

UNIVERSIDAD RAFAEL LANDÍVAR
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
LICENCIATURA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

"ALCANCES Y LÍMITES DE LA ARBITRABILIDAD, ANTE UNA CONTROVERSIA DE DERECHO DE
COMPETENCIA COMERCIAL EN GUATEMALA"

TESIS DE GRADO

JAVIER ALEJANDRO MORENO PASTOR

CARNET 15397-14

QUETZALTENANGO, ENERO DE 2021
CAMPUS DE QUETZALTENANGO

UNIVERSIDAD RAFAEL LANDÍVAR
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
LICENCIATURA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

"ALCANCES Y LÍMITES DE LA ARBITRABILIDAD, ANTE UNA CONTROVERSIA DE DERECHO DE
COMPETENCIA COMERCIAL EN GUATEMALA"

TESIS DE GRADO

TRABAJO PRESENTADO AL CONSEJO DE LA FACULTAD DE
CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

POR

JAVIER ALEJANDRO MORENO PASTOR

PREVIO A CONFERÍRSELE

LOS TÍTULOS DE ABOGADO Y NOTARIO Y EL GRADO ACADÉMICO DE LICENCIADO EN CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

QUETZALTENANGO, ENERO DE 2021
CAMPUS DE QUETZALTENANGO

AUTORIDADES DE LA UNIVERSIDAD RAFAEL LANDÍVAR

RECTOR: P. MARCO TULIO MARTÍNEZ SALAZAR, S. J.
VICERRECTORA ACADÉMICA: MGTR. LESBIA CAROLINA ROCA RUANO
VICERRECTOR DE INVESTIGACIÓN Y PROYECCIÓN: LIC. JOSÉ ALEJANDRO ARÉVALO ALBUREZ
VICERRECTOR DE INTEGRACIÓN UNIVERSITARIA: MGTR. MYNOR RODOLFO PINTO SOLÍS
VICERRECTOR ADMINISTRATIVO: MGTR. JOSÉ FEDERICO LINARES MARTÍNEZ
SECRETARIO GENERAL: DR. LARRY AMILCAR ANDRADE - ABULARACH

AUTORIDADES DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

DECANO: DR. HUGO ROLANDO ESCOBAR MENALDO
VICEDECANA: MGTR. HELENA CAROLINA MACHADO CARBALLO
SECRETARIO: LIC. CHRISTIAN ROBERTO VILLATORO MARTÍNEZ

NOMBRE DEL ASESOR DE TRABAJO DE GRADUACIÓN
MGTR. RONALD ESTUARDO RECINOS GÓMEZ

TERNA QUE PRACTICÓ LA EVALUACIÓN
LIC. LUIS RODRIGO PUAC CARRANZA

AUTORIDADES DEL CAMPUS DE QUETZALTENANGO

DIRECTOR DE CAMPUS:	P. MYNOR RODOLFO PINTO SOLIS, S.J.
SUBDIRECTORA ACADÉMICA:	MGTR. NIVIA DEL ROSARIO CALDERÓN
SUBDIRECTORA DE INTEGRACIÓN UNIVERSITARIA:	MGTR. MAGALY MARIA SAENZ GUTIERREZ
SUBDIRECTOR ADMINISTRATIVO:	MGTR. ALBERTO AXT RODRÍGUEZ
SUBDIRECTOR DE GESTIÓN GENERAL:	MGTR. CÉSAR RICARDO BARRERA LÓPEZ

Quetzaltenango, 10 de septiembre de 2020.

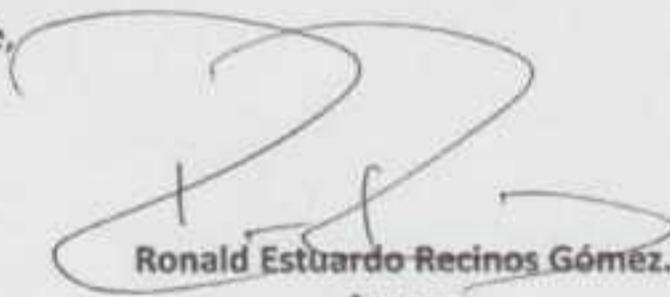
**FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD RAFAEL LANDÍVAR
QUETZALTENANGO.**

En atención a la designación efectuada por dicha facultad para asesorar al estudiante **JAVIER ALEJANDRO MORENO PASTOR**, con carné 15397-14, de manera atenta me dirijo a usted, con la finalidad de informar en relación a la tesis, titulada «**ALCANCES Y LÍMITES DE LA ARBITRABILIDAD, ANTE UNA CONTROVERSIA DE DERECHO DE COMPETENCIA COMERCIAL EN GUATEMALA**» la cual ha sido terminada en su totalidad.

Después de haber procedido con la asesoría correspondiente de conformidad con el instructivo vigente para trabajo de tesis, haciendo notar que la investigación realizada se puede observar una secuencia lógica y ordenada la cual sin duda alguna será de utilidad para los estudiantes y profesionales del derecho.

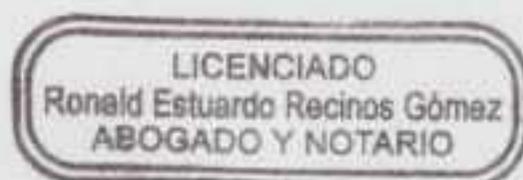
Contando con conclusiones y recomendaciones en las que sintetizan los aspectos principales de los temas desarrollados, y llenando los requisitos y formalidades necesarias, me complazco en emitir **DICTAMEN FAVORABLE** de la presente tesis. En virtud de que el trabajo, cumple con los requisitos establecidos para su elaboración; contenidos en el instructivo de tesis de graduación de la facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, para ser sometida posteriormente al proceso de revisión de fondo.

Deferentemente,



Ronald Estuardo Recinos Gómez.
Asesor.

Código Docente: 16252





Orden de Impresión

De acuerdo a la aprobación de la Evaluación del Trabajo de Graduación en la variante Tesis de Grado del estudiante JAVIER ALEJANDRO MORENO PASTOR, Carnet 15397-14 en la carrera LICENCIATURA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES, del Campus de Quetzaltenango, que consta en el Acta No. 07510-2020 de fecha 19 de noviembre de 2020, se autoriza la impresión digital del trabajo titulado:

"ALCANCES Y LÍMITES DE LA ARBITRABILIDAD, ANTE UNA CONTROVERSIA DE DERECHO DE COMPETENCIA COMERCIAL EN GUATEMALA"

Previo a conferírsele los títulos de ABOGADO Y NOTARIO y el grado académico de LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Dado en la ciudad de Guatemala de la Asunción, a los 28 días del mes de enero del año 2021.

LIC. CHRISTIAN ROBERTO VILLATORO MARTÍNEZ, SECRETARIO
CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
Universidad Rafael Landívar



Facultad de Ciencias
Jurídicas y Sociales

Agradecimientos.

A Dios: Creador omnipotente, Guía de la Senda de mi vida.

A mi Madre: Licda. Julia Vicenta Pastor Quixtán, como mujer ejemplar, abnegada, valiente, que sin el cimiento y consejo de ella no hubiera alcanzado este triunfo. Con mucho amor.

A mis abuelos: Lic. Juan Bautista Pastor Alvarado y María Valeriana Quixtán Nimatuj de Pastor.

Manuel Moreno Chávez y Evangelina Jiménez González de Moreno.

A mis Tíos: Lic. Miguel Ángel Pisquiy Quixtán, Gloria María Pisquiy Quixtán de Godínez, Msc. Mery Violeta Pastor Quixtán, Profa. Dora Antonieta Pastor Quixtán de Cotí, Dr. Miriam María Pastor Quixtán de Jaramillo, Licda. Norma Pastor Quixtán de De León, Pc. José Moreno Jiménez, Pc. David Moreno Jiménez, Prof. Víctor Manuel Godínez Menchú, Ing. Manuel de Jesús Cotí Pac, Lic. Edgar Alberto de León Estrada.

A mis primos: Ing. Jhony Armando Pisquiy Aguilar, Profa. Eunice Emperatriz Godínez Pisquiy de García, Lic. Sergio Geovanny Aguilar Pastor, Profa. Dulce María Luisa Carrillo Pastor, Ing. Juan Luís Carrillo Pastor, Arq. Dora Gabriela Cotí Pastor, Lic. Juan Francisco Cotí Pastor, Bach. Karla María Jaramillo Pastor, Juan Alberto de Jesús De León Pastor.

A mi madrina: Msc. Mayra Yojana López Veliz.

A mis amigos: Msc. Vilma Tatiana Cabrera de Ochoa y Msc. Ronald Estuardo Recinos Gómez.

A mi ahijado. Luis Daniel Carrillo Díaz.

A mi alma mater: cuna de mi instrucción académica así como lugar, en el que forme grandes y perdurables amistades.

Dedicatoria.

A Dios: Creador omnipotente, Guía de la Senda de mi vida.

A mi madre: compartir con vos, es uno de los más grandes privilegios, que estoy seguro tendré en toda mi vida; tu sudor no quedara en vano, tus desveladas no caerán en un costal roto, tus ganas de enseñarme que mis privilegios como el de tener la educación que no muchos tienen o un plato de comida en cada tiempo, me deben hacer, empático y ser agradecido con el divino creadora así como amar a mis semejantes procurando siempre por los menos afortunados; gracias por haberme enseñado a luchar y a soñar, además de ser fuerte no solo de cuerpo sino de mente y corazón, te amo; eres la Reina que cualquier Nación quisiera tener, amorosa, comprensiva que enseña con el ejemplo.

Bajo tu frase « es mejor dormir en paz bajo un techo de cartón, que bajo uno de oro esperando a que vengan a matarte o a traerte, no es vida estar pendiente que en cualquier momento alguien te señale por corrupto, ladrón o estafador, por eso se tiene que actuar con rectitud y con humildad, de esa forma con la cara lavada y la frente en alto, uno, no tiene miedo a caminar por las calles, a que te reprochen algo; porque se ha hecho bien el trabajo apegado a la justicia.»

ÍNDICE:

	Pág.
<i>INTRODUCCIÓN:</i>	1
<i>Capítulo I.</i>	4
<i>Del arbitraje en Guatemala</i>	4
1.1. Generalidades.....	4
1.2. Los principios del derecho arbitral guatemalteco:	5
1.2.1. Principio de separabilidad de la cláusula arbitral:	5
1.2.2. Principio de la autonomía de la voluntad y pacta sunt servanda:	6
1.2.3. Principio de máxima efectividad:	7
1.2.4. Principio de estándar máximo:	8
1.2.5. Principio Kompetenz- Kompetenz:	8
1.2.6. Principio de Orden Público:	8
1.2.7. Principio de preeminencia de la jurisdicción arbitral:	10
1.2.8. Principio de caducidad de la acción arbitral:	12
1.2.9. Principio de inocuidad de proceso previo al arbitraje:	12
1.2.10. Principio de inevitabilidad:	13
1.2.11. Principio de igualdad y contradictorio:	13
1.3. Características del derecho arbitral encontramos:	14
1.3.1. Es un derecho joven:	14
1.3.2. Es un derecho internacional:	14
1.3.3. Es un derecho Sui Generis:	15
1.3.4. Es un derecho autónomo:	16
1.4. Ley modelo CNUDMI:	17
1.5. Ley de arbitraje de Guatemala:	20
1.6. Acuerdo Arbitral.	21
1.6.1. Compromiso arbitral.	23
1.6.2. Cláusula arbitral.	24
1.6.3. Convenio Arbitral Patológico.	24

1.7. Clases de Arbitraje:.....	25
1.7.1. Por la forma en que se administra.	25
1.7.2. Por las características del laudo.	28
1.7.3. Por la forma en que se instaura el tribunal.	30
A. Arbitraje de Inversiones:	30
1.7.4. Por la característica de las personas jurídicas involucradas o el negocio jurídico mercantil	32
1.7.5. Por la especialidad.	32
1.8. Reconocimiento y ejecución de laudos Extranjeros en Guatemala.....	35
1.8.1. Generalidades.	35
1.8.2. Tribunal competente para otorgar el reconocimiento.	35
1.8.3. Procedimiento de Reconocimiento:	36
1.8.4. Proceso de ejecución:	38
<i>Capítulo II</i>	39
<i>De la arbitrabilidad.</i>	39
2.1. <i>Generalidades.</i>	39
2.2. De la naturaleza jurídica:.....	40
2.3. La arbitrabilidad desde la convención de Nueva York:	42
2.4. Perspectiva de la arbitrabilidad en el derecho comparado.....	44
2.4.1. La arbitrabilidad en Chile:	44
2.4.2. La arbitrabilidad en Perú:	45
2.4.3. La arbitrabilidad en Colombia.	46
2.4.4. La arbitrabilidad en Francia:	46
2.5. Perspectiva de la arbitrabilidad en Guatemala:	46
<i>Capítulo III</i>	59
<i>Derecho de Competencia.</i>	59
<i>Capítulo IV</i>	65
<i>Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de Guatemala y de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala en relación a la arbitrabilidad.</i>	65

4.1. Expediente 592-2002. Sentencia de Amparo de fecha 14 de marzo de 2005. Cámara de Amparo y Antejuicio de la Corte Suprema de Justicia.....	65
4.2. Expediente 432-2003 Sentencia de Amparo de fecha 5 de enero de 2004 Cámara de Amparo y Antejuicio de la Corte Suprema de Justicia.....	68
4.3. Expediente 1018-2007 De fecha 15 de Junio de 2009. Corte Suprema de Justicia.....	69
4.4. Expediente 1384-2003, Sentencia del Recurso de Apelación de Amparo de fecha treinta de octubre de dos mil tres. Corte de Constitucionalidad de Guatemala.	71
4.5. Expediente 3445-2008, Sentencia del Recurso de Apelación de Amparo de fecha doce de marzo de dos mil nueve. Corte de Constitucionalidad de Guatemala.	74
4.6. Expediente 3064-2009, Sentencia del Recurso de Apelación de Amparo de fecha doce de noviembre de dos mil nueve. Corte de Constitucionalidad de Guatemala.	77
4.7. Expediente 878-2010, Sentencia del Recurso de Apelación de Amparo de fecha quince de marzo de dos mil once. Corte de Constitucionalidad de Guatemala.	79
4.8. Expediente 1107-2010 Sentencia del Recurso de Apelación de Amparo de fecha quince de marzo de dos mil once. Corte de Constitucionalidad de Guatemala.	83
4.9. Expediente 1384-2010 Sentencia del Recurso de Apelación de Amparo de fecha treinta de noviembre de dos mil diez. Corte de Constitucionalidad de Guatemala.	87
4.10. Expediente 2890-2010, Sentencia del Recurso de Apelación de Amparo de fecha dieciocho de octubre de dos mil once. Corte de Constitucionalidad de Guatemala.	90
4.11. Expediente 1783-2011, Sentencia del Recurso de Apelación de Amparo de fecha dieciocho de agosto de dos mil once. Corte de Constitucionalidad de Guatemala.	95
4.12. Expediente 3126-2011, Sentencia del Recurso de Apelación de Amparo de fecha dieciséis de febrero de dos mil doce. Corte de Constitucionalidad de Guatemala.	99

4.13. Expediente 2694-2012, Sentencia del Recurso de Apelación de Amparo de fecha veinte de septiembre de dos mil doce. Corte de Constitucionalidad de Guatemala.	102
4.14. De la Jurisprudencia analítica.	106
<i>Capítulo V</i>	109
<i>Análisis y discusión de resultados</i>	109
5. Presentación de Resultados:.....	109
5.1. Criterio de Expertos:.....	109
<i>Referencias</i>	137
<i>REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS</i>	137
<i>REFERENCIAS ELECTRÓNICAS</i>	137
<i>REFERENCIAS NORMATIVAS</i>	140
<i>Anexos</i> :	143

LISTADO DE ABREVIATURAS.

CNUDMI.	Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Internacional.
Convención de Viena.	Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.
Convención de Panamá.	Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional, Panamá 1975.
Convención de Nueva York	Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras, Nueva York, 1958).
Fédération Internationale de Football Association	FIFA
ICCA.	International Council for Commercial Arbitration.
Ley de Arbitraje.	Ley de Arbitraje de Guatemala.
Ley de Derechos de Autor.	Ley de Derecho de Autor y Derechos Conexos.
Mitsubishi Motors.	Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc., 473 U.S. 614 (1985).
Tribunal de Arbitraje Deportivo.	TAS.

RESUMEN.

Es objeto, de esta obra determinar si el derecho de competencia comercial es arbitrable a la luz de la legislación guatemalteca, y así dar un marco de referencia a los estudiantes de derecho, abogados litigantes y órganos jurisdiccionales.

La investigación es de carácter monográfica descriptiva- exploratoria, que atiende a la necesidad de determinar los límites y alcances de las controversias con naturaleza jurídica de asuntos de competencia comercial, en ese sentido se aportan datos acerca del arbitraje propiamente dicho, así como de los principios que lo inspiran con especial atención al principio de máxima efectividad o de aplicación de la ley más favorable conjuntamente con el principio de estándar máximo, por virtud de los cuales, al ser aplicados en armonía a los tratados internacionales en la materia, el ordenamiento jurídico guatemalteco se perfila pro-arbitraje, claro que para ello las Cortes nacionales deben de comprender adecuadamente el derecho arbitral.

Es por lo anterior que la presente obra, tiene como beneficio el estudio del arbitraje así como la perspectiva de la arbitrabilidad en Guatemala, del mismo modo presenta gran parte de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y de Constitucionalidad en relación a esta área del derecho.

El investigador analiza e interpreta la naturaleza actual de los principios, instituciones, normas y doctrinas del derecho arbitral en relación a Guatemala, a la vez que estudia la problemática de afrontar una controversia de derecho de competencia en sede arbitral, sin la existencia de una ley de competencia.

INTRODUCCIÓN:

Los alcances y límites de la arbitrabilidad, ante una controversia de Derecho de Competencia Comercial en Guatemala, son de especial importancia en la época contemporánea al considerar el crecimiento económico en el país, es decir, entre más relaciones comerciales entre sujetos nacionales y extranjeros exista, es fácil deducir, que el número de controversias comerciales que surgen en el marco de los contratos celebrados, es mayor, y a su vez que las desavenencias necesitan de una resolución rápida, dinámica y efectiva, que se caracterice por su celeridad y sencillez, bajo un estricto principio de confidencialidad para no afectar la fama comercial de las empresas involucradas.

El alcance de la investigación descansa, en la importancia de que los juristas guatemaltecos estén preparados para poder llevar con capacidad y técnica jurídica los inminentes procesos arbitrales, que surgirán en el seno de una relación comercial con sujetos extranjeros y nacionales que hoy están celebrando contratos en diferentes mercados sustanciales, pero que tienen en común el mismo mercado geográfico, es decir Guatemala, o incluso puede plantearse el caso de empresas que no tengan ninguna relación con Guatemala, pero que han acordado que sea dicho país, la sede del Tribunal arbitral, después de todo Guatemala es un país donde los gastos que se generan por un proceso arbitral son menores en comparación con otros países como Estados Unidos, Francia o Inglaterra.

Por lo anterior, la presente obra es una monografía descriptiva-exploratoria que se elabora teniendo como pregunta de investigación, ¿Cuáles son los alcances y los límites de la arbitrabilidad del derecho de competencia en Guatemala?, como consecuencia de dicho cuestionamiento, se planteó como objetivo general: Identificar los alcances y los límites de la arbitrabilidad del derecho de competencia en un Arbitraje de Derecho con sede en Guatemala, planteamiento que dio paso a formar los siguientes objetivos específicos: A) Determinar los aspectos jurídicos relevantes para la investigación sobre arbitraje, la arbitrabilidad y derecho de competencia comercial; B) Identificar los principios y doctrinas útiles para la resolución de una controversia sobre derecho de competencia en el arbitraje comercial internacional; C) Establecer la procedencia y los aspectos procesales previsibles en un proceso arbitral en Guatemala, que verse sobre Derecho de competencia y; D) Validar la investigación a través de entrevistar a expertos en la materia en Guatemala.

Es menester hacer mención que dentro de los límites de la investigación, pudo observarse la falta de bibliografía específica, sin embargo, se superó mediante la búsqueda en bibliotecas virtuales de distintas Universidades del mundo, así como las páginas web oficiales de las Cortes Supremas de varios países, sobre ello

también se facilitó el acceso a bibliografía por parte del Asesor de Tesis, Dr. Ronald Estuardo Recinos Gómez; otro de los límites fue la falta de legislación específica sobre derecho de competencia, aspecto que fue superado mediante la consulta de leyes modelo de la Organización de Naciones Unidas y la consulta detallada de la regulación sobre esta área del derecho, en otros países; el último límite fue la falta de expertos, extremo que se resolvió mediante la consulta al Dr. Alexander Aizenstad al Dr. Antonio Guillermo Rivera Neutze y Msc. Víctor López.

En armonía a lo antes expuesto, la investigación se realiza con base, a la existencia de una laguna legal resultado de no existir legislación sobre derecho de competencia comercial, en ese sentido el enfoque va dirigido a sustentar que pese a la inexistencia de la misma, el ordenamiento jurídico guatemalteco al plantear supuestos jurídicos generales e impersonales, interpretados a la luz de principios nacionales e internacionales consagrados tanto dentro de la ordenamiento nacional como en tratados internacionales ratificados por el país, es lo suficientemente amplio para resolver las controversias de derecho de competencia comercial; aunado a lo anterior la temática de la investigación puede ser utilizada como un marco de referencia para resolver asuntos totalmente distintos al derecho de competencia, pero que, al igual que a esta área del derecho, haya quedado rezagada de la atención del legislador.

El lector dentro de los cinco capítulos que conforman esta obra, podrá observar aspectos jurídicos relevantes sobre arbitraje, arbitrabilidad y derecho de competencia comercial, así como identificar los principios y doctrinas útiles para la resolución de una controversia sobre derecho de competencia en el arbitraje comercial internacional, de manera previsible logrará poder establecer los aspectos procesales en un proceso arbitral en Guatemala, que verse sobre Derecho de Competencia comercial.

El aporte de la investigación es describir y explorar con el mayor detalle aspectos jurídicos-doctrinarios, a efecto que la misma pueda ser utilizada como marco de referencia, para juristas y empresarios que tengan o quieran llevar a cabo un arbitraje comercial internacional con sede en Guatemala, bajo los supuestos planteados y de esa forma poder demostrar que en Guatemala es posible llevar a cabo una controversia con las aristas que presenta el derecho de competencia comercial, desde un punto de vista de la economía social de mercado -stricto sensu, que encuentra fundamento en los postulados de la Constitución Política de la República de Guatemala, así como las demás leyes ordinarias dispersas dentro del ordenamiento jurídico guatemalteco.

El instrumento utilizado en la investigación fue la entrevista, dirigida a sujetos que son Abogados y Notarios, con experiencia en el sector económico así como derecho constitucional, arbitral e internacional, en el caso concreto fueron los

profesionales: Dr. Alexander Aizenstad , Dr. Antonio Guillermo Rivera Neutze y Msc. Víctor López.

Las unidades de análisis además de la entrevista realizada a los expertos fue la legislación interna guatemalteca, así como la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y Corte de Constitucionalidad, ambas de Guatemala.

En atención a lo anterior, en el primer capítulo se abordará lo relativo al arbitraje en Guatemala, haciendo énfasis en los principios que lo inspiran, es de notar que el lector podrá darse una idea de la evolución del arbitraje no solo en Guatemala sino en el mundo, así como de sus características; posteriormente se agotará lo referente al convenio arbitral ya sea en su manifestación de compromiso arbitral o cláusula arbitral, continuando con las clases de arbitraje atendiendo a las características del laudo, para por ultimo comprender el proceso de ejecución de laudos arbitrales en Guatemala.

La doctrina internacional lo denomina arbitrabilidad, que es el tema que se trata de agotar en el segundo capítulo, desde la perspectiva de países como El Perú, Colombia, Francia y Chile, así como de Guatemala, haciendo notar que la arbitrabilidad, exige para su determinación que el abogado distinga correctamente la naturaleza de la controversia, para poder saber si es posible que la misma sea sometida a conocimiento de un tribunal arbitral, ello con el objeto de evitar dilaciones innecesarias para la resolución de la desavenencia.

No son las leyes, códigos o tratados internacionales, los que permiten una seguridad jurídica y una tutela judicial efectiva, sino la interpretación que los administradores de justicia hacen acerca de los mismos, y es que el derecho está vivo a través del Organismo Judicial cuando este, aplica el supuesto jurídico a los hechos controvertidos, para posteriormente resolverlos, de manera análoga el tribunal arbitral tiene la misma tarea, aun si se tratase de un arbitraje de equidad, de ahí la importancia de la jurisprudencia en relación al arbitraje, que es el tema que se aborda en el cuarto capítulo, la Corte Suprema de Justicia y la Corte de Constitucionalidad han contribuido a través de sus sentencias de amparo , al derecho arbitral guatemalteco, asentando criterios que es menester en el ejercicio profesional tener conocimiento, para poder vislumbrar el panorama de una acción arbitral.

Por último en el quinto capítulo, se analiza y discuten los resultados alcanzados por el investigador, en base a los principios, instituciones, normas y doctrinas desarrollados en la presente obra así como en el criterio de expertos en la materia al realizar el análisis respectivo del arbitraje en Guatemala con el derecho de competencia con el objeto de poder determinar el alcance y límite de la arbitrabilidad.

Capítulo I. Del arbitraje en Guatemala

1.1. Generalidades.

El decreto legislativo 67-95 del Congreso de la República de Guatemala, define en el artículo 4 inciso 2) al arbitraje como: « *cualquier procedimiento arbitral, con independencia de que sea o no una institución arbitral permanente ante la que se lleve a cabo*», que es la misma definición que la Ley modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional –CNUDMI-, proporciona; definición que hace alusión al arbitraje desde el punto de vista de quien lo administrará, en ese sentido es adecuado para clarificar, lo que al respecto indica la Real Academia Española , al señalar que, arbitraje es el : « *Procedimiento extrajudicial para resolver conflictos de intereses mediante sometimiento de las partes, por mutuo acuerdo, a la decisión de uno o varios árbitros.*»¹

Como bien lo indica, la Suprema Corte de Canadá en el caso Sport Mask Inc. v. Zittler and others, del 24 de marzo de 1988 « *el proceso de arbitraje requiere como ingredientes esenciales la existencia de una disputa o el potencial de una disputa que requiera resolución entre las partes, un acuerdo para remitir tales disputas a una tercera persona como árbitro y cuya decisión es ser definitiva y vinculante para las partes*»² [Traducción propia]

La disciplina jurídica que es objeto de este capítulo, frente a los abogados instruidos en los países de derecho continental, les resulta enigmática; en Guatemala, pueden observarse ciertos vestigios de las ideas de la primera República Francesa, algunos juristas tienen una concepción de los principios de legalidad y de codificación bastante arcaica.

La naturaleza jurídica del derecho arbitral es de derecho privado- procesal, que al igual que muchas otras áreas de las ciencias jurídicas se ha derivado de una más antigua, tal es el caso del derecho mercantil que se derivó del derecho civil por tener la necesidad de celeridad y flexibilidad de los negocios mercantiles, a su vez, el derecho arbitral se desprende del derecho procesal civil, de ello da cuenta el

¹ Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*, Edición tricentenario, España, 2019, Disponibilidad y Acceso: <https://dle.rae.es/?id=3PxuYso> fecha de consulta 23/08/19

² Corte de Apelaciones de Quebec, sport Mask inc. V. Zittler, 1988 CanLII 68 (SCC),), [1988] 1 SCR 564, Canadá, 1988, Disponible y acceso: <https://www.canlii.org/en/ca/scc/doc/1988/1988canlii68/1988canlii68.html> fecha de consulta 23/08/19

Código Procesal Civil y Mercantil en Guatemala en donde era regulado el proceso arbitral como un proceso de conocimiento más.

El objeto del derecho arbitral es el estudio de los límites y alcances de la jurisdicción arbitral en el contexto de un convenio arbitral válido, invocado para resolver el surgimiento de una controversia entre dos partes que tienen una relación jurídica contractual o no contractual.

1.2. Los principios del derecho arbitral guatemalteco:

El legislador no puede pretender regular cada uno de los aspectos que pueden surgir en el seno de las relaciones de derecho privado, de ahí la importancia de los principios que se consagran en la legislación interna de cada país, para cada área del derecho en específico, los cuales hacen un papel semejantes a los pilares y columnas de un edificio, permitiendo a los estudiosos del derecho y administradores de justicia, desempeñar sus funciones apegados al espíritu de la ley, evitando de este modo, interpretaciones carentes de lógica jurídica.

1.2.1. Principio de separabilidad de la cláusula arbitral:

Como se desprende del artículo 21 del decreto 67-95 del Congreso de la República, el cual en referencia a lo que atañe a este principio, textualmente señala que: *« un acuerdo que conste en una cláusula que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del contrato. La decisión del tribunal arbitral declarando nulo un contrato, no entrañará por ese solo hecho la nulidad de la cláusula en la que conste el acuerdo de arbitraje»*.

Este Principio ha sido ampliamente desarrollado en la jurisprudencia y doctrina internacional, son varios países del mundo que lo reconocen; se trata de un principio universal, robustecido de una aceptación como pocos otros, de similar naturaleza han tenido.

En lo que atañe a este principio, la Suprema Corte de Columbia Británica, Canadá, rechazó los alegatos en contra de la jurisdicción arbitral dentro del caso *Cecrop Co. v. Kinetic Sciences inc*, debido a que: *«la parte que se resistió al arbitraje intentó*

sin éxito confiar sobre el hecho de que el contrato principal era inválido, porque una condición previa a la entrada en vigor de dicho contrato, no se había cumplido»³

De manera análoga la misma Corte dentro del caso *Globe Union Industrial Corp. v. G.A.P. Marketing Corp*, rechazó otra objeción a la jurisdicción arbitral, que descansaba bajo el argumento, «*que el contrato principal era nulo por motivos de ilegalidad*»⁴

Para concluir, puede decirse que este principio, busca garantizar que las cláusulas arbitrales tengan plena operatividad, cuando surja un conflicto, al hacer subsistir la voluntad de las partes en el momento del otorgamiento del contrato, que fue crear un mecanismo ecuaníme de solución, frente a cualquier tipo de desavenencia que se origine del contrato principal; incluso si se refiere a la validez del contrato fuente.

1.2.2. Principio de la autonomía de la voluntad y pacta sunt servanda:

El tribunal Supremo Español en sentencia de fecha 6 de diciembre de 1968, citado por Dr. Vladimir Aguilar, indicó: «*que una de las fuentes de las obligaciones, y sin duda la de mayor importancia, es la que tiene su origen en la voluntad humana de los particulares, que para satisfacer sus necesidades reciprocas establecen sus pactos y Condiciones, los cuales hay que respetar llevándolos a ejecución así mismo dicho alto tribunal, puso en manifiesto el carácter de la lex privata que tiene el contrato, en el que impera el principio de autonomía de la voluntad, al decir que el contrato tiene fuerza y eficacia legal desde el momento en que se otorgó con los requisitos esenciales de consentimiento, objeto y causa*»⁵

En ese mismo orden de ideas, la posición del ordenamiento jurídico guatemalteco, de acuerdo al artículo 1319 la autonomía de la voluntad, genera una fuente de obligaciones entre los contratantes, ya sea de dar, hacer o no hacer.

³ Suprema Corte de Columbia Británica, *Cecrop Co. v. Kinetic Sciences inc.*, 2001 BCSC 532 (CanLII), Canadá, 2001, Disponible y acceso : <https://www.canlii.org/en/bc/bcsc/doc/2001/2001bcsc532/2001bcsc532.html> Fecha de consulta: 23/08/2019.

⁴ Suprema Corte de Columbia Británica, *Globe Union Industrial Corp. v. G.A.P. Marketing Corp.*, 1994 CanLII 186 (BC SC) , Canadá, 1994, Disponible y acceso: <https://www.canlii.org/en/bc/bcsc/doc/1994/1994canlii186/1994canlii186.html> Fecha de Consulta: 23/08/2019

⁵ Aguilar Guerra, Vladimir Osman, *Derecho de obligaciones*, 3ª edición, Guatemala, Serviprensa, 2006, p51.

En conclusión, Dentro de la contratación civil y mercantil existen dos grandes pilares, siendo estos los de la autonomía de la voluntad y el de pacta sunt servanda, por el primero los otorgantes pueden crear, modificar o extinguir obligaciones sin más límite que el orden público y las leyes prohibitivas expresas, por el segundo lo pactado entre las partes contractuales es ley entre ellas.

1.2.3. Principio de máxima efectividad:

Principio que se encuentra consagrado en el artículo 45 (2) de la Ley de Arbitraje de Guatemala el cual textualmente señala: « *en el caso de que más de un tratado internacional sea aplicable, salvo acuerdo en contrario entre las partes, se aplicara el más favorable a la parte que solicite el reconocimiento y ejecución de un convenio y laudo arbitral*»

Al respecto el Tribunal Supremo Español con sede en Madrid, con la ponencia de Jesús Eugenio Corbal Fernández, dentro del número de recurso 129/2002, en Auto sobre Exequatur de Laudo arbitral dictado por árbitro designado por la Cámara de Comercio Internacional de París señaló que: « *conforme al principio de máxima eficacia o de mayor grado de favorecimiento al reconocimiento de las decisiones foráneas, principios uno y otro que desplazan la aplicación del Convenio bilateral en favor del multilateral, cuyas normas tienen como punto de partida la presunción de validez y eficacia tanto del acuerdo de sumisión de las controversias a arbitraje, como del laudo o resolución arbitral que resuelve dichas controversias (cfr. art. II.1 y III.1 del Convenio de Nueva York), y, como correlato, establecen un desplazamiento de la carga de la prueba hacia la parte frente a la que se quiere hacer valer la eficacia de la resolución arbitral (art. VV.1, en relación con los arts. IV.1 y VV.2 del Convenio), configurando un régimen de reconocimiento más favorable que el regulado en la convención bilateral de referencia.*»

En definitiva, ante la existencia de más de un tratado aplicable a la ejecución de un laudo arbitral, debe aplicarse el que permita su efectividad jurídica, en el lugar que se supone que debe ser ejecutado, ello a tenor del artículo VII de la Convención de Nueva York de 1958, en ese sentido por el espíritu de dicho precepto legal, puede utilizarse un tratado internacional distinto que sea más favorable.

Por virtud de este principio, los tribunales Estatales ante la solicitud de reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral o bien la validez de acuerdo arbitral, pueden optar por la ley nacional si esta, presenta condiciones más favorables que un convenio internacional, es decir hay un sentido pro-arbitraje y pro-ejecución.

1.2.4. Principio de estándar máximo:

Por este principio, que está íntimamente ligado con el principio de máxima efectividad, los Estados contratantes de la Convención de Nueva York, no pueden establecer más requisitos para la validez de un laudo o acuerdo arbitral que las que se preceptúan en la misma convención, es decir por medio de su poder legislativo los Estados únicamente pueden disminuir los requisitos.

Una manifestación de este principio podemos encontrarla en el inciso 2 del artículo 46 de la Ley de Arbitraje, que indica requisitos de forma que deberán tener los laudos para su reconocimiento, es decir, limita al Juzgado de Primera Instancia Civil competente, a no solicitar una forma específica de redacción del laudo, en otras palabras, el Juez no puede por ejemplo, solicitar como requisito sine qua non, que el laudo, venga acorde a la forma de redacción que establece el artículo 147 de la Ley del Organismo Judicial de Guatemala.

1.2.5. Principio Kompetenz- Kompetenz:

Principio, que tiene su origen en la jurisprudencia alemana y que en el caso guatemalteco se encuentra regulado en el artículo 21 de la Ley de arbitraje la cual indica 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. (...)»*

Es un principio que está íntimamente ligado con la validez del acuerdo arbitral y la arbitrabilidad de la materia objeto de la controversia entro otros temas que serán abordados a posteriori, no obstante, a efectos de este apartado puede decirse que por virtud de este principio el tribunal arbitral está llamando a conocer de oficio si es competente para conocer la disputa, y no puede entrometerse ningún órgano del Estado en tal decisión.

1.2.6. Principio de Orden Público:

Al referirnos a los incisos «b)» y «c)», del artículo 3 de la Ley de arbitraje de Guatemala, es menester citar lo que para el efecto la Corte Suprema de Justicia en sentencia de recurso de casación dentro del expediente 73-93 de fecha 16 de marzo de 1994 ha dicho:

« el casacionista alega que la autoridad recurrida aplicó indebidamente el artículo 1301 del Código Civil afirmando que media vez el artículo 18 de la Convención

General Interamericana de Protección Marcaria y Comercial indica que el interesado puede solicitar y obtener la cancelación del registro de una marca, está determinado claramente que la palabra cancelación supone la extinción de un negocio jurídico existente, dirigiendo su razonamiento hacia la conclusión que el casacionista es titular de la inscripción marcaria cuya nulidad se promovió en el juicio subyacente y que por lo tanto es anulable pero no nulo (...) al respecto, esta cámara estima que el tribunal recurrido no aplicó indebidamente el artículo denunciado, sino que por el contrario tuvo el acierto de seleccionarlo en virtud que los hechos tenidos por establecidos en el juicio de nulidad revelaron, de conformidad con lo dispuesto en la mencionada convención, que la posterior inscripción y aprovechamiento de una marca registrada con anterioridad en un Estado contratante, en este caso Estados Unidos de América, resulta ser un negocio jurídico contrario al orden público y a las normas prohibitivas expresas»

La cita jurisprudencial, es conteste con la legislación guatemalteca; en particular con el artículo 1301 del Código Civil y 3 de la Ley del Organismo Judicial, sin embargo la misma no nos proporciona una definición de orden público, quizá porque es un término ambiguo que puede prestarse a confusión en la práctica, y sobre ello su aplicabilidad se limita a casos en los que los efectos jurídicos de los actos o negocios jurídicos, tengan una contradicción evidente y flagrante al ordenamiento jurídico de tal magnitud que, de no ser anuladas, implicaría un rompimiento del orden jurídico de un país.

