sus actuaciones. De conformidad con los Artículos 23 y 24 del Decreto 67-95 del Congreso de la República, Ley de Arbitraje, esta facultad no es del todo ilimitada sino que el legislador le permite a las partes que para su caso en concreto diseñen la forma como desean llevarlo a cabo. Es imperativo que exista un trato equitativo y que en todo momento se mantenga la oportunidad de hacer valer los derechos de conformidad con los principios de audiencia, contradicción e igualdad.

Es por ello que, en consideración de nuestra legislación, el debido proceso se garantiza con el respeto a los principios enunciados, y las partes podrán diseñar su propio procedimiento. Sin embargo, la adopción del procedimiento no quiere decir necesariamente que lo deban establecer precisamente ellas. La cláusula arbitral puede establecer que adoptan el procedimiento establecido en algún centro de arbitraje, incluso realizándole a dicho reglamento las modificaciones que consideren pertinentes.

En caso de que las partes no dispongan cuál es el procedimiento a seguir y dado que la ley no contempla un procedimiento específico, el mismo Artículo 24 faculta a los árbitros para que “establezcan el procedimiento que consideren apropiado, sujetándose a las mismas limitaciones establecidas a las partes.”

En cuanto a la estructura del proceso “debe tenerse en cuenta que tanto el diseño del procedimiento por las partes no es cosa fácil y por ello resulta ser de especial consideración, donde, lo recomendable, pasaría por escoger ellas desde el mismo

acuerdo arbitral unas reglas que bien pueden ser las establecidas por un Centro de Arbitraje de los existentes bien en el país o en alguno que resultare similar.”²⁸ Esta recomendación es atendida por la totalidad de usuarios del arbitraje.

Para el presente estudio, en especial en cuanto a la estructura del proceso arbitral, se considera adecuado tomar como referencia el de un centro de arbitraje de Guatemala. En el presente caso se optó por el de la Comisión de Resolución de Conflictos de la Cámara de Industria de Guatemala. Esto gracias a que dichos reglamentos establecen reglas generales sometidas a prueba diariamente. A partir de allí, éstos han sido ajustados y corregidos para brindar un camino eficiente y dinámico en el tránsito del proceso de arbitraje. Y en todo momento buscan superar los vacíos, incongruencias o diferencias que puedan mantener las partes por una inadecuada elaboración del acuerdo arbitral.

2.2.1. Fases

Para la comprensión del proceso arbitral en una forma más clara, el Reglamento de Arbitraje²⁹ de la Comisión de Resolución de Conflictos de la Cámara de Industria de

²⁸ Bernal Gutiérrez, Rafael. **El arbitraje en Guatemala, apoyo a la justicia**, pág. 122.

²⁹ El nuevo Reglamento de Arbitraje inició su vigencia en el territorio nacional el 19 de agosto del 2010.

Guatemala³⁰ lo divide en dos fases, una identificada como fase pre arbitral, anterior a la constitución del tribunal arbitral, y la fase arbitral posterior a la constitución.

-Fase pre arbitral: en esta fase las partes realizan todas las actividades previas a que el tribunal arbitral se declare competente. Esta fase es la más activa para los centros de arbitraje en general. En ella se desarrollan la mayor cantidad de actividades administrativas desde la recepción de la demanda hasta la entrega del expediente al tribunal arbitral. Esto incluye por lo tanto la elaboración de resoluciones de trámite, notificaciones, cobro de aranceles y honorarios, tanto del centro de arbitraje como de los árbitros, y la designación y nombramiento de los mismos.

-Fase arbitral: inicia precisamente con la declaración de competencia del tribunal arbitral y finaliza con la entrega y lectura del laudo arbitral. Esta fase es precisamente en la cual la actividad principal recae en los árbitros, quienes serán los encargados del adecuado desarrollo de las audiencias arbitrales. A partir de este momento la actividad de los centros de arbitraje es meramente administrativa y orientada al control de costos y cumplimiento de los plazos y normas establecidas en su Reglamento.

³⁰ La Comisión de Resolución de Conflictos de la Cámara de Industria de Guatemala es un centro especializado en la utilización de los métodos alternos de resolución de conflictos como la negociación, la conciliación, la mediación y especialmente el arbitraje.

2.2.2. Etapas

-Demanda: el procedimiento de arbitraje inicia con un escrito dirigido al centro de arbitraje. Éste debe verificar que cumpla con todos los requisitos. Posteriormente, deberá elaborar una primera resolución en el cual admita a trámite el memorial y en base a la cuantía de la controversia se elaborará la provisión de gastos del arbitraje. Ambos documentos serán notificados al demandado.

-Contestación: notificada la demanda mediante copia de la misma y cualesquiera documentos anexos, se le otorga un plazo de 15 días al demandado para presentar su contestación. Si el demandado no contestare en el plazo estipulado se continuará el proceso en rebeldía sin necesidad de solicitud.

-Entrega del expediente: la institución permanente de arbitraje hará entrega del expediente al tribunal arbitral tan pronto se integre éste y haya recibido de la parte demandada la contestación de la demanda. Asimismo se hace la salvedad de que la institución permanente de arbitraje no podrá entregar el expediente al tribunal arbitral si las partes o una de ellas no hubiesen efectuado el pago de acuerdo a lo fijado por la institución. Extraordinariamente y a discreción de la institución, podrá dispensarse este requisito.

Una vez alcanzado este punto en el proceso, se inicia la denominada fase arbitral, cuyo inicio queda evidenciado con la audiencia de instalación.

-Audiencia de instalación: en esta etapa procesal las partes ratificarán sus pretensiones y el tribunal verificará su propia competencia en base al análisis que se realice del acuerdo arbitral. Si acepta que es competente fijará la primera audiencia.

-Primera audiencia: en esta primera audiencia el tribunal arbitral leerá los términos de referencia³¹ y el acuerdo de arbitraje. Si las partes están de acuerdo con su contenido, los términos serán firmados por las partes. En esta audiencia se calendarizará el lugar, fecha y hora de las siguientes audiencias para el período de prueba. En esta misma audiencia los asesores podrán hacer las observaciones que consideren pertinentes para el mejor desenvolvimiento del proceso.

-Período de prueba: posterior a la firma de los términos de referencia el tribunal arbitral deberá practicar y diligenciar las pruebas pertinentes que le sean solicitadas y las que de oficio considere necesarias. De igual manera en el proceso arbitral se establece que la prueba se recibirá con citación de la parte contraria y se observarán las reglas de la sana crítica.

Toda impugnación de prueba será analizada por el tribunal arbitral en el momento de concluir la fase probatoria y entrar a la valoración de la prueba en la fase deliberatoria.

³¹ Documento establecido por el tribunal arbitral, en la medida de lo posible con la participación de todas las partes del litigio, para resumir la desavenencia, enumerar las pretensiones de las partes y los puntos litigiosos por resolver.

-Alegatos finales: concluidas las diligencias de prueba que decida practicar el tribunal arbitral, este fijará una audiencia para oír las conclusiones de las partes. Recibidos los alegatos, el tribunal arbitral fijará fecha y hora para la lectura del laudo.

-Laudo: el tribunal arbitral debe emitir el laudo dentro de los seis meses siguientes a la primera audiencia. Este plazo podrá prorrogarse por un plazo que no podrá exceder en ningún caso de tres meses más.

2.2.3. Medidas cautelares

El Artículo 22 del Decreto 67-95 del Congreso de la República de Guatemala, Ley de Arbitraje, establece las facultades del tribunal arbitral para ordenar providencias cautelares. En ese sentido se regula que “el tribunal arbitral podrá, a petición de cualquiera de las partes, ordenar la adopción de las medidas cautelares que considere necesarias respecto al objeto del litigio. El tribunal arbitral podrá también exigir una garantía suficiente para caucionar su responsabilidad en conexión con tales medidas.”

Podrán los árbitros requerir a un tribunal estatal que decrete o levante aquellas providencias cautelares que deban de ser cumplidas por terceros, o bien, para que se obligue coactivamente a una de las partes a cumplir con una providencia cautelar decretada.

2.2.4. Principio de competencia – competencia

Del análisis que se realice sobre la controversia y en primer lugar del acuerdo de arbitraje puede existir inconformidad por alguna de las partes en cuanto a la existencia del proceso arbitral o bien sobre la constitución del tribunal arbitral. En caso de existir esta divergencia se ha planteado la duda sobre quién debe resolver este conflicto. Tanto la doctrina como la mayoría de reglamentos de arbitraje se han inclinado por darle dicha facultad al tribunal arbitral. Este principio esencial se ha denominado como competencia – competencia.

Este principio se ha deducido de los efectos propios que tiene el acuerdo arbitral, el cual por un lado extrae el conflicto de la jurisdicción de un tribunal judicial y por otro le da la facultad al tribunal arbitral para conocerlo.

El Artículo 21 del Decreto 67-95 del Congreso de la República de Guatemala, Ley de Arbitraje, establece que “el tribunal arbitral estará facultado para decidir acerca de su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o la validez del acuerdo de arbitraje.” Por tanto vemos que Guatemala también se suma a la mayoría de legislaciones que le dan un reconocimiento al principio de competencia – competencia.

2.2.5. El laudo

El laudo etimológicamente se deriva del latín laudar que significa recomendar. Es la decisión final proferida por los árbitros y su denominación tiene como objeto principal establecer una diferencia entre la resolución definitiva emitida por un juez y la que emite un árbitro.

El laudo es la forma en la que normalmente se expresa la conclusión de un proceso arbitral. Ya que este instrumento es de carácter definitivo y a través de él se resolverán las diferencias que fueron sometidas por las partes a la consideración del tribunal arbitral.

En ese mismo sentido, el Artículo 41 del Decreto 67-95 del Congreso de la República de Guatemala, Ley de Arbitraje, hace alusión al laudo como “la forma natural por medio de la cual se concluyen las actuaciones arbitrales.”

Si bien no hay normas que expresamente hagan referencia a las deliberaciones del tribunal arbitral como objeto específico de dicha norma, hay aspectos relacionados que pueden mencionarse. Tal es el caso de la toma de decisiones, las cuales se establece que deberán ser adoptadas por la mayoría de votos de los miembros del tribunal arbitral y en caso de empate será el voto del presidente el que dirima la controversia. La ley establece que salvo pacto en contrario, el laudo del tribunal arbitral deberá ser motivado.