Algunos doctrinarios comparan al orden público con un monstruo como es el caso del maestro José Antonio Moreno Rodríguez o con actos impuros como lo hace el maestro Alfredo Bullard Gonzales, lo cierto es que coinciden que para la comprensión del mismo, debe hacerse de distintos enfoques, de ahí la pertinencia de la enmarcar la diferencia, entre el orden público material, que se refiere al «conjunto de derechos fundamentales y libertades públicas constitucionalmente reconocidos».⁶ y; orden público procesal, que se refiere al «conjunto de principios que protegen a las partes dentro de un proceso arbitral, cuya vulneración consiste en la infracción de los principios de audiencia, contradicción e igualdad»⁷,

Dentro del derecho arbitral, con efectos puramente didácticos puede distinguirse entre orden publico doméstico y orden público internacional, el primero no es aplicable a los laudos arbitrales dado que hacerlo le daría un margen de apreciación desmesurado a cada Estado, por tanto el que debe prevalecer es el segundo el cual de manera acertada es definido por las recomendaciones de la Internacional

⁶ Mallandrich Miret, Nuria, *Medidas Cautelares y Arbitraje*, España, Atelier, 2010, pag.72.

⁷ Lacruz Mantecón, Miguel L. *La Impunidad del Arbitraje*, España, Reus, 2011, pág. 72.

law association como: « 1) los principios fundamentales relativos a justicia y moralidad que el Estado desea proteger aun cuando no estén directamente involucrados. 2) Las reglas designadas para servir a los intereses políticos, sociales y económicos de dicho Estado, conocidos como leyes de policía; y. 3) el deber del Estado de respetar sus obligaciones ante otros Estados u organismos internacionales»⁸

En cuanto al primer supuesto de la definición que antecede, los principios de justicia y moralidad hacen referencia a los actos y negocios jurídicos que «socaven la legitimidad de las instituciones públicas, atenten contra la sociedad, así como el desarrollo integral de los pueblos»⁹

Prosiguiendo con el análisis, en cuando al segundo inciso de la definición, la expresión normas de policía, se aplica a casos internacionales típicos, es decir una serie limitada de supuestos comunes a las naciones civilizadas del globo, y que a su vez sean de tal importancia que no pueden ser dejados de lado por el Tribunal Arbitral, dado que las mismas tienen un objeto intrínseco de ser aplicadas, de tal cuenta que no pueden ser excluidas por la autonomía de la voluntad de las partes.

Por último, las obligaciones internacionales contraídas por el Estado no pueden ser utilizadas para defraudar a otros Estados u Organismos Internacionales, ni tampoco puede hacer uso el Estado de sus facultades legislativas con el fin fraudulento de incumplir con dichas obligaciones.

En conclusión, el principio de orden público debe examinarse desde un punto de vista procesal y otro sustantivo, así mismo el criterio que prevalece es la utilización del enfoque internacional en contraposición al doméstico.

1.2.7. Principio de preeminencia de la jurisdicción arbitral:

Para el caso guatemalteco, el derecho arbitral está integrado por todos aquellos instrumentos jurídicos y procesales que se han establecido, para favorecer la máxima efectividad del convenio arbitral y la ejecución del laudo arbitral, con el

⁸ internacional Council for commercial arbitration, guía de ICCA para la interpretación de la convención de nueva york de 1958 Holanda, 2013, Pág. 54. Disponible y acceso: https://www.arbitration-icca.org/media/2/13600814265100/judges_guide_spanish_composite_with_coverfeb2013.pdf
fecha de consulta: 08/06/19.

⁹ Organización de Los Estados Americanos, Preámbulo de la Convención Interamericana Contra la Corrupción.

objeto de prevenir cualquier acción en contra de estos fines, por parte de las cortes nacionales.

De tal forma, que resulta sumamente importante lograr el desarrollo y evolución de las disposiciones legislativas en torno a esta materia bajo el enfoque del principio de máxima efectividad.

El derecho arbitral no debe considerarse como una ciencia estática, sino dinámica en razón del papel de la economía guatemalteca en la comercialización de bienes y servicios en un mercado internacional, de esa manera la materia de estudios, se compenetra con la realidad económica y política del Estado, a efecto de hacer fuerte, un andamiaje jurídico con coherencia, eficacia y proyección al futuro.

El artículo 43 del decreto 67-95 del Congreso de la Republica, referentes al recurso de revisión, indica que: « (...) *la resolución del recurso de revisión deberá confirmar, revocar o modificar el laudo arbitral y en caso de revocación o modificación, se hará el pronunciamiento correspondiente*», es un ataque a mano armada al derecho arbitral y de su lectura puede pensarse que el principio que se trata en este apartado no existe dentro del ordenamiento jurídico guatemalteco, sin embargo, la Sala de Corte de apelación competente, que conociere, debe de tener en cuenta el principio de máxima efectividad al momento de interpretar el artículo previamente mencionado, no hacerlo, no solamente sería una contravención a la Convención de Nueva York sino a los principios propios del derecho internacional público, a tenor de la Convención de Viena Sobre el Derecho de los Tratados – Convención de Viena-, en cualquier caso, es importante destacar que no se tiene conocimiento que una Sala de Corte de Apelaciones, haya modificado algún laudo en la práctica, sin embargo, ello no implica el no tomar en cuenta lo antes considerado.

Por tanto, la Sala de Corte de Apelaciones, no puede, ni debería aplicar el precepto antes citado; al hacer un análisis sistemático de la Constitución política de la República de Guatemala, la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, la Convención de Nueva York y la misma Ley de Arbitraje.

Los órganos jurisdiccionales y el tribunal arbitral, tiene características fundamentales que limita el poder de cada uno, y siendo que ambos poderes son de distinta naturaleza, debido a que el primero pertenece al Estado y el segundo a los particulares en su facultad de autorregularse, por tanto es posible hablar de división de poderes y de competencias; como resultado las cortes nacionales pueden revisar, si el laudo arbitral es armónico con el ordenamiento jurídico guatemalteco, pero jamás conocer el fondo, su labor se limita a confirmar o denegar

el reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral, pero nunca revocarlo o modificarlo.

1.2.8. Principio de caducidad de la acción arbitral:

Por virtud, de este principio algunas legislaciones establecen un plazo perentorio en el que debe de interponerse la acción arbitral; plazo que empieza a contarse según el ordenamiento jurídico de cada país, independientemente de ello, no ejercer la acción, significaría una convalidación de la supuesta controversia y por tanto, una renuncia tacita a su derecho subjetivo.

La existencia de un plazo perentorio para la interposición de una acción arbitral, en el caso guatemalteco, por no tratarse del goce de un derecho, sino de un límite, debe estar expresado taxativamente en la legislación.

Dentro del andamiaje jurídico de Guatemala, no se encuentra una disposición que se manifiesta en ese sentido, no obstante, debe tomarse en cuenta que la Ley de Contrataciones del Estado, decreto 57-92 del Congreso de la Republica, en su artículo 104 indica que: « *Prescriben en dos (2) años las acciones contra el Estado derivadas de la aplicación de esta ley, por: 1. Cobro de rentas, alquileres y otras retribuciones de la misma naturaleza; 2. Cobro de obligaciones derivadas de contratos; y 3. Cobro de honorarios, sueldos, salarios, dietas, jornales y cualesquiera otras remuneraciones. En materia de iniciación del plazo, interrupción de la prescripción y situaciones afines, se estará a lo que para el efecto establece el Código Civil y la Ley del Organismo Judicial.* »

Del precepto legal antes citado, resalta en un primer momento la falta de técnica jurídica del legislador, dado que, las acciones no prescriben sino caducan, está confusión del organismo legislativo no es un caso aislado, no obstante ello, en cuanto al principio que atañe a este apartado, las controversias a las que se refiere el artículo 104 del decreto 57-92 del Congreso de la Republica, se debe estar a lo dispuesto al plazo señalado de dos años, para evitar cualquier excepción de caducidad que pudiere interponerse ante un tribunal arbitral, que tenga como *lex arbitri* y derecho aplicable la legislación guatemalteca.

1.2.9. Principio de inocuidad de proceso previo al arbitraje:

Por virtud de este principio, un proceso ya iniciado ante un órgano jurisdiccional de primera instancia, en el cual no se haya dictado sentencia, pueden las partes remitir, el conocimiento de la controversia a la jurisdicción arbitral, para que este

último resuelva, no obstante, el proceso arbitral tomaría la causa en el estado en el que se encuentre, de tal cuenta que son válidas las actuaciones en el juzgado de primera instancia civil.

1.2.10. Principio de inevitabilidad:

Tiene que tomarse en cuenta que una de las características del proceso arbitral es la confidencialidad, que es atesorada por las partes, en el sentido que gracias a este aspecto pueden resguardar su fama comercial y no verse afectados a nivel moral, de la controversia con sus clientes o socios, por ello en principio el reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral, no es sino la consecuencia de la negativa de la parte condenada al cumplimiento del mismo.

En ese orden de ideas, por este principio se insta a las partes del proceso arbitral a no recurrir a las cortes nacionales, ni al inicio ni tampoco al final, a menos, claro que se necesite asistencia de las mismas, pero en todo caso es el tribunal el que solicita la asistencia al órgano jurisdiccional y, no las partes.

1.2.11. Principio de igualdad y contradictorio:

Este principio que abarca dos supuestos, no es novedoso, dado que en todo proceso sin importar su naturaleza jurídica debe respetarse los mismos, son parte del debido proceso, y aunque estas son garantías fundamentales inherentes al ser humano, el árbitro sin importar la sede del arbitraje, la *lex arbitri* o el derecho aplicable, debe procurar su estricto cumplimiento, aunque si bien es cierto «*los Tribunales Arbitrales no son el instrumento para garantizar derechos fundamentales*»¹⁰ eso no implica que los Tribunales arbitrales puedan atentar contra el goce de los derechos humanos.

Dentro de la legislación guatemalteca el artículo 23 de la ley de arbitraje indica que «*deberá tratarse a las partes equitativamente y darse a cada una de ellas plena oportunidad de hacer valer sus derechos, conforme a los principios esenciales de audiencia, contradicción e igualdad entre las partes*»

¹⁰ Gonzáles de Cossío, Francisco, *Procesos Constitucionales y Procesos Arbitrales: ¿Agua y Aceite?*, Conferencia ante la CRECIG. Guatemala, 2 de diciembre de 2014. Pág. 22.

1.3. Características del derecho arbitral encontramos:

1.3.1. Es un derecho joven:

Lo realmente nuevo no es el arbitraje como método de resolución, sino más bien el andamiaje jurídico nacional e internacional que permite que la resolución del tribunal arbitral, llamado laudo, es equiparable a la de una sentencia de Juez nacional de casi cualquier país en el mundo y que sobre ello cualquier recurso que se interponga en contra del mismo ante los tribunales de justicia de un Estado, son solamente sobre requisitos de forma, nunca de fondo.

Guatemala ya posee una Ley de Arbitraje comercial internacional, la cual fue emitida bajo el número de decreto 67-95 del Congreso de la República de Guatemala, utilizando como base de la misma la Ley Modelo de la CNUDMI; aunque su estudio todavía no obra en el pensum de todas las facultades de derecho del país, ya puede observarse que empieza hacerse un camino, tal es el caso de la Universidad Da Vinci de Guatemala, que ya tiene un curso específico en esta área, desde otro punto de vista, la doctrina guatemalteca se ha visto algo rezagada, sin embargo al ser un derecho bastante uniforme en el mundo, existe una relativa facilidad de consulta de doctrinarios y referencias jurisprudenciales de otros países

El derecho arbitral es un área del derecho que no lleva siglos de estudio en las facultades de derecho del mundo, sin embargo, no quiere decir que no existan referencias académicas acerca del mismo; las experiencias, doctrinas y jurisprudencia de otros países o regiones del mundo, permiten fácilmente afirmar que el arbitraje tiene un futuro brillante.

1.3.2. Es un derecho internacional:

La forma en que los árbitros emiten un laudo arbitral tiene más similitud con la forma en que los jueces de tradición de Common Law lo hacen, por ello los países de civil law tuvieron en su momento cierta resistencia al arbitraje y quizá sea esta la razón por la que los abogados instruidos en esta última tradición jurídica encuentran desconcertante el proceso arbitral.

Ahora bien, es imperioso subrayar que en el arbitraje no existe un sistema de precedentes jurisprudenciales, es decir, la forma en la que resolvió un tribunal arbitral en un caso con circunstancias similares, no son vinculantes, independiente del lugar donde se instaure, claro que pueden ser invocadas a manera de ilustrar, sin embargo, el tribunal arbitral tiene todas las facultades de separarse de las doctrinas anteriores.

Eduardo Couture dentro del decálogo del abogado señala que cuando se tenga conflicto entre el derecho y la ley, debemos optar por el derecho, realmente una cita algo romántica que en Guatemala así como en otros países de tradición de civil law, son palabras que no encuentra mucho eco, ello porque para un juez sería difícil actuar de tal manera, dado que seguramente su resolución sería objeto de varios recursos que busquen, la anulación de la misma, ello en virtud, que no podría fundamentar su decisión en un estudio casuístico del caso, ahora bien en el arbitraje sí pueden hacerlo los árbitros.

En Conclusión, sería erróneo pensar, que los árbitros se posicionan como una especie de semidioses con amplios poderes que les permite actuar de manera antojadiza, sino más bien, el sistema es más flexible aun en un arbitraje de derecho no se diga de equidad, por tanto ellos resuelven de conformidad a los principios de justicia y equidad, términos filosóficos que resultan difíciles de precisar, pero que en la práctica son utilizados para guiar el actuar del árbitro, y esto porque existen ciertas percepciones de justicia y equidad que todos perciben de esa forma, independientemente de la familia jurídica donde cada arbitro haya sido instruido.

1.3.3. Es un derecho Sui Generis:

Es un área del derecho que se diferencia del resto de las demás disciplinas jurídicas por ser la mayor expresión del derecho privado, la intervención Estatal es totalmente nula, a menos que el tribunal o una de las partes lo soliciten.

El objeto de estudio de esta rama del derecho, es la función arbitral, es decir el estudio del actuar de las personas individuales, llamadas árbitros, que con o sin conocimiento de derecho, ejercen dicha función.

Mediante la función arbitral se puede afirmar que, únicamente puede ser ejercida por un tribunal arbitral y para la consecución de su fin, que es resolver cualquier disputa que se somete a su conocimiento, por medio de un laudo que de fin a la controversia y que al haberse emitido bajo los principios propios del derecho arbitral garantiza la legalidad y eficacia jurídica del mismo.

El monopolio de la justicia retenida, ejercida por el Estado se ve mermado al permitir que un tribunal no estatal, resuelva con fuerza ejecutiva las controversias suscitadas entre los particulares, exceptuando los atributos propios de la soberanía, como lo es, el derecho penal.

1.3.4. Es un derecho autónomo:

El derecho arbitral goza de autonomía, equiparándose así áreas tan antiguas como el derecho civil, pero perfilándose con sus propios principios, de ahí que forma parte del ordenamiento jurídico interno del país, no solamente por tener una regulación legislativa específica, sino también doctrinal, existen figuras jurídicas que son similares al proceso civil pero se revisten de ciertas particularidades propias de esta disciplina jurídica.

A. La autonomía del derecho arbitral se ve reflejada en:

- a. Tiene un ámbito de aplicación propio, siendo este el de las relaciones contractuales o no, entre personas Jurídicas o individuales que han suscrito un convenio arbitral;
- b. El derecho arbitral es extremadamente amplio, debido a que las controversias, que pueden ser llevadas a conocimiento de árbitros son muchas, por ello hay arbitrajes aéreos, marítimos, de consumo, de competencia, de inversión entre otros;
- c. Si bien es cierto, que anteriormente el derecho arbitral conformaba una subdivisión del Derecho Procesal Civil y Mercantil, hoy en día existen diferencias abismales entre ambas disciplinas, aunque siguen teniendo algunas similitudes por tener las mismas fuentes históricas;
- d. Posee una ley específica en la materia siendo esta el decreto 67-95 del Congreso de la República de Guatemala, así mismo se cuenta con la ratificación de la Convención de Nueva York sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales de 1958, desde el 21 de marzo de 1984, del mismo modo la Convención Interamericana Sobre Arbitraje Comercial Internacional, ratificada el 7 de julio de 1986;
- e. Tiene una autonomía de la esfera del poder público, las distintas controversias o desavenencias originadas de una relación contractual o no contractual en la que las partes deciden suscribir convenio arbitral son sometidas a árbitros y no a jueces, e incluso estos últimos tienen prohibición de formar parte de un tribunal arbitral;
- f. Existe una autonomía científica y didáctica, debido a la gran cantidad de tratadistas que han dedicado estudios completos al derecho arbitral tanto en español como en inglés, francés y alemán entre otros;

- g. Empieza a observarse interés de las facultades de Ciencias Jurídicas de las distintas universidades del país, de que figure dentro del pensum de estudios una materia específica de derecho arbitral, tal es el caso de la Universidad Francisco Marroquín y de la Universidad Da Vinci de Guatemala, así mismo es importante subrayar que el Campus de Quetzaltenango de la Universidad Rafael Landívar, ha empezado en el año dos mil veinte a dar prioridad al derecho arbitral, dentro de la asignatura denominada como, Resolución Alternativa de Conflictos ;
- h. Es importante resaltar que existen especialistas en derecho arbitral, aunque todavía no son un número muy significativo dentro del número de agremiados del Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala;
- i. Tiene autonomía de principios característicos que lo distinguen del resto de áreas de las ciencias jurídicas;
- j. Tiene su propia finalidad, siendo esta la resolución de una controversia de manera, expedita, eficaz, eficiente, bajo confidencialidad y de ser posible lograr que subsista las relaciones jurídicas preexistentes;
- k. Posee sus propias instituciones, tales como el convenio arbitral ya sea en su manifestación de compromiso arbitral o de cláusula arbitral.

1.4. Ley modelo CNUDMI:

El arbitraje es un método alternativo de resolución de conflictos, que a diferencia de sus homólogos, las resoluciones que provenientes del mismo tienen poder ejecutivo para exigir su cumplimiento previo reconocimiento, en el caso guatemalteco, el medio idóneo para buscar la ejecución del laudo es el proceso ejecutivo en la vía de apremio, a tenor de la literal 2º artículo 294 del Código Procesal Civil y Mercantil de Guatemala.

En ese sentido la guía de la Internacional Council for Commercial Arbitration en adelante –ICCA- nos indica que el reconocimiento es: *«el proceso que vuelve a los laudos arbitrales parte del sistema legal nacional, usualmente perseguido en el contexto de otro procedimiento»*¹¹.

¹¹Internacional Council for commercial arbitration, *óp, cit*, pág.9. Disponible y acceso: <https://www.arbitration->

«En contraste, con el reconocimiento la ejecución es una espada, se refiere a requerir a una corte su asistencia para obligar al cumplimiento de un laudo»¹².

Aunque el término arbitraje es relativamente novedoso para las ciencias jurídicas, no lo es para el comercio, que por su característica de celeridad siempre ha necesitado una forma de resolución que no implica someter sus asuntos a tediosos y largos procedimientos ante un órgano jurisdiccional, es por ello que cuando existía un conflicto entre comerciantes estos designaban a un tercero imparcial en el que ambos confiaran y sometían a su conocimiento lo ocurrido, quien a su vez tenía la responsabilidad de resolver el problema de acuerdo a su leal saber y entender, algo semejante a los arbitrajes de equidad de hoy en día.

Como ya se ha dicho en el párrafo anterior, lo realmente nuevo no es el método de resolución, sino más bien dos aspectos, siendo el primero la facultad de obligar a una de las partes de acudir al arbitraje para resolver la desavenencia en caso de mostrarse reticente la parte contraria., y la segunda que es el poder ejecutivo; para ambos extremos debe existir un ordenamiento jurídico que sea lo suficientemente amplio para así establecer los principios generales, bajo los cuales se debe desarrollar el proceso arbitral.

No obstante el loable objetivo del arbitraje, de ser un método eficaz y eficiente con la capacidad de que la decisión pueda ser ejecutada, el camino hasta nuestros días ha sido un terreno pedregoso, no solamente para la materia per se, sino también para sus principales exponentes en cada país del mundo, de lo anterior da cuenta el protocolo sobre cláusulas arbitrales de ginebra de fecha 24 de septiembre de 1923 y la Convención Internacional para la ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras de ginebra de fecha 26 de septiembre de 1927, instrumentos internacionales que no eran más que una clase de pronunciamiento, a cerca de las intenciones de los países de lo que podía llegar a ser el arbitraje;

La falencias de las que carecía el protocolo sobre clausulas arbitrales de ginebra de 1923 eran tres *«siendo estas el aspecto geográfico, dado que era técnicamente un instrumento internacional limitado a Europa con excepción de Brasil, así mismo existía la posibilidad de reserva según, en el sentido que solo era aplicable a los contratos que eran de naturaleza comercial, según la ley nacional de cada país y el*

icca.org/media/2/13600814265100/judges_guide_spanish_composite_with_coverfeb2013.pdf
fecha de consulta: 08/06/19.

¹² *Ibíd.*, Pág. 10.

reconocimiento del pacto arbitral, está circunscrito a arbitrajes internacionales donde la partes estuvieran sometidas a la jurisdicción de estados diferentes»¹³

«Tal como ocurre en el protocolo de 1923, la convención de 1927, vista en retrospectiva, tiene aciertos y fallas, indudablemente, el más destacado de los es haberse ocupado del reconocimiento y la exigibilidad de los laudos arbitrales extranjeros- si bien debían haber sido emitidos con posterioridad a la entrada en vigor del protocolo de 1923. El más notorio de los segundo fue como expresaba Lord Mustill, el establecimiento de requisitos que perpetuaban la inútil formalidad del doble exequátur. »¹⁴

No obstante la poca o nula aplicabilidad de los instrumentos internacionales mencionados con antelación, no puede negarse que constituyeron un gran avance, al poner en discusión la idea de legitimar a un grupo de personas con, o sin conocimientos de derecho para resolver una desavenencia de carácter económico, fuera de la esfera del poder público.

Lo anterior para los juristas de la época no solamente era revolucionario sino impensable, más aún, si dicho grupo de personas habían resuelto a tenor de un ordenamiento jurídico distinto al propio y que sobre ello, tener la obligación de dar fiel cumplimiento a lo decidido.

Tuvieron que pasar varios años para que el arbitraje emprendiera su vuelo, fue en Nueva York en 1958, cuando varias naciones del mundo, dejaron atrás ese viejo lastre, de ideas retrogradadas de soberanía, dando paso así a una nueva red de acuerdos de relaciones comerciales y financieras, entre los países industrializados, que fueron favorables al comercio de bienes y servicios, tratando de olvidar, el fantasma, de las políticas proteccionistas que imperaron entre los años de la primera y segunda guerra mundial.

La segunda globalización se encontró, con una convención internacional que bajo el principio de pacta sunt servanda, era de observancia obligatoria para los países parte, no obstante, los ordenamientos jurídicos de los países industrializados así como los que se encontraban en vías de desarrollo tenían diferencias abismales

¹³ Gamboa Morales Nicolás, *La inmunidad soberana de jurisdicción en el arbitraje comercial internacional evolución y actualidad*, Universidad del Rosario , Colombia, p.40 disponibilidad y acceso:

https://books.google.com.gt/books?id=7nHUYTggFMcC&pg=PA43&lpg=PA43&dq=protocolo+de+ginebra+de+arbitraje+1929&source=bl&ots=GnAwl-fm0B&sig=ACfU3U3h4XhWPrXIVWle9dbNPMBKx0jYTQ&hl=es-419&sa=X&ved=2ahUKEwiZxP_Tw_HpAhUBneAKHcViAaEQ6AEwCHoECAoQAQ#v=onepage&q=protocolo%20de%20ginebra%20de%20arbitraje%201929&f=false fecha de consulta 20/11/2019.

¹⁴ *Ibid.*, p.43

entre la concepción jurídica que tenía cada uno del arbitraje, y ello sin mencionar la disparidad que resultaba entre los mismos, como consecuencia de sus tradiciones jurídicas.

Ante la problemática anterior, la Comisión de las Naciones Unidas para la Unificación del Derecho Mercantil Internacional, en cumplimiento de sus funciones propone una ley modelo moderna, equitativa y armónica en el año 1985, que al ser formulada en el seno de dicho órgano jurídico, tiene las características de soft-law, por lo que su fin es meramente ilustrativo para los países miembros del ente internacional, no obstante, Guatemala adopta la ley modelo en el año de 1995, con algunas modificaciones.

1.5. Ley de arbitraje de Guatemala:

El decreto 67-95 del Congreso de la República, es una ley que, como se ha señalado en párrafos precedentes está inspirada en la ley modelo de la CNUDMI, y presenta ciertas aristas dentro de su contenido que son importantes destacar, pero previo hacerlo es menester señalar el carácter vinculante en la interpretación de la ley a la luz de la Convención de Nueva York Sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales de 1958, de la cual Guatemala es parte; instrumento de derecho internacional público, que como generalidades puede afirmarse que tiene un sesgo a favor de la ejecución, es decir que ante varias interpretaciones se debe optar por aquella que permita la ejecución, así mismo le es aplicable la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, por tanto debe tenerse en cuenta el objeto y fin de la convención en armonía a los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena; por último, no debe interpretarse los términos de la convención de nueva york haciendo referencia a la ley nacional, sino los términos de la ley nacional haciendo referencia a la Convención de Nueva York.

El arbitraje en Guatemala, al igual que en el resto del mundo ha ido evolucionando y abriéndose camino dentro del ordenamiento interno, previo al seis de noviembre de 1995, el arbitraje era un proceso de conocimiento más, regulado en el Decreto Ley 107, Código Procesal Civil y Mercantil aún vigente, específicamente en los artículos del 269 al 293, es decir el Título IV del libro segundo, no obstante el decreto 67-95 del Congreso de la República de Guatemala, no deroga expresamente los artículos 279 y 290, los cuales se encuentran en armonía con la Ley de Arbitraje.

Antes del 6 de noviembre de 1995, la inexistencia de una ley especializada en materia de arbitraje, generaba falta de uniformidad y discordancia dentro de la

legislación interna de Guatemala, por consecuente la práctica del arbitraje era escasa en el sendero doméstico y aún más en el internacional.

El primer país centroamericano en tener una ley específica en materia de arbitraje fue Guatemala, posteriormente emitieron sus respectivas leyes, Costa Rica en 1997, Honduras en el 2000, El Salvador en 2002 y Nicaragua en 2005, La ley de arbitraje de Guatemala, está en su mayoría inspirada en la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil, y dentro de las modificaciones que inserto el legislador a dicha ley, fue el viejo lastre que estaba contenido en el Artículo 269 del Código Procesal Civil y Mercantil, el cual indicaba: *«las partes tienen el derecho de someter sus diferencias al proceso arbitral, a menos que la ley lo prohíba expresamente o señale un procedimiento especial para determinados casos (...) pueden ser objeto de compromiso aquellas materias sobre las que las partes puedan disponer válidamente salvo que una materia disponible aparezca indisolublemente unida a otra que no lo sea »*, como resultado de estas disposiciones, hoy día, contenidas en el artículo 3 del decreto 67-95, se excluyó del conocimiento de los árbitros controversias de carácter comercial que pueden ser resueltas con mayor efectividad en la jurisdicción arbitral.

Por otro lado, en cuanto al convenio arbitral, la regulación anterior hacía referencia al, compromiso arbitral y a la cláusula arbitral, estableciendo que ambos contratos eran solemnes, por consecuente debían celebrarse en escritura pública, bajo pena de nulidad; claro que el decreto 67-95 del Congreso de la República de Guatemala, dejo atrás esos requisitos de forma y desde ese enfoque la legislación interna se ajustó a la práctica internacional.

Pese a que la Ley de Arbitraje Guatemalteca, está basada en la Ley Modelo de CNUDMI, las pequeñas, en un primer momento, modificaciones que hiciese el Congreso de la Republica, hacen que no sea posible afirmar una indiscutible uniformidad con el resto de países latinoamericanos, no obstante, no ha sido límite para la práctica del arbitraje en Guatemala.

1.6. Acuerdo Arbitral.

El derecho arbitral, en los países de tradición de civil law, tiende a diferenciarse del resto del ordenamiento jurídico interno de cada país, en el sentido de carecer de la solemnidad y formalismo que caracteriza la vasta mayoría de actos jurídicos que indiscutiblemente estos necesitan en los países de dicha tradición jurídica.

En ese mismo orden de ideas, en el caso guatemalteco existe una definición auténtica contenida en el artículo 4 del decreto 67-95 del Congreso de la República el cual indica que por acuerdo arbitral debe entenderse « (...) *aquel por virtud del cual las partes deciden someter a arbitraje todas o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual*», la definición previamente trascrita es la misma que la ley modelo de CNUDMI propone, y de la cual se desprende su elemento personal siendo este, las partes que suscriben de manera tácita o expresa su consentimiento a arbitrar, el elemento real del acuerdo arbitral es la controversia.

En cuanto al elemento formal del acuerdo lo encontramos en el artículo 10 de la ley de arbitraje de Guatemala, del cual se deduce que el único requisito es que conste por escrito, y de ser así no es necesaria la aceptación expresa sino puede ser de manera tácita; puede notarse que el legislador despojó de cualquier solemnidad al acuerdo arbitral lo que facilita y armoniza al ordenamiento jurídico guatemalteco con el resto del mundo.

En concordancia a lo antes señalado, es importante destacar la ejecución indirecta del acuerdo arbitral, siendo que esté es «*un contrato generador de una obligación. En caso que una de las partes del acuerdo arbitral inicie un proceso ante un tribunal nacional en violación del acuerdo, dicho proceso quedara interrumpido a solicitud de la otra parte del acuerdo de arbitraje. Esto significa que si una parte desea llevar adelante su reclamo, debe para ello cumplir con el acuerdo celebrado y proceder mediante arbitraje, dado que se trata del único curso de acción disponible en el plano legal*»¹⁵

El acuerdo arbitral, es el cimiento de un buen arbitraje, y su calidad depende de los árbitros que conozcan, de tal cuenta que de acuerdo a la práctica internacional es recomendable un arbitraje institucional a un ad-hoc, en virtud que ofrece las ventajas de la permanencia, reputación y confidencialidad, además de proporcionar las condiciones necesarias para un arbitraje de derecho o de equidad así como la neutralidad ante partes nacionales o internacionales.

Para el faccionamiento del acuerdo arbitral se recomienda en el caso de la modalidad de compromiso arbitral, el asesoramiento de expertos en la materia para poder así delimitar con precisión los límites y alcances del proceso arbitral así como el objeto del arbitraje.

¹⁵ Alan Redfern y otros, *Teoría y Práctica del Arbitraje Comercial Internacional*, 4ª edición, España, Editorial Aranzadi, S.A, 2006, Pág. 68.

En cuanto a la cláusula arbitral es recomendable el uso de una cláusula modelo de una institución de trayectoria reconocida.

Dentro del convenio arbitral, puede existir un abuso de derecho, en el sentido que siendo completamente válido el mismo, sea evidentemente injusto para una de las partes contractuales, poniendo en riesgo la igualdad de las partes dentro del proceso arbitral, en todo caso, tocará al tribunal arbitral considerar la concurrencia de este aspecto en cada caso en concreto, verbigracia, podría mencionarse la forma de designación de los árbitros.

Desde una perspectiva teleológica, el convenio arbitral debe cumplir con su objetivo de producir obligaciones recíprocas así como de resolver mediante arbitraje las desavenencias, excluyendo la intervención de autoridades judiciales, dotando de facultades al tribunal arbitral para resolver las desavenencias que pudieren surgir de los respectivos contratos, estableciendo un marco jurídico que indique el procedimiento y condiciones que permitirán emitir un laudo con celeridad y eficiencia, que podrá ser susceptible a ser ejecutado.

En conclusión, de la interpretación del artículo 54 de la Ley de Arbitraje de Guatemala, el acuerdo arbitral es el género por lo que las especies son el compromiso arbitral y la cláusula arbitral temas que serán inmediatamente abordados a continuación por la singularidad de cada uno de ellos así como su importancia, aunque es importante resaltar que en cuanto a lo relacionado al elemento persona, real y formal del acuerdo arbitral, es perfectamente aplicable a tanto al compromiso y cláusula arbitral.

1.6.1. Compromiso arbitral.

Al hacer referencia a un compromiso arbitral, nos referimos al contrato principal, por no depender de otro para su subsistencia que a su vez es bilateral, dado que obliga a las partes recíprocamente, siendo un contrato consensual, en virtud de perfeccionarse con el consentimiento expreso o tácito, de libre disposición pues no tiene más límites que el orden público internacional y las leyes prohibitivas expresas, conmutativo siendo que se redacta cuando ya existe una desavenencia que puede ser contractual o no, surtiendo sus efectos inmediatamente después de su otorgamiento, es típico debido a que se encuentra regulado dentro del ordenamiento sustantivo civil y la ley de arbitraje guatemalteca, carece de formalidades como anteriormente se ha señalado al tratar el elemento formal del acuerdo arbitral.

En relación a la cláusula arbitral y compromiso arbitral la ley de arbitraje de Guatemala al realizar una interpretación sistemática principiando del artículo 54 y posteriormente al artículo 4 inciso primero de la misma ley, se entiende que

1.6.2. Cláusula arbitral.

La cláusula arbitral puede definirse de manera similar al compromiso arbitral con la diferencia que éste es un contrato aleatorio y no conmutativo, dado que depende de un acontecimiento futuro e incierto; en tal sentido la redacción de la misma es a priori, de que concurra cualquier controversia entre las partes contractuales, es especialmente relevante destacar el principio de separabilidad de la cláusula arbitral por virtud del cual la misma, es un contrato principal sui generis.

En relación, a la cláusula arbitral y compromiso arbitral la Ley de Arbitraje de Guatemala al realizar una interpretación sistemática principiando del artículo 54 y posteriormente al artículo 4 inciso primero de la misma ley, se desprende que sin importar la denominación debe entenderse que le es aplicable la definición de, acuerdo arbitral, proporcionada por dicha ley.

1.6.3. Convenio Arbitral Patológico.

El término, patología, lo toma prestado el derecho arbitral de las ciencias médicas, haciendo referencia al «Conjunto de síntomas de una enfermedad.»¹⁶, que en cuanto a esta disciplina hace referencia a las deficiencias que tiene el convenio arbitral.

En lo concerniente a este aspecto, *«una cláusula arbitral patológica es aquella que por defectos en la redacción, insuficiencia de contenido, o errores en la determinación de sus elementos constitutivos, resulta ineficaz para establecer el proceso.»*¹⁷

¹⁶ Real Academia Española, *óp, cit*, Disponibilidad y acceso: <https://dle.rae.es/?id=SAIV5kB> Fecha de Consulta: 16/09/2019.

¹⁷ Chillón Medina, J. y Merino Merchán, J. *Tratado de Arbitraje Privado Interno e Internacional*, Civitas, Madrid, 1991, Pág. 1126 citado por memoria de la parte demandada, II Competencia internacional de Arbitraje Comercial, Universidad de Buenos Aires, Argentina y Universidad del Rosario, Colombia, Pagina 31. Disponible y acceso: http://www.ciarbitraje.org/descargas/2009/competencia_arbitraje_memoria_respondent_2009.pdf fecha de consulta 18/09/2019.

La guía de la ICCA para la interpretación de la Convención de Nueva York de 1958, indica que los escenarios de patologías más frecuentes son:

- A. Donde la remisión al arbitraje es opcional;
- B. Donde el contrato contempla tanto al arbitraje como a la jurisdicción de las cortes;
- C. Donde las reglas arbitrales o la institución arbitral están erróneamente designadas;
- D. Donde no hay indicación alguna sobre la forma en que los árbitros serán designados (“cláusulas en blanco”).

En conclusión, que una clausula arbitral padezca de alguna patología no quiere decir que el proceso arbitral no puede llevarse a cabo, el tribunal arbitral puede subsanar este aspecto, en aplicación del principio de máxima efectividad, no obstante la cláusula tiene que tener como requisitos esenciales la aceptación de las partes de arbitrar así como el objeto materia del arbitraje, es decir, producir efectos obligatorios, siendo que fue esa la intención real de las partes en el momento de suscripción del contrato.

1.7. Clases de Arbitraje:

El arbitraje, tiene distintas categorías con elementos comunes, pero que no obstante poseen características particulares, las cuales cobran un rol preeminente en cuanto a la determinación de la naturaleza jurídica del arbitraje en el caso concreto, y por consecuente en el andamiaje jurídico sobre el que se llevara a cabo el mismo, en tal sentido, se menciona a continuación una clasificación, que se considera adecuada para los objetivos de esta obra, y la cual se hace sin perjuicio de que el lector pueda ahondar más.

1.7.1. Por la forma en que se administra.

A. Arbitraje Institucional:

El arbitraje institucional o también llamado administrado, hace referencia a que las partes nombran a una persona jurídica que se encarga de las gestiones necesarias

para llevar a puerto seguro el procedimiento arbitral, en virtud de haber sido facultada por el acuerdo arbitral; con ello no quiere decir de ningún modo que dicha persona jurídica realice actos arbitrales, sino más bien se dedique a la organización de los elementos tanto materiales como humanos, ello en virtud que la función arbitral es encomendada únicamente a personas individuales a tenor del artículo 14 de la ley de arbitraje.

Se puede encomendar a las instituciones arbitrales, la composición del tribunal arbitral, la designación de los árbitros, la calidad de los mismos, el trámite de recusación de uno de los miembros del tribunal, nombramiento del secretario del tribunal, la determinación de las distintas etapas procesales dentro del proceso arbitral, la delimitación de los términos sobre los que versara el objeto del arbitraje, el diligenciamiento de la prueba y su valoración, así como la emisión del laudo correspondiente.

La autonomía de la voluntad es el cimiento del derecho arbitral, por ello la intención de las partes que una institución administre el arbitraje, debe ser indubitable, ya sea que la misma se manifiesta de manera expresa por acuerdo arbitral o tácitamente al no interponer excepción una vez notificada la demanda, el asidero legal de lo afirmado puede observarse en el artículo 5 de la ley de arbitraje de Guatemala.

La referencia hecha a una institución, en el convenio arbitral, da la presunción legal que se somete al reglamento de dicha institución, de ahí que se desprende que la misma tiene dos estatutos, el que se refiere a su constitución que establece sus órganos de funcionamiento así como aspectos interiores de la organización y otro que es utilizado para poder realizar los arbitrajes que gestione, por tanto por la referencia se aceptan ambos estatutos.

El arbitraje institucional, se presenta como una alternativa de resolución de disputas atractiva, por su confidencialidad y celeridad, aunado a los años de experiencia de la institución así como de sus expertos que están a disposición de las partes, de la misma forma que la asistencia a las mismas, de manera análoga, las partes no tiene que preocuparse por realizar un conglomerado de reglas que regirán el proceso dado que para ello existen los estatutos que guiaran el proceso; proceso que ya está preestablecido, conjuntamente a lo anterior se garantiza la neutralidad, los casos de abuso de derecho por parte del tribunal arbitral o actos de corrupción, son extremadamente inusuales en la práctica, debido a que el listado de árbitros son personas que previamente han sido evaluados no solo académicamente sino éticamente por la organización .

Guatemala, posee dos instituciones arbitrales, siendo estas la Comisión de Resolución de Conflictos de la Cámara de industria de Guatemala y el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Guatemala.

Dentro de las instituciones regionales podemos mencionar la American Arbitration Association y el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, que son instituciones que han tenido una especial relevancia y que por consecuente es pertinente aludir a ellas como marco de referencia.

Por último y el marco de referencia internacional para las demás instituciones del globo, no solo como aspiración sino por su más de un siglo de experiencia en la resolución de controversias, encontramos a la Cámara de Comercio Internacional de París.

B. Arbitraje Ad-hoc:

A tenor de la definición del diccionario de la Real Academia Española que puede ser utilizado para interpretar la legislación guatemalteca tal y como lo establece la Ley del Organismo Judicial, en su artículo 11, la expresión Ad-hoc es: « *Loc.Lat. Literalmente “para esto”, Exp. U. Para referirse a lo que se dice o hace solo para un fin determinado* »¹⁸

En armonía con la definición trascrita, la razón de ser del arbitraje ad-hoc, son las controversias que surjan entre las partes, quienes en cuanto a la redacción del convenio arbitral deben ser mucho más meticulosas, lo que representa un gran reto, dado que no disponen de un estatuto preestablecido que gestione los elementos materiales o humanos necesarios para el proceso, dentro de los cuales puede mencionarse el nombramiento de los árbitros, su calidad, el espacio donde se llevara a cabo las audiencia.

Un aspecto todavía más importante a cuidar, es el escenario en el que el convenio arbitral no padezca de alguna patología, este extremo podría ejemplificarse, con el planteamiento en el que un convenio arbitral no indica el derecho aplicable, el procedimiento o la designación como a persona distinta de la nombrada como árbitro en el supuesto del fallecimiento de uno de los miembros del tribunal todo ello debe ser realizado por las partes contractuales, en tal sentido representa este tipo de arbitraje, un esfuerzo mucho mayor del que conlleva un arbitraje institucional.

¹⁸ Real Academia Española, *Óp, Cit*, <https://dle.rae.es/?id=0jmlLgY> fecha de consulta 20/08/19

Puede observarse cierta intención del legislador en la Ley de arbitraje de Guatemala, de resolver si bien no todo, algunos de los inconvenientes que presenta el arbitraje ad-hoc, e incluso puede afirmarse que en ese sentido existe un sesgo de dicha ley a procurar que el convenio arbitral sea funcional y no sea más que un mero instrumento decorativo, de ello da cuenta, las referencias hechas en los artículos 15 (3) y (4); 18 (1); 21 (3); 22 (2) y 34 del decreto legislativo en cuestión al artículo 9 del mismo cuerpo legal, por virtud del cual le da el derecho subjetivo de accionar al actor, ante un Juzgado de Primera Instancia Civil y Mercantil competente.

Dentro del Comercio Internacional, se prefiere un arbitraje institucional ante uno ad-hoc; por supuesto ello no quiere decir que este condenado al desuso y olvido entre los capítulos fríos de la historia del derecho arbitral, de ninguna manera, es más, sus “inconvenientes” son en otras áreas su mayor fortaleza, el terreno fértil para este tipo de arbitraje es el derecho civil así como las controversias entre Estados u Organismos internacionales y Estados

1.7.2. Por las características del laudo.

La legislación guatemalteca en el artículo 37 de la ley de arbitraje, posiciona a Guatemala dentro de los países que reconoce un sistema dualista desde el enfoque de las características de laudo, en razón de la validez del arbitraje de equidad así como de derecho.

El precepto legal aludido, denota que el legislador tenía conocimiento sobre el área del derecho que estaba regulando, de no ser así, hubiera podido optar por guardar silencio en cuanto a este aspecto, como el caso de algunas otras legislaciones.

A. Arbitraje de Derecho:

La referencia a la palabra derecho, en la denominación del arbitraje hace referencia a que el laudo será emitido apegado al derecho aplicable en la controversia sobre la que versare el procedimiento arbitral.

Es decir el tribunal arbitral debe de ajustar su proceder a las fórmulas legales que el derecho aplicable prescriba, interpretando y aplicando la normativa, de la misma manera que un juez lo hiciese.

La no mención en el convenio arbitral, de qué tipo de arbitraje se llevara a cabo, dentro de la legislación guatemalteca se entiende que las partes en el momento de

la suscripción del contrato hicieron referencia a un arbitraje de derecho, tal y como establece el último párrafo del artículo 37 del decreto 67-95 del Congreso de la Republica, en ese orden de ideas, puede afirmarse que el arbitraje de equidad tiene un carácter subsidiario, y que para su constitución es necesaria una manifestación expresa.

La actividad arbitral, para encontrar una solución a una controversia, indudablemente engulle aspectos no solamente académicos, sino psicológicos y de experiencia, por ello el trabajo cognoscitivo que implica, reclama, que las calidades del árbitro estén acordes a la magnitud del trabajo que se le presenta, en el caso del arbitraje de derecho con sede en Guatemala, los árbitros deben ser abogados.

El decreto 67-95 del Congreso de la Republica establece, que no pueden ser abogados los miembros del Organismo Judiciales.

B. Arbitraje de Equidad:

El arbitraje de equidad o de amigables componedores, es un tipo de arbitraje que tiende a ser más simple, porque esta despojado de las cadenas de las fórmulas legales, eso por supuesto no quiere decir que puede omitir ciertos principios fundamentales como el de igualdad o de contradictorio.

Los árbitros en este tipo de arbitraje, tienen que actuar apegados a los principios y valores fundamentales del país donde emiten su laudo y donde esperan que este sea ejecutoriado en caso de ser necesario.

Dentro del arbitraje de equidad no se arbitra, las circunstancias de hecho que son la razón de la controversia a la luz de una normativa, sino al leal saber y entender del árbitro, por ello es preferentemente que dentro de las calidades del mismo, se encuentre conocer el ámbito de desarrollo normal del área del conocimiento humano, que se somete a su consideración, de tal cuenta que como puede deducirse el árbitro no tiene que ser necesariamente abogado, ni siquiera es necesario tener un título universitario, claro que como es de suponerse es mejor que sean doctos en la materia sobre la que conocerá.

Resulta bastante interesante, que siendo Guatemala, un país conformado por abogados que tienden a idolatrar el formalismo y que presentan resistencia al cambio que implique dejar atrás ese viejo lastre, sea uno de los países que no exige que el laudo sea motivado si así lo deciden las partes contractuales en la redacción del convenio arbitral, como lo establece el artículo 40 (2) de la Ley de Arbitraje, por tanto el Tribunal Arbitral puede emitir un laudo bajo tal modalidad, no importando

si es de derecho o de equidad, no obstante, si es administrado por la Comisión de Resolución de Conflictos de la Cámara de industria de Guatemala o el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Guatemala, definitivamente el laudo tendrá que ser motivado, como lo exigen los estatutos de las instituciones antes mencionadas.

1.7.3. Por la forma en que se instaura el tribunal.

A. Arbitraje de Inversiones:

El arbitraje de inversiones, puede ser institucional o ad-hoc, es una herramienta procesal que permite dar una mayor confianza a los inversores extranjeros en los países receptores, la diferencia medular entre estos arbitrajes con los comerciales, es que el tribunal arbitral se instaura no por un convenio arbitral, sino por virtud de un tratado internacional bilateral o plurilateral.

En un arbitraje ad-hoc de inversiones no hay mucho que señalar tomando en cuenta, que las particularidades del mismo descansaran en la redacción de los términos del caso concreto, ahora bien en cuanto al arbitraje institucional de inversiones podemos mencionar al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a inversiones (CIADI), en el que curiosamente Guatemala ha sido de los pocos países a favor de quienes, dicha institución ha emitido un laudo favorable , para contextualizar « *en 2008, Iberdrola, que era propietaria de la Empresa Eléctrica de Guatemala, demandó a Guatemala el pago de Q.672 millones por la reducción al Impuesto de Valor Agregado de Distribución (VAD) que ordenó el gobierno. La transnacional eléctrica pretendía que su filial en el país, Empresa Eléctrica de Guatemala S.A., cobrara US\$11.36 por kilovatio a los usuarios de la misma, situación que la Comisión Nacional de Energía Eléctrica redujo a US\$ 4.24.*»¹⁹

*«El fallo del CIADI, la entidad del Banco Mundial encargada de resolver conflictos de inversión financiera entre entidades de distintos estados, ordena que la empresa Iberdrola le reintegre al gobierno de Guatemala US\$5.3 millones por el pago de sus abogados litigantes durante el caso.»*²⁰

¹⁹ ¹⁹Plaza Pública, García Juan Luis, Universidad Rafael Landívar, Disponible y acceso: <https://www.plazapublica.com.gt/content/centro-de-arbitraje-falla-favor-de-guatemala-en-el-millonario-caso-iberdrola> fecha de consulta 21/08/19

²⁰ *Ibíd.*

El arbitraje de inversiones es una herramienta moderna, que permite que tanto las personas individuales como las personas jurídicas o un Estado, accione en una institución neutral con la pretensión de que se le dé una indemnización, en razón que el Estado anfitrión tomo ciertas acciones u omisiones de mala fe, en perjuicio de los intereses de los inversionistas.

En Guatemala existen diecinueve acuerdos bilaterales de inversión para la protección de la inversión extranjera, que por supuesto son recíprocos para las naciones signatarias, dichos países son: « *Alemania, argentina, Bélgica, Chile, China, Corea del sur, Cuba, España, Finlandia, Francia, Israel, Italia, países bajos, Holanda, Suecia, Suiza, Australia , Trinidad y Tobago, la República de Turquía, y Republica Checa* »²¹

Así mismo, también existen siete tratados de libre comercio vigentes para Guatemala, en los que se encuentran capítulos referentes a las inversiones y la forma de resolución de las controversias, dichos instrumentos internacionales de derecho internacional público se han suscrito con « *Estados Unidos, México, El Salvador, Honduras, Costa Rica, Nicaragua, República Dominicana, China (Taiwán), Panamá, Colombia y Chile* »²²

Los acuerdo para la promoción y protección recíproca de inversiones, garantizan un trato justo, equitativo y sin ningún tipo de distinción.

B. Arbitraje Comercial:

El arbitraje comercial es un método alternativo de resolución de conflictos que se da entre personas jurídicas o individuales que mantienen relaciones de tipo comercial, en ese sentido una de las principales diferencias de este tipo de arbitraje con el de inversiones es que el tribunal se instaura por un convenio arbitral, ya sea en su manifestación de clausula arbitral o compromiso arbitral.

Ahora bien, cabe hacerse el planteamiento, de que si un Estado puede ser atraído a este tipo de arbitraje y la respuesta a este cuestionamiento es que sí, dado que en dicho supuesto el Estado actúa en Contratos Administrativos de Carácter privado, despojado de su poder de imperio.

²¹ Ministerio de Economía de Guatemala, Acuerdos de Inversión, Disponible y acceso: <https://www.mineco.gob.gt/acuerdos-de-inversi%C3%B3n> fecha de consulta 21/08/19

²² *ibíd.*

1.7.4. Por la característica de las personas jurídicas involucradas o el negocio jurídico mercantil

A. Arbitraje nacional:

Es el que se desarrolló cuando no existe ningún elemento de extranjería, en ese sentido, las partes no pueden acogerse a otras legislaciones que no sea la guatemalteca para la resolución de sus conflictos.

B. Arbitraje Internacional:

El artículo 2 b) ii) de la Ley de Arbitraje de Guatemala, en referencia a las consideraciones de determinación de un arbitraje internacional, indica que: «*el lugar del cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones de la relación comercial o el lugar con el cual el objeto del litigio tenga una relación más estrecha (...)*»,

De la lectura de dicho inciso, surge el cuestionamiento en cuanto a lo que se refiere el legislador, cuando hace alusión a « una parte sustancial (...) o el lugar con el cual el objeto tiene una relación más estrecha», en tal sentido la corte de Hong Kong dentro del caso *Fung Sang trading limited vs kai sun sea products and food company limited*, determinó que debe entenderse como « *el lugar donde se vendieron los bienes, el lugar de entrega y aceptación o el lugar donde se transfieren los riesgos o se cargan las operaciones*»²³ [Traducción propia]

Como es natural la regulación para un arbitraje nacional y un internacional va más allá de una simple denominación, tal y como podemos deducir del artículo citado; precepto legal trascendental en cuanto a *lex fori*, *lex arbitri* y derecho aplicable.

1.7.5. Por la especialidad.

A. Del arbitraje deportivo:

El arbitraje deportivo, es un arbitraje especial que tiene sus inicios en el ámbito internacional en el año de 1983, cuando el Comité Olímpico Internacional

²³ Suprema Corte de Hong Kong, *FUNG SANG TRADING LTD. v. KAI SUN SEA PRODUCTS & FOOD CO. LTD.* [1991] HKCFI 190; [1991] 2 HKC 526; HCMP 2674/199, Japón, 1991, Disponibilidad y Acceso: <http://www.hkii.hk/eng/hk/cases/hkcfi/1991/190.html> Fecha de Consulta: 10/09/2019.

crea el Tribunal de Arbitraje del Deporte, que tiene sede en la ciudad Suiza de Lausana.

Esta clase de arbitraje no solamente está dirigido a la resolución de conflictos de Fútbol, como podría crearse, sino también a todos aquellos deportes que están reconocidos como tales por el Comité Olímpico Internacional.

No obstante, que la inclusión del arbitraje deportivo es una institución, que ha sido incorporada a las legislaciones de varios países del mundo, en el caso guatemalteco, sus inicios fueron particulares, dado que su inclusión en la práctica del deporte de Guatemala, es el resultado de una investigación por corrupción iniciada por el Departamento de Justicia de los Estados Unidos de América, por la que la Fédération Internationale de Football Association -FIFA-, suspendió al Fútbol Guatemalteco, y amenazó con expulsar a la federación de fútbol de Guatemala, ante esta situación el Congreso de la República de Guatemala, en marzo de dos mil dieciocho, separó al fútbol de las disciplinas tuteladas por el Estado, y como consecuencia la entidad rectora ya no es la Confederación Deportiva Autónoma de Guatemala sino la FIFA.

Al ser la entidad reguladora del fútbol en Guatemala la FIFA, la federación de fútbol de Guatemala, automáticamente se ve regida por los estatutos de la este ente internacional, que en su artículo 10, impone a los miembros reconocer al tribunal de arbitraje deportivo de FIFA, a su vez, en el artículo 64 del mismo estatuto, indica las apelaciones del tribunal las conoce el Tribunal de Arbitraje del Deporte-TAS-, adscrito al Comité Olímpico internacional, por lo que el recurso de revisión contemplado por la Ley de Arbitraje de Guatemala, en contra de un laudo arbitral proveniente de un Arbitraje deportivo, no procede, primero porque no es el órgano competente para conocer y segundo porque el club deportivo ya renunció a ese derecho en su solicitar para ser miembro de FIFA.

En cuanto a la arbitrabilidad de un asunto relacionado al deporte es importante mencionar la Regla 27 del Código de Arbitraje deportivo del TAS, que está en vigor desde el 1 de julio de 2020, el cual indica que: « *Dichas controversias pueden referirse a cuestiones de principios relativos al deporte, a asuntos de naturaleza pecuniaria o a otras relativas a la práctica o el desarrollo del deporte y pueden incluir más generalmente cualquier actividad o asunto relacionado con el deporte.*», así mismo, se destaca que el TAS puede conocer en procedimiento ordinario o en apelación.

Con el ánimo de delimitar de mejor manera la arbitrabilidad, se trae a colación la Ley del deporte de España en la que en su artículo 87 indica que: «*Las cuestiones litigiosas de naturaleza jurídica deportiva, planteadas o que puedan plantearse entre los deportistas, técnicos, jueces o árbitros, Clubes deportivos, asociados, Federaciones deportivas españolas, Ligas profesionales y demás partes*

interesadas, podrán ser resueltas mediante la aplicación de fórmulas específicas de conciliación o arbitraje»

En conclusión, el arbitraje deportivo es un arbitraje especial, que está dirigido a resolver desavenencias que puedan surgir en el seno de un club deportivo, sin embargo, no son arbitrables los asuntos que se refieren al régimen disciplinario de un deporte y que resuelva el estatuto rector del deporte del que se trate, en otras palabras, el elemento pecuniario del arbitraje propiamente dicho, permanece en esta clasificación.

B. Del Arbitraje de Construcción:

Un sector que requiere especial atención para los empresarios y abogados, es el de la construcción, en donde ya sea que el Estado este o no involucrado, la interpretación y aplicación de este tipo de contratos, es sumamente importante para las actividades comerciales de cada país.

La Cámara Internacional de Comercio por conducto de la Comisión de Arbitrajes Internacionales define al Arbitraje de construcción como : *«todo tipo de disputas que surjan de proyectos para trabajos de construcción, pero principalmente aquellos relacionados con la ejecución de los servicios (p. ej.. Servicios de Ingeniería) y el trabajo necesario para la implementación de proyecto.»*

«Los arbitrajes de construcción también frecuentemente involucran reclamos muy específicos: Reclamos por demora e interrupción, reclamos por extensiones de tiempo y costos de prolongación, reclamaciones por daños liquidados y recargos, reclamos de aceleración y variaciones, entre otras cosas, que generalmente requieren metodologías sofisticadas para la cuantificación de daños y a menudo se benefician del uso de evidencia experta.»²⁴

En el caso Guatemalteco, se puede afirmar que el arbitraje de construcción es viable y es completamente arbitrable las materias sobre las que se pretende resolver, tal y como demuestra la experiencia jurisprudencial reflejada dentro de las Sentencias de Amparo de los expedientes 3288-2017; 3288-2017; 99-2018 ,119-2018 521-2018 y 539-2018, todos de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala, no obstante, vale la pena resaltar, que aunque la alta corte constitucional fallo en favor de los amparistas al declarar que el Estado no puede ser atraído al arbitraje

²⁴ Aceris Law, Arbitraje internacional de construcción, Suiza, 2018, Disponibilidad y Acceso: <https://www.international-arbitration-attorney.com/es/international-construction-arbitration/> fecha de consulta: 09/11/2020.

por no haber firmado el contrato, no significa que la Corte de Constitucionalidad se pronuncia sobre la arbitrabilidad de los contratos de construcción, sino más bien lo hizo sobre la viabilidad de las teorías de los terceros no signatarios que fueron aplicadas por el Tribunal del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Guatemala, en los casos de mérito.

1.8. Reconocimiento y ejecución de laudos Extranjeros en Guatemala

1.8.1. Generalidades.

Tiene que tomarse en consideración que, para que un laudo proveniente de un tribunal arbitral con sede en otro país, surta efectos jurídicos en Guatemala, debe tenerse en cuenta que el Estado guatemalteco, hizo reservas en la Convención de Nueva York, en referencia a la reciprocidad, por virtud de la cual Guatemala reconocerá un laudo extranjero cuando proviene de un país que tenga igual trato respecto a un laudo emanado de un tribunal con sede en Guatemala.

1.8.2. Tribunal competente para otorgar el reconocimiento.

Previo a entrar de lleno al caso guatemalteco, es importante resaltar que ninguna Convención se pronuncia en cuanto a los tribunales competentes para conocer, de ser necesario, el reconocimiento de un laudo extranjero, de igual forma la ley modelo guarda silencio en este sentido, lo que quizá haya sido acertado dado que la jerarquía administrativa del Organismo Judicial, varía en cada país, por ello puede inferirse que fue la intención de la Convención de Nueva York y de la Convención interamericana Sobre Arbitraje Comercial internacional de fecha 30 de enero de 1975 en la ciudad de Panamá- Convención de Panamá- así como de la Comisión de Naciones Unidas para la Unificación del Derecho Mercantil, no emitir ninguna disposición que específicamente se refiera a este aspecto, de ahí que se entiende que será el organismo legislativo de cada Nación, el encargado de establecer la competencia del tribunal.

No obstante, lo antes expuesto, al ser Guatemala parte de la Convención de Nueva York y de la Convención de Panamá, el legislador no puede establecer un estándar de reconocimiento más alto del preceptuado en el espíritu mismo de ambos tratados.

En cuanto a la solicitud de exequatur entendiéndose este como « *Reconocimiento en un país de las sentencias dictadas por tribunales de otro Estado.* », que aplicado al derecho arbitral se refiere al Tribunal Arbitral constituido en otro Estado, el

legislador guatemalteco, tenía la facultad de otorgar competencia al pleno de la Corte Suprema de Justicia, a una cámara de la Corte Suprema de Justicia, a una Sala de Apelaciones, a un Juzgado de Primera Instancia , a un Juzgado de Paz o incluso crear un órgano jurisdiccional especializado en la materia, dado que de conformidad al artículo 203 de la Constitución Política de la República de Guatemala «*La función jurisdiccional se ejerce, con exclusividad absoluta, por la Corte Suprema de Justicia y por los demás tribunales que la ley establezca.*», por lo que el legislador gozaba de cierta libertad para establecer, el Tribunal competente para conocer del reconocimiento.

En ese sentido, de manera congruente, el Organismo Legislativo otorgo competencia para el reconocimiento a un Juzgado de Primera Instancia, lo que resulta apropiado dado que dicho órgano jurisdiccional conoce de procesos de conocimiento así como el Tribunal Arbitral, además es importante resaltar que el organismo legislativo hizo la salvedad de que el Órgano jurisdiccional pueda ser civil o mercantil, quizá previendo que en un futuro se creen órganos especializados en derecho mercantil.

En conclusión, en Guatemala el proceso de reconocimiento deberá ser conocido, actualmente, por el Juzgado de Primera Instancia Civil, atendiendo en el ámbito territorial al «lugar del domicilio de la persona contra quien se intenta ejecutar el laudo o en el lugar donde se encuentren sus bienes» , sin embargo, debe tenerse en cuenta que el pleno de la Corte Suprema de Justicia puede por acuerdo en pleno designar un Juzgado de Primera Instancia Civil específico, por lo que en todo caso es prudente revisar si la corte ha emitido un acuerdo en tal sentido previo a solicitar el reconocimiento.

1.8.3. Procedimiento de Reconocimiento:

Reconocer es « *Admitir o aceptar que alguien o algo tiene determinada cualidad o condición.* »²⁵, para efectos de este apartado, la palabra se refiere a equiparar un laudo extranjero a una sentencia de un Juzgado de Primera Instancia, para que este se revista de las mismas calidades, en tal sentido, el artículo 46 (2) de la ley de arbitraje indica que «*La parte que invoque un laudo o pida su ejecución deberá presentar, ya sea el original del documento en el que se haga constar el laudo, debidamente autenticado, o copia debidamente certificada de dicho documento, y el original del acuerdo de arbitraje a que se refiere el artículo 10 o copia debidamente certificada del mismo. Si el laudo o el acuerdo no estuviera redactado*

²⁵ Real Academia Española, *Óp, cit*, Disponibilidad y acceso: <https://dle.rae.es/reconocer?m=form>
Fecha de Consulta: 06/11/2020.

en español, deberán ser traducidos a dicho idioma, bajo juramento por traductor autorizado en la República, y de no haberlo para determinado idioma, será traducido bajo juramento por dos personas que hablen y escriban ambos idiomas, con legalización notarial de sus firmas. »

En cuanto al término, autenticación, en referencia al documento original o la copia certificada, no existe un procedimiento específico para los laudos extranjeros, por lo que por analogía en el caso de que el laudo arbitral no provenga de un país que sea parte de la Convención Sobre la Supresión de la Exigencia de Legalización de los Documentos Públicos Extranjeros de 1961, se debe utilizar el trámite para documentos provenientes del extranjero, conocido como pasos de ley desde 1929 cuando se ratificó la convención que adoptó el código de derecho internacional privado, vigente en Guatemala.

En tal sentido, la misión diplomática de Guatemala acreditada en el país de donde proviene el laudo, debe autenticar la firma del funcionario público que hubiese dado fe de la autenticidad del laudo, posteriormente el mismo será enviado a Guatemala y la parte que esté buscando el reconocimiento, tendrá que presentar en el Ministerio de Relaciones Exteriores, el documento, cubriendo lo referente al pago del timbre fiscal por un valor de Q.10.00, una vez en el Ministerio, el mismo por conducto del Departamento de Auténticas, verificara dentro de las firmas registradas en dicha dependencia, si la firma que calza en el documento es la del cónsul acreditado en el país de proveniencia.

Por otro lado, si el laudo proviene de un país que sea parte de la Convención Sobre la Supresión de la Exigencia de Legalización de los Documentos Públicos Extranjeros de 1961, la cual fue incorporado al ordenamiento jurídico guatemalteco por decreto 1-2016, le es aplicable el artículo 1 (d), en cuanto a las certificaciones oficiales que hayan sido puestas sobre documentos privados, en relación a la autenticación de firmas.

Debe destacarse que en el caso de laudos Extranjeros que estén escritos en otro idioma, que no sea el español, se debe de traducir tal y como lo indica el artículo citado de la Ley de Arbitraje posteriormente a la autenticación realizada por el departamento de auténticas del Ministerio de Relaciones Exteriores o en el caso de no ser necesarios los pasos de ley, el Laudo debe ser enviado a Guatemala en su idioma original.

Resulta interesante, que respecto a la traducción del laudo arbitral, la legislación guatemalteca no se pronuncie en cuanto a un medio de impugnación de la traducción, que puede resultar gravosa para la parte ejecutada.

1.8.4. Proceso de ejecución:

Al hablar de la posibilidad de Ejecución de un Laudo Extranjero, se debe hacer un breve recorrido sobre las distintas normativas que rigen el proceso.

Es interesante, destacar que el Código de Derecho Internacional Privado, hace una única mención al derecho arbitral y en especial referencia a la ejecución del laudo extranjero, en su artículo 432 al indicar que le son aplicables a los procesos arbitrales las disposiciones de los artículos del 423 al 431 del mismo, los cuales hacen alusión a la ejecución de sentencias dictadas por tribunales extranjeros, en materia civil, no obstante el artículo 423 (4) por virtud del principio de máxima efectividad contenido en la Convención de Nueva York y el artículo 45 (2) de la ley de arbitraje, no es aplicable.

En ese orden de ideas, la Convención de Nueva York enfoca la ejecución desde el punto de vista de sus motivos de denegatoria en su artículo 36 al igual que la Convención de Panamá.

La Convención de Nueva York y la Convención de Panamá son los instrumentos de derecho internacional público en materia de arbitraje, firmados y ratificados por Guatemala, ambos se pronuncian en cuanto a la ejecución en el sentido de los motivos de denegatoria de la misma.

Capítulo II

De la arbitrabilidad.

2.1. Generalidades.

El término arbitrabilidad, presenta bastantes aristas que en ocasiones lo tornan confuso, por ello será necesario realizar un análisis minucioso; por lo que en principio, en sentido positivo, puede decirse que la arbitrabilidad consiste en todo aquello que puede someterse al conocimiento del arbitraje; para mejor ilustrar es prudente citar el artículo 1676 del Código Judicial de Bélgica que en su inciso primero indica en cuanto al arbitraje que: « *Cualquier reclamo pecuniario puede ser sometido a arbitraje. Las Reclamaciones no pecuniarias con respecto a sobre el cual se puede llegar a un acuerdo de conciliación, también se puede someter a arbitraje* » [Traducción propia.]

Otro ordenamiento jurídico que se pronuncia en cuanto a la arbitrabilidad, es el Código de Procedimientos Civiles de los Países Bajos en su artículo 1020 al indicar que: « *Las partes pueden acordar someterse a arbitraje en disputas que hayan surgido o puedan surgir entre ellas a partir de una relación legal definida, ya sea contractual o no.* » [Traducción propia.]

El alcance y límite de la arbitrabilidad tiene un enfoque contractual y otro sustancial, el primero es inherente al mismo arbitraje, porque pese a que una controversia pueda ser completamente arbitrable, al no existir convenio arbitral que pueda obligar a las partes de la desavenencia a resolverlo mediante este método alternativo de resolución de conflictos, el tribunal arbitral no puede conocer ni mucho menos decidir sobre el mismo.

En cuanto al enfoque sustancial, la doctrina internacional, distingue que el género es la arbitrabilidad, pero tiene dos especies, siendo estas la arbitrabilidad objetiva, « *En sentido material: las cuestiones sobre las que versa el arbitraje deben referirse a derechos que podían, legalmente, someterse a arbitraje*»²⁶ y La arbitrabilidad subjetiva: « *en sentido personal: las personas que otorgaron el acto deben haber tenido capacidad para someterse a juicio de árbitros*»²⁷

No obstante, la Convención de Nueva York, que como se ha dicho en párrafos precedentes es un instrumento internacional de derecho internacional público,

²⁶ Caivano, Roque, «Arbitrabilidad y orden público», Revista de Derecho, Perú, 2013, editorial Pontificia Universidad Católica de Perú, pág. 64

²⁷ *Ibíd.*

bastante exitoso y que ha contribuido a la uniformidad del derecho arbitral, no proporciona una definición de arbitrabilidad, por lo que deja al Estado firmante en uso de sus facultades reguladoras, determinar la materia que puede ser objeto de arbitraje.

El objeto materia del arbitraje en sentido negativo, se refiere a que el Estado prohíbe que sean sometidos al conocimiento de los tribunales arbitrales un área específica del derecho, una institución jurídica o un estado jurídico, pero no las controversias que se deriven de una de estas, por tanto es imperioso determinar la naturaleza jurídica de la controversia, tanto para los litigantes como para el mismo tribunal arbitral.

2.2. De la naturaleza jurídica:

Es menester señalar la naturaleza jurídica de la arbitrabilidad, la cual resulta especialmente difícil determinar, dado que la misma intenta ser encuadrada desde tres enfoques, como veremos en los párrafos siguientes.

El primero, afirma que la arbitrabilidad es de naturaleza contractual, porque son las partes, quienes establecen la naturaleza de las controversias que están dispuestas que se sometan a conocimiento de árbitros, normalmente serán sobre el giro corriente del negocio que tengan en común.

Es frecuente escuchar alegatos de alguna de las partes del arbitraje, en moot courts, relacionados con la invalidez del acuerdo arbitral por virtud de la Inarbitrabilidad del objeto materia del arbitraje, no obstante aunque el argumento no es absurdo, la imposibilidad de arbitrar sobre una materia no invalida, per se, el convenio arbitral, dicho alegato puede ser válido únicamente si la parte que invoco el proceso arbitral está tratando de someter a arbitraje, controversias que en el acuerdo arbitral no se hayan acordado llevar al fuero arbitral, cuestión que debe de tenerse sumo cuidado, dado que para que dicho argumento sea procedente es necesario ser minucioso para determinar la naturaleza de la controversia, debido a que si bien es cierto la controversia pueda rozar con ciertos aspectos inarbitrables bajo la *lex arbitri* o el derecho aplicable, ello no implica su indiscutible expulsión de la esfera del conocimiento de los árbitros.

Otro argumento recurrente sobre la invalidez del acuerdo arbitral se relaciona con la arbitrabilidad subjetiva, que versa sobre el planteamiento que una de las partes atraídas al fuero arbitral, argumenta que la persona que firmó en su representación no tenía las calidades suficientes para aceptar el acuerdo arbitral; tal es el caso de

un Estado que señale que el funcionario público que firmó no tenía las facultades para hacerlo o bien cuando existe múltiples personas involucradas, ante tales afirmaciones, debe examinarse si la parte que lo alega, aprovechó el fruto del negocio jurídico- comercial, que de ser así, procedería invocarse una doctrina arbitral que los vincule y se ajuste a las características de la controversia.

Por tanto, que una controversia sea inarbitrable a la luz de la *lex arbitri* o del derecho aplicable, no es un asunto que esté relacionado con la validez del acuerdo arbitral *per se*; debido a que la naturaleza jurídica de la arbitrabilidad no es de carácter contractual, por ello argumentar acerca de la validez o no de un acuerdo arbitral, bajo el argumento de la Inarbitrabilidad objetiva del objeto materia del arbitraje, resulta impertinente, a menos claro que se trate de arbitrabilidad subjetiva.

Desde otro enfoque, puede afirmarse también que la naturaleza jurídica de la arbitrabilidad es de ser, un requisito de jurisdicción arbitral, en razón que lo primero que el tribunal arbitral determina es la validez del acuerdo arbitral, una vez que haya establecido que el mismo no padece de alguna patología, procede en un segundo momento a examinar si la controversia es susceptible a ser resuelta por ellos, es decir en el primer momento no existe jurisdicción arbitral, sino hasta el segundo, en el que ya está instaurado el tribunal arbitral.

Ahora bien, en teoría el tribunal arbitral puede conocer de cualquier controversia sin importar su naturaleza, al ser un ente ajeno al poder soberano de cualquier Estado, sin embargo, el tribunal debe asegurarse que su laudo tenga eficacia jurídica, ante la posibilidad que la parte vencida, no lo cumpla y sea necesario la ejecución por los tribunales estatales, en ese sentido cobra especial importancia el tipo de arbitraje en relación a si es nacional o internacional, en virtud que si el laudo puede llegar a ser ejecutado en un país en donde la controversia sí es susceptible a ser llevada al fuero arbitral, el tribunal, puede optar por ignorar el derecho del foro, contrario sensu, si se tratase de un arbitraje nacional, irremediamente el tribunal arbitral tendría que resolver en total apego al ordenamiento jurídico interno del país, para que este posteriormente pueda ser ejecutado por un tribunal estatal.

Por último, puede decirse que la arbitrabilidad en cuanto a su naturaleza jurídica, es de ser, un requisito legal, dado que es el Estado quien determina que materia no puede someterse al conocimiento de los árbitros, por tanto se entiende que lo que no está prohibido está permitido, pero en virtud que los principios económicos y culturales varían en cada región del mundo, no existe uniformidad al respecto, sin embargo en relación a esto debe tomarse en cuenta el principio de máxima efectividad.

En conclusión, en primer lugar podemos afirmar que, la validez del acuerdo arbitral y la arbitrabilidad de la controversia no están relacionadas per se; segundo, un acuerdo arbitral puede ser válido y por tanto el tribunal arbitral competente para conocer una controversia pero por virtud de la naturaleza de la materia puede abstenerse de conocer del fondo; y por último, la arbitrabilidad toma matices diferentes ante un arbitraje nacional y un internacional.

2.3. La arbitrabilidad desde la convención de Nueva York:

Es pertinente hacer el planteamiento, a cerca de la ley que determina la arbitrabilidad, en ese sentido en prima face, puede apuntarse que este requisito, es de tal importancia que de este depende lograr el fin último del proceso arbitral, que es la resolución de un conflicto, y ello porque como es lógico pensar, el laudo debe ser cumplido, aunque el procedimiento de ejecución no es objeto de estudio de esta obra, sí debe señalarse que cada Estado determina un procedimiento distinto para hacerlo.

La Convención de Nueva York, no se pronuncia al respecto, no obstante, como ya se ha señalado, el principio de máxima efectividad y de estándar máximo, deben predominar en la decisión de los tribunales estatales, de otro modo el Estado atentaría contra sus compromisos internacionales, al imponer un estándar más alto que el de la convención.

Lo referente a que disputas pueden o no someterse a conocimiento de los árbitros, presenta diferencias a tenor de la etapa procesal, ya sea en el inicio del proceso arbitral o bien en la ejecución del laudo, inclusive a mitad del proceso, al surgir como resultado del diligenciamiento de la prueba por parte del tribunal arbitral, evidencia que haga pensar a los árbitros que de haber conocido esa información al inicio del proceso, no se hubiesen declarado competentes; los anteriores enfoques son relevantes dado que de no ser considerados, pueden afectar la eficacia del laudo; después de todo el derecho de solicitar la revisión del laudo por una de las partes subsiste después del proceso arbitral, y que en el caso guatemalteco no es un remedio procesal como la ley modelo lo preceptúa sino más bien un medio de impugnación que deslegitima al arbitraje, al permitir a la Sala de Corte de Apelaciones competente, ahondar sobre el fondo del laudo e incluso modificarlo.

El concepto de arbitrabilidad al ser delegado por la CNUDMI indirectamente al no incluir una definición de la misma en la ley modelo, a cada Estado, presenta cierta disparidad que es difícil determinar, después de todo los árbitros son seres

humanos, que han sido criados en determinado país e instruidos en una tradición jurídica específica, por lo que pedirles que conozcan el contexto económico, social, cultural y legal de varios países, resulta bastante difícil; claro que este aspecto es mitigado por las instituciones de arbitraje que nombran árbitros que tenga dichos conocimientos o que al menos tengan una idea, pero también hay árbitros que no son abogados, por lo que la tarea de llevar a puerto seguro el proceso se torna más arduo.

En relación a lo anterior, el tribunal arbitral no le debe obediencia o sumisión a la *lex arbitri* del foro del arbitraje, y siendo que en *lato sensu* el límite de la arbitrabilidad es el principio de orden público, en un arbitraje internacional debe tomarse un enfoque del mismo tipo, por ello es pertinente citar las recomendaciones de la International law association que definen el orden público como: « 1) *los principios fundamentales relativos a justicia y moralidad que el Estado desea proteger aun cuando no estén directamente involucrados.* 2) *Las reglas designadas para servir a los intereses políticos, sociales y económicos de dicho Estado, conocidos como leyes de policía;* y. 3) *el deber del Estado de respetar sus obligaciones ante otros Estados u organismos internacionales*»²⁸

En cuanto al primer supuesto de la definición que antecede, los principios de justicia y moralidad hacen referencia a los actos y negocios jurídicos que «*socaven la legitimidad de las instituciones públicas, atenten contra la sociedad, así como el desarrollo integral de los pueblos*»²⁹.

Los laudos no pueden hacer cumplir contratos que son ilegales bajo la ley aplicable, o que de otro modo conduzca a acciones ilegales, la Corte Suprema de Singapur, al respecto ha dicho que: « *una parte que trata de confiar en tal ilegalidad, donde esta última ha sido rechazado por el tribunal arbitral, tiene que proporcionar las pruebas de que el contrato subyacente era ilegal, y que el error fue de tal naturaleza que la ejecución del laudo sería claramente perjudicial e iría contra las nociones y principios fundamentales de Justicia*»³⁰

²⁸ International Council for commercial arbitration, guía de ICCA para la interpretación de la convención de nueva york de 1958 *óp. Cit.*, pag.54

²⁹ Organización de los Estados Americanos, Preámbulo de la Convención Interamericana Contra la Corrupción.