Es menester tomar en cuenta que las partes pueden pactar un arbitraje en el que se resolverá de derecho o de equidad y esto impacta directamente en la forma del laudo. En los arbitrajes de equidad los árbitros no estarán obligados a resolver en base a las normas de derecho, sino que pueden hacerlo en conciencia o según su leal saber y entender. A consideración del Licenciado Álvaro Castellanos Howell “esta facultad no excluye la posibilidad de impugnarse un laudo cuando sea considerado contrario al orden público del Estado en donde se realiza dicho examen judicial.”³²

En el Artículo 40 se contemplan otros requisitos formales para el laudo, entre ellos podemos mencionar:

“-el laudo se dictará por escrito y será firmado por él árbitro o los árbitros. En las actuaciones con más de un árbitro bastarán las firmas de la mayoría, pero se debe dejar constancia del motivo de la falta de alguna firma;

-constará en el laudo la fecha en que haya sido dictado y el lugar del arbitraje;

-deberá ser notificado por el tribunal arbitral a cada una de las partes mediante entrega de una copia firmada por los árbitros;

-los árbitros se deberán pronunciar sobre las costas.”

El Artículo 42 del Decreto 67-95 del Congreso de la República de Guatemala, Ley de Arbitraje, contempla que “puede solicitarse la corrección o la interpretación del laudo” e incluso puede solicitarse un laudo adicional sobre aspectos que el tribunal arbitral hubiese omitido resolver.

³² La ley. **El arbitraje comercial internacional en Iberoamérica, marco legal y jurisprudencial**, pág. 434.

Como se puede observar, si bien el laudo arbitral no es idéntico a una sentencia, vemos que en los aspectos fundamentales expresados de una manera más general y flexibles si existe concordancia con las sentencias.

2.2.6. Recursos contra el laudo

El Artículo 43 del Decreto 67-95 del Congreso de la República de Guatemala, Ley de Arbitraje, establece “contra un laudo arbitral solo podrá recurrirse ante una Sala de la Corte de Apelaciones con competencia territorial sobre el lugar donde se hubiere dictado el laudo.” Esto se realizará mediante un recurso de revisión. El auto por medio del cual se resuelva este recurso no será susceptible de ser impugnado mediante ningún tipo de recurso o remedio procesal alguno.

Se especifican los efectos de este recurso de revisión el cual podrá confirmar, revocar o modificar el laudo arbitral. En caso de revocación o modificación se hará el pronunciamiento correspondiente. En dicha circunstancia se le atribuye a la Sala de la Corte de Apelaciones correspondiente para que pueda pronunciarse de otra manera a lo dispuesto en el laudo. Asimismo para poder interponer el recurso de revisión se establece que la parte recurrente que durante el procedimiento arbitral omitiere plantear una protesta u objeción oportuna, no podrá invocar posteriormente la misma causal en el recurso de revisión.

Esta situación evidentemente representa un desincentivo para realizar un arbitraje con sede en Guatemala ya que cualquier laudo emitido en el territorio guatemalteco es impugnado mediante este recurso ante tribunales competentes guatemaltecos.

CAPÍTULO III

3. Marco legal del arbitraje

3.1. Fundamento constitucional del arbitraje

La situación actual del arbitraje en Guatemala ha evolucionado desde los primeros esfuerzos. Prueba de ello es lo reflejado por el Código de Enjuiciamiento Civil y Mercantil de 1934 que contemplaba disposiciones ineficaces sobre arbitraje. Al presente, la Constitución Política de la República de Guatemala no hace referencia abiertamente a la existencia de la vía arbitral para las partes, pero tampoco existe en esta normativa un ánimo por impedir su desarrollo.

En la Constitución Política de la República de Guatemala se establece, en el Artículo 203, que “la justicia se imparte de conformidad con la Constitución y las demás leyes de la república. Que corresponde a los tribunales la potestad de juzgar y promover la ejecución de lo juzgado, con lo cual en principio, afirma la potestad jurisdiccional del juez ordinario.” Se establece que dicha función jurisdiccional “corresponde con exclusividad a la Corte Suprema de Justicia y a los demás tribunales que la ley establezca.”

Es precisamente la referencia a estos otros tribunales lo que ha dado lugar a fundamentar constitucionalmente la figura del arbitraje en Guatemala. Esto, considerando que dicha alusión faculta al legislador a darle función jurisdiccional a

tribunales que no se encuentren establecidos en la Constitución Política de la República de Guatemala. En el caso del arbitraje, se puede observar que en una norma ordinaria se define al tribunal arbitral por lo que consecuentemente se encuentran incluidos en la norma constitucional.

3.2. Tratados y convenios internacionales

Con respecto al nivel internacional, Guatemala es parte de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras, más conocida como Convención de Nueva York.³³ En la misma línea, también es parte de la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional, más conocida como Convención de Panamá.³⁴ El Decreto 67-95 del Congreso de la República de Guatemala, Ley de Arbitraje, hace referencia a estas Convenciones en el Artículo 45 en lo que respecta a las normas aplicables al reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros.

-Convención de Nueva York: es considerada como el instrumento que permitió iniciar con la difusión del arbitraje a nivel internacional. La Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional fue la instigadora para su creación y posteriormente impulsó el movimiento que condujo a la adopción de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras hecha

³³ Elaborada en 1958 y entró en vigor en Guatemala el 14 de junio de 1984.

³⁴ Elaborada en 1975 y entró en vigor en Guatemala el 21 de septiembre de 1986.

en Nueva York el 10 de junio de 1958. Convirtiéndose así en el principal tratado multilateral sobre arbitraje a nivel internacional.

La Convención de Nueva York impone, esencialmente, a los tribunales de cada Estado las siguientes obligaciones:

- reconocer los acuerdos escritos de sometimiento al arbitraje y en presencia de una cláusula contractual en ese sentido, remitir las partes al arbitraje; y
- reconocer y ejecutar los laudos arbitrales extranjeros.

Es de tal importancia este instrumento que existe la recomendación universal para las partes de comprobar, antes de incluir una cláusula de arbitraje, si el Estado de la otra parte, ha ratificado la convención de Nueva York.³⁵ De no haberlo hecho, se recomienda verificar si al menos dicho Estado ha ratificado algún otro tratado bilateral o multilateral que brinde las mismas garantías para los contratantes.

En el campo del arbitraje uno de los temas que revisten de mayor importancia es el del posible reconocimiento y ejecución de los laudos. En este sentido, todos los reglamentos arbitrales de las instituciones permanentes de arbitraje establecen la obligación que mantiene las partes de cumplir inmediatamente con lo establecido en el laudo arbitral. Evidentemente no tendría ningún sentido llevar todo el proceso arbitral si al existir la negativa de alguna de las partes a cumplir en forma voluntaria con el laudo

³⁵ Actualmente 144 Estados son parte.

no hubiese certidumbre sobre su ejecución. Tal y como se identificó en las características principales del arbitraje, es indiscutible la necesidad de contar con la intervención de los tribunales estatales ya que sólo ellos gozan del atributo de la jurisdicción llamado imperium, el cual les faculta llevar a cabo o cumplir coercitivamente un título ejecutivo. Es por ello que las dos convenciones mencionadas, relacionadas al tema de la ejecución, revisten de una trascendental importancia.

La Convención de Nueva York mantiene como propósito esencial establecer reglas internacionales que permitan la libre circulación de las sentencias arbitrales y el establecimiento de otras medidas que puedan aumentar la eficacia del arbitraje. Todo ello siempre con el respeto de la realidad y la tradición jurídica de cada uno de los Estados parte.

Para lograr su objetivo, la Convención de Nueva York parte de una premisa fundamental, la cual consiste en otorgarle una presunción de legalidad al arbitraje y dotar de veracidad al laudo arbitral. Estas circunstancias permiten que cuando una parte considere que la ejecución del laudo arbitral sea contraria a derecho, sea esta parte la que tenga la carga de la prueba. De esta manera, para impedir el reconocimiento o ejecución de las sentencias arbitrales será dicha parte quien deba invocar o probar algunas de las razones que autoricen al juez encargado de la ejecución a denegar el reconocimiento del laudo; esto sin perjuicio de las cuestiones que pueden ser realizadas de oficio por un juez.

Es necesario recalcar que la Convención de Nueva York ha trascendido más allá del reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales. Es a través de ella que se ha consagrado a nivel universal el principio de autonomía del acuerdo arbitral. Aunado a ello, la convención brinda una definición de eficacia del acuerdo arbitral con mayor énfasis al efecto negativo orientado a reconocer la autonomía de la voluntad privada en la conformación del tribunal arbitral y en la elección del procedimiento. Pero sobre todo, reviste de gran importancia el reconocimiento que se hace en dicha Convención sobre el arbitraje institucional.

Por otro lado, debemos tomar en cuenta que el objetivo principal de la Convención de Nueva York no es el de establecer un régimen uniforme, único o universal para ejecutar internacionalmente las sentencias arbitrales. La Convención de Nueva York se limita a establecer las bases y cimientos de dicho objetivo. Es por ello que los Estados parte no pueden establecer exigencias mayores a las previstas por dicha Convención. Aunque sí pueden consagrar mecanismos más favorables que los dictados en este Convenio, y en ese caso, éstos serán los que se deban aplicar para el reconocimiento y la ejecución de los laudos arbitrales extranjeros. Con respecto a ello, todos los países que cuenten con leyes internas o hayan ratificado otros convenios o tratados internacionales que establezcan sistemas menos dificultosos para ejecutar los laudos arbitrales, se deberán ejecutar conforme a estos otros ordenamientos aunque sean signatarios de la Convención de Nueva York.

Partiendo del hecho que la Convención de Nueva York se estableció un objetivo relativamente modesto, es precisamente dicha Convención la pieza vital del arbitraje internacional y precisamente a partir de ella se ha dado un incremento en el uso del arbitraje como vía para la solución de conflictos.

Para comprender de una mejor manera la esencia de la Convención de Nueva York se debe de extraer ciertas condiciones básicas de la misma:

- gira alrededor de la idea de sentencia arbitral extranjera;
- no se limita al reconocimiento y ejecución de la sentencia arbitral sino que incluye el reconocimiento y validez del acuerdo arbitral;
- la autonomía de la voluntad preside la constitución del tribunal arbitral y la determinación del procedimiento;
- la sentencia arbitral extranjera es susceptible de ser reconocida y ejecutada cuando es obligatoria;
- quien pretende impedir la ejecución debe invocar causales taxativamente enumeradas; y sobre él recae la carga de la prueba;
- con ello se elimina la doble ejecución; y
- algunas objeciones al reconocimiento y ejecución de la sentencia arbitral extranjera pueden ser levantadas de oficio por el juez encargado de ejecutarla.

Sin embargo, la Convención de Nueva York ha recibido grandes críticas al hacer referencia a las sentencias arbitrales que no sean consideradas nacionales en el país en que se pide su reconocimiento y ejecución. Se considera que ello representa un

factor que provoca confusión al hacer alusión a una más teórica que práctica.