³⁰ Corte Suprema de Singapur 16 July 2010, [2010] SGHC 201, Republica de Singapur, 2010 Disponible y acceso: <https://www.singaporelawwatch.sg/Judgments/High-Court/pager/660/page/59>
Fecha de Consulta: 12/10/2019.

En síntesis, el tribunal, no puede permitir que el arbitraje sea utilizado como medio para defraudar a los Estados, por virtud de un principio de derecho internacional público consagrado en una Convención, el arbitraje definitivamente, no es el medio de legitimación de conductas en contra del ordenamiento interno de un país, como puede maliciosamente pretender una de las partes en un contrato ilegal.

Prosiguiendo con el análisis, en cuando al segundo inciso de la definición, la expresión normas de policía, se aplica a casos internacionales típicos, es decir una serie limitada de supuestos comunes a las naciones civilizadas del globo, y que a su vez sean de tal importancia que no pueden ser dejados de lado por el Tribunal Arbitral, dado que las mismas tienen un objeto intrínseco de ser aplicadas, de tal cuenta que no pueden ser excluidas por la autonomía de la voluntad de las partes.

Por último, las obligaciones internacionales contraídas por el Estado no pueden ser utilizadas para defraudar a otros Estados u Organismos Internacionales, ni tampoco puede hacer uso el Estado de sus facultades legislativas con el fin fraudulento de incumplir con dichas obligaciones.

En conclusión, la arbitrabilidad, es el requisito contractual, jurisdiccional y legal, que permite al tribunal arbitral, ejercer su potestad sobre aquella controversia sometida a su conocimiento, por tanto la arbitrabilidad es el límite a la jurisdicción arbitral ejercida, por lo general en el lugar de sede del arbitraje y de ejecución del laudo, dicho límite deviene de la fuente propia del poder del tribunal arbitral, dado que este no proviene del poder del Estado sino de la libertad de autorregulación, por tanto sus resoluciones únicamente pueden ser vinculantes, para las partes del proceso arbitral .

2.4. *Perspectiva de la arbitrabilidad en el derecho comparado.*

Con el ánimo de poder comprender la institución de la arbitrabilidad, se hace una pequeña relación de algunos decretos legislativos de otros países, en relación al derecho arbitral, para poder así tener distintos enfoques.

2.4.1. La arbitrabilidad en Chile:

A diferencia de la ley de arbitraje de Guatemala, el decreto legislativo número 19.971, Ley sobre arbitraje comercial internacional, del Congreso Nacional de Chile vigente desde el veintinueve de septiembre de dos mil cuatro, no tiene una

disposición específica sobre la arbitrabilidad de una controversia sometida a tribunales arbitrales, sino más bien se encuentra dispersa dentro de la misma, específicamente en los artículos 8, 34 y 35.

La Ley sobre arbitraje comercial internacional de Chile, en cuanto al arbitraje internacional, el artículo 34 que preceptúa lo relativo al recurso de nulidad, único medio que puede interponerse ante la ejecución de un laudo extranjero, indica que se tomaran los conceptos de arbitrabilidad del país donde se haya emitido el laudo, es decir la *lex arbitri* o el derecho aplicable son las regulaciones que determinaran la arbitrabilidad de una controversia, en otras palabras, si en el país sede no es susceptible de arbitraje la materia del procedimiento arbitral, tampoco lo es en Chile.

Otra causa que no permite la ejecución y está íntimamente ligado con la arbitrabilidad es el orden público, así mismo el legislador chileno reserva el derecho que le corresponde como ente encargado de emitir leyes, que por disposición expresa dejen una materia fuera del conocimiento del arbitraje.

En conclusión, puede afirmarse que el derecho arbitral chileno, no es pro arbitraje, pero tampoco es anti arbitraje sino se encuentra en un sistema medial con cierto sesgo al pro arbitral.

2.4.2. La arbitrabilidad en Perú:

El decreto legislativo número 1071, Ley de arbitraje, vigente desde el veintisiete de junio de dos mil ocho es una ley sumamente avanzada para Latinoamérica, por ejemplo, resuelve entre otros el problema de personas individuales o jurídicas que no han aceptado ningún convenio arbitral pero sí han tomado una actitud importante en la negociación y ejecución de un contrato principal que tienen una persona individual o jurídica que sí ha prestado su consentimiento a resolver sus controversias mediante el arbitraje, por lo que pueden tomar la calidad de demandantes o demandados, en otras palabras teorías como las del grupo societario, levantamiento del velo societario, arbitrajes multipartes están inmortalizadas en la ley del Perú.

Ahora bien, en cuanto a la arbitrabilidad, dentro de la ley en cuestión sí existe un precepto dedicado a ilustrar a los litigantes, siendo este el artículo 2, que le da preeminencia al principio de la autonomía de la voluntad sin más límite que el orden público internacional, propiamente dicho, que es de carácter sumamente excepcional.

En conclusión, la ley de arbitraje peruana, hace de El Perú parte del grupo de países con un sistema pro-arbitraje, que implementa no solo la ley modelo de CNUDMI de

1985 sino también de 2006, y sobre ello puede observarse que la doctrina y jurisprudencia internacional sobre derecho arbitral, jugo un papel preponderante en su redacción.

2.4.3. La arbitrabilidad en Colombia.

La ley 1563, denominada como Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional, del Congreso de la República de Colombia, vigente desde el doce de octubre del año dos mil doce, es una ley innovadora en su totalidad quizá una de las más modernas de la región, la sola separación de capítulos destinados a regular el arbitraje nacional del internacional, presenta una mejor manera de comprensión y aplicación de la ley 1563.

Dicha ley, tiene aspectos relevantes tales como la resolución del arbitraje con múltiples partes, así como pronunciarse sobre la posibilidad de más de un derecho aplicable a la controversia; entre otros aspectos.

Como resultado, Colombia es un país amigable con el arbitraje internacional, dado que respeta el principio de estándar máximo de la Convención de Nueva York, además de que, como debe ser, el recurso que se puede interponer contra un laudo extranjero faculta a las cortes nacionales, conocer únicamente sobre aspectos de forma y no de fondo.

En conclusión, la arbitrabilidad a la luz de la ley de arbitraje colombiana es favorable, y resuelve a su vez varios otros problemas procedimentales que aquejan a otras regulaciones sobre la misma materia, en la región.

2.4.4. La arbitrabilidad en Francia:

Respecto a la arbitrabilidad en Francia el código civil Francés en su artículo 2060 que indica: *«No se pueden celebrar acuerdos de arbitraje en asuntos del Estado y la capacidad de las personas en relación con divorcio y separación judicial o en disputas relativas a organismos e instituciones públicas y, en general, en todos los asuntos de política pública. (Ley Nº 75-596 del 9 de julio de 1975) Sin embargo, las categorías de instituciones públicas de carácter industrial o comercial puede ser autorizadas por decreto para celebrar acuerdos de arbitraje»* [Traducción propia].

2.5. Perspectiva de la arbitrabilidad en Guatemala:

La arbitrabilidad está inseparablemente unida con la legislación de un país, *«el arbitraje no puede flotar en el firmamento transnacional, sin conexión con ningún*

*ordenamiento jurídico nacional»*³¹ , ya sea en el que tiene su sede el tribunal o bien en donde se ejecute el laudo.

Respecto al tema que le atañe a este apartado, el ordenamiento jurídico guatemalteco dedica un artículo específico, que pese a que ya ha sido motivo de análisis, al tratar lo relativo al principio de orden público, es menester volverle a traer a colación dado que, la arbitrabilidad «se refiere a la necesidad de determinar qué clases de controversias pueden resolverse por arbitraje y cuales quedan relegadas exclusivamente al dominio de los tribunales de justicia nacionales»³² de ahí la importancia del artículo 3 de la Ley de Arbitraje, la cual indica que es objeto materia del arbitraje: «1) *La presente ley se aplicará en todos aquellos casos en que la controversia verse sobre materias en que las partes tengan libre disposición conforme a derecho.* 2) *También se aplicará la presente ley a todos aquellos otros casos en que, por disposición de otras leyes, se permita el procedimiento arbitral, siempre que el acuerdo arbitral sea válido conforme esta ley.* 3) *No podrán ser objeto de arbitraje: a) Las cuestiones sobre las que haya recaído resolución judicial firme, salvo los aspectos derivados de su ejecución.* b) *Las materias inseparablemente unidas a otras sobre las que las partes no tengan libre disposición.* c) *Cuando la ley lo prohíba expresamente o señale un procedimiento especial para determinados casos.* 4) *Quedan excluidos del ámbito de aplicación de la presente ley los arbitrajes laborales.»*

En cuanto, al inciso primero del artículo 3 de la ley de arbitraje, consagra un principio general de arbitrabilidad, «*Es norma admitida en materia de arbitraje comercial internacional, la de que no habiendo una disposición en contrario en el procedimiento estatal, el árbitro provee sobre su propia competencia*»³³ , por lo que se deduce que cualquier disputa de naturaleza comercial contractual o no, es arbitrable, y por consiguiente puede resolverse mediante una transacción, en ese sentido esta disposición resulta tener un carácter de suficiente generalidad como para garantizar, que no exista un abuso excesivo de intromisión del Estado, en la vida de los particulares, es decir que mientras la sustancia de la controversia no encuadre en alguno de los supuestos del inciso 3 del mismo artículo, es posible someter la misma al conocimiento de los árbitros.

En el mismo orden de ideas, el Código de Procedimientos Civiles de los Países Bajos, se expresa de similar manera a la ley de arbitraje guatemalteca, solo que

³¹ Alan Redfern y otros, *óp, cit.* pág. 170

³² *Ibíd.* p. 227

³³ DERAIS, (Yves): "*Jurisprudencia Arbitral de la Cámara de Comercio Internacional*". Gráficas Joaquín Morales, Madrid, 1985, Disponibilidad y Acceso: <http://servicio.bc.uc.edu.ve/derecho/revista/1-2000/1-2000-> Fecha de consulta: 12/10/2019.

redactado en sentido negativo, como puede observarse de la lectura del artículo 1020 (3): « *El acuerdo de arbitraje no servirá para determinar las consecuencias legales de las cuales las partes no pueden disponer libremente.*»[Traducción propia.]

Dentro de las áreas que son excluidas del conocimiento de los árbitros encontramos, aunque no taxativamente pero por ius cogens y por las características propias de algunas áreas del derecho, así como de su naturaleza es fácil deducir que no son materia de libre disposición materias tales como el derecho penal.

De lo anterior, puede utilizarse como ejemplo, el ius puniendi del Estado, siendo que el derecho penal « *es el derecho del Estado a determinar los delitos, señalar, imponer y ejecutar las penas correspondientes o las medidas de seguridad en su caso. Si bien es cierto la potestad de “penar” no es un simple derecho, sino un atributo de la soberanía estatal, ya que es al Estado con exclusividad a quien corresponde esta tarea, ninguna persona (individual o jurídica) puede arrogarse dicha actividad que viene a ser un monopolio de la soberanía estatal*»³⁴, como poder indelegable del Estado, el mismo en uso de facultades soberanas no puede encargarse al fuero arbitral, el control de la investigación penal así como su resolución.

Otra área excluida del conocimiento de los árbitros es el derecho de familia que en el caso guatemalteco la ley de tribunales de familia prescribe que « *Corresponden a la jurisdicción de los Tribunales de Familia los asuntos y controversias cualquiera que sea la cuantía, relacionados con alimentos, paternidad y filiación, unión de hecho, patria potestad, tutela, adopción, protección de las personas, reconocimiento de preñez y parto, divorcio y separación, nulidad del matrimonio, cese de la unión de hecho y patrimonio familiar.*»

Del precepto legal citado, se deduce que el derecho de familia, versa sobre el Estado Civil de las personas como vínculo que sostiene una persona con otras así como un estado y nación, de tal cuenta que los derechos, instituciones y vínculos jurídicos son sobre la persona humana, como parte integral de un núcleo familiar así como social y no comercial, por tanto no son transigibles, de lo que se infiere que no está dentro de la esfera del conocimiento del derecho arbitral.

³⁴ De Mata Vela, José Francisco, Héctor Aníbal de León Velasco, *Derecho Penal guatemalteco, parte general*, tomo I, vigésima tercera edición, Guatemala, Magna Terra editoriales, 2013 Pág. 4.

En otras palabras, las disputas que pueden resolverse por transacción así como ser tramitadas en juicio ordinario en la jurisdicción estatal, por ser jurídicamente relevantes y, que a su vez no tengan un procedimiento específico son susceptibles a ser también, tramitadas en la vía arbitral, de tal manera que las controversias que surjan de contratos de promesa, de opción, de compraventa, usufructo, de obra, de servicios profesionales, sociedad civil y de fianza son completamente arbitrables.

Igualmente en el caso de los contratos de constitución de sociedades mercantiles y los que surjan en la vida social de las mismas, aunque este aspecto en específico, será analizado en los capítulos V y VI de la presente obra, del mismo modo los contratos de leasing, de edición y de franquicia,

Claro está, que es imposible e indeseado enumerar los contratos cuyas controversias puedan ser tramitadas en arbitraje, dado que la arbitrabilidad, no obedece, a la naturaleza del contrato, sino de la controversia.

El siguiente punto a tratar, es lo concerniente al inciso 2 del artículo 3 de la Ley de Arbitraje de Guatemala, que al realizar un estudio del ordenamiento jurídico guatemalteco, resulta evidente la existencia de varias referencias al arbitraje dentro de la legislación interna, que pueden fácilmente pasar desapercibidas, dado que su mención es tan somera en leyes específicas que fácilmente pueden escapar de la atención del lector.

Dicho lo anterior, el artículo 133 del decreto 33-98 del Congreso de la República de Guatemala, Ley de Derecho de Autor y derechos conexos, -Ley de Derechos de Autor-, establece como juicio tipo, el juicio oral, regulado en el decreto ley 107, Código Procesal Civil y Mercantil, no obstante, en el segundo párrafo, hace la salvedad que puede utilizarse como método de resolución de conflictos el arbitraje; salvedad que implica un gran avance para el arbitraje guatemalteco, dado que taxativamente el legislador indica que la arbitrabilidad de los derechos de autor y derechos conexos pueden ser conocidos en arbitraje.

Hay que mencionar, que en lo que respecta, a los derecho de autor, la jurisprudencia de otros países como el del caso *Desputeaux v. Éditions Chouette* la Suprema Corte de Canadá, determino, *«Al tratar la cuestión de la jurisdicción en la Ley de Derecho de Autor de Canadá, sostuvo que el simple hecho de que el tribunal arbitral tuviera que aplicar reglas que formaran parte del orden público no hizo que la disputa no fuera arbitrable. Del mismo modo, el hecho de que la decisión también pudiera afectar a terceros, en la medida en que el tribunal arbitral puede*

determinar la existencia de un derecho de autor, no se consideró suficiente para hacer que la disputa no sea arbitrable»³⁵ [Traducción propia.]

Los derechos de propiedad industrial, deben ser registrados en el Registro de Propiedad Intelectual, para que efectivamente sus titulares puedan gozar de los derechos patrimoniales y morales de sus respectivas obras, además de acreditarlos a defender su obra ante el plagio; las patentes y marcas comerciales, son inscripciones registrales, de carácter público, por lo que el legislador acertadamente, al indicar la arbitrabilidad de este tipo de derechos, por virtud del artículo 182 del decreto 57-2000 del Congreso de la República de Guatemala, asegura la eficacia jurídica del laudo arbitral, dado que autoriza a un tribunal arbitral a determinar que se modifique una inscripción registral, en un registro público, y a su vez que este último no pueda negarse, a realizar la modificación o incluso la anulación de una patente o marca, por lo que, el carácter erga omnes, del laudo arbitral en cuanto a aspectos que versen sobre esta materia es indiscutible, añadido a lo anterior no se condiciona a las partes a utilizar como derecho de fondo, el ordenamiento jurídico guatemalteco, como resultado, virtualmente puede utilizarse la legislación de otro país, sin ningún obstáculo.

Otro aspecto relevante, es sobre la arbitrabilidad, de los contratos privados de la administración pública, respecto a los cuales el decreto 57-92 del Congreso de la Republica que es la Ley de Contrataciones del Estado, en su artículo 103 adicionado, por el decreto 11-2006 del mismo organismo legislativo, establece lo relativo al arbitraje e indica que: *«Si así lo acuerdan las partes, las controversias relativas al cumplimiento, interpretación, aplicación y efectos de los contratos celebrados con motivo de la aplicación de la presente ley, se podrán someter a la jurisdicción arbitral mediante cláusula compromisoria o convenio arbitral. Toda controversia relativa al cumplimiento, interpretación, aplicación y efectos de los contratos celebrados con motivo de la aplicación de la presente ley, se someterá a la jurisdicción del Tribunal de lo Contencioso Administrativo o a la jurisdicción arbitral mediante cláusula compromisoria o convenio arbitral. No se podrá iniciar acción penal, sin la previa conclusión de la vía administrativa o del arbitraje.»*

En ese orden de ideas, el contrato administrativo que es objeto de análisis, no es el del servicio civil, sino el relativo a aquellos contratos en los que el Estado adquiere por un procedimiento de derecho público, bienes o servicios de los particulares a cambio de una contraprestación en virtud de la necesidad que la administración pública tiene, para dar cumplimiento a sus fines, así mismo *« hay*

³⁵Corte de Apelaciones de Quebec, Canadá, Desputeaux v. Éditions Chouette (1987) inc., 2003 SCC 17 (CanLII), [2003] 1 SCR 178

<https://www.canlii.org/en/ca/scc/doc/2003/2003scc17/2003scc17.html> Fecha de Consulta: 17/09/2019.

que distinguir los contratos privados de la administración, con el contrato administrativo, los que se pueden diferenciar por la disciplina del vínculo, puesto que mientras los contratos de derecho privado de la administración se regulan en su contenido por las normas de derecho privado, los contratos administrativos se sujetan a las normas y principios existentes en el derecho público en el que se admiten únicamente la aplicación supletoria de las normas privadas, compatibles con el mismo»³⁶

Debe advertirse sobre lo dispuesto por el artículo 9 de la Ley de Contrataciones del Estado en cuanto al funcionario público que firme el contrato en ejercicio de la personalidad del Estado.

La aceptación del arbitraje en la contratación pública de manera expresa por el legislador guatemalteco, da seguridad jurídica y garantía de imparcialidad a las personas naturales o jurídicas que presten sus servicios al Estado, dado que la posibilidad de no acudir a un Tribunal de lo Contencioso Administrativo ante el surgimiento de una controversia entre las partes contractuales resulta atractivo, debido a que el Tribunal Arbitral no se debe al Estado, por ello de ningún modo el Estado guatemalteco puede tratar de influir en la decisión de los árbitros.

Al respecto, en el caso *Desbois v. Industries A.C Davie* de la Corte de Apelación de la Provincia de Quebec determinó :« *que la imparcialidad y la independencia del tribunal son características fundamentales del arbitraje, ante la disyuntiva que involucraba un contrato de construcción naval, con el que el gobierno de Quebec había subsidiado al constructor naval y en el que a su vez un ministro del gobierno de Quebec firmó para garantizar el cumplimiento de la obligación del armador, dicho contrato contenía una cláusula que estipulaba que las disputas podían ser resueltas por arbitraje y que el ministro actuaría como árbitro, sobre ello la corte de apelaciones sostuvo, que una cláusula que estipula que las disputas en relación con un contrato será arbitrado por una parte de ese contrato es incompatible con los requisitos de imparcialidad e independencia, y por lo tanto es nulo»³⁷*

El artículo 103 de la Ley de Contrataciones del Estado, da la facultad al propio Estado así como a los particulares de optar al arbitraje, como mecanismo de resolución de conflictos, en el marco del comercio internacional y no en el de

³⁶ Calderón M. Hugo Haroldo, *Teoría general del derecho administrativo*, tomo i, 1ª edición, Guatemala, MR ediciones, 2014, Pag.490

³⁷ Corte de Apelaciones de Quebec, Canadá, *Desbois c. Industries A.C. Davie inc.*, 1990 CanLII 3619 (QC CA), <https://www.canlii.org/fr/qc/qcca/doc/1990/1990canlii3619/1990canlii3619.html> , Fecha de Consulta: 16/08/2019.

inversiones, siendo que este último se deriva de tratados internacionales; el arbitraje que puede ser ad-hoc o institucional, da paso a que no sea un órgano jurisdiccional, el competente para conocer de la controversia suscitada, sino en cambio, personas naturales ajenas al contrato, nombradas de común acuerdo, en ese sentido la *lex arbitri* es la Ley de Arbitraje y el derecho aplicable, al no existir una disposición en contrario puede ser una disposición de carácter internacional como principios *Unidroit* o bien la legislación de un tercer país, después de todo el Estado se encuentra dentro del arbitraje despojado de su poder de imperio actuando como particular.

El legislador al permitir, el arbitraje de las controversias surgidas de contratos privados de la administración, estimulan la economía y la competitividad del país, además de consolidar la certeza jurídica a los contratistas, al formar parte de los países que regulan este aspecto dentro de su legislación interna.

Aunado a lo anterior, el decreto 57-92 del Congreso de la Republica, da la posibilidad de argumentar dentro de un proceso penal la prejudicialidad, aspecto que carece de lógica jurídica dado que ambos fueros conocen causas de una abismal diferencia en su naturaleza, la controversia al poder ser resuelta por la vía del arbitraje comercial internacional, no debería afectar la existencia de un proceso penal en contra de las personas individuales o jurídicas aunque exista la misma plataforma fáctica en ambos fueros, así como la similitud parcial o total de las personas involucradas; la finalidad del proceso penal es completamente ajena a un proceso arbitral, en primer lugar porque el arbitraje, tiene como objeto que se resuelva una controversia resultante de un contrato, así como la posibilidad de condenar en daños y perjuicios a la parte vencida, contrario sensu, el proceso penal determina la responsabilidad penal de los implicados, además que es consecuencia directa de una conducta humana, típica, antijurídica, culpable así como punible en el ordenamiento jurídico interno

En conclusión, la arbitrabilidad de los contratos privados de la administración, es indiscutible, al ser materia de libre disposición, así mismo se observa la procedencia de argumentos de prejudicialidad en un proceso penal al existir un proceso arbitral en curso, no obstante, en una futura reforma podría ser pertinente el análisis sobre la pertinencia de los alegatos de prejudicialidad toda vez que aunque exista un temor a una aparente contradicción entre las resoluciones finales de cada fuero, una no condiciona a la otra, por ser cuestiones de naturaleza totalmente distintas a las que conoce cada jurisdicción.

Ahora bien, en cuanto al inciso 3 (a) del decreto 67-95, el legislador no restringe la arbitrabilidad, sino más bien coadyuva a la misma, dado que protege el espíritu mismo del arbitraje, que es ser un proceso de conocimiento y no un tribunal de impugnación, al mismo tiempo hace la salvedad que aspectos derivados de la

ejecución pueden ser sometidos al arbitraje, criterio acertado dado que estos últimos no han sido sometidos al conocimiento de una corte estatal ni de otro tribunal arbitral, en virtud que surgieron posterior a la sustancia misma, que se resolvió en la sentencia o laudo.

En lo referente al inciso 3 (b), además de lo ya expuesto en el principio de orden público, la jurisprudencia internacional, se ha pronunciado al respecto, y en ese sentido es pertinente citar lo que tribunales alemanes adoptaron frente a un laudo que fue objeto del recurso de nulidad por supuestamente violar leyes del país de ejecución, que era Alemania: « *los tribunales han dejado en claro que no es suficiente que el laudo infrinja las disposiciones obligatorias, sino solo las disposiciones obligatorias que son esenciales para la sociedad en su conjunto y son parte del orden público, ya sea nacional o internacional*»³⁸, como puede deducirse las cortes alemanas tienen un corte pro-arbitraje; contrario sensu, la Suprema Corte de Kenia, tiene la siguiente noción de orden público respecto a la ejecución de los laudos extranjeros: «(A) incompatible con la constitución u otras leyes de Kenia, ya sea escrita o no escrita o (b) hostil al interés nacional de Kenia o (c) contrario a la justicia o moralidad.»³⁹ [Traducción propia] como es evidente el sistema de Kenia es anti-arbitraje.

En conclusión, la Ley de Arbitraje guatemalteca, al referirse a «*las materias inseparablemente unidas a otras sobre las que las partes no tengan libre disposición*», resulta ser, en contra del arbitraje comercial internacional, que debe ser dejada de lado en aplicación del principio de máxima efectividad y de estándar máximo, de ahí la importancia de la determinación de la naturaleza jurídica de la controversia, que a manera de ejemplo puede señalarse que, no obstante, el derecho penal no es materia de libre disposición, al interpretar el artículo 2158 numeral 3 del Código Civil guatemalteco que indica: « *se prohíbe transigir: (...) 3. Sobre la responsabilidad penal en los delitos que dan lugar a procedimientos de oficio; pero puede transigirse sobre la responsabilidad civil proveniente del delito. (...)* », lo que lleva a deducir que la reparación digna dentro de un proceso penal que es consecuencia de haber encontrado culpable a una persona individual o jurídica, no es de naturaleza penal, sino civil, por tanto, es posible llevar a cabo un arbitraje teniendo como materia la responsabilidad civil proveniente de delito,

³⁸ Tribunal Superior Regional de Hamburgo, Alemania, 2008, disponibilidad y acceso: <http://www.dis-arb.de/de/47/datenbanken/rspr/bgh-az-iii-zb-17-08-datum-2008-10-30-id875>, Fecha de Consulta: 20/09/2019

³⁹ Suprema Corte de Nairobi, Kenia, Apa Insurance Co. Ltd V Chrysanthus Barnabas Okemo 2005 Disponibilidad y Acceso: http://www.kenyalaw.org/CaseSearch/case_search_one.php?casParties=&casSubject=&casNumber=Misc+Appli+241+of+2005&casCourt=&casJudges=&casType=&casAdvocates=&casCitation=&casYear=&check_submit=1&submitter=SEARCH+%BB Fecha de Consulta: 20/09/2019.

aunque resultaría novedoso ver que se suscite en el caso de personas individuales, pero quizá sería más acorde a las personas jurídicas que resultasen culpables, dado que posiblemente quieren evitar que su fama comercial siga siendo afectada todavía más de lo que ya fue afectada en el proceso penal, es importante destacar, que en todo, no es necesario una sentencia penal de culpabilidad emitida por un órgano jurisdiccional, para iniciar una acción arbitral de responsabilidad civil proveniente de un delito, toda vez que el estándar de valoración de los hechos es distinto en el área penal al área civil.

Por otro lado, de las actividades que se derivan del comercio, lato sensu, todas pueden ser sometidas al arbitraje, pero el inciso 3 (c) del artículo en cuestión, restringe que los actos jurídicos que den paso a una acción que encuadren en los supuestos jurídicos contenidos en los artículos 199, 229, 249, 294 y 327 del Código Procesal Civil y Mercantil, así como aquellas disposiciones que expresamente señalen un juicio específico, deben ser tramitados por las cortes nacionales competentes; esta disposición, no tomo en cuenta que algunas controversias de naturaleza mercantil, podrían ser resueltas con mayor efectividad en sede arbitral que jurisdiccional.

Desde un enfoque optimista, podría decirse que quizá la intención del legislador fue proteger ciertos bienes jurídicos de tal importancia que considero que era mejor que un Juez nacional los conociese a un árbitro, dado que muchos de los procesos contenidos en los artículos antes señalados se relacionan con el Estado Civil de las Personas y el Derecho de Familia, de tal cuenta que si esa era la intención del legislador, al establecer una disposición de carácter prohibitiva, hubiese sido mejor delimitar, el ámbito de aplicación de la misma de manera más específica y no tan general, como lo hizo, haciendo la diferencia entre relaciones comerciales y civiles, tal como lo hizo la República Popular China en su Ley de Arbitraje al indicar en su artículo 3 que : « *Las siguientes disputas no pueden ser arbitradas: (1) disputas matrimoniales, de adopción, tutela, apoyo y sucesión; (...).*» [Traducción propia]

De igual forma, el Tribunal Supremo de la India se refirió al término, comercial como se usa en la Ley Modelo y lo interpretó para incluir todas las «*relaciones comerciales en contraposición a las relaciones de naturaleza matrimonial, familiar, cultural, social o política*»⁴⁰

⁴⁰Tribunal Supremo de la India, india, R.M. Investments & Trading Co. vs Boeing Co on 10 February, 1994 , Disponibilidad y Acceso: <https://indiankanoon.org/doc/428220/> Fecha de Consulta: 22/09/2019.

El artículo 3 (3) (c) del decreto 67-95 del Congreso de la República de Guatemala no es adecuado a las relaciones comerciales que se desarrollan en la República, incluso resta competitividad al país, debido a que algunos juicios o procesos relacionados con derechos reales, patrimoniales, y personales que sí pueden ser resueltos por transacción, tendrían una justicia más pronta y efectiva en sede arbitral.

Verbigracia de lo anterior, podemos señalar el arrendamiento que es un contrato de uso y goce, principal, formal, en donde una de las personas llamado arrendatario transmite el uso y disfrute de un bien a otra llamada arrendante a cambio de un precio y tiempo acordado previamente.

En el giro civil, el contrato de arrendamiento se realiza entre personas individuales o jurídicas que su actividad económica no gira entorno a dar y tomar en arrendamiento bienes inmuebles, sino es utilizado el bien inmueble para darlo en vivienda, por lo que el legislador guatemalteco al no permitir que este contrato sea arbitrable, en virtud de ser un juicio sumario el idóneo para poder dirimir las controversias surgidas entre las partes contractuales, acertó, dado que el arrendante no podría sufragar los altos costos que implica instaurar un proceso arbitral, por lo que la existencia de un convenio arbitral significaría una renuncia no solamente a las cortes nacionales sino a la misma justicia.

Contrario sensu, el arrendamiento comercial, reviste de particularidades especiales dado que el arrendamiento de bienes inmuebles es realizado por comerciantes individuales o societarios, y no son destinados para vivienda del arrendatario, de ello se desprende lo referente a bienes inmuebles urbanos, que son destinados para usos comerciales o el arrendamiento de bienes inmuebles rurales, en la que el arrendante tenga pensado aprovechar las grandes extensiones de tierra, para la explotación de hortalizas, ganado o de una madera en específico, en ambos casos es frecuente que se establezca un precio alto y un plazo mayor, por lo que el arrendante y el arrendatario, sí tienen, la posibilidad económica para sufragar los gastos que implica un proceso arbitral, además de ello es lógico que ambas partes quieran culminar rápida y confidencialmente cualquier controversia que se suscite.

No obstante que el planteamiento del arrendamiento, no es un caso aislado, no todos los procesos excluidos del legislador pueden tomarse desde un enfoque del derecho civil y otro del derecho mercantil.

Como ejemplo de la imposibilidad de una materia de abordarse desde varios enfoques encontramos al derecho concursal, que deambula dentro del firmamento del ordenamiento jurídico guatemalteco, cual cuerpo errante sin alma, debido a que no tiene una regulación sustantiva propia sino solamente una adjetiva y como consecuencia está excluida del fuero arbitral.

En el caso del concurso de acreedores, el legislador aunque quizá no fuera su intención evito una problemática jurídica, bastante grande, dado que al no poder pagar una persona a sus acreedores, con quienes podría o no haber negociado con garantía, conjuntamente con el hecho de existir varias personas involucradas, cada una en busca de sus intereses, como el caso del fiduciario deudor con el acreedor; además de la posibilidad que cada contrato puede tener distinta naturaleza, plazos, precios e intereses, así como la probabilidad, de que no todos los contratos tengan un convenio arbitral válido, son algunos aspectos que ante la dualidad de fueros, desencadenaría una serie de dificultades procedimentales y jurisdiccionales que resultaría en un cúmulo de acciones algunas encargadas a tribunales arbitrales y otras a tribunales estatales.

De lo anterior se desprende, que la posibilidad de generar una disparidad de criterios entre ambos fueros así como sus resoluciones, se incrementa; incluso podrían llegar a contradecirse, además el reto que representaría coordinar entre el tribunal arbitral y el órgano jurisdiccional, determinar el tiempo y orden en que se le pagaría a los acreedores, sería un caos, tomando en cuenta que las sentencias son susceptibles al recurso de apelación y hasta de casación, por lo tanto la inarbitrabilidad del derecho concursal, se debe a que posee un procedimiento específico, pero en el fondo tiene un límite contractual por el consentimiento necesario para instaurar el procedimiento arbitral; dado que el tribunal no posee el poder de atraer a todos los acreedores a la jurisdicción arbitral, ni tampoco obligar al deudor a arbitrar con los acreedores con quienes, no exista un convenio arbitral.

Por último el inciso 4 del artículo 3 del decreto 67-95 del Congreso de la República de Guatemala, al no permitir que el derecho laboral sea sometido al fuero arbitral, es quizá una de las disposiciones más acertadas que el Congreso de la República ha tomado, dado que, la aplicación del derecho laboral y su correcta interpretación depende de un juez especializado; en materia procesal individual de trabajo, el principio de tutelaridad inmortalizado en el considerando (IV) (a) del Código de Trabajo de Guatemala, por virtud del cual el Juez laboral está indiscutiblemente predispuesto a resolver, en favor del trabajador que es la parte más débil de la relación laboral, en ese sentido por imperativo legal, el juez laboral debe ser parcial, para aplicar correctamente la legislación nacional, es tanto así, que puede actuar como asesor del trabajador en audiencia de juicio oral, sin caer en ningún tipo de ilegalidad, este aspecto así como muchos otros característicos, del derecho laboral guatemalteco, sería difícilmente aplicado en sede arbitral, dado que los árbitros al no estar subordinados a un Estado podrían optar por un derecho extranjero, sobre ello la particularidad de la inversión de la carga de la prueba, pondría en jaque el procedimiento arbitral, que se asemeja en ese sentido a un proceso civil.

Un contrato individual de trabajo, que contenga una cláusula arbitral, sería como renunciar a sus derechos, tomando en cuenta que, el Acuerdo Gubernativo No.

242-2018 publicado en el Diario de Centroamérica el 28 de diciembre de 2018, establece el salario mínimo que ha regido desde el uno de enero de 2019 , el cual indica que el salario total con bonificación incentiva, « *para actividades no agrícolas es de Q. 2992.37, para agrícolas Q.2992.37y para exportadora y de maquila Q. 2758.16* »⁴¹, por tanto no puede esperarse que un trabajador que devenga alguno de los salarios antes indicados mensualmente, pueda sufragar los costos que implica un arbitraje, a lo anterior debe de añadirse que muy difícilmente el trabajador aceptaría, resolver cualquier controversia por la vía del arbitraje.

A lo anterior debe añadirse, que a tenor de lo preceptuado por el artículo 106 de la Constitución Política de la República de Guatemala señala que: « *Irrenunciabilidad de los derechos laborales. Los derechos consignados en esta sección son irrenunciables para los trabajadores, susceptibles de ser superados a través de la contratación individual o colectiva, y en la forma que fija la ley. Para este fin el Estado fomentará y protegerá la negociación colectiva. Serán nulas ipso jure y no obligarán a los trabajadores, aunque se expresen en un contrato colectivo o individual de trabajo, en un convenio o en otro documento, las estipulaciones que impliquen renuncia, disminución tergiversación o limitación de los derechos reconocidos a favor de los trabajadores en la Constitución, en la ley, en los tratados internacionales ratificados por Guatemala, en los reglamentos u otras disposiciones relativas al trabajo. En caso de duda sobre la interpretación o alcance de las disposiciones legales, reglamentarias o contractuales en materia laboral, se interpretarán en el sentido más favorable para los trabajadores.*»

Guatemala no es el único país que tiene una disposición similar a la prohibición del arbitraje laboral, tal es el caso del artículo 1676 del Código Judicial Belga que indica en su inciso quinto que: « *Sin perjuicio de las excepciones previstas por la ley, un acuerdo de arbitraje celebrado antes de cualquier disputa que esté bajo la jurisdicción del Tribunal Laboral de conformidad con los artículos 578 a 583, deberá ser automáticamente nulo y sin efecto.*»

Es prudente señalar de igual forma el artículo 22 del Código de Trabajo de Guatemala que señala que : « *En todo contrato individual de trabajo deben entenderse incluidos por lo menos, las garantías y derechos que otorguen a los trabajadores la Constitución, el presente Código, sus reglamentos y las demás leyes de trabajo o de previsión social.*»

En conclusión, en una futura reforma de la Ley de Arbitraje, el obstáculo insuperable es la desigualdad económica entre la parte patronal y el trabajador, que per se,

⁴¹ Ministerio de Trabajo y Previsión Social de Guatemala, <https://www.mintrabajo.gob.gt/index.php/dgt/salario-minimo> Fecha Consulta: 17/10/19.

como ya ha quedado señalado en párrafos precedentes contrariaría el ordenamiento jurídico.

La perspectiva que se tiene en Guatemala, sobre la arbitrabilidad, tiene algunas líneas bien marcadas dentro del ordenamiento jurídico interno que no permiten confundirla con el Principio de Separabilidad o el Principio Kompetenz-Kompetenz.

Por lo que el concepto de arbitrabilidad en el marco del arbitraje comercial internacional, tiene dos grandes ejes centrales, el primero se refiere a si la controversia son materia susceptible de solución mediante arbitraje y por consiguiente, no están sujetas a la jurisdicción exclusiva de los tribunales nacionales de cualquiera de las partes, y el segundo si la controversia que se pretende llevar al fuero arbitral, está dentro de la materia que las partes acordaron resolver mediante arbitraje.

La determinación de la arbitrabilidad es de suma importancia para evitar que el tribunal pueda conocer de ciertas desavenencias propias a los tribunales estatales de cada país, como es el caso del derecho penal y el derecho fiscal.

Ahora bien, los Tribunales Estatales Guatemaltecos, no deben conocer de cualquier acción que se refiera a la arbitrabilidad de una controversia, o si existe una cláusula arbitral válida, dado que esto compete únicamente a los tribunales arbitrales que el mismo convenio arbitral señale, incluso cuando los alegatos versen sobre la arbitrabilidad subjetiva de una de las partes, haciendo referencia a la falsificación de firmas o que la persona que firmó, no estaba en el pleno goce de sus facultades mentales.