Por otro lado, algunos autores consideran que esta alusión es indispensable para poder aplicar la Convención de Nueva York a sentencias que han sido dictadas en el territorio de un Estado y que, a pesar de esto, no pudiese ser considerada nacional por el mismo Estado. Tal y como sucede tras la aplicación de una ley extranjera sin que intervenga la ley del foro. Esto quiere decir que la previsión que establece dicha Convención cubre la hipótesis que establece que el laudo puede ser considerado como extranjero cuando las partes pactan la aplicación de un derecho procesal de un país distinto al de la sede del arbitraje. Pero el laudo de igual manera está sujeto a la revisión y control de la legislación del país sede.

-Convención de Panamá: la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional tuvo su origen en el Convenio Jurídico Interamericano de la Organización de los Estados Americanos. Esta Convención suscrita en Panamá en el año 1975 no es alusiva exclusivamente al tema de reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras sino también a otras materias como:

-la validez del acuerdo de arbitraje o pacto arbitral;

-el nombramiento de los árbitros; y

-las reglas de procedimiento arbitral. En este sentido se establece que en caso de silencio de las partes hace aplicable el Reglamento de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial.

La Convención de Panamá reconoce la validez de la cláusula compromisoria y del compromiso en los negocios internacionales de naturaleza comercial. También hace alusión a que el acuerdo respectivo deberá constar por escrito firmado o en el canje de cartas, telegramas u otras comunicaciones.

Respecto a los árbitros, la Convención de Panamá especifica que pueden ser tanto nacionales como extranjeros y que se permitirá la designación o el nombramiento de los árbitros por delegación de una tercera persona, sea esta natural o jurídica.

Al igual que la Convención de Nueva York, la Convención de Panamá hace referencia a la fuerza del laudo como sentencia judicial ejecutoriada. La Convención de Panamá va aún más lejos al establecer que el reconocimiento y ejecución del laudo arbitral puede exigirse en la misma forma que las sentencias dictadas por tribunales ordinarios de ejecución. Esto quiere decir que se le otorga igual validez a un laudo extranjero que a una sentencia nacional.

3.3. Normas ordinarias

-Decreto 2-89 del Congreso de la República de Guatemala, Ley del Organismo Judicial: en concordancia con lo establecido por la Constitución Política de la República de Guatemala, la Ley del Organismo Judicial establece en el Artículo 57 que “la justicia se imparte en el país de conformidad con la Constitución Política y las demás leyes que integran el ordenamiento jurídico del país.” En el Artículo 58 literal j) del mismo cuerpo

normativo, se establece que “la función jurisdiccional se ejerce por la Corte y los demás tribunales establecidos en la ley para lo cual y dentro de la jurisdicción se pueden incluir los de arbitraje.”

-Decreto 67-95 del Congreso de la República de Guatemala, Ley de Arbitraje: a nivel nacional, prácticamente la totalidad de las disposiciones legales referentes al arbitraje se encuentran incluidas en la Ley de Arbitraje. Esta ley, desde sus inicios, se encuentra basada principalmente en el modelo de Ley de Arbitraje Comercial Internacional de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional.³⁶

La Ley de Arbitraje inició su vigencia el 25 de noviembre de 1995 y su aplicabilidad abarca tanto el ámbito nacional como internacional, siempre y cuando la sede del proceso arbitral sea el territorio guatemalteco.

Esta normativa tuvo como impulso inicial el inicio de vigencia de las Convenciones de Nueva York y Panamá en los años 1984 y 1986 respectivamente. Como se mencionó con anterioridad, la existencia de esta ley modelo creada por Naciones Unidas permitió homogenizar las legislaciones en materia de arbitraje a nivel mundial, lo que generó una mayor fluidez en la práctica del arbitraje comercial internacional y representó un gran aliciente para los legisladores guatemaltecos interesados en crear un proyecto de ley específico en la materia.

³⁶ Más conocida como Ley Modelo UNCITRAL, por sus siglas en inglés.

-Decreto Ley 107 del Jefe de Gobierno de la República, Enrique Peralta Azurdia, Código Procesal Civil y Mercantil: se hizo referencia a que esencialmente la mayoría de disposiciones legales se encuentran incluidas en el Decreto 67-95 del Congreso de la República de Guatemala, Ley de Arbitraje puesto que existen algunas, aunque escasas, disposiciones vigentes en el Código Procesal Civil y Mercantil aplicables a los procesos arbitrales domésticos.

A pesar de la vigencia de estas disposiciones, la parte considerativa de la Ley de Arbitraje hace referencia al régimen legal aplicable al arbitraje contenido en el Código Procesal Civil y Mercantil. Se estima que éste último contiene una serie de normas y disposiciones que han dejado de representar los avances más recientes en materia de arbitraje. Situación que constituye verdaderos obstáculos para las partes interesadas en usar efectivamente el arbitraje; no logrando con ello los beneficios de dicha institución.

De hecho, la normativa aún vigente respecto al arbitraje en este cuerpo legal se limita a dos Artículos: el 279 y el 290. El Artículo 279 establece que “no podrán ser nombrados árbitros los miembros del Organismo Judicial y que tampoco podrán serlo quienes tengan con las partes o con la controversia que se les somete alguna de las relaciones que establecen la posibilidad de abstención, excusa y recusación de un juez.”³⁷

Por otro lado, el Artículo 290 establece que “tanto en los arbitrajes de derecho como en los de equidad, una vez constituido el tribunal, se entienden sometidas a él todas las

³⁷ Dichas disposiciones se encuentran igualmente reguladas en el Artículo 14 del Decreto 67 – 95 del Congreso de la República de Guatemala, Ley de Arbitraje.

cuestiones conexas con la principal, que surjan en el curso del mismo.” En este caso, aclara el Artículo, “dichas cuestiones se tramitaran por el procedimiento que las partes convengan.” Asimismo, se estipula que no serán admitidas en el arbitraje las tercerías, la litispendencia ni los incidentes de acumulación.

Esta última disposición es una clara limitación al ejercicio de la autonomía de la voluntad. Esto puesto que, si evidentemente existe un acuerdo establecido por las partes en el cual desean la existencia de figuras como las mencionadas, se estaría manifestando una contravención a lo establecido en la ley.

Notoriamente las disposiciones sobre arbitraje incluidas en este cuerpo legal no son del todo oportunas. De hecho la doctrina afirmaba, hasta antes de 1995, sobre la normatividad vigente en materia de arbitraje que simplemente brindaba “procedimientos complicados, llenos de formalismos y por tanto inoperantes para actividades ágiles a las que urge dar una solución. Conforme a la legislación vigente, recurrir al procedimiento arbitral implica algo tan engorroso, dispendioso y demorado en el tiempo como acudir a los tribunales.”³⁸ No está de más acotar la concordancia que existe sobre esta afirmación y lo establecido al respecto en la misma parte considerativa del Decreto 67-95 del Congreso de la República de Guatemala, Ley de Arbitraje.

³⁸ Bernal Gutiérrez, Rafael. **Arbitraje comercial laboral en América Central**, pág. 253.

3.4. Derecho comparado

La necesidad de establecer un marco legal que consagre la institución del arbitraje ha sido una preocupación constante en todos los países del mundo. Esto queda evidenciado al analizar lo dicho por Hab Mabel Leonardi y Sara Lidia Fedstein quienes recuerdan que si bien el Estado mantiene el monopolio de la fuerza, este no debe confundirse con el concepto de administración de justicia.

Es evidente, que a pesar de que el árbitro carece de la potestad de ejecutar mediante la fuerza, este tiene la capacidad de llevar el proceso y resolver. En virtud de ello, disposiciones legales de otros países como la Constitución Nacional Argentina fue reformada en el Artículo 42 para introducir la posibilidad de crear “procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos.”³⁹ En este país, el arbitraje se erige dentro de estos procedimientos como un instrumento refinado, certero, probado, que debe ser aprovechado al máximo.

Es evidente la necesidad de reconocer en los ordenamientos jurídicos la facultad de las partes de solventar los conflictos de la manera que ellos lo consideren más adecuado, siempre y cuando la materia lo permita. De hecho se mencionaba que históricamente todos los países con una gran tradición jurídica han tenido que admitir la eventualidad de la solución de los diferendos al margen del aparato estatal por la intervención de

³⁹ Hab Mabel Leonardi y Sara Lidia Fedstein. **El arbitraje**, pág. 46.

terceros, a quienes se les llama: “simples particulares ajenos al mundo judicial.”⁴⁰ En el caso francés el reconocimiento del arbitraje se dio desde la Constitución Francesa del tres de septiembre de 1791. Esta norma fundamental en su Artículo cinco establece que existe el derecho de los ciudadanos para terminar definitivamente sus litigios por la vía del arbitraje, y que este derecho no puede sufrir una restricción alguna por los actos del poder legislativo.

Este fundamento constitucional del arbitraje resaltar que el arbitraje no se sitúa en la zona de no derecho, no es una institución suspendida en un espacio indeterminado y que no se encuentra regido por más que sus propias contingencias y a su mera discreción. Por tanto es indispensable que el Estado establezca un reconocimiento del mismo para garantizar que las resoluciones vertidas por particulares, cuando la materia lo permita, puedan ser aceptadas por la justicia ordinaria para su ejecución.

Este análisis sobre el reconocimiento constitucional que debe tener el arbitraje alcanzó al estudio de Cristian Conejero Roos. Este jurista francés, quien por su experiencia como Consejero de la Corte Internacional de Arbitraje para América Latina y la Península Ibérica profundizó sus conocimientos sobre estas latitudes, nos comenta que en los países latinoamericanos, desde la primera mitad del siglo XX notaba que “varios países americanos habían elevado a categoría de precepto constitucional expreso el principio de las soluciones pacíficas y del arbitraje. Logrando la consagración en forma oficial su uso práctico y confirmando con ello el arraigo profundo que dicha institución

⁴⁰ Oppetit, **Ob. Cit**; pág. 14.

pacífica tiene en América como norma de justicia internacional.”⁴¹ Esto lo precisó después de estudiar los “Anales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile” y nos brinda una perspectiva de la vinculación de los ordenamientos jurídicos con el arbitraje.

El jurista peruano Carlos Alerto Soto Coaguila⁴², destaca la importancia que tiene el reconocimiento constitucional del arbitraje. Él aclara que en su país, tanto la Constitución Política como las sentencias del Tribunal Constitucional peruano, reconocen al arbitraje como una jurisdicción de excepción. En efecto, el Artículo 139.1 de la Constitución Política del Perú establece que son principios y derechos de la función jurisdiccional, entre otros, la unidad y exclusividad de la función jurisdiccional y no existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y la arbitral.

De igual manera podemos analizar la fundamentación de esta institución en latitudes aún más cercanas a Guatemala. Es importante resaltar la situación de Centroamérica, región en la cual tanto las Constituciones de Costa Rica, Honduras y El Salvador tienen un fundamento constitucional para el acceso y el uso del arbitraje como método alternativo de solución de conflictos.

⁴¹ La Ley, **Ob. Cit**; pág. 28.

⁴² Profesor titular de Contratos y arbitraje comercial en la Universidad de Lima. Resalta la importancia que tiene el reconocimiento constitucional del arbitraje.

En el caso de Costa Rica, la Constitución actual aprobada el siete de noviembre de 1949, en su Artículo 43, establece “el derecho humano individual de toda persona a tramitar sus diferencias patrimoniales por medio de árbitros, aun habiendo litigio pendiente.” En alusión expresa al arbitraje.

En Honduras, en sentido similar, la actual Constitución establece en su Artículo 110 que “ninguna persona natural que tenga la libre administración de sus bienes puede ser privada del derecho de terminar sus asuntos civiles por transacción o arbitramento.” Al igual que la Constitución costarricense la alusión al arbitraje es clara.

El Salvador se encuentra, con respecto al tema del arbitraje, bastante desarrollado. Esto se hace notar en el Artículo 23 de su Carta Magna la cual garantiza la libertad de contratar conforme a las leyes y por lo tanto, “ninguna persona que tenga la libre administración de sus bienes puede ser privada de terminar sus asuntos civiles o comerciales por transacción o arbitramento.” En cuanto a las que no tengan esa libre administración, a la que hace mención la Constitución, la ley determinará los casos en que puedan hacerlo y cuáles serían los requisitos exigibles.

En cuanto a la jurisprudencia como parte del marco jurídico del arbitraje es necesario destacar que “la jurisprudencia arbitral, a pesar de su riqueza, ejerce sin duda una influencia menos importante ya que su relatividad es acentuada por el secreto. La

dispersión y la ausencia de jerarquía e, incluso, de coordinación entre las jurisdicciones de las cuales emana.”⁴³

En términos generales la jurisprudencia como fuente de información debe ser consultada. Sin embargo para efectos del presente estudio, la confidencialidad característica de los procesos arbitrales la hace poco accesible e intrascendente.

El marco legal del arbitraje se encuentra integrado por distintos cuerpos legales. A nivel constitucional el Artículo 203 de la Constitución Política de la República de Guatemala contiene disposiciones que permiten intuir que, aunque de manera indirecta, existe un reconocimiento a la existencia de los tribunales arbitrales. Las Convenciones de Nueva York y Panamá han influido a nivel internacional en la difusión del arbitraje al darle un reconocimiento a los acuerdos de arbitraje y a las sentencias arbitrales de cualquier Estado. A nivel ordinario se cuenta en Guatemala con el Decreto 67-95 del Congreso de la República de Guatemala, Ley de Arbitraje, que contiene prácticamente en su totalidad las disposiciones legales que regulan el uso de esta figura jurídica en el país. También hace alusión a las normas relacionadas con el arbitraje contenidas en el Decreto Ley 107 del Jefe de Gobierno de la República, Enrique Peralta Azurdia, Código Procesal Civil y Mercantil, que contiene reglas anacrónicas que no son de importancia para el arbitraje.

⁴³ Oppetit, **Ob Cit**; pág. 64.

CAPÍTULO IV

4. Situación actual del arbitraje en Guatemala

4.1. Uso del arbitraje

Los métodos alternos de resolución de conflictos son tan antiguos como la misma sociedad. Por ende la institución del arbitraje no es moderna. Sin embargo, ésta ha tomado un nuevo auge a nivel mundial. Este florecimiento no excluye a Guatemala.

Ante las interrelaciones comerciales en un mundo globalizado, el arbitraje se ha convertido efectivamente en el medio más utilizado para resolver diferencias jurídicas que surgen de contratos de naturaleza internacional. De hecho, se considera que “es efectivamente el medio más utilizado para resolver diferencias jurídicas que surgen de las relaciones comerciales internacionales. Ocho o nueve de cada diez contratos internacionales contienen una cláusula compromisoria.”⁴⁴ Esto demuestra el alto porcentaje de contratos que generarán procesos arbitrales.

La creciente interconexión comercial fuerza el establecimiento de métodos de resolución de controversias distintos a los existentes. Esta es, entonces, la causa por la cual se da un incremento en el uso del arbitraje. Utilizándolo como el medio más idóneo para la resolución de las desavenencias que puedan suscitarse. Aunado a ello, la carencia de un tribunal arbitral internacional que brinde la posibilidad de someter a su

⁴⁴ Rivera Neutze, **Ob. Cit**; pág. 57.

jurisdicción conflictos derivados del tráfico mercantil internacional, es una de las principales causas por las que quienes buscan comerciar más allá de sus propios territorios hayan optado por el sistema arbitral.

Evidentemente la neutralidad de los tribunales arbitrales representa una característica única que permite darle una mayor certeza al comercio internacional y a las inversiones.

Es claro que existe en las partes una natural desconfianza a someterse a los tribunales estatales del país al que pertenece una de ellas. Y por supuesto existiría una desventaja para quien tenga que litigar ante los jueces naturales de la parte contraria.

Al mismo tiempo, el tema de la cultura jurídica y el idioma también entran en juego para el litigio internacional. La posibilidad de someterse ante un juez que provenga de un sistema legal distinto al de la parte es evidentemente una complicación, en especial en cuanto a la prueba.

Existen guías como las creadas por la IBA⁴⁵ para la valoración de la prueba. Aquellas son una clara referencia a que en los procesos arbitrales no puede existir ninguna inclinación por sistema legal alguno. Pero al presente aún existen dificultades para mantener la neutralidad requerida por un instrumento internacional.

⁴⁵ International Bar Association o Asociación de Barra Internacional.

Así se puede mencionar el uso del Discovery en el arbitraje. Medio de prueba en la cultura jurídica anglosajona que establece que cualquiera de las partes puede solicitarle a la otra la entrega de cualquier documento que tenga en sus manos y que permita determinar las responsabilidades en la controversia. Dicho medio de prueba claramente choca con la cultura jurídica latina que no lo utiliza.

Respecto a esta situación, en términos más generales, se debe referir a la ponderación que un sistema le otorgue a la prueba documental o a la testimonial. Dicha preferencia debe desaparecer en todo momento al establecerse el arbitraje como medio para resolver el conflicto.

Nos encontramos, entonces, ante un cambio global del cual Guatemala no se encuentra ajeno. Recientemente se han ratificado tratados relacionados con el comercio y la inversión. Todos ellos incluyen una parte destinada a la resolución de conflictos transnacionales.

Un claro ejemplo son los Tratados de Libre Comercio. Como el celebrado entre Centroamérica, República Dominicana y Estados Unidos. En el capítulo 20 se hace referencia al complejo engranaje existente en el comercio internacional, y la obligación de éste por establecer mecanismos que produzcan infracciones para que se puedan reparar las consecuencias negativas de los incumplimientos.

En esa línea, se puntualiza la tendencia actual de establecer medidas que sean de fácil aplicación a través de un mecanismo efectivo y expedito. Por consiguiente que prevea plazos más cortos, con la finalidad de lograr una solución mutuamente satisfactoria. Esencialmente, este y otros Tratados de Libre Comercio establecen que el tema de solución de controversias estará orientado a la prevención o a la resolución de conflictos entre las partes. Para ello establecen el uso de comisiones de conciliación, mediación y finalmente el establecimiento de un tribunal arbitral.

Por otro lado, Guatemala se encuentra involucrada en el uso del arbitraje por medio de las conexiones económicas y legales consecuentes de una integración regional y mundial al comercio. En el marco legal, principalmente en el Decreto Ley 107 del Jefe de Gobierno de la República, Enrique Peralta Azurdía, Código Procesal Civil y Mercantil, existían inconsistencias y limitaciones para el arbitraje. Con la nueva Ley de Arbitraje, Decreto 67-95 del Congreso de la República de Guatemala, aquéllos son corregidos y se toma como base un modelo internacional para el arbitraje. Brindando un cuerpo normativo pro arbitral que permite su desarrollo tanto a nivel doméstico como internacional.

Aunado a lo anteriormente expuesto, se debe hacer referencia a uno de los bastiones en el uso del arbitraje a nivel nacional. Esto es el proceso de institucionalización del arbitraje. En la actualidad se han establecido tres centros permanentes de administración de procesos arbitrales.

El primer centro de arbitraje en ser creado fue el Centro Privado de Dictamen Conciliación y Arbitraje⁴⁶. El cual fue pionero en el tema de la presente investigación, constituyéndose en 1985. Incluso antes del inicio de la vigencia del Decreto 67-95 del Congreso de la República de Guatemala, Ley de Arbitraje.

Posterior a la creación de dicha ley, e impulsados por la misma, se observa el surgimiento de nuevos centros de arbitraje en Guatemala. Continuando con la tendencia internacional de la intervención camaral en la administración de procesos de arbitraje⁴⁷ se crea, en 1994, el Centro Nacional de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Guatemala⁴⁸. Para que finalmente se constituyera, en 1997, la Comisión de Resolución de Conflictos de la Cámara de Industria de Guatemala.⁴⁹

Estas instituciones han generado el proceso de información y capacitación en materia de arbitraje. Igualmente se considera que en la actualidad “los niveles de difusión y utilización se han incrementado muy seriamente y hoy, podría hablarse de un arbitraje en franca expansión, con todos los compromisos y requerimientos que ello comporta.”⁵⁰ Esto refleja la situación actual del uso de este método alternativo de resolución de conflictos.

⁴⁶ Conocido como CDCA, se encuentra a cargo del licenciado Rodolfo Rohrmoser.

⁴⁷ La primera institución en administrar procesos de arbitraje es la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional en 1923.

⁴⁸ Conocido como CENAC, dirigido por la licenciada Michelle Secaira

⁴⁹ Conocido como la CRECIG. Dirigido por la licenciada Ana Morales Flores y presidido por el licenciado Carlos Enrique Rivera Ortiz.

⁵⁰ Bernal Gutiérrez, Rafael. **El arbitraje en Guatemala, apoyo a la justicia**, pág. 38.

Tras consultar a la licenciada Ana Morales Flores, Directora General de la Comisión de Resolución de Conflictos de la Cámara de Industria de Guatemala, comentó que como consecuencia de la crisis económica del año 2009 se acrecentó el incumplimiento de los contratos. Escenario que conllevó un incremento en el número de procesos arbitrales en dicha institución.

Evidentemente este es un proceso que no ha terminado de madurar. Pero está claro que los beneficios derivados de garantizar el comercio, tanto a nivel local como a nivel internacional, a través de mecanismos desarrollados para la solución de los conflictos, permitirán una mayor inversión y una mayor cultura de paz.

4.2. Cultura de arbitraje

Para poder hacer uso del arbitraje y los métodos alternos de resolución de conflictos deben existir ciertas condiciones previas en los individuos que intervienen. La capacidad de dialogar, tolerancia y respeto por las diferencias de pensamiento y acción de los demás, son básicas. Además, la aceptación de la responsabilidad sobre los propios actos es un marco necesario para considerar la plena introducción de los mecanismos mencionados.