A los tribunales arbitrales, también les compete decidir si la materia objeto del arbitraje está dentro de los alcances del convenio arbitral, en caso del planteamiento de una de las partes de la incompetencia del tribunal, dado que se pretende instaurar un proceso, más allá de lo acordado en convenio arbitral que se invoca como base de las reclamaciones de la parte contraria, dado que el consentimiento para arbitrar debe ser indubitable, extremo que se puede observar ya sea en la redacción propia de la cláusula arbitral, o bien de la participación de las partes en la forma de ejecución del contrato principal, que contiene un cláusula arbitral.

Capítulo III

Derecho de Competencia.

La naturaleza jurídica del derecho de competencia es de derecho público, pero pese a ello tiene su ámbito de aplicación en la esfera del derecho privado, dicha característica lo reviste de ciertas particularidades.

En el caso guatemalteco, no existe una disposición per se, sobre derecho de competencia o bajo cualquier otra denominación, en contraste a otros países, pero a pesar de ello la legislación de Guatemala, no es ajena, a esta área del Derecho, podemos encontrar cierta intención del legislador en la emisión de distintas leyes, como el Código Penal, el Código de Comercio, Ley para la Comercialización de Hidrocarburos o la Ley General de Telecomunicaciones, entre otras.

Cabe señalar que, existe una iniciativa de Ley sobre el derecho de competencia, siendo esta la numero 5074, la cual ya tiene dictamen favorable de fecha dieciséis de marzo del año dos mil dieciocho de la Comisión de Economía y Comercio Exterior del Congreso de la Republica, sin embargo la misma fue devuelta a dicha comisión.

La iniciativa 5074 aunque no es objeto de estudio directo de la investigación, merece cierta mención desde un enfoque jurídico; dicho proyecto, presenta una ley en la que el derecho de competencia es equiparado a un procedimiento administrativo más, destinado a aumentar la mora judicial en los tribunales de lo contencioso administrativo, fomentando en si una denegatoria de justicia, y totalmente en contra del principio de celeridad que necesita el comercio.

La academia guatemalteca, ha hecho varios estudios acerca del derecho de competencia, no solamente en tesis de grado para obtener el título de licenciatura, sino también desde los institutos de investigación de las diferentes casas de estudios superiores.

En esa sintonía, debe mencionarse que no existe una definición autentica dentro del ordenamiento jurídico guatemalteco de derecho de competencia, de tal cuenta que se considera que el artículo 1.1 de la Ley sobre la competencia de Canadá es acertada para ilustrar, al señalar que la ley tiene por objeto *«defender y fomentar la competencia en el Canadá a fin de promover la eficiencia y adaptabilidad de la economía canadiense, de ampliar las oportunidades de participación del Canadá en los mercados mundiales, reconociendo al mismo tiempo el papel de la competencia extranjera en el Canadá, de velar por que las empresas pequeñas y medianas tengan una oportunidad equitativa de participar en la economía*

canadiense y de ofrecer a los consumidores precios competitivos y posibilidades de elección de los productos»

En similar sentido, el Decreto legislativo N° 701 contra las prácticas monopólicas, controlistas y restrictivas de la libre competencia, en el Perú en su artículo 2 indica que su objeto es *«eliminar las prácticas monopolísticas, controlistas y restrictivas para conseguir el desarrollo de la iniciativa privada y el beneficio de los consumidores»*

Considerando los preceptos legales antes citados, puede definirse el derecho de competencia, como el área del derecho público, encargada de eliminar, prevenir y sancionar las actividades monopólicas y de competencia desleal, promoviendo el ejercicio de la libre competencia, así como el beneficio equitativo de grandes y pequeños productores de bienes o servicios u otros similares, simultáneamente con el bienestar de los consumidores con el enfoque de progreso social y creación de mejores condiciones para una vida digna, de todos los habitantes del país.

Previo a continuar con el análisis, es necesario hacer mención del fracaso de dos sistemas económicos que prevalecieron gran parte del siglo XX y que aún existen vestigios del mismo en el mundo, especialmente en países, como el nuestros, tanto el liberalismo como el comunismo fracasaron; fracaso que se debió a muchas razones, las cuales no son materia de estudios de esta investigación, por lo que no se profundizará en ese aspecto, a pesar de ello es particularmente destacable que ambos modelos económicos defendían extremos de participación del Estado en la vida económica totalmente opuestos, por un lado el primero excluía al Estado, dando un amplio margen de permisibilidad al empresario y a la industria, contrario al segundo que planteaba la intromisión desproporcionada del mismo.

La pobreza es un problema que no solamente aqueja a Guatemala, sino a muchos países en el globo, en ese sentido el deber del Estado de proteger a la persona humana y crear las condiciones necesarias para que tengan acceso a una vida digna; se convierte en un asunto al que debe darse cumplimiento en el menor tiempo posible.

El sistema de Naciones Unidas en Guatemala, indica que *«La estructura del país, donde los índices continúan altos; alrededor el 59.3% de la población vive en la pobreza, el 23.4% en la pobreza extrema; el 46.5% de las niñas y niños menores*

de cinco años padece desnutrición crónica y el 23.2% desnutrición aguda, estas cifras se duplican en niñas y niños indígenas»⁴²

Del ordenamiento jurídico guatemalteco se infiere que el ser humano es la razón de ser, del Estado, en tal virtud el modelo económico guatemalteco debería ser de corte humanista que fomente la libertad y crecimiento empresarial, en condiciones de igualdad, esta idea encuentra fundamento en el penoso hecho que *« la peor contracción económica en el primer quinquenio de 1980, en el contexto de la crisis internacional de la deuda externa, que dio origen a que los años 80 se denominen la “década perdida”»*.⁴³

Hizo que el gobierno guatemalteco implementara *« (...) una serie de programas de ajuste estructural con medidas que preveían el pago de la deuda y el equilibrio macro económico, pero que golpearon a la población más pobre, ya que generaron una muy alta inflación y condujeron a la reducción del gasto social. Estas políticas se implementaron en el marco de la aplicación de las recomendaciones del Consenso de Washington, una controvertida receta que se aplicó paralelamente a la firma de los Acuerdos de Paz. El recetario aconsejaba, entre otras cosas, la privatización de entidades y funciones públicas, la desregulación de las tasas de interés, reformas fiscales para ampliar bases tributarias, reducir las tasas marginales progresivas, la liberalización de la inversión extranjera directa hacia dentro y la desregulación de la economía en general. Las decisiones privatizadoras de los activos públicos empezaron paralelamente con la nueva Constitución y se acrecentaron simultáneamente con la firma de los Acuerdos de Paz, en medio de operaciones opacas, lesivas y favorecedoras de intereses particulares, debilitando el proceso democratizador.»*⁴⁴

«Estas acciones le garantizaron al país un crecimiento promedio mayor que la media de América Latina y mejor que dos tercios de los países de la región. Pero ese relativamente “exitoso” modelo económico no logró impulsar el desarrollo humano con la misma energía que impulsó el crecimiento económico, reforzando la estructura social con alta concentración de la riqueza y un Estado al borde de la crisis, sin capacidad para acelerar procesos de desarrollo. Los motores de crecimiento impulsados en el nuevo milenio no habrían favorecido cambios

⁴² Naciones Unidas, *informe anual de la ONU sobre resultados*, Guatemala, 2018
<https://onu.org.gt/wp-content/uploads/2018/09/Informe-Anual-de-la-ONU-Resultados-de-Pa%C3%ADs-2017.pdf> Fecha de Consulta: 08/06/2019

⁴³ Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo, *Mas alla del conflicto, luchas por el bienestar, Informe Nacional de Desarrollo Humano 2015/2016*, resumen ejecutivo, Guatemala, 2016,
<http://desarrollohumano.org.gt/biblioteca/informes-nacionales/#> Fecha de Consulta: 08/06/2019

⁴⁴ *Ibíd.*

significativos en el desarrollo humano, ya que son débiles en demandar empleos y representan actividades que destinan una proporción muy baja y decreciente hacia el bajo salario»⁴⁵

Es así como el crecimiento económico guatemalteco ha sido estable en el mercado internacional y mantiene una moneda con un valor adquisitivo, poco fluctuante ante las fuertes corrientes económicas, además de mostrar cierto grado de crecimiento en el Producto Interno Bruto, pero realmente ha descuidado lo más valioso que tiene un país, sus habitantes, que la gran mayoría están condenados a vivir en miseria, círculo que no se rompe y es heredado de una generación a otra.

El espíritu del artículo 130 de la Constitución Política de la República de prohibir los monopolios, estableciendo generalidades sobre la protección a la economía de mercado y a su libertad, así como la protección a los consumidores; mediante la delegación del desarrollo de esta materia a una ley específica para cumplir con estos objetivos, no se ve reflejado en la realidad nacional.

No obstante, lo inmortalizado por el precepto constitucional antes referido, existe una laguna legal en Guatemala al no existir una ley de competencia comercial que cumpla con tal fin, es en ese sentido que puede observarse que el sistema económico guatemalteco se basa en un sistema feudal con influencia liberal; prácticas monopólicas y acumulación de capitales son frecuentes; como consecuencia, desde el punto de vista social, la explotación de la clase obrera y su empobrecimiento es notable, entre otros efectos negativos se encuentra que los capitales más poderosos tienen, la capacidad de menguar, la entrada de nuevos competidores en el mercado, de tal cuenta que no existe innovación del producto aunado al hecho de que los capitales más poderosos poseen la capacidad de fijar precios.

Los anteriores factores, hacen que los inversionistas no se vean atraídos hacia nuestro país, por lo que las empresas extranjeras deciden incursionar en el mercado guatemalteco con cierta desconfianza o bien no lo hacen.

Ahora bien, hay que considerar al mismo tiempo el punto de vista del consumidor que si bien es cierto existe una legislación específica, esta carece de aplicabilidad y eficacia, la tutela que brinda la Ley de Protección al Consumidor, no parece ir más allá de los textos fríos escritos en unas cuantas hojas, dado que pone en un papel pasivo al Estado, como un espectador que únicamente interviene a solicitud de parte o en casos emblemáticos, no obstante, consagra ciertos principios e intenciones del legislador ante la fluctuación del mercado, así mismo plantea la posibilidad del arbitraje de consumo, en términos muy generales.

⁴⁵ *Ibíd.*

La mención del arbitraje de consumo dentro de la Ley de Protección al Consumidor, es de especial importancia para la investigación, dado que pone como premisa aunque no taxativamente, la posibilidad del arbitraje en asuntos de derecho de competencia.

En armonía a lo anterior es importante tomar en consideración lo que para el efecto la Corte de Constitucionalidad ha dicho a cerca de los supuestos y principios jurídicos dentro de la sentencia de amparo en el expediente 1232-2012 de fecha 14 de noviembre del año 2012 en la que nos ilustra que *«(...) una disposición de carácter general es aquella que establece un comportamiento jurídico obligatorio, que va dirigida a un número indeterminado de personas, y que por su carácter erga omnes, integra el ordenamiento jurídico como un acto de contenido normativo y alcance general, (...) es decir, que toda norma jurídica que posee la característica de general, debe ser común a un conjunto de individuos que constituyen un todo, abstracto e impersonal, por ello no son disposiciones de carácter general, las que se emiten con la finalidad de regular situaciones particulares consideradas.»*

A la luz de la cita jurisprudencial antes citado, podemos afirmar que el Estado Guatemalteco, no puede pretender regular cada acto de la vida del ser humano, es por ello que se dedica a crear marcos regulatorios amplios que contemplan un mínimo de garantías, susceptibles a ser superados dentro de la contratación mercantil o civil.

En todo caso, una ley de competencia es una deuda con el país y sus habitantes, pero no debe olvidarse que Guatemala es un país pequeño con una economía basada en la agricultura, por lo que una ley de competencia proteccionista más que ayudar, perjudicaría, así que una medida para mitigar este aspecto sería lograr una sola economía entre los países centroamericanos, o al menos los que estén dispuestos, claro que sería necesario crear marcos regulatorios amplios, que dibujaren el sendero por el que se espera, se desarrolle la economía centroamericana, en ese sentido el comercio internacional debe gozar de amplia libertad, una ley de competencia debe contener una prohibición a acuerdos específicos, que puedan afectar el comercio de bienes restringiendo la competencia en un mercado común, de manera directa o indirecta, vertical u horizontal, a menos que exista una exención por un órgano administrativo competente, para poder insertar la actividad económica en uno de los países miembros, pero dicha exención debe ser por un tiempo limitado y sin posibilidad de renovación.

Por lo anterior, se plantea un punto de equilibrio, en el que la libertad empresarial pudiere llevar sus actividades con total normalidad con participación activa del Estado, en el sentido de crear las condiciones necesarias para un libre mercado cumpliendo así los objetivos y principios fundamentales de la economía social de mercado, *«la economía social de mercado tiene tres objetivos fundamentales, crear*

y sostener el bienestar para la población, procurar justicia social sin discriminación, proteger el medio ambiente y utilizar energías renovables, y tres principios fundamentales, auto-ayuda y responsabilidad individual, solidaridad de los más fuertes con los menos fuertes miembros de la sociedad, subsidiaridad del Estado»⁴⁶

En conclusión, la implementación de una ley específica necesitaría la adecuación de una legislación comunitaria en materia de competencia y una reorganización del derecho administrativo, para lograr la descentralización del sistema y otorgar a los tribunales nacionales y las autoridades de competencia el poder suficiente para ejercer sus facultades sin obstáculos en todos los territorios.

⁴⁶ Dieter Benecker, Miguel Flores, *Economía Social de Mercado*, Guatemala, editorial Kamar, 2017, sexta edición, Pág. 11.

Capítulo IV

Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de Guatemala y de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala en relación a la arbitrabilidad.

Es deber de los estudiosos del derecho, realizar una jurisprudencia analítica desde la academia, para mostrar las tendencias interpretativas, contradicciones o debilidades, de los fallos reiterados de los más altos órganos jurisdiccionales del país, para poder así aportar a la ciencia del derecho « *la jurisprudencia es en definitiva la ley que vive, désele el nombre técnico que se prefiera al respecto, (...) es el mejor comentario, (...) al citarla los prácticos tienen los jueces a su favor, o conocen el pensamiento de los mismos para eludirlo o enfocar el caso desde otra dirección.* »⁴⁷

Además de la jurisprudencia previamente citada en esta obra, el capítulo V, está precisamente enfocado en conocer las tendencias jurisprudenciales de la Corte de Suprema de Justicia y de la Corte de Constitucionalidad, tomando como muestra del universo, trece expedientes, en relación a la arbitrabilidad.

4.1. Expediente 592-2002. Sentencia de Amparo de fecha 14 de marzo de 2005. Cámara de Amparo y Antejuicio de la Corte Suprema de Justicia.

En el presente caso, la entidad accionante solicitó amparo contra la resolución del veintiocho de junio de dos mil dos, dictada por la Sala Primera de la Corte de Apelaciones (actualmente Sala Primera de la Corte de Apelaciones del Ramo Civil y Mercantil), que confirmó a través del recurso de revisión el laudo arbitral de fecha treinta de abril de dos mil dos, dictado por el Tribunal Arbitral del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Guatemala.

La amparista estimó vulnerados sus derechos constitucionales de defensa y a la tutela judicial efectiva, debido a que, la autoridad impugnada pretende que la ahora postulante pague la suma de un millón setecientos tres mil doscientos setenta y cuatro quetzales con veinte centavos, más los gastos del arbitraje, a pesar de la comprobada negligencia de los funcionarios del Instituto Nacional de Electrificación -INDE-, en virtud de que los funcionarios de dicho instituto cedieron un contrato de ocho millones de quetzales a una sociedad anónima guatemalteca, llamada Soinco,

⁴⁷ Jurisprudencia, Diccionario Enciclopédico de derecho usual, Tomo IV, Argentina, Editoriales Heliasta S.R.L, 1979, 14ª edición, P. 56

Sociedad Anónima, que tenía un capital de cinco mil quetzales, en tal sentido la accionante argumentó que no podía hacerle posible el escenario en el que el Instituto Nacional de Electrificación le pueden reclamar suma alguna que efectivamente hubiera podido reintegrarles.

Por lo antes relacionado, el Instituto Nacional de Electrificación pretendía que la amparista, cancelare a dicho instituto un anticipo por un millón setecientos tres mil doscientos setenta y cuatro quetzales con veinte centavos, cuando la entidad fiada por la postulante, Soinco, Sociedad Anónima, Comercial e Industrial, por acuerdo entre ella, el tercero y el Instituto Nacional de Electrificación, quedó fuera, sin el conocimiento de Fianzas Universales, Sociedad Anónima.

En el considerando III del auto que resolvió el recurso de revisión, en su parte conducente, se le atribuyó valor probatorio a la nota de fecha nueve de febrero de dos mil enviada por el Mandatario de Soinco, Sociedad Anónima, Comercial e Industrial, Carlos Felipe Aramburú, dice: documento que por sí solo, se indica, no es un medio probatorio que determine una transición de derechos y obligaciones contenidos en el contrato de obra relacionado, sino se consideran facultades otorgadas por parte de la entidad contratante a la entidad SOINCO, SOCIEDAD ANONIMA, para facturar y efectuar diligencias legales en Guatemala, con relación al contrato de obra celebrado.

No obstante el documento de fecha nueve de febrero, sí constituyó prueba en relación a que dicha entidad estaba facultada para recibir pagos y emitir facturas en relación al referido contrato, pero no en cuanto a una cesión de derechos y obligaciones para la realización de la obra anteriormente identificada, sin que constituya una modificación al contrato de obra en referencia estimándose que el pago efectuado por el Instituto Nacional de Electrificación a la entidad SOINCO, S.A. en base a las facultades referidas, debe entenderse que el pago se hizo a la entidad contratista, SOINCO, SOCIEDAD ANÓNIMA, COMERCIAL E INDUSTRIAL”.

Afirmó la postulante que la Sala Primera de la Corte de Apelaciones del Ramo Civil, al proferir el auto recurrido en el presente amparo, sostuvo que no hubo sustitución, porque hay un documento en el que el mandatario de SOINCO, SOCIEDAD ANÓNIMA, COMERCIAL E INDUSTRIAL le indicó al Instituto Nacional de Electrificación que Soinco, Sociedad Anónima, estaba facultada para recibir pagos y emitir facturas en relación al referido contrato. Agregó que esta valoración no considera que el referido documento indica literalmente en una de sus partes “(...) SOINCO. S.A. fue constituida oportunamente por instrucción expresa de nuestra casa Matriz SOINCO S.A.C.I con el objeto de acogerse a las leyes guatemaltecas y en cumplimiento operativo del contrato con el INDE (...)”.

Señaló que aquí se observa que la valoración que le da el tribunal al emitir el auto que se recurre es antojadiza, puesto que este documento expresa claramente de una transmisión de obligaciones a SOINCO, SOCIEDAD ANÓNIMA, y que al respecto, el artículo 1459 del Código Civil dispone que “La sustitución del deudor de una obligación personal y su liberación, se verifican por convenio entre el acreedor y el tercero que se sustituye”, citando además el artículo 1460 de dicho cuerpo legal. Razones por las cuales estimó la postulante que no comparte el criterio sustentado por la autoridad impugnada, por la manera en que resolvió el recurso de revisión por ella interpuesto, a pesar de haberle expuesto las razones que la motivaron a plantear dicha impugnación, haciendo una enumeración detallada de la forma en que dicho tribunal analizó las pruebas aportadas al expediente y de cómo estimó debió resolverse.

Al hacer el análisis respectivo, la Cámara de la Corte Suprema de Justicia no constató la existencia de las violaciones que se denuncian, encontrando que la actuación de la autoridad impugnada se enmarcó dentro de las facultades que por ley le son señaladas, ya que dicho órgano jurisdiccional al emitir la resolución de mérito, entre otras cosas estimó que, con respecto a la excepción perentoria de “inexistencia de responsabilidad por parte de Fianzas Universales, Sociedad Anónima, por las fianzas emitidas a favor del Instituto Nacional de Electrificación (INDE) al haberse sustituido al deudor de las obligaciones que imponía el contrato de obra contenido en escritura pública número ciento ochenta y nueve autorizada en esta ciudad el cinco de noviembre de mil novecientos noventa y nueve, por el notario, Héctor René Marroquín Aceituno”.

Debe observarse que si bien pudo darse una sustitución tácita en las obligaciones contractuales del contrato de obra, con respecto a la entidad fiada sin que se notificara a Fianzas Universales, Sociedad Anónima, esta situación le fue resuelta favorablemente a la entidad impugnante al habersele eximido del pago de la fianza de cumplimiento, y que ello no la eximió de la obligación de responder por la fianza de anticipo.

Por dichas razones declaró sin lugar la excepción perentoria relacionada, resolviendo con lugar la pretensión de pago de la fianza de anticipo identificada como clase C guion cinco número veintitrés mil setecientos tres por la suma de un millón setecientos tres mil doscientos setenta y cuatro quetzales con veinte centavos, por parte de la entidad mercantil, Fianzas Universales, Sociedad Anónima, a favor del Instituto Nacional de Electrificación, así como lo relativo a la condena al pago de las costas del arbitraje en la forma y montos indicados en el laudo impugnado.

Todo lo anterior se dio tomando como base lo siguiente: El tribunal arbitral se integró, se instaló y procedió conforme las disposiciones del Reglamento de

Conciliación y Arbitraje del Centro de Arbitraje y Conciliación (CENAC) y demás disposiciones legales aplicables, habiendo emitido el Laudo Arbitral según su leal saber y entender, toda vez que el arbitraje de equidad se basa en la justicia distributiva, en la igualdad, en la proporcionalidad y moderación en la aplicación de la ley. Habiendo actuado así el Tribunal Arbitral es evidente que la autoridad impugnada al conocer por recurso de revisión el laudo emitido, se enmarcó en la ley y fundamentalmente en la voluntad de las partes en conflicto, pues como se apuntó anteriormente dicho arbitraje de equidad responde a una imposición de una cláusula de adhesión prevista en la póliza de fianza de cumplimiento de contrato, por lo que a juicio de la Cámara el amparo planteado devino notoriamente improcedente, y se declaró.

4.2. *Expediente 432-2003 Sentencia de Amparo de fecha 5 de enero de 2004 Cámara de Amparo y Antejuicio de la Corte Suprema de Justicia.*

La entidad Comunicaciones Celulares, Sociedad Anónima solicitó amparo contra la Sala Primera de la Corte de Apelaciones argumentando que se violaron sus derechos de defensa, libre acceso a tribunales y dependencia del estado, sujeción a la Ley e independencia del Organismo Judicial, al haber confirmado el Laudo Arbitral dictado por el Tribunal Arbitral de Equidad, que había declarado con lugar la pretensión de la entidad Distribuidora de Celulares Discel, Sociedad Anónima y como consecuencia la condenó (a la amparista) al pago de perjuicios por haber cancelado unilateralmente y sin justa causa el contrato celebrado entre ambas sociedades, ya que dicha Sala inobservó que para los contratos de arrendamiento la ley civil tiene un procedimiento establecido, por lo que el Tribunal de Arbitraje no podía pronunciarse al respecto, pues no es materia de arbitraje.

Hecho el estudio de los antecedentes y de la petición presentada, la Cámara estimó que la misma es procedente, en virtud de que, efectivamente, tal y como la postulante del amparo lo denuncia, el Tribunal arbitral entró a conocer y pronunciarse en relación a una materia que le estaba expresamente vedada, al tenor del artículo 3 inciso 3 c) del Decreto número 67-95 del Congreso de la República, puesto que la materia relativa al arrendamiento de bienes y su devolución está regulada en los Códigos Civil y Procesal Civil, por lo que al haberse pronunciado sobre dicho aspecto, el Tribunal arbitral se excedió en sus atribuciones y violentó el debido proceso en perjuicio de la entidad postulante del amparo, lo cual debió haber sido corregido por la autoridad impugnada al pronunciarse sobre la revisión que se planteó contra el laudo arbitral, como consecuencia de lo cual se vulneraron los principios de debido proceso y defensa en perjuicio de la amparista.

Por ello, este Tribunal estimó que el amparo planteado debía ser declarado procedente a efecto de reparar el agravio que a la entidad postulante se le causara en la esfera de sus derechos.

4.3. Expediente 1018-2007 De fecha 15 de Junio de 2009. Corte Suprema de Justicia.

En el presente caso, Fianzas Universales Sociedad Anónima, a través de su Gerente General y Representante legal Mauricio Alejandro Luna Lima, acudió en amparo contra la Sala Segunda de la Corte de Apelaciones del Ramo Civil y Mercantil, reclamando contra el auto del tres de agosto de dos mil siete, que revocó el emitido por el Juez Segundo de Primera Instancia del Ramo Civil del departamento de Guatemala y como consecuencia declaró sin lugar la excepción de incompetencia por existencia de cláusula arbitral opuesta por la ahora solicitante dentro del juicio ejecutivo que el Fondo de Inversión Social en Liquidación iniciara en su contra.

Alegó la amparista, que en evidente violación al debido proceso, la Sala impugnada revocó lo resuelto por el Juez de primer grado, sin tomar en consideración la existencia de cláusula arbitral en la fianza que se pretende ejecutar. Asimismo, argumentó que no obstante el título que pretende ejecutar el Fondo de Inversión Social en Liquidación, no llena los requisitos de ejecutabilidad, la Sala pretende que se continúe con el trámite del expediente sin que previamente se haya determinado el monto del incumplimiento en el proyecto respectivo.

Sobre el particular, es pertinente tomar en cuenta que en fallos anteriormente dictados por la Corte Suprema de Justicia se ha sostenido el criterio de las Salas de las Corte de Apelaciones del Ramo Civil y Mercantil, en el sentido que es procedente declarar con lugar la excepción de incompetencia cuando en los títulos de fianza de cumplimiento de contrato se haya establecido cláusula de arbitraje; sin embargo, de un nuevo estudio del tema se estimó necesario invertir el criterio sustentado por la Cámara con base en el artículo 2º de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, que preceptúa:

«Las disposiciones de esta ley se interpretarán siempre en forma extensiva, a manera de procurar la adecuada protección de los derechos humanos y el funcionamiento eficaz de las garantías y defensa del orden constitucional»

Además se agrega al análisis de la corte el artículo 10 de la citada ley, que en lo conducente regula: *«(...) Toda persona tiene derecho a pedir amparo, entre otros casos d) Cuando la autoridad de cualquier jurisdicción (...) ejerza en forma tal que*

el agravio que se causare o pueda causarse no sea reparable por otro medio legal de defensa (...)»

En concordancia con el fallo emitido por la Corte de Constitucionalidad de fecha doce de marzo de dos mil nueve, dentro del expediente tres mil cuatrocientos cuarenta y cinco - dos mil ocho, en el cual, a este respecto se pronunció: «(...) *en tal virtud la autoridad impugnada al haber declarado con lugar el recurso de apelación y, como consecuencia, sin lugar la excepción de incompetencia fundada en la existencia del acuerdo arbitral y que se continúe conociendo del proceso en la vía ejecutiva, lo hizo con fundamento en la norma antes precitada, ya que el Juez Segundo de Primera Instancia Civil del departamento de Guatemala, sí tiene la competencia para conocer en ese tipo de juicios (vía ejecutiva), pues el mismo fue promovido demandando la ejecución de la fianza prestada por la entidad Fianzas Universales, Sociedad Anónima, con base a la póliza presentada como título ejecutivo, la cual tiene como objeto que la afianzadora pague la obligación garantizada una vez sea exigible y no haya sido cumplidas por el fiado (...)*».

En ese orden de ideas, y como consecuencia de lo anteriormente manifestado, la Cámara de Amparo y Antejuicio, estableció que en el presente caso la autoridad impugnada en la secuela procesal, al revocar la sentencia de primer grado que declaró con lugar la excepción de incompetencia interpuesta por el Fondo de Inversión Social -FIS- en Liquidación, respetó el debido proceso de la amparista, toda vez que la misma tuvo la oportunidad de ser oída con las debidas garantías procesales, en plena igualdad de condiciones que a la ejecutante, sin que se le haya vedado el derecho de recurrir; razón por la cual se estima que no se causó agravio o vulneración al debido proceso enunciado por la postulante.

En el presente caso, como consecuencia del incumplimiento del fiado (Constructora y Transportes J. P., Sociedad Anónima), el Fondo de Inversión Social –FIS- en Liquidación como beneficiario de la fianza suscrita a su favor por la entidad ahora postulante, la demandó teniendo como base de la ejecución, la póliza de fianza suscrita a su beneficio, considerando que la misma, de conformidad con el artículo 327 del Código Procesal Civil y Mercantil, numeral 6º.

Al respecto la autoridad impugnada, al revocar la sentencia de primer grado consideró «(...) *el juez de primer grado sí tiene competencia para conocer en este juicio, toda vez que el mismo fue promovido demandando la ejecución de la fianza prestada por la entidad ejecutada, con base a la póliza presentada como título ejecutivo, pretendiéndose el pago de la misma por la cantidad determinada de dinero descrita en ella, siendo esta líquida y exigible; asunto que por tratarse de competencia por razón de la materia, y que no está librada a voluntad de las partes únicamente puede ventilarse en la vía del Juicio Ejecutivo, por ser el procedimiento especial que fija la ley adjetiva civil, no siendo la ejecución de un título ejecutivo,*

materia que pueda ser conocida a través del arbitraje, en cumplimiento a lo prescrito en el artículo 3 de la Ley de Arbitraje antes citado; y como consecuencia la competencia por la razón de la materia, cuantía, y territorio, corresponde conocer del asunto a un juzgado de primera instancia del ramo civil del departamento de Guatemala (...)».

Consecuentemente en el presente caso, no ha existió agravio con respecto del control jurisdiccional que alega, por ser la vía indicada, la idónea para ejecutar los derechos descritos en las pólizas de fianza invocadas.

Por las anteriores razones, la corte estimo que el amparo planteado devino en notoriamente improcedente, y así se declaró.

4.4. Expediente 1384-2003, Sentencia del Recurso de Apelación de Amparo de fecha treinta de octubre de dos mil tres. Corte de Constitucionalidad de Guatemala.

En el presente caso, las entidades Moviline, Sociedad Anónima, E & P Telecommunications, Sociedad Anónima y Mirasistemas, Sociedad Anónima acudieron en amparo señalando como agravante la resolución de treinta y uno de marzo de dos mil tres mediante la cual el Juez Tercero de Primera Instancia Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente del departamento de Guatemala declaró sin lugar el recurso de reposición planteado contra la decisión de dicho órgano jurisdiccional de desestimar un proceso penal que dichas entidades promovieron contra la entidad Bellsouth Guatemala y Compañía, Sociedad en Comandita por Acciones.

La discusión que provocó la denuncia de violación a derechos constitucionales que formulan las amparistas gira en torno a determinar si las razones aducidas por la autoridad impugnada eran suficientes para decidir la citada desestimación o, si por el contrario, la ausencia de sustento de las mismas hizo que la decisión de la autoridad impugnada provocara vulneración a los derechos constitucionales de las entidades postulantes.

Del análisis del proceso penal que sirve de antecedente al amparo y del escrito inicial de amparo la Corte de Constitucionalidad determinó que las amparistas promovieron proceso penal contra la entidad Bellsouth Guatemala y Compañía, Sociedad en Comandita por Acciones, aduciendo que ésta, premeditadamente y en detrimento de su patrimonio –el patrimonio de las querellantes-, les proporcionó para la venta equipos telefónicos usados simulando que eran nuevos pues les eran

entregados en empaque sellado. Afirmaron que por desconocer el estado en el que se les entregaban dichos aparatos los mismos eran vendidos como nuevos a los usuarios, quienes descontentos requirieron la devolución del precio que habían cancelado.

Aseguraron también que con posterioridad, la querellada las obligó a vender dichos aparatos a un precio simbólico, pero que al momento de cargarlos a sus respectivas cuentas los ingresó al precio de mercado.

Tal simulación de saldos servía de base para negarles el despacho de la mercancía que requerían. Con fundamento en tales hechos promovieron proceso penal afirmando que la entidad querellada había incurrido en un caso especial de estafa.

La Corte de Constitucionalidad hizo ver que constaba en los antecedentes que durante la investigación las querellantes hicieron del conocimiento del juez contralor que el representante legal de aquella entidad, al suscribir los citados contratos, había incurrido en el delito de falsedad ideológica pues su nombramiento contenía cláusula especial que le prohibía otorgar contratos como los suscritos con ellas, aportando entre otras pruebas, las declaraciones de personas que laboraron para la entidad querellada como Gerente de Ventas y como Auxiliar de Inventarios, mismas que fueron depuestas ante Notario y ratificadas ante el Ministerio Público.

Con tales medios de convicción, afirmaron las querellantes, se confirmaba la veracidad de las acusaciones formuladas tanto en su querrela como durante la realización de la investigación.

Encontrándose el proceso penal en su fase preparatoria, el Ministerio Público compareció ante el Juez contralor a solicitar la desestimación de la querrela. El juez accedió a dicha petición, aduciendo para su decisión que “Tomando en consideración las constancias procesales, así como los medios de investigación practicados por el ente investigador, se establece que el conflicto entre la parte querellante y la parte querellada según acordaron ambas en virtud del contrato que suscribieron se debe dilucidar a través de un arbitraje el cual será administrado por la COMISIÓN DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS DE LA CÁMARA DE INDUSTRIA DE GUATEMALA, LA CRECIG, por lo que las controversias que surgieran en relación a dicho contrato deben dilucidarse en otra vía, no siendo la vía penal la llamada a resolver los conflictos expuestos en la querrela presentada a este órgano jurisdiccional...”

Como consecuencia de tal consideración dispuso, en los puntos resolutivos de su resolución, declarar la desestimación del proceso penal de mérito, ordenando el

archivo del mismo. Las querellantes plantearon reposición que fue declarada sin lugar mediante la resolución que constituye el acto reclamado.

Para determinar si el tema que las entidades querellantes sometieron a juzgamiento de la justicia penal encuadra en los aspectos sobre los cuales los particulares tienen libertad para disponer la vía en la que deben ser dilucidados, se procedió a analizar algunos aspectos relevantes sobre el ámbito de aplicación, tanto del Derecho Penal como del arbitraje.

Por lo que, la honorable Corte de Constitucionalidad, citó a los autores José Francisco de Mata Vela y Héctor Aníbal de León Velasco, haciendo ver que en su obra Derecho Penal Guatemalteco, afirmaban que desde un punto de vista subjetivo, Derecho Penal es la potestad de castigar que tiene el Estado como único ente soberano (fundamento filosófico del Derecho Penal).

El Derecho Penal objetivo es el derecho del Estado de determinar los delitos, señalar, imponer y ejecutar las penas correspondientes o las medidas de seguridad en su caso. Afirman que la potestad de “penar” no es un simple derecho, sino un atributo de la soberanía estatal, ya que es al Estado, con exclusividad, a quien corresponde esta tarea; razón por la cual ninguna persona (individual o jurídica) puede arrogarse dicha actividad.

Así mismo, el alto tribunal constitucional, señaló que la facultad punitiva del Estado la denomina la doctrina como el *Ius Puniendi*. Citó a Rafael de Pina, en su Diccionario de Derecho, quien define etimológicamente dicha alocución como “el derecho de castigar que se atribuye al Estado”. Sin embargo, aclara, que tal aspecto no debe ser considerado estrictamente como un derecho sino como la obligación de castigar de acuerdo con el contenido de una ley anterior a la comisión del acto delictivo de que se trate.

Tomando como base la opinión de este último autor, la Corte de Constitucionalidad afirmó que, olvidando su etimología, el *Ius Puniendi* puede ser descrito como la facultad exclusiva del Estado de castigar las conductas que atenten contra los bienes jurídicos que dicho ente tutela.

Con las anteriores citas doctrinarias quedaron determinado los aspectos que sobre el Derecho Penal interesan para la resolución del presente caso. De tal cuenta que la Corte de Constitucionalidad procedió a analizar lo relativo al ámbito de aplicación del instituto jurídico del arbitraje y para ello, basta con citar el contenido del artículo 3 de la Ley de Arbitraje, Decreto 67-95 del Congreso de la República, que autoriza la utilización de esa vía únicamente cuando se trate de “controversias

que versan sobre materias en las que las partes tienen libre disposición conforme a Derecho”.

La Corte de Constitucionalidad estimó que habiéndose determinado que el poder de juzgar y castigar penalmente es una facultad que pertenece con exclusividad al Estado como ente soberano, resulta evidente que dicha materia está al margen de aquéllas sobre las cuales los particulares pueden celebrar pactos privados. Por tal razón, el convenio celebrado entre amparistas y la querellada de someter a juzgamiento de la Comisión de Resolución de Conflictos de la Cámara de Industria de Guatemala, las divergencias que surgieron por virtud del Contrato de Agencia que firmaron entre sí, no podía abarcar aspectos que, como el denunciado en el proceso penal de mérito, atañen a la facultad punitiva del Estado.

Es con base en esos razonamientos que se estimó que la autoridad impugnada al afirmar que el tema que las amparistas pretendían debatir en la vía penal debía ser dilucidado mediante arbitraje, vulneró a dichas entidades su derecho de defensa y al debido proceso. Tal circunstancia determina la procedencia de la acción constitucional intentada y así deberá declararse, debiendo, como consecuencia, ordenarse a la autoridad impugnada que continúe el trámite del proceso penal relacionado.

Debido a que el Tribunal de Amparo de primer grado denegó la protección constitucional que se solicitó, se revocó el fallo que se conoció en alzada.

4.5. Expediente 3445-2008, Sentencia del Recurso de Apelación de Amparo de fecha doce de marzo de dos mil nueve. Corte de Constitucionalidad de Guatemala.

La Corte Suprema de Justicia, Cámara de Amparo y Antejuicio, otorgó el amparo solicitado, sustentada en que “...Si el acuerdo de arbitraje ha sido incorporado a contratos mediante formulario o mediante pólizas, dichos contratos deberán incorporar en caracteres destacados claros y precisos, la siguiente advertencia ‘ESTE CONTRATO INCLUYE UN ACUERDO DE ARBITRAJE...’. De lo que se evidencia que la autoridad impugnada al emitir el acto reclamado violentó el debido proceso, dejando a la amparista en estado de indefensión pues se resolvió en una forma contraria al espíritu de la ley de la materia. Por lo que la petición de amparo deberá ser acogida pues el agravio causado no puede ser reparado por otra vía...”.

Al respecto, y como cuestión preliminar, la Corte de Constitucionalidad consideró necesario realizar los siguientes razonamientos: A) La doctrina define el Contrato

de Fianza como: "...aquel que cumple una función de garantía, en cuanto a dar una seguridad a un acreedor frente al riesgo que para él representa la posible insolvencia su deudor, mediante la obligación asumida por otro de pagar o cumplir en el caso de no poder hacerlo el deudor. De acuerdo con tal finalidad, puede ser definido como contrato en cuya virtud un (fiador) asume frente al acreedor de otra la obligación de pagar o cumplir en caso de no poder hacerlo el deudor. También, entiéndase como un contrato de garantía en virtud del cual una persona se obliga a resarcir al acreedor los perjuicios que sufra a consecuencia del incumplimiento del deudor, garantizando la responsabilidad de este último."