Si bien se ha logrado evidenciar el pleno uso de la institución del arbitraje tanto en el plano nacional como en el ámbito internacional, en el cual Guatemala se encuentra

inmerso, no es ello prueba contundente de una completa institucionalización de la vía del arbitraje.

Ello se refleja en el pensum de estudio de las facultades de ciencias jurídicas y sociales de las universidades del país. En dichos programas se les ha destinado al tema de arbitraje y métodos alternos de resolución de conflictos una importancia marginal. Quedando así relegados, en algunos casos, a un curso de pre especialización, cuya duración no es mayor a un mes y es exclusiva para los alumnos que decidan realizarla en el área civil.

Esto quiere decir que el curso que abarca el contenido del arbitraje tiene una limitación temporal. Y adicionalmente no todos los alumnos egresados de una casa de estudios superiores van a tener la oportunidad de conocer la materia al menos a nivel teórico.

Eso se traduce en la situación que actualmente resiente la institución del arbitraje. Contamos con una ley ordinaria que regula todo sobre la materia y establece una opción beneficiosa para el que decida utilizarla. Sin embargo, no existe una cultura de arbitraje que permita obtener todas las ventajas de esta institución.

Guatemala se enfrenta a una cultura social basada en la desconfianza que se refleja en el excesivo positivismo con que se enseña el derecho. A pesar de establecerse claramente que el derecho se integra no solo por normas jurídicas, sino también por principios, instituciones y teorías, se suele relegar a estas últimas tres.

Evidentemente, esta visión parcializada del derecho tiene consecuencias nefastas. Parece olvidarse muchas veces el verdadero objetivo de un abogado, que es la misma resolución de conflictos y la búsqueda de una paz social. Guatemala refleja la carencia de una cultura jurídica y social orientada hacia este fin.

Al mismo tiempo, dentro de la cultura actual no se percibe una actitud positiva ante el conflicto, por lo general, se le huye y no se le enfrenta. Esto ha disminuido el interés por consagrar mecanismos distintos a los tribunales estatales para resolver las controversias.

El análisis del tratamiento del conflicto está compuesto por la interpretación que se dé del mismo y por una predisposición psicológica y cultural. Para ello es necesario que exista una apertura mental a fin de poder comprender los diferentes medios que pueden utilizarse para lograr los objetivos. Sobre esta base renace la idea del uso del arbitraje.

De esta idea se puede comprender que la percepción es básica para el manejo de conflictos. El desconocimiento de la figura del arbitraje ha creado prejuicios sobre la misma. Incluso llegando a considerar que la justicia arbitral compite con la justicia estatal. Cuando realmente éstas son vías complementarias.

Se mantiene la idea errónea de considerar al arbitraje como una forma de privatizar la justicia. Aunque es verdad que existe la obligación de pagar por este servicio, se olvida

la voluntariedad esencial en este y todos los métodos alternos de resolución de conflictos.

El proceso de institucionalización del arbitraje a través de las entidades permanentes de arbitraje ha permitido suplir, hasta cierto punto, las carencias de los pensum de estudio a nivel de licenciatura. Pero a pesar de ello, las casas de estudio se enfrentan con la dificultad de encontrar docentes con la experiencia necesaria en el tema.

Estas entidades, como la Comisión de Resolución de Conflictos de la Cámara de Industria de Guatemala, no han limitado su objetivo a la administración de procesos arbitrales. Sino adicionalmente se han trazado la misión de difundir el uso adecuado de todos los métodos alternos de resolución de conflictos.

Claramente existe una necesidad real de entender el conflicto como tal y de comprender los principios que rigen a las instituciones que nos permiten resolver las controversias de una manera eficiente y eficaz.

Al consultar a la licenciada Ana Morales Flores, Directora General de la Comisión de Resolución de Conflictos de la Cámara de Industria de Guatemala, nos confirma la dificultad que existe en difundir los principios que rigen la institución del arbitraje. Principalmente por los excesivos formalismos inculcados en la formación jurídica y por las practicas orientadas a obstruir el curso normal de los procesos arbitrales.

La licenciada Morales comenta que una de las situaciones más críticas es la desmedida interposición de recursos que impide la celeridad. Puesto que aunque los recursos estén para la tutela de un derecho, muchas veces son utilizados de manera frívola y de mala fe. Tal es el caso del amparo, que en un sinnúmero de ocasiones dilata el proceso sin razones veraces.

Sin embargo el problema cultural va más allá de los representantes legales. El mismo hecho de la actitud que asuman las partes repercute en la forma de actuar de sus asesores jurídicos. El uso de un proceso, ya sea judicial o extrajudicial, para la lograr una especie de venganza y la mezcla entre intereses tanto reales como emocionales que se funden en un conflicto pueden ser dañinos para la solución. Sumado a ello, la falta de diálogo y principalmente la intolerancia, tenemos como resultado un cúmulo de obstáculos que impiden obtener el máximo beneficio del arbitraje.

En ese sentido el problema de la carencia de una cultura de arbitraje alcanza también a los mismos árbitros. Quienes como directores del proceso tienen la completa obligación de comprender a cabalidad los principios del arbitraje y saber los mecanismos necesarios para ponerlos en práctica a lo largo del proceso. Y lograr así cumplir con los objetivos del mismo.

La obligación del conocimiento de esta institución alcanza también a todos los jueces y magistrados del área civil y mercantil. Los primeros, por ser los encargados del auxilio judicial a los tribunales arbitrales a lo largo del proceso, cumpliendo con las funciones

coercitivas necesarias para ponerse en práctica. Tal es el caso medidas cautelares. Los jueces también son concededores de los recursos de amparo interpuestos en contra de los tribunales arbitrales y las instituciones permanentes de arbitraje. Manteniendo la obligación de distinguir cuando un amparo fue utilizado correctamente y cuando no. Así mismo son los jueces los encargados de la ejecución del laudo arbitral.

Por otro lado, los magistrados también tienen una participación muy importante en los procesos arbitrales. Son precisamente las Salas de la Corte de Apelaciones las encargadas de conocer los recursos de revisión, como único recurso que se puede interponer contra el laudo. Esto le da facultad a los magistrados de dicha corte para confirmar, revocar e incluso modificar la resolución emitida por un tribunal arbitral.

Un problema particular de este análisis remite a la judicialización del arbitraje. La falta de una cultura arbitral no ha alertado a los usuarios a exigir que se cree una norma limitativa a la intervención judicial. Esto en la práctica se traduce en la paralización de los procesos arbitrales al otorgar amparos provisionales.

Nuevamente, en la opinión de la licenciada Ana Morales Flores, Directora General de la Comisión de Resolución de Conflictos de la Cámara de Industria de Guatemala, la institución que dirige ha emprendido programas de capacitaciones en materia de arbitrajes dirigida a todos los sectores que tienen mayor participación en los procesos de arbitraje. Abarcando a estudiantes, profesionales del derecho, árbitros de la nómina de la Comisión, jueces y magistrados.

También comenta la licenciada Morales que la mayoría de las personas que forman parte de la Comisión de Resolución de Conflictos de la Cámara de Industria de Guatemala se encuentran comprometidos con la docencia en distintas universidades del país. Impartiendo el curso de métodos alternos de resolución de conflictos.

Pese al uso del arbitraje, todavía es posible ver diversas actitudes de las partes en contra de los fines del arbitraje. Ya sea atacando la validez del acuerdo de arbitraje, como cuestionando la competencia de los árbitros, recusando a los árbitros o simplemente no cumpliendo voluntariamente lo decidido en el fallo arbitral. Teniendo que llegar muchas veces a recurrir a la ejecución forzada de una obligación, ante los jueces estatales.

La educación es sin duda uno de los factores más importantes para el desarrollo social. Claramente el factor constructivo de la educación es el aporte que da una persona instruida en determinado arte para construir una sociedad mejor. Esto demuestra que la falta de inversión y trabajo en la culturización del arbitraje y los demás métodos alternos de resolución de conflictos ha dado como resultado una sociedad limitada en sus proposiciones y capacidades para mantenerse en armonía ante diferentes circunstancias.

Desde esta perspectiva, se resalta la importancia que debe tener el involucramiento de la sociedad y de las escuelas de derecho en el procedimiento de la incorporación de los

métodos alternos de resolución de conflictos a la práctica diaria de la población. Y a postrer, la materialización de sus resultados.

Por otro lado, es necesario admitir que las personas interesadas en la figura del arbitraje enfrentan grandes dificultades para introducirse en esta nueva realidad jurídica. Esto genera incertidumbre alrededor de esta justicia privada. Esta dificultad no se limita a las pocas opciones académicas para especializarse en esta materia, sino a características propias del arbitraje.

El principal obstáculo es la falta de publicidad de los procesos y de los laudos arbitrales. Las personas interesadas en el arbitraje no pueden acudir a una institución arbitral y revisar sus expedientes con la intención de descubrir cómo se lleva en la práctica estos procedimientos.

4.3. Certeza jurídica del arbitraje

El problema de la certeza jurídica del arbitraje es doble. En primer lugar es necesario determinar si existe en el ordenamiento jurídico guatemalteco un espacio para instancias de justicia privada y, por lo tanto, si se le reconoce a los tribunales de arbitraje la aptitud de juzgar. O por el contrario, si la función jurisdiccional sigue siendo un privilegio de la soberanía.

A la luz de este problema se debe recordar que “el arbitraje no se sitúa en una zona de no derecho, ésta no es una institución suspendida en un espacio determinado, desmaterializado y desjuridizado que escape a toda heteronomía y que no esté regido más que por sus propias contingencias y a su mera discreción. Así como lo podría sugerir el tema de la autonomía.”⁵¹ Esta alusión al arbitraje resalta precisamente la necesidad de vincular esta figura con el ordenamiento jurídico al cual pertenece.

Como se ha establecido, la norma que desarrolla en su totalidad la institución del arbitraje en Guatemala es el Decreto 67-95 del Congreso de la República de Guatemala, Ley de Arbitraje. Sin embargo queda claro que en Guatemala a nivel constitucional no existe claridad sobre el fundamento de esta figura.

Evidentemente, no existe necesidad de establecer la importancia que tiene el fundamento constitucional del derecho de todas las personas a utilizar el arbitraje, y en general todos los métodos alternos de resolución de conflictos, para sustituir la administración de justicia ordinaria. Aquello cuando la materia objeto de la controversia lo permita.

El jurista guatemalteco Álvaro Castellanos Howell comenta sobre la certeza jurídica del arbitraje a nivel constitucional que “al promulgarse la Ley de Arbitraje en Guatemala (Decreto 67-95 del Congreso de la República de Guatemala) no faltaron algunos cuestionamientos sobre su incompatibilidad con nuestro sistema constitucional, o más

⁵¹ Opettit, **Ob. Cit**; pág. 185.

formalmente, con nuestra Constitución Política de la República vigente a partir del 14 de enero de 1986.”⁵² Desde su inicio esta institución por sus características innovadoras ha causado controversia si es compatible con el ordenamiento jurídico guatemalteco.

Sin embargo, esta controversia sobre su existencia constitucional, para algunos, fue superada al determinarse su compatibilidad con la Constitución Política de la República de Guatemala, que en el artículo 203, permite la participación de los demás tribunales que la ley establezca. Por lo que puede entenderse que incluye a los tribunales de arbitraje.

Claro está que dicha referencia no es por completo precisa. El licenciado Álvaro Castellanos Howell comenta respecto a este fundamento del arbitraje que “este asidero constitucional ha sido el que la mayoría de autores o expertos locales en la materia han utilizado, pero reconociendo que dicho asidero es indirecto o mediato, pues no se refiere expresamente al derecho de las personas a someter sus diferencias a arbitraje y cualquier otro método alternativo.”⁵³ El licenciado Castellanos destaca una de las principales falencias sobre este fundamento, la cual consiste en no hacer una alusión expresa sobre la facultad de resolver los conflictos por un medio distinto a la justicia estatal.

Al realizar un análisis temporal del Artículo 203 de la Constitución Política de la República de Guatemala, cuya vigencia inicia en el año 1986, difícilmente se estaba

⁵² Secretaría de Asuntos Agrarios. **Arbitraje agrario, una alternativa para la paz**, pág. 19.

⁵³ **Ibid**, pág. 20.

tomando en consideración la inclusión de los tribunales de arbitraje como entidades con jurisdicción. Ya que estos se encuentran desarrollados con propiedad hasta 1995 con la Ley de Arbitraje.

Se debe recalcar que el Artículo 203 de la Constitución Política de la República de Guatemala se encuentra inmerso en la tradición jurídica constitucional de Guatemala. Puesto que ha formado parte de las diversas constituciones que ha tenido Guatemala, siendo transcrito de manera idéntica o similar.

Claramente a falta de otra norma más clara que permitiese darle una mayor certeza jurídica al arbitraje, de manera indirecta el Artículo mencionado se toma como fundamento constitucional. Pero queda claro que difícilmente fue redactado con el fin de darle la solidez constitucional que el arbitraje necesita.

Si bien fue establecido que la institución del arbitraje ha acrecentado su uso en Guatemala, tanto en arbitrajes nacionales como internacionales, se ha evidenciado también un gran desconocimiento sobre esta innovadora pero antigua figura jurídica.

Esta carencia de conocimientos en materia de arbitraje se ha traducido en un desinterés por analizar a profundidad el sustento constitucional del arbitraje. Lo cual repercute en el mantenimiento de la falta de certeza jurídica que debe fundamentar cualquier figura legal. Sobre todo partiendo desde la norma suprema.

Tomando como referencia el análisis comparativo realizado sobre la fundamentación constitucional del arbitraje, queda claro que a nivel mundial, desde muchos años atrás, se ha contemplado en las normas supremas de distintos Estados disposiciones expresas en referencia al derecho de las personas de resolver sus conflictos por medios distintos a los estatales.

Dicha preocupación por garantizar este derecho alcanza a países cercanos a Guatemala. Tal es el caso de Costa Rica, Honduras y El Salvador, que han mantenido un puntual fundamento constitucional para el acceso y uso del arbitraje y de los demás métodos alternos de resolución de conflictos. Siempre y cuando la materia objeto de la controversia lo permita.

No existe otra opción más que resaltar que el Artículo 203 de la Constitución Política de la República de Guatemala. A diferencia de otros cuerpos constitucionales de países de la región y del mundo en los cuales se le otorga un reconocimiento al arbitraje en su carácter de derecho fundamental, o bien se le brinda un sustento claro y puntual.

El apogeo del comercio internacional y el aumento de los Tratados y Convenios Internacionales en materia de inversión han involucrado directamente a Guatemala en el uso de los métodos alternos de resolución de conflictos, para darle solución a las controversias que se deriven de dichos instrumentos. A nivel nacional, el uso del arbitraje ha aumentado y la inclusión de las cláusulas arbitrales en los contratos que se celebran diariamente garantiza la continuidad de esta figura jurídica. Sin embargo, el

hecho de utilizar el arbitraje en las controversias no se refleja en la existencia de una cultura de arbitraje en Guatemala como consecuencia de la falta de capacitación que se recibe en las universidades. Esta carencia de cultura de arbitraje mantiene una despreocupación sobre el fundamento constitucional del arbitraje, que si bien muchos autores consideran que el Artículo 203 de la Constitución Política de la República de Guatemala garantiza este derecho, no es una vinculación ideal, directa y expresa, lo que puede poner en riesgo esta institución.

CAPÍTULO V

5. Reconocimiento jurídico del arbitraje en Guatemala

5.1. Intento de reforma constitucional

En el marco de la firma de los acuerdos de paz se constituyó la Comisión de Fortalecimiento de Justicia,⁵⁴ que incluye entre sus miembros a los decanos de las facultades de derecho de las universidades de San Carlos de Guatemala y Rafael Landívar. Su objetivo fue producir, mediante el debate, recomendaciones en torno al sistema de justicia para ser implementados en Guatemala.

Tomando en consideración el grado de conflictividad y violencia que caracteriza a Guatemala, no solo en la actualidad sino en el transcurso de su historia, la Comisión de Fortalecimiento de Justicia determinó que era conveniente elaborar una recomendación especial que estuviese orientada a resaltar la necesidad existente de favorecer la adopción de los métodos alternos de resolución de conflictos. Incluyendo especialmente al arbitraje como método hétero-compositivo, dentro del texto constitucional.

En su momento fueron diversas las razones que se argumentaron para la promoción de ese tipo de mecanismos, en especial, por los beneficios que representarían para el ciudadano y en general para la administración de justicia estatal.

⁵⁴ Creada por medio del Acuerdo Gubernativo número 953 - 99.

En ese sentido como elementos principales pueden ser considerados:

“-aporta soluciones más rápidas y con un costo relativamente más bajo en relación al que ofrece el aparato judicial;

-propicia de mejor manera la convivencia social en armonía, ya que la solución de conflictos representa una actividad netamente transaccional, y

-descarga de trabajo a los órganos encargados de impartir justicia, de un gran número de conflictos que generalmente son de su conocimiento.”⁵⁵

Asimismo la Comisión de Fortalecimiento de Justicia determinó que para dar efectivo cumplimiento al empleo de los métodos alternos de resolución de conflictos dadas las condiciones del país era indispensable que estas instancias fuesen ofrecidas y garantizadas por el Estado.

En el informe elaborado por la Comisión de Fortalecimiento de Justicia se determinó que era necesario crear centros que brindaran este servicio. Especialmente el de conciliación. Teniendo que capacitar al personal necesario para garantizar la oferta.

De la misma manera se determinó que más allá de los avances existentes en la legislación ordinaria, el ordenamiento jurídico guatemalteco no ha sufrido modificación alguna en esta materia. Inclusive a nivel constitucional, por lo que se reiteró la recomendación de favorecer dichas adopciones.

⁵⁵Comisión nacional para el seguimiento y apoyo al fortalecimiento de la justicia. **Informe “Una nueva justicia para la paz”**, pág. 279.

Realizando un análisis de la situación actual del arbitraje, se determinó que este servicio ha sido prestado en mayor medida por los centros permanentes de arbitraje. Siendo éstos entidades privadas que por su alto costo pueden considerarse de accesibilidad limitada.

Por ello se inició este proyecto que va de la mano con impulsar una cultura de diálogo en Guatemala. Para evitar la escalada del conflicto, reducir la carga de los tribunales y en consecuencia, lograr reducir el costo del litigio.

La Comisión de Fortalecimiento de Justicia consideró, adicionalmente, que la neutralidad del arbitraje en cuanto a la sede, el idioma y las normas a utilizarse para resolver el conflicto, incluyendo la posibilidad de resolverse únicamente en equidad, representa una oportunidad para dotar de reconocimiento a la pluralidad jurídica del país. Brindando en consecuencia un alto grado de legitimidad a esta realidad que, a la presente fecha, carece.

Con la firma de los Acuerdos de Paz el gobierno se obligó a promover ante el Congreso de la República de Guatemala una reforma a la Constitución. Cincuenta reformas, incluidas las de acceso a la justicia que se relacionan directamente a la inclusión en el texto constitucional el derecho al uso de los métodos alternos de resolución de

conflictos entre ellos el arbitraje, fueron sometidas a aprobación de los guatemaltecos mediante una Consulta Popular.⁵⁶

Este referéndum se caracterizó por un alto porcentaje de abstención y las propuestas realizadas fueron rechazadas por la mayoría de los participantes. No ha existido, luego del fallido intento efectuado en la Consulta Popular, ninguna iniciativa tendiente a reconocer expresamente e incluir en el texto constitucional a los métodos alternos de resolución de conflictos, incluyendo entre ellos al arbitraje.

5.2. Educación orientada hacia la solución de conflictos

Lo más preocupante en el arbitraje actualmente es que “los usuarios y sus abogados, así como los tribunales de arbitraje, infligen frecuentemente al arbitraje preocupantes desviaciones. En un ambiente cada día más nocivo, con tela de fondo de corrupción y de faltas repetidas a la deontología de los negocios, los procesos arbitrales sufren de un recargamiento y un aumento de costas considerables.”⁵⁷ Esta perspectiva nos invita a un análisis de la situación actual que enfrenta el arbitraje, que más allá de los problemas éticos manifiestos, debemos profundizar los conflictos derivados de problemas eminentemente técnicos.

Más allá de hablar de una cultura de arbitraje en la que se logre comprender las diferencias y ventajas del uso de esta figura jurídica, es indispensable hablar de una

⁵⁶ Celebrada el 16 de mayo de 1999.

⁵⁷ Oppetit, **Ob. Cit**; pág. 21.

formación orientada a la solución de conflictos para lograr los objetivos fundamentales de todo profesional del derecho.

Las facultades de derecho son en parte responsables de la problemática del sistema de justicia. Considerando que es precisamente en estos lugares donde se forman en el país los profesionales que desempeñarán cargos en los cuales actuarán como funcionarios judiciales, terceros imparciales de procesos de conciliación, mediación o arbitraje y en el desempeño privado de la profesión.

Uno de los principales obstáculos que se ha identificado en el desarrollo de la enseñanza del derecho ha sido el excesivo positivismo jurídico que ha caracterizado a los abogados. Origen de que en el desempeño de la profesión no se aprecie la justicia en su conjunto, sino más bien se tenga una visión limitada de la ley y no se logren comprender las implicaciones sociales que ello representa.