En ese orden de ideas, se contempla como partes principales del Contrato de Fianza al fiado (deudor garantizado), al beneficiario o (acreedor garantizado) y por supuesto al fiador, derivado de que la Fianza produce efectos específicos entre el deudor y el fiador y que se considera a éste (el deudor) como parte de la relación jurídica derivada del Contrato de Fianza.

Por otro lado, el artículo 327 numeral 6º del Código Procesal Civil y Mercantil establece que: *«Procede el juicio ejecutivo cuando se promueve en virtud de alguno de los siguientes títulos: ...6º. Las pólizas de seguros, de ahorro y de fianzas, y los títulos de capitalización, que sean expedidos por entidades legalmente autorizadas para operar en el país;...»*.

Del análisis del asunto sometido a conocimiento de la Corte de Constitucionalidad, se advirtió lo siguiente:

- a. En el Juzgado Segundo de Primera Instancia Civil del departamento de Guatemala la entidad Fondo de Inversión Social -FIS-, promovió juicio en la vía ejecutiva en contra de la entidad Fianzas Universales, Sociedad Anónima, utilizando como título ejecutivo una póliza de fianza emitida por ella;
- b. En el momento procesal oportuno la entidad demandada (Fianzas Universales, Sociedad Anónima) planteó excepción de incompetencia en la existencia de arbitraje, aduciendo la existencia de un acuerdo de arbitraje, por lo que, le impedía al Juzgado aludido de conocer de la litis de mérito;
- c. La referida demanda fue declarada sin lugar en sentencia de veintitrés de noviembre de dos mil seis, no así la excepción de incompetencia fundada en la existencia de arbitraje la que fue declarada con lugar;

- d. Por no estar de acuerdo con lo anterior, la entidad demandante (Fondo de Inversión Social -FIS-) interpuso recurso de apelación ante la Sala Segunda de la Corte de Apelaciones del Ramo Civil y Mercantil, tribunal que resolvió acoger el referido recurso en sentencia de veintidós de febrero de dos mil siete y, como consecuencia, revocó el fallo impugnado, declarando con lugar la demanda y sin lugar la excepción indicada en la literal anterior (acto reclamado).

Con base en lo anteriormente considerado, la Corte de Constitucionalidad estimó que la Sala Segunda de la Corte de Apelaciones del Ramo Civil y Mercantil, al haber revocado la sentencia apelada y, como consecuencia, declarar sin lugar la excepción de incompetencia fundada en la existencia de acuerdo arbitral y que continuara conociendo del proceso de mérito, no se evidenció que se causó agravio o vulneración a las garantías constitucionales enunciadas por la postulante.

La resolución de la Sala Segunda de la Corte de Apelaciones del Ramo Civil y Mercantil se fundamentó en que el acto reclamado, fue dictada en armonía al artículo 327 numeral 6º del Código Procesal Civil y Mercantil el cual establece que: “Procede el juicio ejecutivo cuando se promueve en virtud de alguno de los siguientes títulos: ...6º. Las pólizas de seguros, de ahorro y de fianzas, y los títulos de capitalización, que sean expedidos por entidades legalmente autorizadas para operar en el país;...”.

Por lo anterior, la autoridad impugnada al haber declarado con lugar el recurso de apelación y, como consecuencia, sin lugar la excepción de incompetencia fundada en la existencia de acuerdo arbitral y que se continúe conociendo del proceso en la vía ejecutiva, lo hizo con fundamento en la norma antes precitada, ya que el Juez Segundo de Primera Instancia Civil del departamento de Guatemala, sí tiene la competencia para conocer en ese tipo de juicios (vía ejecutiva), pues el mismo fue promovido demandando la ejecución de la fianza prestada por la entidad Fianzas Universales, Sociedad Anónima, con base a la póliza presentada como título ejecutivo, la cual tiene como efecto que la afianzadora pague la obligación garantizada una vez que sea exigible y no haya sido cumplida por el fiado.

De tal suerte que, con esta acción se pretendió obtener el pago de la cantidad determinada de dinero descrita en ella siendo esta líquida y exigible, por lo que, puede ventilarse en la vía del juicio ejecutivo, por ser el procedimiento especial que fija la ley adjetiva civil, no siendo la ejecución de un título ejecutivo, materia que puede ser conocida a través del arbitraje según lo preceptuado en el artículo 3 de la Ley de Arbitraje; además, el hecho que lo resuelto por la Sala impugnada sea desfavorable a la pretensión de la accionante de amparo no significa que exista vulneración a derecho constitucional alguno.

De manera que, evidenciándose inexistencia de reproche a derechos fundamentales en la decisión reclamada en amparo, se concluye que la protección constitucional solicitada era notoriamente improcedente; por lo que, al haber sido otorgado por el tribunal a quo por medio de la sentencia recurrida, ésta debe ser revocada, se procedió a la condena en costas a la amparista y la imposición de multa al abogado patrocinante.

4.6. Expediente 3064-2009, Sentencia del Recurso de Apelación de Amparo de fecha doce de noviembre de dos mil nueve. Corte de Constitucionalidad de Guatemala.

En el presente caso, la entidad Fianzas Universales, Sociedad Anónima, por medio de su Gerente General y Representante Legal Mauricio Alejandro Luna Lima acudió en amparo contra la Sala Segunda de la Corte de Apelaciones del Ramo Civil y Mercantil, señalando como acto reclamado la sentencia de veintiuno de diciembre de dos mil siete, por medio del cual la Sala indicada confirmó la dictada el veintiuno de junio de dos mil siete, emitida por el Juzgado Séptimo de Primera Instancia Civil del departamento de Guatemala, en la cual declaró sin lugar la excepción de incompetencia fundada en la existencia de arbitraje y, como consecuencia, con lugar la demanda en la vía ejecutiva planteada por Fondo de Inversión Social -FIS- contra la hoy postulante de amparo. Señaló la amparista que con la emisión del acto reclamado se vulneró el principio jurídico al debido proceso.

La Corte Suprema de Justicia, Cámara de Amparo y Antejudio, denegó el amparo solicitado, acogiendo los motivos en que la autoridad impugnada fundamentó el acto reclamado, en cuanto a la fuerza ejecutiva que ostentan las pólizas de fianza.

Al respecto, y como cuestión preliminar, la Corte de Constitucionalidad consideró necesario realizar los siguientes razonamientos:

En primer punto señaló que la doctrina define el Contrato de Fianza como: "...aquel que cumple una función de garantía, en cuanto a dar una seguridad a un acreedor frente al riesgo que para él representa la posible insolvencia su deudor, mediante la obligación asumida por otro de pagar o cumplir en el caso de no poder hacerlo el deudor. De acuerdo con tal finalidad, puede ser definido como contrato en cuya virtud un (fiador) asume frente al acreedor de otra la obligación de pagar o cumplir en caso de no poder hacerlo el deudor.

También, entiéndase como un contrato de garantía en virtud del cual una persona se obliga a resarcir al acreedor los perjuicios que sufra a consecuencia del incumplimiento del deudor, garantizando la responsabilidad de este último.”. En ese orden de ideas, se contempla como partes principales del Contrato de Fianza al fiado (deudor garantizado), al beneficiario o (acreedor garantizado) y por supuesto al fiador, derivado de que la Fianza produce efectos específicos entre el deudor y el fiador y que se considera a éste (el deudor) como parte de la relación jurídica derivada del Contrato de Fianza.

Por otro lado indicó que, el artículo 327 numeral 6º del Código Procesal Civil y Mercantil establece que: “Procede el juicio ejecutivo cuando se promueve en virtud de alguno de los siguientes títulos: ...6º. Las pólizas de seguros, de ahorro y de fianzas, y los títulos de capitalización, que sean expedidos por entidades legalmente autorizadas para operar en el país;...”.

Del análisis del asunto sometido a conocimiento de la Corte, se advirtió lo siguiente: a) en el Juzgado Séptimo de Primera Instancia Civil del departamento de Guatemala, la entidad Fondo de Inversión Social -FIS-, promovió proceso de ejecución en contra de la entidad Fianzas Universales, Sociedad Anónima, utilizando como título ejecutivo una póliza de fianza emitida por ella, para garantizar el cumplimiento de las obligaciones contraídas por Grupo Badames, Sociedad Anónima (fiado).

En el momento procesal oportuno la entidad demandada (Fianzas Universales, Sociedad Anónima) planteó entre otras, excepción de incompetencia fundada en la existencia acuerdo de arbitraje, lo que le impedía al Juzgado aludido de conocer de la litis de mérito.

En sentencia de veintiuno de junio de dos mil siete, el Tribunal declaró sin lugar las excepciones interpuestas, y con lugar la demanda;

Por no estar de acuerdo con resuelto, la entidad postulante interpuso recurso de apelación ante la Sala Segunda de la Corte de Apelaciones del Ramo Civil y Mercantil, tribunal que en sentencia de veintiuno de diciembre de dos mil siete (acto reclamado), resolvió declarar sin lugar el referido recurso y como consecuencia confirmó el fallo apelado.

Con base en lo anteriormente considerado, la Corte de Constitucionalidad consideró que la Sala Segunda de la Corte de Apelaciones del Ramo Civil y Mercantil, al haber confirmado la sentencia apelada, no ha causado agravio a la solicitante, ya que la resolución que constituye el acto reclamado fue dictada con fundamento en el artículo 327 ut supra, ya que de conformidad con el debido

proceso el Juez Séptimo de Primera Instancia Civil del departamento de Guatemala, es competente para conocer de la litis sometida a su conocimiento, debido a que la misma fue promovida demandando la ejecución de la fianza prestada por la entidad Fianzas Universales, Sociedad Anónima, con base a la póliza presentada como título ejecutivo, la cual tiene como efecto que la afianzadora pague la obligación garantizada una vez que sea exigible y no haya sido cumplida por el fiado.

Así, con esta acción se pretendió obtener el pago de la cantidad determinada de dinero descrita en ella siendo esta líquida y exigible, por ende susceptible de ser reclamada en la vía del juicio ejecutivo, por ser el procedimiento especial que fija la ley adjetiva civil, no siendo la ejecución de un título ejecutivo materia que puede ser conocida a través del arbitraje, según lo preceptuado en el artículo 3 de la Ley de Arbitraje; además, el hecho que lo resuelto por la Sala impugnada sea desfavorable a la pretensión de la accionante de amparo no significa que exista vulneración a derecho constitucional alguno.

De manera que, evidenciándose inexistencia de agravio a derechos fundamentales en la decisión reclamada en amparo, se concluye que la protección constitucional solicitada era notoriamente improcedente; por lo que, al haber resuelto en ese sentido el tribunal a quo por medio de la sentencia recurrida, ésta se confirmó.

4.7. Expediente 878-2010, Sentencia del Recurso de Apelación de Amparo de fecha quince de marzo de dos mil once. Corte de Constitucionalidad de Guatemala.

En el presente caso, Jaime Humberto Mansilla Vargas acudió en amparo contra la Sala Tercera de la Corte de Apelaciones del ramo Civil y Mercantil, señalando como acto reclamado la resolución de veintidós de abril de dos mil nueve, por la que la autoridad impugnada confirmó el auto que declaró con lugar la excepción de incompetencia y, como consecuencia, rechazó para su trámite la demanda ordinaria de nulidad absoluta de la asamblea general extraordinaria de accionistas que el ahora amparista promovió contra Valores Guatemaltecos, Sociedad Anónima.

El postulante manifiesta que la actuación de la autoridad impugnada le veda la oportunidad de impugnar los acuerdos tomados por la referida asamblea en la forma legalmente establecida para el efecto, ya que, como consta en la misma cláusula compromisoria que sirvió de base a la citada entidad para interponer la excepción de incompetencia, se utilizará la vía del arbitraje cuando la ley no

instituya procedimiento especial para la resolución de conflictos; de ahí que, conforme a lo preceptuado en el artículo 157 del Código de Comercio, el juicio ordinario es el procedimiento indicado para impugnar o anular los acuerdos tomados en dicha Asamblea General.

El Tribunal de Amparo de primer grado denegó la protección constitucional solicitada, fundamentando su decisión en el hecho de que, según estima, la norma que señala el procedimiento aplicable para el asunto que se analiza confiere a las partes la potestad para elegir un procedimiento distinto al establecido en la ley, en este caso, el del arbitraje. Sin embargo, el examen de la cuestión en su contexto y de las normas aplicables revela que tales afirmaciones son inexactas. Por esa razón, la Corte de Constitucionalidad procedió a efectuar el análisis que ameritaba el asunto según su criterio, puesto a su juzgamiento en apelación.

La discusión suscitada en este caso gira en torno a la posibilidad de ventilar en juicio ordinario la demanda de nulidad de los acuerdos que la Asamblea General Extraordinaria de Accionistas de la referida entidad asumió el veintiséis de abril de dos mil siete promovida por el ahora postulante, frente a la existencia de una norma que permite el conocimiento y resolución de aquella impugnación por medio de un procedimiento distinto, voluntariamente pactado por las partes.

La norma a la que se hace referencia es el artículo 157 del Código de Comercio, que preceptúa: “Los acuerdos de las asambleas podrán impugnarse o anularse cuando se hayan tomado con infracción de las disposiciones de la ley o de la escritura social. Estas acciones, salvo pacto en contrario, se ventilarán en juicio ordinario.”

De acuerdo a esa indicación legal, la impugnación de los relacionados acuerdos se hará, por regla general, por vía del juicio ordinario; sin embargo, la misma norma prevé una excepción que consiste en conferir a las partes la oportunidad de elegir una vía diferente para formular tales cuestionamientos.

Es decir, dicho artículo propone una directriz particular, con la salvedad de que los interesados pueden optar por otro medio para elucidar aquella objeción. En el caso de estudio, luego de que el entonces amparista demandara la nulidad de los citados acuerdos por medio del juicio ordinario –regla general–, la entidad demandada interpuso excepción de incompetencia asegurando que esa no era la vía para formular dicha impugnación, pues el contrato de constitución respectivo contenía una “cláusula arbitral” en virtud de la cual se estableció el pacto de ventilar la referida oposición mediante arbitraje, el cual se estima equivalente a la excepción a la que anteriormente se aludía.

O sea que, aparentemente, de acuerdo a lo establecido en la propia norma invocada por el demandante, a éste le correspondía formular la relacionada objeción conforme al “pacto en contrario” contenido en la referida cláusula contractual, esto es, mediante arbitraje, y no en sede jurisdiccional; como consecuencia de ello, el juez ante el que promovió el juicio respectivo resultaría incompetente. Tales fueron los razonamientos efectuados tanto por el citado juez de primer grado, como por la Sala cuestionada en amparo al conocer en alzada, para declarar con lugar la excepción antes mencionada y confirmar esa decisión, respectivamente.

La Corte estimó que tales consideraciones son equivocadas en la medida en que su elaboración únicamente admitió, como fundamento del análisis de mérito, el contenido del artículo 157 del Código de Comercio, frente a lo pactado en contrario en la escritura constitutiva de Valores Guatemaltecos, Sociedad Anónima, (en la cláusula arbitral). Es decir, realizaron un ligero estudio de la normativa aplicable al asunto particular, una evaluación aislada que les impidió emitir un acertado pronunciamiento del mismo. Tal estimativa se efectúa con base a dos motivos:

El primero consiste en el hecho de que el examen realizado a la exposición argumentativa que hizo el entonces postulante al promover el juicio ordinario de nulidad mencionado, evidencia que el señalamiento efectuado no lo causó únicamente la presunta nulidad de lo regulado en los acuerdos tomados por la referida Asamblea, sino que con el mismo cuestionó, al mismo tiempo, la propia validez de tales acuerdos. Ello quiere decir que el postulante no dirigió la impugnación contra el mero contenido de esos convenios, sino que cuestionó su legitimidad, misma que, de estar ausente, provocaría su nulidad inmediata.

En efecto, en el escrito respectivo aquél expresó: “...comparezco a promover en JUICIO ORDINARIO, DEMANDA DE NULIDAD ABSOLUTA DE LA ASAMBLEA GENERAL EXTRAORDINARIA DE ACCIONISTAS de la entidad Valores Guatemaltecos, Sociedad Anónima que fuera celebrada el veintiséis de abril de dos mil siete a las quince horas en el salón Amate del Hotel Real Intercontinental de la ciudad de Guatemala...”, y después señaló que: “...tanto en el procedimiento de la Convocatoria a Asamblea General Extraordinaria de Accionistas celebrada el veintiséis de abril del presente año, así como el informe circunstanciado que sirvió de base para que los accionistas tomaran las resoluciones en dicha Asamblea, padecen de vicios y omisión de requisitos legalmente impuestos, además que se fundamentan en argumentos parcializados, incompletos, ambiguos y falsos, que provocan que la ASAMBLEA (...) SEA NULA AL AMPARO DE LA LEY, lo cual se procede a demostrar a continuación (...); seguidamente, como afirmó, dedicó su exposición a indicar las razones por las cuales demandaba la nulidad de la referida Asamblea.

La segunda motivación tiene que ver con la materia que puede ser objeto de arbitraje. Según indica el artículo 3, numeral 1), de la Ley de la materia, la misma se aplicará: "...en todos aquellos casos en que la controversia verse sobre materias en que las partes tengan libre disposición conforme a derecho...".

Aunque tal indicación parezca muy general, en el caso objeto de estudio es posible considerar que las materias sobre las que las partes –sociedades, sus órganos o accionistas– pueden disponer libremente y de conformidad con la ley, son todas aquellas que por conveniencia, pertinencia y oportunidad, sean de beneficio para el objeto social o estimulen el giro ordinario de la sociedad. Las mismas, por supuesto, podrían motivar la toma de decisiones importantes y figurar como objeto de acuerdos por parte de la Asamblea General de Accionistas, en cuyo caso, de ser objetados de nulidad tales instrumentos, dicha impugnación podría ventilarse, válidamente, en un procedimiento arbitral.

Sin embargo, en el presente caso, la Corte de Constitucionalidad considero que no se están cuestionando resoluciones respecto de asuntos que reúnan las referidas características, y que hayan sido emitidas a favor del propósito para el cual se constituyó la sociedad de mérito, sino que la objeción a los acuerdos descansa, fundamentalmente, en temas relacionados con la validez de un acto jurídico realizado con ocasión de la necesidad de tomar decisiones que versarían sobre cuestiones propias de la integración y función de la sociedad, tales como:

- La procedencia o improcedencia del acuerdo de exclusión a tomarse en contra de los accionistas que presuntamente hayan incurrido en incumplimiento de las obligaciones que les impone el pacto social y la ley, y por su presunta participación en la comisión de actos dolosos o fraudulentos contra la sociedad;
- La adquisición por parte de la sociedad de sus propias acciones;
- La modificación de la escritura social en cuanto a la forma y modalidad que adoptará su órgano de administración;
- El nombramiento, ratificación o remoción del auditor externo, etc. Tales temas no forman parte de las "materias en que las partes tengan libre disposición conforme a derecho" y que, por tanto, puedan ser sometidas al proceso de arbitraje, sino que, por su naturaleza, complejidad y posibles efectos, deben ventilarse en la vía judicial y de acuerdo a los preceptos

legales correspondientes, con la seguridad y certeza jurídica que dicho medio supone.

Establecido lo anterior la Corte de Constitucionalidad, en un criterio, llamativo concluyo que la nulidad de la que estima el postulante adolece la multicitada Asamblea General, constituye una impugnación que solamente puede ser objeto de conocimiento jurisdiccional y, por tanto, el juez de la causa no debía acoger la tesis de una presunta incompetencia que la entidad demandada invocó al interponer la excepción correspondiente, y la Sala impugnada tampoco debía confirmar aquella decisión, pues, como quedó apuntado, el arbitraje no es la vía idónea para ventilar aquella demanda de nulidad.

4.8. Expediente 1107-2010 Sentencia del Recurso de Apelación de Amparo de fecha quince de marzo de dos mil once. Corte de Constitucionalidad de Guatemala.

En el caso de análisis, Sandra Mercedes García Vargas promueve amparo contra la Sala Segunda de la Corte de Apelaciones del ramo Civil y Mercantil, señalando como acto reclamado la decisión de dicha Sala de confirmar el auto mediante el cual el Juez Segundo de Primera Instancia Civil del departamento de Guatemala declaró con lugar la excepción previa de incompetencia y, como consecuencia, rechazó para su trámite la demanda ordinaria de nulidad absoluta de la asamblea general extraordinaria de accionistas celebrada el doce de octubre de dos mil siete que promovió contra la entidad Valores Guatemaltecos, Sociedad Anónima.

La Señora Sandra Mercedes García Vargas, afirmó que tal resolución le provocó agravio porque la autoridad impugnada no valoró el hecho de que la cláusula arbitral utilizada como fundamento de la citada excepción establece que si existe un procedimiento especial, no será aplicable la cláusula arbitral, y que en virtud de que el artículo 157 del Código de Comercio establece una vía o procedimiento especial, que es el juicio ordinario, no es viable invocar aquella cláusula; sin embargo, al haber acogido dicha defensa le vedó la facultad de impugnar, en la forma legalmente establecida, los acuerdos tomados en la referida Asamblea.

Aseguró, además, que tanto el Juez de primera instancia como la Sala objetada, no analizaron a profundidad los argumentos esgrimidos en su oportunidad. El Tribunal de Amparo de primer grado denegó la protección constitucional solicitada, fundamentando su decisión en el hecho de que la Sala cuestionada actuó correctamente al estimar que el juez contralor del proceso había actuado y resuelto conforme la ley y que, por ello, dispuso confirmar el fallo apelado, considerando,

además, que con la acción de amparo promovida lo que pretende la postulante es obtener la revisión del fondo de aquel fallo, a lo que no se podía acceder.

Sin embargo, el examen de la cuestión en su contexto y de las normas aplicables al caso revela que tales afirmaciones son inexactas. Por esa razón, la Corte de Constitucionalidad realizó un análisis en base al expediente 878-2010, Sentencia del Recurso de Apelación de Amparo de fecha quince de marzo de dos mil once, expediente en el que estableció un primer fallo anti-arbitraje.

La discusión suscitada en este caso giró en torno a la posibilidad de ventilar en juicio ordinario la demanda de nulidad de los acuerdos que la Asamblea General Extraordinaria de Accionistas de la referida entidad asumió el doce de octubre de dos mil siete promovida por la entonces postulante, frente a la existencia de una norma que permite el conocimiento y resolución de aquella impugnación por medio de un procedimiento distinto, voluntariamente pactado por las partes.

La norma a la que se hace referencia es el artículo 157 del Código de Comercio, que preceptúa: “Los acuerdos de las asambleas podrán impugnarse o anularse cuando se hayan tomado con infracción de las disposiciones de la ley o de la escritura social. Estas acciones, salvo pacto en contrario, se ventilarán en juicio ordinario.”

De acuerdo a esa indicación legal, la impugnación de los relacionados acuerdos se hará, por regla general, por vía del juicio ordinario; sin embargo, la misma norma prevé una excepción que consiste en conferir a las partes la oportunidad de elegir una vía diferente para formular tales cuestionamientos.

Es decir, dicho artículo propone una directriz particular, con la salvedad de que los interesados pueden optar por otro medio para elucidar aquella objeción. En el caso de estudio, luego de que la entonces amparista demandara la nulidad de los citados acuerdos por medio del juicio ordinario –regla general–, la entidad demandada interpuso excepción de incompetencia asegurando que esa no era la vía para formular dicha impugnación, pues el contrato de constitución respectivo contenía una “cláusula arbitral” en virtud de la cual se estableció el pacto de ventilar la referida oposición mediante arbitraje, el cual se estima equivalente a la excepción a la que anteriormente se aludía.

Habría que decir también que, aparentemente, de acuerdo a lo establecido en la propia norma invocada por la demandante, a ésta le correspondía formular la relacionada objeción conforme al “pacto en contrario” contenido en la referida cláusula contractual, esto es, mediante arbitraje, y no en sede jurisdiccional; como

consecuencia de ello, el juez ante el que promovió el juicio respectivo resultaría incompetente.

Tales fueron los razonamientos efectuados tanto por el citado juez de primer grado, como por la Sala cuestionada en amparo al conocer en alzada, para declarar con lugar la excepción antes mencionada y confirmar esa decisión, respectivamente.

La Corte de Constitucionalidad, en una resolución en contra de los compromisos internacionales de Guatemala, relacionados con la materia y contra el mismo espíritu de la ley, estimó que los órganos jurisdiccionales que conocieron con antelación realizaron un análisis equivocado en la medida en que su elaboración únicamente admitió, como fundamento del análisis de mérito, el contenido del artículo 157 del Código de Comercio, frente a lo pactado en contrario en la escritura constitutiva de Valores Guatemaltecos, Sociedad Anónima, en la cláusula arbitral.

Es decir, de acuerdo a la Corte de Constitucionalidad, realizaron un ligero estudio de la normativa aplicable al asunto particular, una evaluación aislada que les impidió emitir un acertado pronunciamiento del mismo. Tal estimativa se efectúa con base a dos motivos:

El primero consiste en el hecho de que el examen realizado a la exposición argumentativa que hizo la entonces postulante al promover el juicio ordinario de nulidad mencionado, evidencia que el señalamiento efectuado no lo causó únicamente la presunta nulidad de lo regulado en los acuerdos tomados por la referida Asamblea, sino que con el mismo cuestionó, al mismo tiempo, la propia validez de tales acuerdos.

Ello quiere decir que la postulante no dirigió la impugnación contra el mero contenido de esos convenios, sino que cuestionó su legitimidad, misma que, de estar ausente, provocaría su nulidad inmediata. En efecto, en el escrito respectivo aquélla expresó: "...comparezco a promover en la vía Ordinaria demanda de Nulidad del acuerdo tomado por la Asamblea General Extraordinaria de Accionistas de Valores Guatemaltecos, Sociedad Anónima, celebrada el doce de octubre de dos mil siete a las doce horas, por medio del cual se resolvió adquirir las acciones de los socios Domingo Rafael Mansilla Córdova, Jaime Humberto Mansilla vargas y Jack Hussein Purewal Mansilla, en ejecución de un acuerdo de exclusión tomado en contra de ellos, en contra de la entidad Valores Guatemaltecos, Sociedad Anónima ...", y más adelante señaló que el acuerdo de la referida asamblea: "...es nulo en virtud de:

- La no concurrencia de los requisitos esenciales para la existencia del Acuerdo de adquisición de dichas acciones;

- Es contrario a una norma imperativa; y
- Suprime un derecho otorgado al accionista por la ley (...); facilitando los antecedentes del caso y explicando las razones por las cuales demandaba la nulidad de la referida Asamblea, con base a las afirmaciones citadas.

La segunda motivación tiene que ver con la materia que puede ser objeto de arbitraje. Según indica el artículo 3, numeral 1), de la Ley de la materia, la misma se aplicará: "...en todos aquellos casos en que la controversia verse sobre materias en que las partes tengan libre disposición conforme a derecho...". Aunque tal indicación parezca muy general, en el caso objeto de estudio es posible considerar que las materias sobre las que las partes –sociedades, sus órganos o accionistas– pueden disponer libremente y de conformidad con la ley, son todas aquellas que por conveniencia, pertinencia y oportunidad, sean de beneficio para el objeto social o estimulen el giro ordinario de la sociedad.

Las mismas, por supuesto, podrían motivar la toma de decisiones importantes y figurar como objeto de acuerdos por parte de la Asamblea General de Accionistas, en cuyo caso, de ser objetados de nulidad tales instrumentos, dicha impugnación podría ventilarse, válidamente, en un procedimiento arbitral.

Sin embargo, en el presente caso, no se están cuestionando resoluciones respecto de asuntos que reúnan las referidas características, y que hayan sido emitidas a favor del propósito para el cual se constituyó la sociedad de mérito, sino que la objeción a los acuerdos descansa, fundamentalmente, en temas relacionados con la validez de un acto jurídico realizado con ocasión de la necesidad de tomar decisiones que versarían sobre cuestiones propias de la integración y función de la sociedad, tales como:

- La procedencia o improcedencia del acuerdo de exclusión a tomarse en contra de los accionistas que presuntamente hayan incurrido en incumplimiento de las obligaciones que les impone el pacto social y la ley, y por su presunta participación en la comisión de actos dolosos o fraudulentos contra la sociedad; y
- La adquisición por parte de la sociedad de sus propias acciones.

Tales temas, a criterio de la Corte de Constitucionalidad no forman parte de las "materias en que las partes tengan libre disposición conforme a derecho" y que, por tanto, puedan ser sometidas al proceso de arbitraje, sino que, por su naturaleza, complejidad y posibles efectos, deben ventilarse en la vía judicial y de acuerdo a

los preceptos legales correspondientes, con la seguridad y certeza jurídica que dicho medio supone.

Establecido lo anterior no puede sino concluirse que la nulidad de la que estima la postulante adolece la multicitada Asamblea General, constituye una impugnación que solamente puede ser objeto de conocimiento jurisdiccional y, por tanto, el juez de la causa no debía acoger la tesis de una presunta incompetencia que la entidad demandada invocó al interponer la excepción correspondiente, y la Sala impugnada tampoco debía confirmar aquella decisión, pues, como quedó apuntado, el arbitraje no es la vía idónea para ventilar aquella demanda de nulidad.

4.9. Expediente 1384-2010 Sentencia del Recurso de Apelación de Amparo de fecha treinta de noviembre de dos mil diez. Corte de Constitucionalidad de Guatemala.

En el presente caso, Sergio Gerardo Prah García promueve amparo contra el Juez Tercero de Primera Instancia Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente del departamento de Guatemala, señalando como acto reclamado el auto de diecisiete de septiembre de dos mil nueve, por el que dicho Juez declaró sin lugar el recurso de reposición interpuesto contra la resolución en la que declaró la desestimación del proceso penal incoado contra Gustavo Argüello Pasos y Enrique Alfredo Argüello Müller, por los delitos de Caso especial de estafa, Falsedad material, Falsedad ideológica y Uso de documentos falsificados.

Indicó que al dictar el acto reclamado, la autoridad impugnada vulneró los derechos y principios jurídicos enunciados, porque confirmó la desestimación del proceso y ordenó indebidamente el archivo de una querrela penal a la cual se le había dado trámite como corresponde, pues los hechos imputados a los sindicados son constitutivos de delitos, ya que de no haber sido así, dicha querrela no hubiera tenido trascendencia alguna en su admisibilidad; por ello, al existir indicios de criminalidad de los sindicados, el Juez cuestionado decretó medidas de coerción de prohibición de salir del país y arraigo en su contra.

Pese a lo anterior, accedió a la petición que le formuló el Ministerio Público, el que, sin haber procedido a investigar los hechos objeto de la querrela, solicitó la desestimación de la causa, con el argumento de que existía una cláusula arbitral y/o compromisoria en la escritura constitutiva de la entidad Grupo Forte, Sociedad Anónima, que no podía ser constitutiva de hecho ilícito alguno. Adujo, además, que al originarse la desestimación del caso privadamente en el despacho del referido Juez y sin audiencia oral previa, con argumentos de errónea e indebida aplicación

del artículo 310 del Código Procesal Penal, que prevé los dos supuestos que deben concurrir para el efecto, se produjo vulneración de los artículos 12 constitucional y 8 y 20 del Reglamento Interior de Tribunales y Juzgados Penales.

Examinadas las constancias procesales en el presente caso, se estableció que:

- El Juez Tercero de Primera Instancia Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente del departamento de Guatemala, declaró la desestimación y archivo del proceso penal de mérito, al estimar la existencia de una cláusula arbitrar y/o compromisoria en una escritura constitutiva de una sociedad anónima, y por ello, los hechos imputados a los procesados no podían ser constitutivos de ilícito alguno; y
- Contra la anterior resolución, el postulante interpuso recurso de reposición, al considerar que la desestimación de la causa efectuado por el Juez cuestionado la basó en una errónea e indebida aplicación del artículo 310 del Código Procesal Penal y que debió señalar audiencia previa a los sujetos procesales; medio de impugnación que fue declarado sin lugar por la referida autoridad en la resolución que constituye el acto reclamado.

Al realizar el análisis legal respectivo, y a efecto de determinar la concurrencia o no de los agravios señalados por el postulante, se estima oportuno transcribir la parte conducente de la resolución cuestionada, en la que la autoridad impugnada consideró:

«(...)Por lo que en el presente caso del nuevo estudio de las constancias procesales, el Juzgador considera pertinente declarar no ha lugar el recurso [de] reposición interpuesto por el presentado, en virtud de haber sido dictada conforme a derecho corresponde, garantizando el debido proceso, toda vez que nuestro ordenamiento jurídico establece los procedimientos para cada institución jurídica, no encontrándose dentro del mismo la obligación del juzgador de señalar audiencia oral para decidir si la investigación debe continuar, quedando a criterio de quien juzga en el presente caso señalar la audiencia correspondiente, aunado a ello no existe la exclusión de los querellantes adhesivos y actores civiles dentro del presente caso toda vez que el juzgador ha resuelto de conformidad con la ley cada una de las solicitudes realizadas por los sujetos procesales legalmente constituidos dentro del mismo, y en caso que los sujetos procesales consideren que sus derechos está siendo vulnerados o que exista inconformidad con lo resuelto por el órgano jurisdiccional, deberán hacer usos de los recursos establecidos para impugnar lo resuelto por el órgano competente; por lo que se estima que no se puede variar la resolución que es objeto del recurso que nos ocupa, por lo que debe de resolverse conforme a derecho corresponde (...).».

De la lectura de lo antes transcrito, el alto Tribunal Constitucional apreció que al dictar la resolución que constituye el acto reclamado, la autoridad impugnada no razonó debidamente su decisión, pues no expresó de una forma clara y precisa los motivos que la indujeron a declarar sin lugar el recurso de reposición interpuesto, y con ello confirmar la desestimación del proceso penal de mérito, basado en un aspecto que no encaja entre los presupuestos por los que los jueces del orden penal pueden decretar la desestimación de las causas, ya que estimó como determinante una situación distinta a los dos supuestos que hacen viable la desestimación establecidos por el artículo 310 de la ley adjetiva penal, con fundamento en los medios de investigación recabados y presentados por el Ministerio Público, y en congruencia con las constancias procesales.

En otras palabras, el tema toral objeto de la impugnación no fue evaluado por la autoridad impugnada como lo es que sea manifiesto que el hecho no sea punible o cuando no se pueda proceder, pues sólo se circunscribió a analizar cuestiones diferentes, tales como la obligación de conferir audiencia, la exclusión de los querellantes adhesivos y actores civiles y el uso de los recursos legalmente establecidos para cuestionar las decisiones judiciales.

La Corte de Constitucionalidad indica que debía, en todo caso, examinar nuevamente la cuestión planteada, a efecto de ratificar o no el pronunciamiento respecto de la procedencia o improcedencia de la desestimación de la causa ya acordada.

Con base en lo anterior, la Corte determinó que procedía declarar con lugar los recursos de apelación interpuestos, revocar la sentencia venida en grado y otorgar la protección constitucional solicitada, dejando en suspenso la resolución que constituye el acto reclamado y ordenar a la autoridad impugnada que emita la que en derecho corresponda, acorde con lo considerado, llevando a cabo un análisis de hecho y de derecho de las cuestiones sometidas a su conocimiento.

No obstante la obligación de condenar al pago de las costas procesales contenida en el artículo 45 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, la Corte estimó que en el caso particular no es procedente decretar la misma contra la autoridad impugnada, por la buena fe que se presume en las actuaciones judiciales.

4.10. Expediente 2890-2010, Sentencia del Recurso de Apelación de Amparo de fecha dieciocho de octubre de dos mil once. Corte de Constitucionalidad de Guatemala.

Del estudio de las constancias procesales, la Corte de Constitucionalidad advirtió los siguientes hechos relevantes:

- En el Juzgado Décimo de Primera Instancia Civil del departamento de Guatemala, Francisco Rigoberto Mansilla Córdoba promovió contra la entidad Lotificadora y Urbanizadora El Horizonte, Sociedad Anónima, juicio ordinario de nulidad absoluta del acuerdo de la Asamblea General Extraordinaria de Accionistas de dicha sociedad, celebrada el diecinueve de junio de dos mil ocho, por el que se aprobaron los balances generales, estados de pérdidas y ganancias y los informes de administración correspondientes a los años de dos mil al dos mil siete. Como fundamento total adujo que la aprobación acordada adolece de nulidad porque no cumplió con los requisitos indispensables para su validez, pues carece del consentimiento del Consejo de Administración, órgano colegiado de administración que no tuvo acceso a la documentación social y contable de la sociedad, ni aprobó los balances generales y los estados de pérdidas y ganancias correspondientes a los ejercicios sociales de dos mil dos al dos mil siete;
- Al ser emplazada la entidad demandada -ahora amparista- interpuso la excepción previa de incompetencia fundada en la existencia de un acuerdo de arbitraje que, según afirmó, impedía al Juez aludido conocer del asunto sometido a su conocimiento. El citado órgano jurisdiccional dictó resolución de ocho de julio de dos mil nueve, en la que dispuso declarar con lugar la excepción interpuesta con el argumento de que constando en la escritura constitutiva de dicha sociedad que los accionistas acordaron un procedimiento intra societario para dirimir sus pretensiones y controversias, sería en un juicio arbitral de equidad al que debían de acudir a requerir la solución de sus inconformidades; y c) el demandante interpuso recurso de apelación que conoció la autoridad impugnada, la que, en resolución de cinco de noviembre de dos mil nueve, dispuso revocar el auto apelado y, como consecuencia, declaró sin lugar la excepción de incompetencia con el argumento de que la controversia puesta a conocimiento en la vía jurisdiccional no está contenida dentro de las señaladas en la cláusula arbitral.

Es contra este último acto que la entidad Lotificadora y Urbanizadora El Horizonte, Sociedad Anónima acude en amparo. Centra sus agravios en que la autoridad impugnada, al emitir el acto señalado como lesivo, violó su derecho de defensa y los principios jurídicos del debido proceso y el de seguridad jurídica, porque no valoró de conformidad con la ley los medios de prueba aportados, pues no obstante haberse acordado una cláusula arbitral en la que se dispuso la obligatoriedad de someterse a un proceso arbitral ante cualquier diferencia surgida en la sociedad, con su proceder arbitrario la obliga a sujetarse a un procedimiento distinto al establecido en la escritura constitutiva de la sociedad.