Dicha perspectiva del derecho daña profundamente cualquier intento de cumplir con los principios de celeridad y poco formalismo propios del arbitraje. Este es un mal que afecta no sólo a los representantes legales de las partes, sino que a los mismos árbitros que, ante el temor de que el laudo arbitral emitido sea impugnado, impregnan de formalidades un proceso que por su naturaleza debe encontrarse desprovisto de las mismas.

La cultura del formalismo que afecta tanto a los litigantes como a los encargados de la resolución de los conflictos produce que, lejos de analizarse el objeto de la controversia y la búsqueda de la justicia, se gaste la energía y el tiempo en la discusión de aspectos superficiales de los escritos.

La formación integral del profesional del derecho debe ir más allá del análisis de normas y doctrinas. Debe estudiarse en conjunto con los principios y la realidad nacional que nos obliga a replantearnos la forma en que se debe enfrentar el conflicto y no ver el litigio como la única solución a las controversias.

En la actualidad han existido avances en la resolución de conflictos civiles, principalmente en las sedes notariales. Sin embargo el abogado promedio, en detrimento de sus facultades negociadoras y conciliadoras, ha optado por la cultura de choque como mecanismo ideal. Cuando muchas veces la naturaleza del conflicto permite ver alternativas distintas.

Otro de los principales problemas que enfrenta la administración de justicia es la sobrecarga y congestión del sistema. Esto es consecuencia de la lentitud en la tramitación de los procesos. Situación más evidente aun en aquellos que son primordialmente escritos.

El arbitraje junto a los otros métodos alternos de resolución de conflictos en general le dan prioridad a la oralidad. Esto permite establecer etapas procesales en períodos de tiempo más cortos. Manteniendo la certeza jurídica que es indispensable.

La implementación de la oralidad en el arbitraje ya no representa un problema normativo. Sino que su dificultad se limita a aspectos culturales producto de la deficiencia en la capacidad profesional, que permita la consolidación de este beneficio para el proceso.

El cambio cultural debe ser integral. El uso desmedido de los medios de impugnación, principalmente el amparo, también afectan al arbitraje. El uso excesivo de estos recursos, cuya finalidad es únicamente retardar los procesos, contribuye a que la distinción entre la justicia arbitral y la estatal estrechen distancias en cuanto a la engorrosa tramitación.

Aunado a lo anterior, en el aspecto práctico de la enseñanza debe existir un compromiso por parte de los bufetes populares de las facultades de derecho del país, en incentivar a los estudiantes en realizar sus prácticas profesionales en instituciones que se dedican a la resolución alternativa de conflictos.

Si bien el objetivo principal de los bufetes populares es brindar un servicio social, también es cierto que son un medio efectivo para el aprendizaje. El relacionarse con instituciones dedicadas a la resolución alternativa de conflictos, brindaría a los alumnos

la experiencia de conocer, guiados por expertos en la materia, los pormenores de una actividad que definitivamente traerá ventajas a todo el sistema judicial.

Está claro que no basta reformar la manera como se administra la justicia actualmente. Sino que se requiere realizar una modificación estratégica a través de una propuesta cualitativa que ataque directamente el fondo del asunto y no solo un cambio cosmético.

Además del conjunto de disposiciones legales, es necesario concentrar la atención en el comportamiento ético y sobre todo, en el sentido de responsabilidad profesional de todos aquellos que interactúan con el sistema de justicia. Todo ello con el objeto de dotar de dignidad a los usuarios.

Esta responsabilidad profesional recae principalmente en los árbitros. El número de controversias sometidas al arbitraje está creciendo, pero no necesariamente está creciendo con la misma velocidad el número de árbitros experimentados. Si bien existen profesionales del derecho que tienen un conocimiento teórico, no sucede lo mismo en la práctica.

Indudablemente, para reformar los objetivos es necesario invertir en la educación y en el cambio de mentalidad tanto de los directores del proceso como de los propios usuarios. Se requiere, también, enfrentar los paradigmas tanto dentro del sistema judicial como fuera de éste.

5.3. El arbitraje como derecho fundamental

La evolución actual del arbitraje se ha caracterizado en los últimos años por una institucionalización en aumento. Especialmente en los procesos arbitrales internacionales en donde cada vez más se elimina la distancia con la justicia estatal. Sin embargo, se debe comprender que desde la antigüedad se ha evidenciado la necesidad colectiva de una justicia privada. Por lo cual “estaríamos tentados a hablar de un derecho natural.”⁵⁸

Analizamos la institución del arbitraje desde la revolución francesa que, en la búsqueda del ideal de fraternidad entre los hombres, se consideró que esta figura jurídica era el medio más razonable para terminar con los conflictos entre los ciudadanos.

Esta concepción se percibía, no como una ruptura con la noción de justicia. Ya que se considerada que las decisiones eran emitidas por el soberano y este era ahora el pueblo francés. En ese sentido se da un reconocimiento implícito pero muy claro de las dos vías para resolver conflictos.

Previamente se resaltó que en Guatemala la referencia constitucional no puede estar limitada únicamente al Artículo 203 de la Constitución Política de la República de Guatemala. Pues evidentemente los factores temporales e históricos demuestran que dicho fundamento difícilmente hace referencia a la institución del arbitraje.

⁵⁸ **Ibid**, pág. 42.

También se destacó el contraste que se puede notar fácilmente con las Constituciones de todo el mundo e incluso de países como Costa Rica, Honduras o El Salvador. Éstos establecen que la facultad de resolver conflictos por medio de un árbitro debe ser considerado como un derecho humano individual de toda persona.

De igual manera se analizó que uno de los antecedentes históricos a tomar en cuenta es la Constitución Francesa que, desde 1791, consagra el derecho fundamental de las personas a resolver sus conflictos de manera alternativa. Concediéndole a esta facultad un sentido universal.

Tomando en consideración estos antecedentes se puede afirmar que, tal y como lo expone el jurista guatemalteco Álvaro Rodrigo Castellanos Howell, “la Constitución Política de la República de Guatemala, al igual que otros textos constitucionales, contempla claramente como principio fundamental, que el reconocimiento de los derechos humanos recogidos en textos normativos tanto nacionales como internacionales, en todo caso se hace bajo el principio de no taxatividad, o dicho de otra manera, son reconocimiento de tipo números apertus.”⁵⁹ Claramente la Constitución Política de la República de Guatemala no puede limitarse a los derechos fundamentales establecidos en ella. Bajo este principio se otorga la facultad para hacer valer los derechos humanos que se encuentren garantizados en otros instrumentos normativos de nivel constitucional.

⁵⁹ Centro de estudios de justicia de las Américas, **Ob. Cit**; pág. 264.

En armonía con este principio, el mismo texto constitucional guatemalteco en el Artículo 44 establece que “los derechos y las garantías que la Constitución otorga no excluye a otros derechos que no figuren expresamente en ella y que son inherentes a la persona humana.”

Desde esta perspectiva, se considera que el arbitraje debe ser percibido como una facultad inherente a la persona humana; que no puede estar limitada por el ejercicio de la soberanía del Estado. En el mismo sentido debe considerarse que para el hacer efectivo este derecho no es necesario contar con un reconocimiento expreso para el mismo.

Por ello, es conveniente que para fundamentar el arbitraje no se haga referencia a la norma constitucional que da un reconocimiento a otros tribunales que la ley establezca. Sino más bien se considere al arbitraje como un derecho fundamental. Que su falta de reconocimiento no limita el derecho a someter conflictos entre particulares a métodos alternos y que por motivos históricos y jurídicos no puede ser restringido.

Los aspectos espaciales demuestran que a nivel mundial y, sin ir tan lejos, centroamericano, existe un reconocimiento claro y expreso al derecho de toda persona a utilizar el arbitraje y los demás métodos alternos de resolución de conflictos.

De igual manera es necesario resaltar una circunstancia particular que destaca una perspectiva sobre la forma en que se debe analizar y comprender la figura del arbitraje.

Siendo esta el estudio de su fundamento constitucional a la luz del Artículo 44 de la Constitución Política de la República de Guatemala. Se comprende, en palabras del licenciado Álvaro Rodrigo Castellanos Howell, que “se trata del reconocimiento de un derecho en sí mismo, no la concesión por el Estado de poder utilizar, cuando dicho Estado diga tal derecho.”⁶⁰ Este análisis va de la mano con la realidad, que nos refleja el uso milenario que se le ha dado a esta institución y que, siempre y cuando se respeten los principios y garantías procesales, puede ser utilizado en todo momento.

De esta manera se puede percibir que si hubiese valores constitucionales en juego, ellos pueden ser respetados por métodos propios que ofrece el arbitraje. Incluyendo nociones como arbitralidad, debido proceso u orden público que claramente son causales de recursos contra el laudo.

Esto indica que, la justificación de constitucionalizar expresamente el arbitraje nace, más que de una necesidad, de un natural deseo de recurrir a algo familiar como la propia ley suprema.

En todo caso, sería contradictorio considerar que el resguardo ilimitado de las garantías constitucionales que se puedan considerar afectadas por la existencia del arbitraje en Guatemala, termine por socavar la garantía constitucional de dar libertad a las partes para pactar en forma autónoma el uso del arbitraje.

⁶⁰ **Ibid.**

No cabe duda entonces que la normativa existente en materia de arbitraje (que guarda relación con los demás métodos alternos de resolución de conflictos) asegura por sus propios medios, el respeto, la armonía y la vinculación con la Constitución Política de la República de Guatemala.

Paradójicamente al clasificar el derecho de arbitraje como un derecho fundamental se plantea la interrogante de si en todo caso, con más razón, debería consagrarse expresamente este derecho. Sin embargo, dicha aproximación constitucional nos recuerda que si la normativa ordinaria ha sido dictada de conformidad con la norma suprema no tiene por qué afectarse la tutela de este derecho.

5.4. El arbitraje como medio para alcanzar la justicia

La determinación sobre la facultad que existe para poder ejercer el derecho de resolver conflictos indistintamente ante un juez público o ante un juez privado tiene un fundamento histórico. En dichos casos es preponderante que exista legitimación del derecho de todo interesado a recurrir al arbitraje.

Tradicionalmente, todos los países con una cultura jurídica desarrollada han tenido que admitir la eventualidad de la solución de los conflictos al margen del aparato estatal por la intervención de terceros particulares ajenos al organismo judicial. Variando la solución según el tipo de justicia que prevalece en un momento determinado en un país.

Está claro que el arbitraje tiene un espacio muy limitado en un sistema en el que la justicia es instituida en base a un modelo autoritario. Que centraliza la función del juez y la convierte en una actividad especializada. Dejando la justicia únicamente vinculada a las instituciones soberanas que dependen de un servicio público.

Por el contrario, la tendencia actual es el establecimiento de un modelo de justicia liberal en el cual el Estado no pretende tener el monopolio de la resolución de los conflictos entre los particulares. En base al principio de subsidiaridad a favor de la aceptación de la autonomía de los individuos y en la búsqueda de una justicia alternativa fundamental para la persona.