El Tribunal de Amparo de primer grado denegó la protección constitucional solicitada, al considerar que la autoridad impugnada no pudo causar los agravios denunciados, ello porque, aseguró, la impugnación de los acuerdos de las asambleas generales de accionistas de una sociedad debe ser dilucidada por la vía del juicio ordinario, razón por la que no convalidó el argumento de la entidad postulante respecto de que la controversia suscitada con el Acuerdo impugnado pudiera ser resuelta mediante un procedimiento arbitral por haber sido acordado de esa manera en la escritura constitutiva de la sociedad.

La desestimativa dispuesta en primer grado es respaldada por esta Corte, en virtud de que el proceder de la Sala impugnada se encuentra conforme a derecho. Tal afirmación atiende al siguiente razonamiento.

Del análisis de la escritura constitutiva de la sociedad anónima en mención se advierte que la cláusula arbitral contenida en la misma quedó redactada de la siguiente manera: “Cualquier diferencia que surgiere entre los accionistas o entre éstos y la sociedad con motivo o por causa de esta escritura, que no puedan resolverse amigablemente, serán obligatoriamente sometidas a la decisión de un Tribunal Arbitral de equidad (...)”.

La Corte de Constitucionalidad, al efectuar la lectura de dicho acuerdo societario advirtió que si bien la cláusula transcrita hace referencia a “cualquier diferencia que surgiere entre los accionistas o entre éstos y la sociedad” esa misma disposición contiene una especificación condicionante que hace delimitar los alcances del acuerdo. Esa condición impone que sólo serán dilucidables por esa vía extrajudicial aquellas diferencias que surjan entre los citados sujetos con motivo o por causa de esta escritura constitutiva.

Para el caso resulta relevante establecer los alcances de esta última disposición, ello a efecto de determinar si la controversia surgida entre el demandante en el juicio ordinario que trae a cuenta el amparo y la sociedad ahora amparista, puede considerarse inmerso en esa condición que impone la escritura constitutiva.

Para el efecto, es necesario acudir a la interpretación de dicha oración, teniendo en cuenta que el Código Civil, en el artículo 1595 establece que: “Si alguna cláusula permitiere diversos o contrarios sentidos, deberá entenderse en el más adecuado para que produzca efecto, según la naturaleza del contrato.” Esta primera premisa determina el hecho de que, en caso de duda en la interpretación de un contrato deberá estarse a la interpretación armónica del mismo. En similar sentido regula el artículo 1598 al preceptuar que: “Las cláusulas de los contratos se interpretarán las unas por las otras, atribuyendo a las dudosas el sentido que resulte del conjunto de todas.”.

Para la determinación de los alcances de la oración de mérito resulta necesario establecer el significado de las conjunciones “con motivo” o “por causa”. Para ello se hace necesario acudir a lo que, para tal efecto, dispone el Diccionario de la Real Academia.

Este catálogo define que la proposición “con” denota el medio, modo o instrumento que sirve para hacer algo. El término motivo lo conceptualiza como: “Causa o razón que mueve para algo”. Y la preposición “por” la define como indicativo de: “agente en las oraciones en pasiva”. Por su parte el término “causa”, en su acepción pertinente, lo describe como: “Aquello que se considera como fundamento u origen de algo”.

Según cualquiera de ambas alocuciones, esa cláusula debe interpretarse en el sentido de que las controversias sujetas al arbitraje son las que surjan derivadas de los derechos y obligaciones contenidos en la escritura constitutiva. Debe tomarse en cuenta, además, que, a tenor de lo que establece el artículo 1598 citado, la interpretación de esa cláusula debe hacerse en sentido armónico con las restantes, las cuales, trazan, en su mayoría, la forma en la que deben desarrollarse las relaciones de los socios.

En el caso de mérito, del análisis de la demanda ordinaria promovida por Francisco Rigoberto Mansilla Córdova contra el Acuerdo de la Asamblea General Extraordinaria de Accionistas de la entidad Lotificadora y Urbanizadora El Horizonte, Sociedad Anónima, celebrada el diecinueve de junio de dos mil ocho, se establece que éste hace descansar sus motivos de accionar en que: “la aprobación acordada de los balances generales, estados de pérdidas y ganancias y los informes de administración correspondientes a los años de dos mil al dos mil siete, adolecen de nulidad pues no cumplió con los requisitos indispensables para su validez por carecer del consentimiento del Consejo de Administración, en virtud que dicho órgano colegiado de administración no tuvo acceso a la documentación social y contable de la sociedad, ni aprobó los balances generales y los estados de

pérdidas y ganancias correspondientes a los ejercicios sociales de dos mil dos al dos mil siete”.

Esa pretensión así formulada permite establecer que la divergencia que se pretende dilucidar no surgió con motivo o por causa de la escritura constitutiva de la sociedad, sino que derivó de inconformidades surgidas entre los socios en el desarrollo de las actividades societarias, esto es, no provienen, en esencia, de la aplicación del contrato. Las diferencias que pueden considerarse englobadas en el citado acuerdo arbitral serán únicamente aquellas que deriven estrictamente de la aplicación y ejecución del contrato.

Extremo que no ocurre en el caso bajo análisis en el que lo que se aduce es irregularidad del procedimiento para adoptar el tipo de decisiones objetadas por el indicado socio demandante.

Ante esa circunstancia se estima que la Sala ahora impugnada, al disponer la revocatoria de aquella excepción que había permitido paralizar la demanda ordinaria promovida por el citado socio, actuó conforme a derecho. Debe tomarse en cuenta que a tenor de lo que establece el 1594: “Por muy generales que sean los términos en que aparezca redactado un contrato, no deberán entenderse comprendidos en él, cosas distintas y casos diferentes de aquellos sobre los que los interesados se propusieron contratar.”.

Con base en lo anteriormente considerado, la Corte de Constitucionalidad estimó que la Sala impugnada, al haber revocado la resolución apelada, no causó agravio a la solicitante, ya que la resolución que constituye el acto reclamado fue dictada conforme a derecho, en virtud de que la discrepancia que se pretende dilucidar no surgió con motivo o por causa de la escritura constitutiva de la sociedad, sino que resultó de inconformidades surgidas entre los socios en el desarrollo de las actividades societarias, por lo que de conformidad con el debido proceso el Juez Décimo de Primera Instancia Civil del departamento de Guatemala, es competente para conocer de la litis sometida a su conocimiento.

Cabe resaltar el hecho de que la demanda fue promovida demandando la nulidad del acuerdo tomado en la asamblea general de accionistas de la sociedad amparista por presuntos vicios en la aprobación de los balances generales, estados de pérdidas y ganancias y los informes de administración correspondientes a los años de dos mil al dos mil siete, ante tal circunstancia la controversia corresponde dilucidarla a un juez ordinario, por la vía que establece el artículo 157 del Código de Comercio. Debe tenerse en cuenta que según la Ley de Arbitraje, en el inciso 1) del artículo 3, es susceptible de ser sometida a discusión por esa vía toda controversia sobre la cual las partes tengan libre disposición. La Corte de

Constitucionalidad, índico que no encuentra en la denuncia puesta en conocimiento del Juez, pueda encuadrarse en este último supuesto.

La Corte de Constitucionalidad, en este caso empieza a hacer referencia a otros casos, suscitados en similares circunstancias, haciendo ver que es un asunto que ya ha quedado asentado, en un proceso de amparo cuyo acto reclamado versaba también sobre la discusión suscitada respecto de la posibilidad de ventilar en un juicio ordinario la nulidad de los acuerdos de las Asambleas Generales Extraordinarias de Accionistas, cuando lo que se denunciaban eran determinadas ilegalidades que, según un accionista, precedieron la toma de una decisión societaria, la Corte fue enfática en señalar que asentó que :“(...) la evidencia que el señalamiento efectuado no lo causó únicamente la presunta nulidad de lo regulado en los acuerdos tomados por la referida Asamblea, sino que con el mismo cuestionó, al mismo tiempo, la propia validez de tales acuerdos.

Ello quiere decir que el postulante no dirigió la impugnación contra el mero contenido de esos convenios, sino que cuestionó su legitimidad, misma que, de estar ausente, provocaría su nulidad inmediata (...) en el caso objeto de estudio es posible considerar que las materias sobre las que las partes -sociedades, sus órganos o accionistas- pueden disponer libremente y de conformidad con la ley, son todas aquellas que por conveniencia, pertinencia y oportunidad, sean de beneficio para el objeto social o estimulen el giro ordinario de la sociedad.

Las mismas, por supuesto, podrían motivar la toma de decisiones importantes y figurar como objeto de acuerdos por parte de la Asamblea General de Accionistas, en cuyo caso, de ser objetados de nulidad tales instrumentos, dicha impugnación podría ventilarse, válidamente, en un procedimiento arbitral. Sin embargo, en el presente caso, no se están cuestionando resoluciones respecto de asuntos que reúnan las referidas características, y que hayan sido emitidas a favor del propósito para el cual se constituyó la sociedad de mérito, sino que la objeción a los acuerdos descansa, fundamentalmente, en temas relacionados con la validez de un acto jurídico realizado con ocasión de la necesidad de tomar decisiones que versarían sobre cuestiones propias de la integración y función de la sociedad (...) Tales temas no forman parte de las “materias en que las partes tengan libre disposición conforme a derecho” y que, por tanto, puedan ser sometidas al proceso de arbitraje, sino que, por su naturaleza, complejidad y posibles efectos, deben ventilarse en la vía judicial y de acuerdo a los preceptos legales correspondientes, con la seguridad y certeza jurídica que dicho medio supone.

Establecido lo anterior, la Corte de Constitucionalidad estimó y citó la sentencia de quince de marzo de dos mil once, emitida dentro del expediente ochocientos setenta y ocho - dos mil once (878- 2010) en el sentido que no puede sino

concluirse que la nulidad de la que estima el postulante adolece la multicitada Asamblea General, constituye una impugnación que solamente puede ser objeto de conocimiento jurisdiccional y, por tanto, el juez de la causa no debía acoger la tesis de una presunta incompetencia que la entidad demandada invocó al interponer la excepción correspondiente, y la Sala impugnada tampoco debía confirmar aquella decisión, pues, como quedó apuntado, el arbitraje no es la vía idónea para ventilar aquella demanda de nulidad”.

Con base al razonamiento anterior, la Corte concluyó que el hecho que lo resuelto por Sala impugnada sea desfavorable a la pretensión de la accionante de amparo no significa que exista vulneración a derecho constitucional alguno. De manera que, evidenciándose inexistencia de agravio a derechos fundamentales en la decisión reclamada en amparo, se concluye que la protección constitucional solicitada es notoriamente improcedente; por lo que, al haber resuelto en ese sentido la Cámara de Amparo y Antejuicio de la Corte Suprema de Justicia, por medio de la sentencia recurrida, ésta debe ser confirmada.

4.11. Expediente 1783-2011, Sentencia del Recurso de Apelación de Amparo de fecha dieciocho de agosto de dos mil once. Corte de Constitucionalidad de Guatemala.

En el caso de estudio, William Alfred Britz Mansilla promueve amparo contra la Sala Tercera de la Corte de Apelaciones del ramo Civil y Mercantil, señalando como lesiva la resolución dictada por esa autoridad el quince de octubre de dos mil diez, mediante la cual confirmó el auto emitido en primera instancia, que declaró con lugar la excepción de incompetencia planteada por Valores Guatemaltecos, Sociedad Anónima, dentro del proceso ordinario de nulidad absoluta de la asamblea general extraordinaria de accionistas celebrada el veintiséis de abril de dos mil siete, promovido en su contra por el postulante.

El accionante, al apelar el fallo que ahora se conoce en alzada, expresó su desacuerdo con lo resuelto, afirmando que el artículo 3 inciso c) de la Ley de Arbitraje dispone que no procede el arbitraje cuando la ley lo prohíba expresamente o señale un procedimiento especial para determinados asuntos, tal como lo prevé el artículo 157 del Código de Comercio, por lo que no es aplicable al caso concreto, la cláusula arbitral estipulada en la escritura de constitución de sociedad.

Al hacer el análisis del presente asunto, se advierte que dentro del expediente ochocientos setenta y ocho - dos mil diez (878-2010), la Corte de Constitucional conoció, en apelación, de la acción de amparo promovida por Jaime Humberto

Mansilla Vargas contra la Sala Tercera de la Corte de Apelaciones del ramo Civil y Mercantil. Tal garantía constitucional fue instada contra la decisión de la referida autoridad de confirmar la declaratoria con lugar de la excepción de incompetencia interpuesta por la entidad Valores Guatemaltecos, Sociedad Anónima, en el proceso ordinario promovido por ese amparista, mediante el cual pretendía la nulidad absoluta de la asamblea general extraordinaria de accionistas, celebrada el veintiséis de abril de dos mil siete (caso idéntico al presente).

La acción de mérito fue declarada con lugar en sentencia de quince de marzo de dos mil once, en la cual la misma Corte de Constitucionalidad estimó: "...La discusión suscitada en este caso gira en torno a la posibilidad de ventilar en juicio ordinario la demanda de nulidad de los acuerdos que la Asamblea General Extraordinaria de Accionistas de la referida entidad asumió el veintiséis de abril de dos mil siete promovida por el ahora postulante, frente a la existencia de una norma que permite el conocimiento y resolución de aquella impugnación por medio de un procedimiento distinto, voluntariamente pactado por las partes. La norma a la que se hace referencia es el artículo 157 del Código de Comercio, que preceptúa: 'Los acuerdos de las asambleas podrán impugnarse o anularse cuando se hayan tomado con infracción de las disposiciones de la ley o de la escritura social. Estas acciones, salvo pacto en contrario, se ventilarán en juicio ordinario.

De acuerdo a esa indicación legal, la impugnación de los relacionados acuerdos se hará, por regla general, por vía del juicio ordinario; sin embargo, la misma norma prevé una excepción que consiste en conferir a las partes la oportunidad de elegir una vía diferente para formular tales cuestionamientos.

Es decir, dicho artículo propone una directriz particular, con la salvedad de que los interesados pueden optar por otro medio para elucidar aquella objeción. En el caso de estudio, luego de que el ahora amparista demandara la nulidad de los citados acuerdos por medio del juicio ordinario - regla general-, la entidad demandada interpuso excepción de incompetencia asegurando que esa no era la vía para formular dicha impugnación, pues el contrato de constitución respectivo contenía una 'cláusula arbitral' en virtud de la cual se estableció el pacto de ventilar la referida oposición mediante arbitraje, el cual se estima equivalente a la excepción a la que anteriormente se aludía.

O sea que, aparentemente, de acuerdo a lo establecido en la propia norma invocada por el demandante, a éste le correspondía formular la relacionada objeción conforme al 'pacto en contrario' contenido en la referida cláusula contractual, esto es, mediante arbitraje, y no en sede jurisdiccional; como consecuencia de ello, el juez ante el que promovió el juicio respectivo resultaría incompetente. Tales fueron los razonamientos efectuados tanto por el citado juez

de primer grado, como por la Sala cuestionada en amparo al conocer en alzada, para declarar con lugar la excepción antes mencionada y confirmar esa decisión, respectivamente.

La Corte de Constitucionalidad estimó que tales consideraciones son equivocadas en la medida en que su elaboración únicamente admitió, como fundamento del análisis de mérito, el contenido del artículo 157 del Código de Comercio, frente a lo pactado en contrario en la escritura constitutiva de Valores Guatemaltecos, Sociedad Anónima, (en la cláusula arbitral).

Es decir, realizaron un ligero estudio de la normativa aplicable al asunto particular, una evaluación aislada que les impidió emitir un acertado pronunciamiento del mismo. Tal estimativa se efectúa con base a dos motivos:

- El primero consiste en el hecho de que el examen realizado a la exposición argumentativa que hizo el ahora postulante al promover el juicio ordinario de nulidad mencionado, evidencia que el señalamiento efectuado no lo causó únicamente la presunta nulidad de lo regulado en los acuerdos tomados por la referida Asamblea, sino que con el mismo cuestionó, al mismo tiempo, la propia validez de tales acuerdos. Ello quiere decir que el postulante no dirigió la impugnación contra el mero contenido de esos convenios, sino que cuestionó su legitimidad, misma que, de estar ausente, provocaría su nulidad inmediata. (...)
- La segunda motivación tiene que ver con la materia que puede ser objeto de arbitraje. Según indica el artículo 3, numeral 1), de la Ley de la materia, la misma se aplicará: ‘...en todos aquellos casos en que la controversia verse sobre materias en que las partes tengan libre disposición conforme a derecho...’. Aunque tal indicación parezca muy general, en el caso objeto de estudio es posible considerar que las materias sobre las que las partes – sociedades, sus órganos o accionistas– pueden disponer libremente y de conformidad con la ley, son todas aquellas que por conveniencia, pertinencia y oportunidad, sean de beneficio para el objeto social o estimulen el giro ordinario de la sociedad.

Las mismas, por supuesto, podrían motivar la toma de decisiones importantes y figurar como objeto de acuerdos por parte de la Asamblea General de Accionistas, en cuyo caso, de ser objetados de nulidad tales instrumentos, dicha impugnación podría ventilarse, válidamente, en un procedimiento arbitral.

Sin embargo, en el presente caso, no se están cuestionando resoluciones respecto de asuntos que reúnan las referidas características, y que hayan sido emitidas a

favor del propósito para el cual se constituyó la sociedad de mérito, sino que la objeción a los acuerdos descansa, fundamentalmente, en temas relacionados con la validez de un acto jurídico realizado con ocasión de la necesidad de tomar decisiones que versarían sobre cuestiones propias de la integración y función de la sociedad, tales como:

- La procedencia o improcedencia del acuerdo de exclusión a tomarse en contra de los accionistas que presuntamente hayan incurrido en incumplimiento de las obligaciones que les impone el pacto social y la ley, y por su presunta participación en la comisión de actos dolosos o fraudulentos contra la sociedad;
- La adquisición por parte de la sociedad de sus propias acciones;
- La modificación de la escritura social en cuanto a la forma y modalidad que adoptará su órgano de administración; iv. el nombramiento, ratificación o remoción del auditor externo, etc.

Temas que a Criterio de la Honorable Corte de Constitucionalidad no forman parte de las “materias en que las partes tengan libre disposición conforme a derecho” y que, por tanto, puedan ser sometidas al proceso de arbitraje, sino que, por su naturaleza, complejidad y posibles efectos, deben ventilarse en la vía judicial y de acuerdo a los preceptos legales correspondientes, con la seguridad y certeza jurídica que dicho medio supone.

Establecido lo anterior no puede sino concluirse que la nulidad de la que estima el postulante adolece la multicitada Asamblea General, constituye una impugnación que solamente puede ser objeto de conocimiento jurisdiccional y, por tanto, el juez de la causa no debía acoger la tesis de una presunta incompetencia que la entidad demandada invocó al interponer la excepción correspondiente, y la Sala impugnada tampoco debía confirmar aquella decisión, pues, como quedó apuntado, el arbitraje no es la vía idónea para ventilar aquella demanda de nulidad...”. El anterior criterio también fue sostenido por la Corte de Constitucionalidad, en sentencia de quince de marzo de dos mil once, dictada en el expediente mil ciento siete - dos mil diez (1107-2010).

Con base en la tesis expuesta, la Corte de Constitucionalidad concluyó que era procedente otorgar la protección constitucional solicitada, motivo por el cual se revocó la sentencia venida en grado.

4.12. Expediente 3126-2011, Sentencia del Recurso de Apelación de Amparo de fecha dieciséis de febrero de dos mil doce. Corte de Constitucionalidad de Guatemala.

Del análisis de las actuaciones, la Corte de Constitucionalidad estableció que la autoridad impugnada, en la parte medular considerativa de la resolución objetada, estimó: "(...) Que las decisiones tomadas por la Asamblea General de Accionistas, así como los derechos que de dichas asambleas se derivan no encuadra dentro de la cláusula quincuagésima segunda de la escritura social de tal entidad, en virtud que únicamente establece que cualquier diferencia que surgiere entre los accionistas o entre estos y la sociedad con motivo o por causa de esta escritura, que no puedan resolverse amigablemente, serán obligatoriamente sometidas a la decisión de un Tribunal Arbitral de Equidad, no indicando que las decisiones tomadas en Asamblea General Extraordinaria de Accionistas se diluciden en Juicio Arbitral, razón por la cual al caso en concreto no aplica la Cláusula Quincuagésima segunda de la Escritura Constitutiva, debiéndose considerar además, que la relacionada cláusula societaria es aplicada a "accionistas" calidad que no ostenta el apelante en la sociedad; y dado a que el Código de Comercio establece en el artículo 157 que este tipo de controversia debe dilucidarse en la vía ordinaria, esta Sala considera que debe revocarse el fallo dictado por el juez de primer grado, declarando sin lugar la excepción de incompetencia, condenando en costas a la parte vencida, debiendo el juez de Primer grado conocer sobre las excepciones de Demanda Defectuosa y Falta de Personalidad interpuestas por la parte demandada (...)"

Esta Corte, al hacer el análisis de los argumentos contenidos en el escrito de interposición de amparo, y el acto objetado, advierte que la cuestión en este caso se centra en torno a la posibilidad de ventilar en juicio ordinario la demanda de nulidad de los acuerdos que la Asamblea General Extraordinaria de Accionistas de la ya referida entidad asumió el veintiséis de abril de dos mil siete, cuestión promovida por la ahora postulante, frente a la existencia de una norma que permite el conocimiento y resolución de aquella impugnación por medio de un procedimiento distinto, voluntariamente pactado por las partes. La norma a la que se hace referencia es el artículo 157 del Código de Comercio, que preceptúa: "Los acuerdos de las asambleas podrán impugnarse o anularse cuando se hayan tomado con infracción de las disposiciones de la ley o de la escritura social. Estas acciones, salvo pacto en contrario, se ventilarán en juicio ordinario."

De acuerdo a esa indicación legal, la impugnación de los relacionados acuerdos se hará, por regla general, por vía del juicio ordinario; sin embargo, la misma norma prevé una excepción que consiste en conferir a las partes la oportunidad de elegir

una vía diferente para formular tales cuestionamientos. Es decir, dicho artículo propone una directriz particular, con la salvedad de que los interesados pueden optar por otro medio para elucidar aquella objeción.

En el caso de estudio, luego de que la amparista fuera demandada de la nulidad de los citados acuerdos por medio del juicio ordinario –regla general–, interpuso excepción de incompetencia asegurando que ésta no era la vía para formular dicha impugnación, pues el contrato de constitución respectivo contenía una “cláusula arbitral” en virtud de la cual se estableció el pacto de ventilar la referida oposición mediante arbitraje, el cual se estima equivalente a la excepción a la que anteriormente se aludía.

O sea que, aparentemente, de acuerdo a lo establecido en la propia norma invocada por los demandantes, a éstos le correspondía formular la relacionada objeción conforme al “pacto en contrario” contenido en la referida cláusula contractual, esto es, mediante arbitraje, y no en sede jurisdiccional; como consecuencia de ello, el juez ante el que se promovió el juicio respectivo resultaría incompetente.

Tales fueron los razonamientos efectuados por el citado juez de primer grado, para declarar con lugar la excepción antes mencionada y la Sala qué hizo su propio razonamiento y revocó el fallo de primer grado declarando sin lugar la relacionada excepción, como quedó asentado anteriormente.

La alta Corte Constitucional estimó que la consideración por parte de la autoridad objetada es acertada en la medida en que su elaboración no únicamente admitió, como fundamento del análisis de mérito, lo contenido del artículo 157 del Código de Comercio, frente a lo pactado en contrario en la escritura constitutiva de Valores Guatemaltecos, Sociedad Anónima (en la cláusula arbitral). Es decir, realizó un estudio de la normativa aplicable al asunto particular, una evaluación certera que le propició emitir un acertado pronunciamiento del mismo.

No obstante resulta necesario razonar debidamente para concretar el asunto en cuestión con base a dos motivos:

El primero consiste en el hecho de que el examen realizado a la exposición argumentativa que hizo la parte actora al promover el juicio ordinario de nulidad mencionado, evidencia que el señalamiento efectuado no lo causó únicamente la presunta nulidad de lo regulado en los acuerdos tomados por la referida Asamblea, sino que con el mismo cuestionó, al mismo tiempo, la propia validez de tales acuerdos. Ello quiere decir que los postulantes de ese juicio no dirigieron la

impugnación contra el mero contenido de esos convenios, sino que cuestionó su legitimidad, misma que de estar ausente provocaría su nulidad inmediata.

En efecto, en el escrito respectivo aquellos expresaron que comparecían: "...a promover en la vía Ordinaria demanda de Nulidad en contra del Acuerdo de la Asamblea General Extraordinaria de Accionistas de Valores Guatemaltecos, Sociedad Anónima, celebrada el veintiséis de abril de dos mil siete a las quince horas en el salón Amate del Hotel Real Intercontinental de la ciudad de Guatemala...", y después señalaron que: "...el procedimiento de la Convocatoria a Asamblea General Extraordinaria de Accionistas celebrada el veintiséis de abril del presente año, como el informe circunstanciado que sirvió de base para que los accionistas tomaran las resoluciones en dicha Asamblea, padecen de vicios y omisión de requisitos legalmente impuestos, además que se fundamentan en argumentos parcializados, incompletos, ambiguos y falsos, que provocan que la Asamblea sea nula, dedicando la exposición a indicar las razones por las cuales demandaba la nulidad de la referida Asamblea, pues se les imputaba la presunta participación en actos supuestamente dolosos y/o fraudulentos de los cuales les acusa haber cometido, cuando las mismas son acciones judiciales previstas en el ordenamiento jurídico para la defensa y protección de derechos reconocidos y garantizados por la legislación..."

La segunda motivación tiene que ver con la materia que puede ser objeto de arbitraje. Según indica el artículo 3, numeral 1), de la Ley de la materia, la misma se aplicará: "...en todos aquellos casos en que la controversia verse sobre materias en que las partes tengan libre disposición conforme a derecho...". Aunque tal indicación parezca muy general, en el caso objeto de estudio es posible considerar que las materias sobre las que las partes –sociedades, sus órganos o accionistas– pueden disponer libremente y de conformidad con la ley, son todas aquellas que por conveniencia, pertinencia y oportunidad, sean de beneficio para el objeto social o estimulen el giro ordinario de la sociedad.

Las mismas, por supuesto, podrían motivar la toma de decisiones importantes y figurar como objeto de acuerdos por parte de la Asamblea General de Accionistas, en cuyo caso, de ser objetados de nulidad tales instrumentos, dicha impugnación podría ventilarse, válidamente, en un procedimiento arbitral. Sin embargo, en el presente caso, no se están cuestionando resoluciones respecto de asuntos que reúnan las referidas características, y que hayan sido emitidas a favor del propósito para el cual se constituyó la sociedad de mérito, sino que la objeción a los acuerdos descansa, fundamentalmente, en temas relacionados con la validez de un acto jurídico realizado con ocasión de la necesidad de tomar decisiones que versarían sobre cuestiones propias de la integración y función de la sociedad, tales como:

- La procedencia o improcedencia del acuerdo de exclusión a tomarse en contra de los accionistas que presuntamente hayan incurrido en incumplimiento de las obligaciones que les impone el pacto social y la ley, y por su presunta participación en la comisión de actos dolosos o fraudulentos contra la sociedad;
- La adquisición por parte de la sociedad de sus propias acciones;
- La modificación de la escritura social en cuanto a la forma y modalidad que adoptará su órgano de administración; iv. el nombramiento, ratificación o remoción del auditor externo, etc.

Tales temas, de manera inexplicable a criterio de la Corte de Constitucionalidad, no forman parte de las “materias en que las partes tengan libre disposición conforme a derecho” y que, por tanto, puedan ser sometidas al proceso de arbitraje, sino que, por su naturaleza, complejidad y posibles efectos, deben ventilarse en la vía judicial y de acuerdo a los preceptos legales correspondientes, con la seguridad y certeza jurídica que dicho medio supone.

Establecido lo anterior no puede sino concluirse que la nulidad de la que estiman los actores del juicio ordinario de la multicitada Asamblea General, constituye una impugnación que solamente puede ser objeto de conocimiento jurisdiccional y, por tanto, el juez de la causa no debía acoger la tesis de una presunta incompetencia que la entidad demandada invocó al interponer la excepción correspondiente, por ello la Sala impugnada actuó de conformidad con la ley, al determinar que el arbitraje no es la vía idónea para ventilar aquella demanda de nulidad.

En este mismo sentido resolvió la Corte en sentencia de quince de marzo de dos mil once, proferida en el expediente ochocientos setenta y ocho – dos mil diez (878-2010).

4.13. Expediente 2694-2012, Sentencia del Recurso de Apelación de Amparo de fecha veinte de septiembre de dos mil doce. Corte de Constitucionalidad de Guatemala.

En el presente caso, Ricardo Prado Ayau, promovió amparo contra la Sala Segunda de la Corte de Apelaciones del Ramo Civil y Mercantil, señalando como acto reclamado el auto de diez de junio de dos mil once, por medio del cual se declaró sin lugar el recurso de apelación planteado por Ricardo Prado Ayau y con lugar la

impugnación interpuesta por Fabrigas, Sociedad Anónima, contra la resolución de cuatro de agosto de ese año, mediante la cual el Juzgado Décimo Cuarto de Primera Instancia Civil del departamento de Guatemala declaró con lugar la excepción previa de incompetencia planteada en el juicio ordinario de anulación de acuerdos de Asamblea General Ordinaria de Accionistas promovido por el postulante contra la referida sociedad.

La Corte Suprema de Justicia, Cámara de Amparo y Antejudio, al conocer de la protección constitucional instada, declaró sin lugar el amparo, estimando que la sala recurrida al emitir la resolución que constituye el acto reclamado actuó dentro de las facultades que la ley le otorga. La denegatoria de amparo fue apelada por el amparista y su expresión de agravio la fundamentó en que la autoridad reprochada al emitir el acto reclamado no tomó en cuenta que al estar claramente establecido que es por disposición de la propia Ley de Arbitraje, que ya no constituye materia arbitrable todo lo que de acuerdo con una ley específica tenga una vía procesal establecida para dirimir una controversia, es la vía ordinaria, por lo que la vía procesal escogida por el demandante con fundamento en los artículos 157 del Código de Comercio y 96 del Código Procesal Civil y Mercantil vulnera sus derechos constitucionales denunciados.

Al hacer el análisis del presente asunto, la Corte de Constitucionalidad advirtió que en un caso idéntico al presente conoció en apelación del expediente ochocientos setenta y ocho - dos mil diez (878-2010), correspondiente a una acción de amparo promovida contra la decisión de confirmar la declaratoria con lugar de la excepción de incompetencia interpuesta en el proceso ordinario de nulidad absoluta de la asamblea general extraordinaria de accionistas.

En esa oportunidad, la acción de mérito fue declarada con lugar en sentencia de quince de marzo de dos mil once, en la cual la Corte de Constitucionalidad estimó: "...La discusión suscitada en este caso gira en torno a la posibilidad de ventilar en juicio ordinario la demanda de nulidad de los acuerdos que la Asamblea General Extraordinaria de Accionistas de la referida entidad asumió el veintiséis de abril de dos mil siete promovida por el ahora postulante, frente a la existencia de una norma que permite el conocimiento y resolución de aquella impugnación por medio de un procedimiento distinto, voluntariamente pactado por las partes.

La norma a la que se hace referencia es el artículo 157 del Código de Comercio, que preceptúa: 'Los acuerdos de las asambleas podrán impugnarse o anularse cuando se hayan tomado con infracción de las disposiciones de la ley o de la escritura social. Estas acciones, salvo pacto en contrario, se ventilarán en juicio ordinario.

De acuerdo a esa indicación legal, la impugnación de los relacionados acuerdos se hará, por regla general, por vía del juicio ordinario; sin embargo, la misma norma prevé una excepción que consiste en conferir a las partes la oportunidad de elegir una vía diferente para formular tales cuestionamientos.

Es decir, dicho artículo propone una directriz particular, con la salvedad de que los interesados pueden optar por otro medio para elucidar aquella objeción. En el caso de estudio, luego de que el ahora amparista demandara la nulidad de los citados acuerdos por medio del juicio ordinario -regla general-, la entidad demandada interpuso excepción de incompetencia asegurando que esa no era la vía para formular dicha impugnación, pues el contrato de constitución respectivo contenía una 'cláusula arbitral' en virtud de la cual se estableció el pacto de ventilar la referida oposición mediante arbitraje, el cual se estima equivalente a la excepción a la que anteriormente se aludía.

Dado que, aparentemente, de acuerdo a lo establecido en la propia norma invocada por el demandante, a éste le correspondía formular la relacionada objeción conforme al 'pacto en contrario' contenido en la referida cláusula contractual, esto es, mediante arbitraje, y no en sede jurisdiccional; como consecuencia de ello, el juez ante el que promovió el juicio respectivo resultaría incompetente. Tales fueron los razonamientos efectuados tanto por el citado juez de primer grado, como por la Sala cuestionada en amparo al conocer en alzada, para declarar con lugar la excepción antes mencionada y confirmar esa decisión, respectivamente.

Por tanto, la Corte de Constitucionalidad estimó que tales consideraciones son equivocadas en la medida en que su elaboración únicamente admitió, como fundamento del análisis de mérito, el contenido del artículo 157 del Código de Comercio, frente a lo pactado en contrario en la escritura constitutiva de Valores Guatemaltecos, Sociedad Anónima, (en la cláusula arbitral). Es decir, realizaron un ligero estudio de la normativa aplicable al asunto particular, una evaluación aislada que les impidió emitir un acertado pronunciamiento del mismo. Tal estimativa se efectúa con base a dos motivos:

El primero consiste en el hecho de que el examen realizado a la exposición argumentativa que hizo el ahora postulante al promover el juicio ordinario de nulidad mencionado, evidencia que el señalamiento efectuado no lo causó únicamente la presunta nulidad de lo regulado en los acuerdos tomados por la referida Asamblea, sino que con el mismo cuestionó, al mismo tiempo, la propia validez de tales acuerdos. Ello quiere decir que el postulante no dirigió la impugnación contra el mero contenido de esos convenios, sino que cuestionó su legitimidad, misma que, de estar ausente, provocaría su nulidad inmediata. (...)

La segunda motivación tiene que ver con la materia que puede ser objeto de arbitraje. Según indica el artículo 3, numeral 1), de la Ley de la materia, la misma se aplicará: ‘...en todos aquellos casos en que la controversia verse sobre materias en que las partes tengan libre disposición conforme a derecho...’. Aunque tal indicación parezca muy general, en el caso objeto de estudio es posible considerar que las materias sobre las que las partes –sociedades, sus órganos o accionistas– pueden disponer libremente y de conformidad con la ley, son todas aquellas que por conveniencia, pertinencia y oportunidad, sean de beneficio para el objeto social o estimulen el giro ordinario de la sociedad.

Las mismas, por supuesto, podrían motivar la toma de decisiones importantes y figurar como objeto de acuerdos por parte de la Asamblea General de Accionistas, en cuyo caso, de ser objetados de nulidad tales instrumentos, dicha impugnación podría ventilarse, válidamente, en un procedimiento arbitral. Sin embargo, en el presente caso, no se están cuestionando resoluciones respecto de asuntos que reúnan las referidas características, y que hayan sido emitidas a favor del propósito para el cual se constituyó la sociedad de mérito, sino que la objeción a los acuerdos descansa, fundamentalmente, en temas relacionados con la validez de un acto jurídico realizado con ocasión de la necesidad de tomar decisiones que versarían sobre cuestiones propias de la integración y función de la sociedad, tales como:

- La procedencia o improcedencia del acuerdo de exclusión a tomarse en contra de los accionistas que presuntamente hayan incurrido en incumplimiento de las obligaciones que les impone el pacto social y la ley, y por su presunta participación en la comisión de actos dolosos o fraudulentos contra la sociedad;
- La adquisición por parte de la sociedad de sus propias acciones;
- La modificación de la escritura social en cuanto a la forma y modalidad que adoptará su órgano de administración; el nombramiento, ratificación o remoción del auditor externo, etc.

Tales temas a criterio de la Corte de Constitucionalidad, no forman parte de las “materias en que las partes tengan libre disposición conforme a derecho” y que, por tanto, puedan ser sometidas al proceso de arbitraje, sino que, por su naturaleza, complejidad y posibles efectos, deben ventilarse en la vía judicial y de acuerdo a los preceptos legales correspondientes, con la seguridad y certeza jurídica que dicho medio supone. Establecido lo anterior no puede sino concluirse que la nulidad de la que estima el postulante adolece la multicitada Asamblea General, constituye

una impugnación que solamente puede ser objeto de conocimiento jurisdiccional y, por tanto, el juez de la causa no debía acoger la tesis de una presunta incompetencia que la entidad demandada invocó al interponer la excepción correspondiente, y la Sala impugnada tampoco debía confirmar aquella decisión, pues, como quedó apuntado, el arbitraje no es la vía idónea para ventilar aquella demanda de nulidad...”.

El anterior criterio también fue sostenido por la de Constitucionalidad en las sentencias de quince de marzo y dieciocho de agosto, ambas de dos mil once, dictadas en los expedientes mil ciento siete - dos mil diez (1107-2010) y un mil setecientos ochenta y tres – dos mil once (1783-2011). Con base en la tesis expuesta, el alto tribunal constitucional concluyó que era procedente otorgar la protección constitucional solicitada, motivo por el cual revocó la sentencia venida en grado.

4.14. De la Jurisprudencia analítica.

De las citas jurisprudencias citas se desprende que la responsabilidad civil proveniente de delitos es perfectamente arbitrable tal y como señaló la Corte de Constitucionalidad, en consonancia con la practica internacional, el derecho de sancionar y ejecutar lo juzgado en relación a delitos y faltas, proviene del poder soberano de cada Estado, en tal sentido ninguna persona individual o jurídica puede arrogarse tal facultad, ello implicaría posicionar al Tribunal arbitral, en calidad de un órgano supranacional, lo que no es correcto ni debe ser permitido, no óbstate, tal afirmación no quiere decir que como consecuencia de dichos actos no pueda existir una responsabilidad contractual, la cual sí puede ser conocida por un tribunal arbitral, en tal sentido, aunque exista similitud de hechos pueden ser conocidos paralelamente en ambos fueros, dado que el objeto del proceso penal y arbitral son diametralmente distintos.