Esto refleja la percepción actual sobre la noción de justicia que a nivel mundial se ha alcanzado. La idea contemporánea de justicia se ha ido desinstitucionalizando. Tendiendo a visualizarla más como un bien público que como un servicio público proveído exclusivamente por el Estado.

Por ello vemos que las formas de justicia privada, como el arbitraje, han adquirido por sí mismas legitimidad independientemente de cualquier reconocimiento que realice un Estado sobre este derecho. La justicia es supervisada por el Estado pero en ciertas materias los particulares pueden establecer mecanismos para alcanzarla. Siempre apegados al respeto y cumplimiento de los principios procesales.

Un árbitro encuentra su propia facultad de resolver conflictos en una legitimidad propia. Se basa en el capital simbólico que representa su capacidad de juzgar, competencia, independencia, imparcialidad y neutralidad. La adhesión voluntaria de las partes se sustituye para este conflicto en particular que en principio sólo tiene derecho a conocerse por medio de la justicia pública.

Así pues, el arbitraje debe ser comprendido como una búsqueda de la justicia emprendida por los particulares. Esta iniciativa es un fenómeno universal que corresponde a una necesidad que se ha manifestado por el ser humano en todo lugar y tiempo.

No obstante, la intención de organizar la forma de resolver los conflictos renunciando al uso de la fuerza desmedida para lograrlo, ha causado una institucionalización de la justicia a nivel social. Suceso que se ha reflejado en todos los países en una nueva indagación por la independencia más o menos evidente respecto del Estado.

Esta búsqueda por cierto grado de autonomía se traduce actualmente en la intención de encontrar en sus propios ordenamientos jurídicos una compatibilidad con otros modelos de solución de conflictos. Tal es el caso del arbitraje.

Para el presente estudio es indispensable dejar de un lado el antagonismo inexistente entre la justicia arbitral y estatal. Es preciso comprender que la idea del arbitraje no procede de un rechazo del Estado o de sus leyes y que corresponde a un deseo de los

particulares de administrar la justicia de una forma diferente. La resolución de conflictos a través del Estado o el arbitraje intentarán el mismo fin, aunque por vías y mecanismos distintos. Son éstas entonces complementarias.

A partir del momento en que la justicia se define por su finalidad, que sería en todo caso dar a cada quien lo que le corresponde, se puede comprender la validez de todos los medios que permiten alcanzarla. Incluyendo, por supuesto, el arbitraje.

“La estatalización del derecho y de la justicia, este positivismo invasor, es lo que pudo justificar el frenesí por otro tipo de justicia como es el arbitraje. Percibido como un tipo menos formalista y más expedito de solución de controversias, puesto que es procedente de un modelo de solución de conflictos en el elemento contractual equilibra ampliamente, e incluso determina el componente jurisdiccional.”⁶¹ Esta perspectiva nos permite analizar al arbitraje como una reacción a la necesidad que surgió de otorgar totalmente al Estado la facultad jurisdiccional ante el deseo de mantener el orden social.

A nivel interno se puede notar una desconfianza por parte de los organismos del Estado respecto a la existencia de una justicia diferente de la suya. Pero la natural necesidad de contar con mecanismos distintos ha producido en la actualidad una coexistencia de dos tipos distintos de justicia que, como se aclaró, son complementarios.

⁶¹ Oppetit, **Ob. Cit**; pág. 48.

Ante la carencia de un fundamento constitucional que permita vincular directamente la figura del arbitraje y la de los otros métodos alternos de resolución de conflictos a la norma fundamental, ha existido cierta incertidumbre ante la figura del arbitraje. Este inconveniente se reflejó en los intentos de reforma constitucional llevados a cabo en Guatemala en 1999. Si bien se consideró en aquel entonces incluir entre los cambios a la Carta Magna un reconocimiento expreso a estos mecanismos, en el momento de someterlo a consulta popular la mayoría no lo consideró oportuno. Desde aquel entonces no ha existido un nuevo intento. Sin embargo, al analizar a fondo la situación del arbitraje en relación a la Constitución Política de la República de Guatemala se denota que no puede existir contradicción con esta figura. Esto a la luz de que el objetivo esencial de la misma es la búsqueda de la justicia. El arbitraje es considerado por muchas Constituciones a nivel mundial y de hecho su historia nos presenta a esta institución como parte del derecho natural. Es en ese sentido que la Constitución guatemalteca le acoge aunque no sea un reconocimiento expreso.

CONCLUSIONES

1. En la actualidad no se ha estudiado a profundidad la naturaleza del conflicto. Esta situación ha provocado una negación y una ignorancia del mismo y consecuentemente es difícil implementar el uso de los métodos alternos de resolución de conflictos dependiendo de las características propias que se puedan observar en la controversia.
2. Los usuarios del arbitraje en Guatemala no conocen a fondo esta figura ni su naturaleza jurídica. Esta ignorancia ha provocado un descuido sobre el contenido y las técnicas de redacción del contrato de arbitraje que, como matriz del proceso, al contener cualquier deficiencia en el mismo impide por completo la utilización a futuro de este método alternativo de resolución de conflictos.
3. El arbitraje es utilizado plenamente en Guatemala, tanto en procesos institucionales como Ad Hoc. Sin embargo, en la actualidad, la falta de una cultura arbitral enraizada ha provocado desinterés por dotar de certeza jurídica el derecho que tienen los particulares a utilizar esta institución como una opción adicional para dirimir sus controversias.
4. Los estudiantes de derecho egresados de la Universidad de San Carlos de Guatemala, así como los egresados de universidades privadas del país, no cuentan con experiencia práctica en materia de arbitraje, lo que causa una imposibilidad de

obtener al máximo los beneficios de esta institución y provocando que los usuarios no permitan la celeridad y la informalidad propia de este proceso.

5. Actualmente en Guatemala no hay suficiente personal docente con los conocimientos teóricos y la experiencia práctica necesaria para impartir el curso de derecho de arbitraje. Esta situación se agudiza por la confidencialidad de los procesos arbitrales que impide un fácil acceso a los mismos. En consecuencia la ausencia de una educación orientada a la solución de conflictos alcanza incluso a jueces y magistrados del ramo civil y mercantil.

RECOMENDACIONES

1. La Universidad de San Carlos de Guatemala, así como todas las universidades privadas que operan en el país deben incluir en sus programas de estudios un curso específico en materia de métodos alternos de resolución de conflictos que permita conocer las características de esta institución y que tome como punto de partida la teoría del conflicto.
2. Es indispensable que los usuarios del arbitraje en Guatemala profundicen su análisis o se asesoren previamente a incluir una cláusula arbitral en cualquier acuerdo de voluntades, tomando en consideración el contenido de dicho pacto, las técnicas de redacción y las características propias del contrato marco en el cual será incluido.
3. Los juristas guatemaltecos deben profundizar el análisis del fundamento constitucional del arbitraje, que como derecho esencial reconocido por normas supremas de otros países, no puede quedar excluida del ordenamiento jurídico guatemalteco a pesar de no contar con un reconocimiento expreso, ya que el uso de esta institución en ningún momento contradice la carta magna.
4. El Bufete Popular de la Universidad de San Carlos de Guatemala, así como los bufetes populares de las universidades privadas que operan en el país, deben establecer convenios con los centros de arbitraje existentes en Guatemala para

brindarle a los estudiantes la oportunidad de adquirir experiencia práctica en esta materia.

5. La Universidad de San Carlos de Guatemala, así como las universidades privadas que operan en el país deben apoyarse en los centros de arbitraje existentes en Guatemala para dotar a su personal docente de los conocimientos teóricos y prácticos necesarios para impartir el curso de derecho de arbitraje. De igual manera se deben implementar cursos de capacitación a jueces y magistrados del ramo civil y mercantil en esta materia.

BIBLIOGRAFÍA

BERNAL GUTIÉRREZ, Rafael. **El arbitraje en Guatemala, apoyo a la justicia**, Guatemala, Editorial Serviprensa, 2000.

BERNAL GUTIÉRREZ, Rafael. **Arbitraje comercial y laboral en América Central**, (s.l.i.), Editorial Transnacional, 2002.

BRISEÑO SIERRA, Humberto. **El arbitraje comercial**. México, Noriega Editores, 1999.

Centro de Estudios de Justicia de las Américas. **Arbitraje y mediación en las Américas**, (s.l.i.), Editorial Providencia, 2003.

Comisión Nacional para el Seguimiento y Apoyo al Fortalecimiento de la Justicia. **Informe “Una nueva justicia para la paz”**, Guatemala, Magna Terra Editores, 2005.

Comité Español de la Cámara de Comercio Internacional. **Publicación CCI número 810**, España, (s.e.), 2007

GIL ECHEVERRY, Jorge. **Curso práctico de arbitraje**, (s.l.i.), Ediciones Profesional, 1993.

GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. **El Arbitraje**, México, Editorial Porrúa, 2008.

GONZÁLEZ DUBÓN, Aníbal. **Curso de certificación de árbitros**, Modulo 1 y 2, (s.e.), Guatemala, 2010.

GUASP, Jaime. **El arbitraje en el derecho español**, España, Casa Editorial Bosch, 1953.

HECQUET, Stephen. **De la Justicia**, (s.l.i.), Editorial Nagel, 1982.

La Ley. **El arbitraje comercial internacional en Iberoamérica, marco legal y jurisprudencial**. (s.l.i.), Editoriales La Ley, 2009.

LEONARDI DE HERBÓN, Hab Mabel; FEDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara Lidia. **El arbitraje**, Argentina, Editorial Abeledo Perrot, 2001.

MOORE, Christopher. **El proceso de mediación**, (s.l.i.), Ediciones Garnica, 1995.

OPPETIT, Bruno. **Teoría del Arbitraje**, Argentina, Legis Editores, 2006.

PONIEMAN, Alejandro. **Qué hacer con los conflictos**, Argentina, Editorial Losada, 2002.

RIVERA NEUTZE, Antonio Guillermo. **Amigable Composición**, Guatemala, Editorial Óscar de León Palacios, 2006.

RIVERA NEUTZE, Antonio Guillermo. **Curso práctico de arbitraje comercial internacional**, Guatemala, Edifolsa, 2001.

Secretaría de Asuntos Agrarios. **Arbitraje Agrario, una alternativa para la paz**.
Primera Edición, Guatemala, (s.e.), 2007

SIQUIROS, José Luis. **El arbitraje, un mecanismo idóneo para resolver controversia extrajudicial**, (s.l.i.), Editorial Pauta, 1999.

Legislación:

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

**Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de Sentencias Arbitrales
Extrajeras, 1984**

Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional, 1986.

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

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

Código Procesal Civil y Mercantil, Enrique Peralta Azurdia, Jefe de Gobierno de la
República, Decreto Ley 107, 1965.