Por otro lado, es de suma importancia destacar que la Corte de Constitucionalidad ha establecido el precedente de que la ejecución no es materia objeto de arbitraje, más aun en cuanto sea trata de la vía de apremio, dado que en dicho proceso el titulo ejecutivo es perfecto por sí mismo, en ese sentido no hay discusión sobre la existencia o no de la obligación, ahora bien la Corte ilustra perfectamente que bajo ningún termino el proceso de ejecución en la vía apremio puede ser conocido por un tribunal arbitral, lo que se adecua a la práctica internacional.

Por último, es importante resalta que en los procesos a cerca de la arbitrabilidad sobre la nulidad de actos de una sociedad mercantil, al hacer análisis respectivo, en los casos de mérito, puede afirmarse que el Juez de Primera Instancia Civil así

como la Sala de Corte de Apelación y la Corte suprema de Justicia, resolvieron en armonía al principio de autonomía de la voluntad e interpretaron el ordenamiento jurídico guatemalteco, en consonancia a la práctica internacional y a las obligaciones internacionales del Estado guatemalteco para con entes internacionales.

no obstante, la actuación de los órganos jurisdiccionales indicados en el párrafo precedente, en las respectivas sentencias de amparo debe resaltarse dos puntos , el primero descansa en la afirmación de la Corte de Constitucionalidad de que, la adquisición por parte de la sociedad de sus propias acciones, la modificación de la escritura social en cuanto a la forma y modalidad del órgano de administración y el nombramiento, ratificación o remoción del auditor externo , no son materia en que las partes tengan libre disposición conforme a derecho, dicho pasaje, no indica porque la Corte, considera que no son materia de libre disposición de las partes, sino se limita autoritaria y tajantemente a señalar simplemente que no lo son, lo que no permite al investigador entender como la Corte de Constitucionalidad, arribo a dicha conclusión,

sin embargo, sí puede señalarse que la conclusión de la Corte de Constitucional, vulnera el principio de pacta sunt servanda del derecho internacional público, al incumplir un obligaciones provenientes de convenios internacionales, haciendo alusión a los derechos de seguridad jurídica y certeza jurídica, sin indicar en que dimensión estos se veían vulnerados, es de resaltar también que varios principio del derecho arbitral son transgredido, como lo son los de, autonomía de la voluntad, al coartar el derecho de las partes contractuales en el contrato de Sociedad, de autorregularse así mismas; máxima efectividad, debido a que no existía vulneración al orden público internacional, si conocía un tribunal arbitral, así mismo la resolución contraria los principio del derecho mercantil de celeridad y comercio, porque su resolución hace que sea sometido la organización interna de una sociedad que es vital para el funcionamiento de la misma, a un tedioso y largo proceso, ante un órgano jurisdiccional que tiene una carga imposible de expedientes, y que conocerá muy posiblemente un juez que no esté especializado, en derecho societario, mucho menos arbitral.

El segundo punto a considerar, es en relación al artículo 157 del Código de Comercio y el 3 de la Ley de Arbitraje en el que la Corte de Constitucionalidad, afirmo, que las resoluciones del Juez de Primera Instancia, la Sala de Corte de Apelaciones y la Corte Suprema de Justicia, eran equivocadas en la medida en que su elaboración únicamente admitió, como fundamento del análisis de mérito, el contenido del artículo 157 del Código de Comercio, frente a lo pactado en la escritura constitutiva de Valores Guatemaltecos, Sociedad Anónima, (en la cláusula arbitral).

La Corte de constitucional indica que los órganos jurisdiccionales que conocieron previamente de la causa, realizaron un ligero estudio de la normativa aplicable al asunto particular, por lo que su evaluación aislada les impidió emitir un errado pronunciamiento, lo que ciertamente es discutible en cuanto al mismo ordenamiento jurídico guatemalteco y la practica internacional, toda vez que tanto la Corte Suprema de Justicia y los órganos jurisdiccionales, que conocieron a lo anterior, fue darle preeminencia a la autonomía de la voluntad, al no encontrar normativa prohibitiva que indicase que un tribunal arbitral no pudiera conocer de la controversia suscitada, como resultado sus resoluciones se apegaron a la Convención de Nueva York y la Convención de Panamá, así como a la propia Ley de Arbitraje, aunque esa no hubiese sido su intención.

De cualquier forma, la Corte de Constitucionalidad, tampoco hizo un interpretación holística de la normativa aplicable, dado hacer referencia al artículo 3 de la Ley de Arbitraje no basta, para afirmar que el examen fue exhaustivo, de haber sido el caso, hubieran tenido que tomar en cuenta la Convención de Nueva York, la Convención de Panamá, así como la totalidad de la Ley de arbitraje y no solamente un artículo aislado.

Capítulo V

Análisis y discusión de resultados.

5. Presentación de Resultados:

5.1. Criterio de Expertos:

Como instrumento de investigación, se utilizó la entrevista, la cual estaba previamente estructurada. Las mismas fueron realizadas por recocidos juristas guatemaltecos que se desempeñan en el área del derecho arbitral, la primera entrevista fue realizada al Dr. Alexander Najman Aizenstan, Abogado y Notario egresado de la Universidad Francisco Marroquín experto en derecho constitucional, derecho internacional y arbitraje, Doctor en derecho por la Universidad de Yale, de Estados Unidos, con amplia experiencia en la academia e instituciones arbitrales tanto nacionales como internacionales, así como autor de varias publicaciones jurídicas; la segunda entrevista fue realizada al Dr. Antonio Guillermo Rivera Neutze, Abogado y Notario egresado de la Universidad Francisco Marroquín, experto en arbitraje, Doctor en Economía por la Universidad de Valparaíso de Chile, con amplia experiencia en la academia e instituciones arbitrales a nivel nacional como internación, así como autor de varias obras sobre arbitraje, la última entrevista fue realizada al Msc, Víctor José David López Juárez, Abogado y Notario, egresado de la Universidad Rafael Landívar, experto en arbitraje, con estudios en la Universidad Heinrich Heine, Düsseldorf, Alemania específicamente en la Escuela de Arbitraje Internacional y Resolución de Conflictos así mismo con estudios en la Universidad De Harvard, Escuela de Gobierno John F. Kennedy, EE Programa de Liderazgo, Organización y Acción Curso de Especialización, HKSEE '11, con amplia experiencia en el arbitraje comercial doméstico e internacional, actualmente Coordinador técnico en la Cámara de Industria de Guatemala.

1. ¿Cuál es el alcance de la arbitrabilidad de una controversia en Guatemala ante un tribunal arbitral?		
Dr. Antonio Rivera	Dr. Alexander Aizenstand	Msc. Víctor López.
Todas aquellas materias que son negociables, salvo las que no son transables, como la responsabilidad penal de delitos, cuestiones relacionadas con el Estado Civil,	El alcance de la arbitrabilidad es que sea materia arbitrable de conformidad a la ley aplicable al arbitraje, en el caso guatemalteco, nos referimos al artículo 3 de la ley de arbitraje y no solo el artículo 3, sino también otras disposiciones; por ejemplo el	Conforme el artículo 3 de la Ley de Arbitraje, aquellas materias sobre las cuales las partes tengan libre disposición, derechos renunciables de conformidad con el artículo 19 de la Ley del Organismo Judicial,

divorcios, derecho de alimentos, decisiones de última voluntad mientras viva el testador.	artículo 103 de la ley de Contrataciones del Estado, el artículo 51 de la ley de arbitraje, respecto al estado, si hablamos en materia de arbitraje comercial, ahora bien si hablamos en materia de arbitraje de inversiones hay un par de tratados.	también vale la pena mencionar.
---	--	---------------------------------

2. ¿Guatemala es un país que favorece la arbitrabilidad de una controversia internacional?		
Dr. Antonio Rivera	Dr. Alexander Aizenstand	Msc. Víctor López.
Sí, Guatemala tiene un marco legislativo que favorece el arbitraje tales como la Convención de Panamá y la Convención de New York, y la ley de arbitraje que está basada en la ley modelo de arbitraje.	Yo creería que ha habido avances significativos en esa materia, pero no creería que hemos llegado al punto de decir que sea un país favorable a la arbitrabilidad, principalmente, por dos temas, uno porque el artículo 3 de la ley de arbitraje, tiene un alcance muy limitado y dos, creo que la interpretación que las cortes han hecho del artículo 3 ha sido aún más restrictiva.	Si

3. ¿La ley de arbitraje de Guatemala es una legislación que favorece la arbitrabilidad?		
Dr. Antonio Rivera	Dr. Alexander Aizenstand	Msc. Víctor López.
Por supuesto, es una ley basada en la ley de CNUDMI, UNCITRAL, 1985	No, el artículo 3 es muy limitado, especialmente porque excluye del arbitraje la materia una vía señalada, esa disposición creo que tiene que ser eliminada de la ley, y de hecho hay una iniciativa de ley, en ese sentido, que creo que ya pasó una lectura en el congreso, que incluye cambiar ese artículo.	Si, aunque podría ser más permisiva, debería derogarse por ejemplo el art. 3.3.c

4. ¿El ordenamiento jurídico guatemalteco es lo suficientemente amplio, para que en base a sus principios el derecho de competencia se considere arbitrable?		
Dr. Antonio Rivera	Dr. Alexander Aizenstand	Msc. Víctor López.
Por supuesto es lo suficientemente amplio.	Sí, no hay una limitación. Tal vez la limitación sea que exista una cláusula arbitral, dado que no siempre las partes que tienen un controversia derivado de un tema de competencia tienen un contrato, pero si tuvieran una cláusula arbitral no habría ningún problema, habrían dos temas, el primero en el que exista un contrato en el que se incluyan disposiciones de fondo en asuntos de competencia con una cláusula arbitral o dos, podrían tener un	No veo porque debería estar prohibido.

	acuerdo de arbitraje sin que hallan disposiciones de fondo, estableciendo que acuerdan someterlas al arbitraje.	
--	---	--

5. ¿Ha tenido conocimiento de una controversia de derecho de competencia comercial con sede en Guatemala?		
Dr. Antonio Rivera	Dr. Alexander Aizenstand	Msc. Víctor López.
Claro que sí.	No.	Si

6. ¿En Guatemala, la arbitrabilidad del derecho de competencia comercial, presenta cierta dificultad?		
Dr. Antonio Rivera	Dr. Alexander Aizenstand	Msc. Víctor López.
No.	Primero no hay regulación específica en materia de competencia, y segundo es inusual, pero no necesariamente imposible que existan clausulas arbitrales que tienen una controversia en materia de competencia.	Media vez no toque el orden público y sean de libre disposición, debería funcionar.

<p>7. En un arbitraje con sede en Guatemala; ¿puede utilizarse como derecho aplicable para la determinación de la arbitrabilidad, de una controversia de derecho de competencia comercial legislación extranjera o internacional?</p>		
Dr. Antonio Rivera	Dr. Alexander Aizenstand	Msc. Víctor López.
<p>Por supuesto la ley de arbitraje de Guatemala, lo permite.</p>	<p>Sí, no veo problema para que dentro del arbitraje las partes hayan pactado, la utilización de otra legislación para determinar la arbitrabilidad, en el arbitraje; donde sí veo algunos problemas es en la revisión, y ahí surge otro tema, que si las partes pueden o no renunciar al recurso de revisión, tengo una por ahí una sentencia de una sala de apelación en la que efectivamente indica que renunciaron al recurso, por lo que rechazaron conocer el recurso, y la otra es podría generar problemas al momento de ejecutarse si es en Guatemala, pero eso si es que llegamos a concluir que la utilización de la otra legislación presenta un problema de fondo que sea incompatible con legislación guatemalteca, que en este momento no la veo, porque solo el uso de una legislación extranjera, para la determinación de la arbitrabilidad, significa que vaya a dar una conclusión que sea contrario al orden público, lo vería extraño.</p>	<p>Si, conforme al principio de la autonomía de la voluntad, las Partes pueden pactar libremente la lex arbitri, es decir la ley de arbitraje de la</p>

8. ¿El límite a la arbitrabilidad del derecho competencia comercial es el orden público doméstico?		
Dr. Antonio Rivera	Dr. Alexander Aizenstand	Msc. Víctor López.
Es muy difícil, determinar, que es el orden público y no es el único límite.	Creo que es uno de los límites pero no necesariamente el único límite; el orden público doméstico es uno de los límites para un arbitraje nacional pero si estamos hablando de un arbitraje internacional sería el orden público internacional que es un concepto más limitado, porque ahí aplicaría la convención de Nueva York, cuando la convención, habla de orden público no se refiere, al nacional sino se refiere al internacional; pero no sería el único límite sino también que se materia de libre disposición de las partes; el orden público es el fundamental pero pueden haber otros.	Si ambas Partes son domésticas y aplican su ley arbitral, me parece que sí.

9. ¿Es de su conocimiento que la Corte Suprema de Justicia de Guatemala ha definido el termino arbitrabilidad?		
Dr. Antonio Rivera	Dr. Alexander Aizenstand	Msc. Víctor López.
No lo ha definido	He visto algunas sentencias donde lo definen, pero los criterios no han sido necesariamente uniformes.	Sí.

10. ¿Es de su conocimiento que la Corte de Constitucionalidad de Guatemala ha definido el termino arbitrabilidad?		
Dr. Antonio Rivera	Dr. Alexander Aizenstand	Msc. Víctor López.
No lo ha definido pero sí ha definido el término conciliación	He visto sentencias donde lo ha definido, pero no es un concepto necesariamente complicado, básicamente es materia que pueda ser sujeta a ser conocida por un tribunal arbitral.	Me parece que se pronunció sobre la arbitrabilidad en los expedientes 1783-2011 18/08/2011 878-2010 15/03/2011 1107-2010 15/03/2011 2890-2010 18/10/2011 3126-2011 16/02/2012, 1384-2003 30/10/2003.

<p>11. ¿Es de su conocimiento el contenido de la Sentencia del Recurso de Apelación de Amparo de fecha quince de marzo de dos mil once dentro del expediente 1107-2010, de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala?</p>		
Dr. Antonio Rivera	Dr. Alexander Aizenstand	Msc. Víctor López.
Sí.	<p>ya sé cuál es, es sobre que no es arbitrable la nulidad de las asambleas, de una sociedad, sí hubo muchas sentencias en ese sentido, sí he visto el criterio no sé si esa en particular, pero sé que la sentencia es en ese sentido, me parece que llegan a una conclusión equivocada, no solo equivocada, sino dañina para los arbitrajes internacionales en Guatemala.</p>	<p>Me parece que sí, en dicha sentencia entro a pronunciarse sobre la arbitrabilidad pero si no me equivoco lo hizo específicamente sobre temas de sociedades.</p>

<p align="center">12. El criterio jurisprudencia asentado en el expediente 1107-2010 de Sentencia del Recurso de Apelación de Amparo de fecha quince de marzo de dos mil once de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala; ¿favorece la arbitrabilidad?</p>		
Dr. Antonio Rivera	Dr. Alexander Aizenstand	Msc. Víctor López.
<p>No favorece la arbitrabilidad.</p>	<p>Creo que la Corte llegó a una conclusión equivocada, al decir que la validez de las resoluciones de las asambleas no pueden ser conocidas dentro de un arbitraje, creo que es equivocada esa conclusión, y no está debidamente fundamentado en las normas que rigen el arbitraje, y aparte de eso creo que le hace un enorme daño al arbitraje, porque no toma en cuenta, primero, el principio de separabilidad, no toma en cuenta tampoco que la validez, del contrato , de la resolución que se cuestiona dentro del arbitraje debe ser conocida dentro del mismo arbitraje, y por ultimo creo que no toma en cuenta que al llegar a esa conclusión, esta de hecho excluyendo toda materia societaria del arbitraje, porque siempre podría alguien argumentar la validez de la resolución, pero si en la misma escritura social hay una cláusula de arbitraje, la resoluciones de la asamblea deberían ser conocidas en arbitraje, podría ser algunos temas en particular que sean excluidos por la ley, no sé, se me ocurre, la exclusión de socios, o alguna cuestión particular, pero llegar a la conclusión de que nunca pueden ser conocidos en arbitraje, porque lo que se está argumentado es la validez de la resoluciones y que eso no es materia sobre las cuales las partes tengan, libre disposición, me parece una conclusión completamente equivocada.</p> <p>Efectivamente, a partir de esa sentencia disminuyeron las controversias arbitrales en materia societaria, en general en los centros</p>	<p>En mi opinión no es favorable, y uno de muchos fallos que pueden criticarse, pero hay más fallos que si han favorecido al arbitraje.</p>

	<p>de arbitraje han disminuido debido a ese criterio, lo que no veo, es porque hacer esa diferencia en materia societaria, si yo celebro un contrato de índole mercantil con otra parte con una cláusula de arbitraje, y no me paga, entonces el otro también puede decir que el contrato es nulo porque se incumplió con un requisito del código de notariado, o alguna cuestión así , para excluir el arbitraje como una vía, ese tema debería ser resuelto por el tribunal arbitral, del mismo modo debería ser con las resoluciones de las asambleas, si se pactó al arbitraje se va al arbitraje.</p> <p>El derecho societario, era la materia más predispuesta a ser resuelta por el arbitraje, y de hecho a diferencia de los otros contratos, de donde es una relación contractual derivada de ese contrato, era casi el único caso en donde se pactaba dentro de una persona jurídica que todas las controversias derivadas en las próximas décadas se fueran arbitraje.</p> <p>Me parece un criterio equivocado, pero no sé si llegan a esa conclusión debido a la dificultad de ese caso, en tema político o económico.</p>	
--	--	--

13. La facultad de autorregularse de las partes en el arbitraje, en cuanto a la arbitrabilidad, ¿tiene como límite el orden público?		
Dr. Antonio Rivera	Dr. Alexander Aizenstand	Msc. Víctor López.
No, lo tiene como límite ya que es muy difícil definir el orden público internacional.	Ciertamente que sí, pero creo que el límite es el orden público nacional, en los arbitrajes nacionales y en los arbitrajes internacionales el orden público internacional.	Completamente.

14. ¿Es viable para los inversionistas, iniciar una acción arbitral en Guatemala, cuando existe una controversia de derecho de competencia?		
Dr. Antonio Rivera	Dr. Alexander Aizenstand	Msc. Víctor López.
Por supuesto que es viable.	Llevar un arbitraje de inversiones en una institución local, desde el punto de vista legal ciertamente es viable, no veo ningún obstáculo y ya se ha hecho, pero lo que quisiera es dar una diferencia entre el arbitraje comercial y el arbitraje de inversiones, aunque ambas pueden ser inversiones; en el arbitraje comercial es una controversia entre dos partes derivada de una relación contractual, y en el de inversiones es contra el Estado derivado de un tratado internacional, como el CAFTA, por ejemplo, por lo que se argumenta es que se violó un derecho	Quizás.

	<p>garantizado a los inversiones en el tratado, hemos tenido varios casos aquí.</p> <p>No conozco, ningún tratado de inversiones que tenga una cláusula de arbitraje con sede en Guatemala, no conozco, solo de uncitral, pero podría, incluso las partes podrían cambiar la sede ya iniciado el proceso.</p> <p>Ahora respecto, a un arbitraje comercial con el Estado, derivado de una inversión, he visto cláusulas en ese sentido , por ejemplo de TCQ tiene una cláusula CENAC, al final eso paro en un contencioso administrativo, y es otro tema pero fue porque hubo una renuncia al arbitraje, pero sí se puede, ahora no creo que los centro de arbitraje en Guatemala tengan los recursos y la capacidad de infraestructura necesaria para prestar la asistencia que requiere un arbitraje de esa categoría, no creo, se necesita mas salones, micrófonos especializados, tequigrados, traductores simultaneos; o por lo menos no están acostumbrados, legalmente no hay ningún problema, ahora en la practica no estamos preparados, de hecho no conozco a nadie que preste servicios de estenógrafos, por ejemplo, porque taquigrafía es otro cosa. Espero algún dia tengamos la capacidad.</p>	
--	--	--

15. ¿Los órganos jurisdiccionales guatemalteco distan con el criterio de arbitrabilidad que tienen los tribunales arbitrales en Guatemala?		
Dr. Antonio Rivera	Dr. Alexander Aizenstand	Msc. Víctor López.
No, son muy abierto al arbitraje	No creo que exista un criterio uniforme de arbitrabilidad dentro de los tribunales arbitrales, pero lo que si le podria decir , es que no sé si hay un direrencia , pero por lo menos los tribuanales arbitrales que yo conozco tienen una tendencia a favorecer la arbitrabilidad, mientras que hay unos jueces no todos, que tienen una tendencia ano fago hacia el arbitraje.	No, y considero que no deberían.

16. ¿Los órganos jurisdiccionales guatemaltecos tienen una posición jurídica favorable para la arbitrabilidad?		
Dr. Antonio Rivera	Dr. Alexander Aizenstand	Msc. Víctor López.
Si, la corte de constitucionalidad en reiterados fallos ha favorecido la arbitrabilidad.	Creo que varía, de juez en juez, si regresamos a las sentencias que usted cito de la Corte de Constitucionalidad, mi conclusión seria que no, y de hecho hay otras, hace poco surgieron con relación con el Estado, hay ya por lo menos seis, pero entiendo que son como treinta, cuarenta casos; yo no participe en esos casos pero son un poco más complicados, son empresas constructoras, que celebran contratos con COBIAL y demandan al Estado, los tribunales arbitrales aplican una	Considero que sí.

	<p>teoría de terceros no signatarios, dado que COBIAL al ser un fideicomiso es el Estado quien tiene control sobre el mismo; todos esos casos se ganaron en Arbitraje, se ganaron en revisión y cuando llegaron a la Corte de Constitucionalidad, la Corte los boto, lo que dice la Corte, en un criterio demasiado estrecho, es que para que pueda ser parte el Estado en el contrato, tiene que haber firmado el contrato que contiene la cláusula de arbitraje.</p>	
--	--	--

5.2. Análisis y Discusión de resultado:

Como se señaló en el apartado anterior, las entrevistas fueron realizadas a tres profesionales doctos en el derecho arbitral, a quienes se les realizo dieciséis cuestionamientos atinentes a la arbitrabilidad, la jurisprudencia en la materia y sus perceptivas profesionales.

En concatenación a lo anterior, a continuación, se hace el análisis y discusión de resultados, en cuanto a las impresiones que se desprenden del criterio de los expertos, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y Corte de Constitucionalidad, así como la Jurisprudencia internacional pertinente, y los doctrinarios en su caso, planteamientos que son redactados en base al tema central de cada pregunta realizada a los expertos entrevistados.

5.2.1. Sobre el alcance de la arbitrabilidad de una controversia en Guatemala ante un tribunal arbitral.

Los Expertos coinciden respecto a que el artículo 3 de la Ley de Arbitraje de Guatemala, es en un primer momento, el primer precepto legal a considerar para la determinación de la arbitrabilidad de una materia; pero no es la única norma que

puede hacer referencia a la misma, sino también puede hacerse referencia a otras disposiciones tales como el artículo 103 de la ley de Contrataciones del Estado y 51 de la misma ley de arbitraje.

El criterio de los expertos se ve respaldado por la jurisprudencia de la Corte de Constitucionalidad, en el expediente 1384-2003, del que se desprende que tanto el órgano jurisdiccional que conocía de la causa penal, así como de la sala de corte de apelaciones que conoció en calidad de tribunal de amparo, se equivocaron en la determinación de la naturaleza jurídica al analizar la plataforma fáctica, toda vez, que como acertadamente señaló la Corte de Constitucionalidad, en consonancia con la práctica internacional, el derecho de sancionar y ejecutar lo juzgado en relación a delitos y faltas, proviene del poder soberano de cada Estado, en tal sentido ninguna persona individual o jurídica puede arrogarse tal facultad, ello implicaría posicionar al Tribunal arbitral, en calidad de un órgano supranacional, lo que no es correcto ni debe ser permitido, no obstante, tal afirmación no quiere decir que como consecuencia de dichos actos no pueda existir una responsabilidad contractual, la cual sí puede ser conocida por un tribunal arbitral, en tal sentido, aunque exista similitud de hechos pueden ser conocidos paralelamente en ambos fueros, dado que el objeto del proceso penal y arbitral son diametralmente distintos.

De lo anterior, los doctrinarios indican que el derecho penal es « *el derecho del Estado a determinar los delitos, señalar, imponer y ejecutar las penas correspondientes o las medidas de seguridad en su caso. Si bien cierto la potestad de “penar” no es un simple derecho, sino un atributo de la soberanía estatal, ya que es al Estado con exclusividad a quien corresponde esta tarea, ninguna persona (individual o jurídica) puede arrogarse dicha actividad que viene a ser un monopolio de la soberanía estatal*»⁴⁸

5.2.2. Del límite de la arbitrabilidad del derecho de competencia comercial en relación al orden público doméstico.

El criterio de los expertos, no coinciden, pero pareciera inclinarse a que Guatemala favorece la arbitrabilidad, sin embargo uno de los entrevistados hace la salvedad sobre el límite que impone el artículo 3 de la ley de arbitraje, así mismo es de notar la interpretación de dicho artículo en cada caso concreto.

Al respecto, como caso ilustrativo en referencia al orden Público doméstico e internacional la Corte Suprema de Justicia en sentencia de recurso de casación

⁴⁸De Mata Vela, José Francisco, Héctor Aníbal de León Velasco, óp, cit, pág.4.

dentro del expediente 73-93 de fecha 16 de marzo de 1994 ha dicho « el casacionista alega que la autoridad recurrida aplicó indebidamente el artículo 1301 del Código Civil afirmando que media vez el artículo 18 de la Convención General Interamericana de Protección Marcaria y Comercial indica que el interesado puede solicitar y obtener la cancelación del registro de una marca, está determinado claramente que la palabra cancelación supone la extinción de un negocio jurídico existente, dirigiendo su razonamiento hacia la conclusión que el casacionista es titular de la inscripción marcaria cuya nulidad se promovió en el juicio subyacente y que por lo tanto es anulable pero no nulo (...) al respecto, esta cámara estima que el tribunal recurrido no aplicó indebidamente el artículo denunciado, sino que por el contrario tuvo el acierto de seleccionarlo en virtud que los hechos tenidos por establecidos en el juicio de nulidad revelaron, de conformidad con lo dispuesto en la mencionada convención , que la posterior inscripción y aprovechamiento de una marca registrada con anterioridad en un Estado contratante, en este caso Estados Unidos de América, resulta ser un negocio jurídico contrario al orden público y a las normas prohibitivas expresas»

5.2.3. Sobre si la ley de arbitraje de Guatemala es una legislación que favorece la arbitrabilidad.

Los expertos no coinciden en que la ley de arbitraje de Guatemala es una legislación que favorece la arbitrabilidad, consideran que existe cierta uniformidad en cuanto a las materias arbitrables, sin embargo, algunos señalan el alcance limitado del artículo 3.3.c

Criterio, que puede observarse en el expediente 432-2003 de la Corte Suprema de Justicia en el que se indicó que al hacer el estudio de los antecedentes y de la petición presentada, dentro del expediente , la Cámara estimó que la misma es procedente, en virtud de que, efectivamente, tal y como la postulante del amparo lo denuncia, el Tribunal arbitral entró a conocer y pronunciarse en relación a una materia que le estaba expresamente vedada, al tenor del artículo 3 inciso 3 c) del Decreto número 67-95 del Congreso de la República, puesto que la materia relativa al arrendamiento de bienes y su devolución está regulada en los Códigos Civil y Procesal Civil, por lo que al haberse pronunciado sobre dicho aspecto, el Tribunal arbitral se excedió en sus atribuciones y violentó el debido proceso en perjuicio de la entidad postulante del amparo, lo cual debió haber sido corregido por la autoridad impugnada al pronunciarse sobre la revisión que se planteó contra el laudo arbitral, como consecuencia de lo cual se vulneraron los principios de debido proceso y defensa en perjuicio de la amparista.

5.2.4. Sobre si el ordenamiento jurídico guatemalteco es lo suficientemente amplio, para que en base a sus principios el derecho competencia comercial se considere arbitrable.

Los expertos coinciden en que el ordenamiento jurídico guatemalteco es lo suficientemente amplio, para que en base a sus principios el derecho de competencia se considera arbitrable, sin embargo uno de los entrevistados hace la salvedad en cuanto a la necesidad de la existencia de un convenio arbitral valido, que abarque asuntos de derecho de competencia el fuero arbitral.

Como bien lo indica, la Suprema Corte de Canadá en el caso Sport Maska Inc. v. Zitrer and others, del 24 de marzo de 1988 « *el proceso de arbitraje requiere como ingredientes esenciales la existencia de una disputa o el potencial de una disputa que requiera resolución entre las partes, un acuerdo para remitir tales disputas a una tercera persona como árbitro y cuya decisión es ser definitiva y vinculante para las partes*»⁴⁹ [Traducción propia]

5.2.5. Sobre si los expertos entrevistados han tenido conocimiento de una controversia de derecho de competencia comercial con sede en Guatemala.

No todos los expertos han tenido conocimiento de una controversia de derecho comercial en Guatemala.

5.2.6. Sobre si en Guatemala, la arbitrabilidad del derecho de competencia comercial, presenta cierta dificultad.

Los expertos coinciden en que en principio, no existe un problema al aborda desavenencias de derecho de competencia en un tribunal arbitral con sede en Guatemala, sin embargo, dos de los entrevistados señalan los referente a la

⁴⁹ Corte de Apelaciones de Quebec, Sport Maska Inc. v. Zitrer, 1988 CanLII 68 (SCC), [1988] 1 SCR 564, Canadá, 1988, Disponible y acceso: <https://www.canlii.org/en/ca/scc/doc/1988/1988canlii68/1988canlii68.html> Fecha de Consulta: 23/08/19.

carencia de una regulación sustantiva en la legislación Guatemala, así como un la necesidad de un convenio arbitral valido y lo relativo a temas de orden público.

En el caso Mitsubishi vs Soler, de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de América, se suscitó una controversia que se refería a un negocio jurídico internacional para la distribución de vehículos automotores en Puerto Rico, en la que Soler Chrysler-Plymouth, era el distribuidor; contrato por virtud del cual Soler Chrysler-Plymouth, tenía el derecho de vender vehículos únicamente en Puerto Rico, dicho contrato contenía una clausula arbitral que establecía que ante el surgimiento de cualquier disputa relacionada con el mismo, esta se resolvería por medio de un arbitraje con sede en Japón administrado por la Asociación de Arbitraje Comercial en Japón, preceptuando que la Ley Suiza regiría el proceso arbitral.

La controversia se suscita en Puerto Rico, existía una parte de Japón y otra de Estados Unidos, es decir, Mitsubishi corp y Soler Chrysler plymout, respectivamente, la sede del arbitraje era Japón bajo la ley Suiza, pero al ser una de las partes de Estados Unidos, esta argumentaba que el contrato infringía la ley de Sherman, que data del año de 1890 y es una disposición antimonopolios.

En respuesta a la negativa de Soler de arbitrar, Mitsubishi interpuso una acción en el Tribunal de Distrito de los Estados Unidos para el Distrito de Puerto Rico para obligar a Soler a someterse a arbitraje en Japón, Soler negó las infracciones alegadas por Mitsubishi, pero respondió que Mitsubishi había intentado dividir los mercados para restringir el comercio, acción totalmente en contra de la Ley Sherman.

La Corte Suprema de Estados Unidos, se vio ante la disyuntiva de decidir qué ley interna apremiar, la ley Sherman o la ley de arbitraje, además de las repercusiones económicas que tendría su fallo en otros casos análogos que pudiesen presentarse eventualmente, sin mencionar, los intereses propios de cada estado.

Ante la problemática anterior, determino que son: *«arbitrables las controversias que involucran derechos contenidos en normas imperativas. Así, por ejemplo, lo admitió respecto de derechos basados en la legislación sobre transacciones bursátiles, aunque las obligaciones sustanciales que dicha legislación impone son irrenunciables. La Corte razonó que la ley no prohíbe la renuncia al fuero judicial que ella establece (pero que no impone), por lo que debe interpretarse que tal renuncia sólo está vedada cuando el arbitraje aparezca como inadecuado para tutelar los derechos en cuestión, no pudiendo asumirse que los árbitros no protegerán tales derechos. En otro caso, declaró arbitrables las cuestiones relativas a la legislación que protege la competencia (Antitrust Act), señalando que la mera circunstancia de que el conflicto involucre esa clase de cuestiones no invalida los efectos de la cláusula arbitral ni puede asumirse que los árbitros pongan en peligro*

las normas contenidas en esa legislación. También resolvió que las partes están obligadas a recurrir al arbitraje pactado en el contrato, incluyendo lo relativo a las reclamaciones sobre “daños punitivos” (punitive damages), que se consideran comprendidos dentro de la jurisdicción arbitral, aun cuando alguna norma estatal excluya estas cuestiones del arbitraje»⁵⁰

5.2.7. Sobre la posibilidad de aplicación de legislación extranjera o internacional como derecho aplicable, para la determinación de la arbitrabilidad de una controversia de derecho de competencia comercial.

Los expertos coinciden en la posibilidad de la aplicación para de legislación extranjera o internacional, sin ningún problema en la sede arbitra, sin embargo, uno de los entrevistados hace la salvedad a cerca de la extraña pero no imposible dificultad de ejecutabilidad de laudo arbitral en Guatemala, si se llegara a la determinación por una corte nacional que el derecho extranjero de alguna manera es contrario al orden público.

5.2.8. Sobre si el límite a la arbitrabilidad del derecho competencia comercial es el orden público doméstico.

Al referirse a este extremo, los expertos coincidieron en que el orden público en sí es uno de los límites, pero que en el caso del orden público doméstico, este solo se aplica a arbitrajes en el supuesto en el que ambas partes sean guatemaltecas, así mismo se destacó que no es el único límite.

Es pertinente citar lo que tribunales alemanes adoptaron frente a un laudo que fue objeto del recurso de nulidad por supuestamente violar leyes del país de ejecución, que era Alemania: « *los tribunales han dejado en claro que no es suficiente que el laudo infrinja las disposiciones obligatorias, sino solo las disposiciones obligatorias que son esenciales para la sociedad en su conjunto y son parte del orden público,*

⁵⁰ Suprema Corte de los Estados Unidos de América, *Mastrobuono v. Shearson Lehman Hutton, Inc.*, 514 U.S. 52 (1995, citado por: Roque J. Caivano, planteos de inconstitucionalidad en el arbitraje, *Revista Peruana de Arbitraje*, Perú, 2006. Editorial Jurídica Grijlet, pág.125, disponibilidad y Acceso en: <https://www.canlii.org/en/ca/scc/doc/2003/2003scc17/2003scc17.html> Fecha de Consulta: 25/11/2019.

*ya sea nacional o internacional»*⁵¹ [Traducción propia] como puede deducirse las cortes alemanas tienen un corte pro-arbitraje; contrario sensu, la Suprema Corte de Kenia, tiene la siguiente noción de orden público respecto a la ejecución de los laudos extranjeros: «(A) incompatible con la constitución u otras leyes de Kenia, ya sea escrita o no escrita o (b) hostil al interés nacional de Kenia o (c) contrario a la justicia o moralidad.»⁵² [Traducción propia] como es evidente el sistema de Kenia es anti-arbitraje.

5.2.9. Sobre si es de conocimiento de los expertos entrevistados que la Corte Suprema de Justicia de Guatemala ha definido el termino arbitrabilidad.

Los expertos difieren acerca de una definición propiamente dicha, proveniente de la Corte Suprema de Justicia de Guatemala.

5.2.10. Sobre si es de conocimiento de los expertos entrevistados que la Corte de Constitucionalidad de Guatemala ha definido el termino arbitrabilidad.

Los expertos señalan que no existe una definición del termino arbitrabilidad por parte de la Corte de Constitucionalidad, sin embargo, los mismos, indicaron en sus términos semejantes que la Alta corte Constitucional se ha pronunciado sobre la arbitrabilidad en distintas ocasiones.

⁵¹ Tribunal Superior Regional de Hamburgo, Alemania, 2008, disponibilidad y acceso: <http://www.dis-arb.de/de/47/datenbanken/rspr/bgh-az-iii-zb-17-08-datum-2008-10-30-id875> 20/09/2019.

⁵² Suprema Corte de Nairobi, Kenia, Apa Insurance Co. Ltd V Chrysanthus Barnabas Okemo 2005 Disponibilidad y Acceso: http://www.kenyalaw.org/CaseSearch/case_search_one.php?casParties=&casSubject=&casNumber=Misc+Appli+241+of+2005&casCourt=&casJudges=&casType=&casAdvocates=&casCitation=&casYear=&check_submit=1&submitter=SEARCH+%BB 20/09/2019.

5.2.11. Sobre si es conocimiento de los expertos el contenido de la sentencia del Recurso de Apelación de Amparo de fecha quince de marzo de dos mil once dentro del expediente 1107-2010, de la Corte de Constitucionalidad.

Todos los expertos afirman conocer el expediente 1107-2010, de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala.

5.2.12. Sobre la sentencia a sentencia del Recurso de Apelación de Amparo de fecha quince de marzo de dos mil once dentro del expediente 1107-2010, de la Corte de Constitucionalidad, favorece la arbitrabilidad.

Todos los expertos coinciden en que el expediente 1107-2010 de la Corte de Constitucionalidad es una resolución dañina al arbitraje y asentó un precedente en contra del derecho societario que en palabras de uno de los expertos *“era la materia más predispuesta a ser resuelta en arbitraje”*

Los resuelto en el expediente 1107-2010, la Corte de Constitucionalidad, ha sido utilizado como fundamento, de sentencias de amparo conocidas por la misma alta corte, lo que ha generado doctrina legal, a tenor del ordenamiento jurídico interno, así mismo genera diferencia de opiniones entre las más altas cortes del país, es decir entre la Corte Suprema de Justicia y la Corte de Constitucionalidad, a lo que se le añade que tanto el Juez de Instancia Civil así como de la Sala de Corte de Apelaciones que conocieron, coincidieron con el criterio de la Corte Suprema de Justicia.

En la sentencia de amparo en primera instancia, la Corte Suprema de Justicia, en su calidad de tribunal constitucional, declaro sin lugar la acción constitucional invocada, al considerar que no existía agravio a los derechos que el amparista argumento haber sufrido, por virtud de la sentencia de apelación interpuesto en contra, del auto que resolvió el incidente de la excepción de incompetencia interpuesta por el mismo, ante el Juez de Primera Instancia civil.

la Sentencia de mérito de la Corte de Constitucionalidad, da cuenta que los honorables Magistrados, fundamentaron su resolución en que la naturaleza de nulidad, en razón de la complejidad y efectos legales, son de tal envergadura que no son susceptibles a ser resueltos mediante el arbitraje, haciendo ver que los

derechos a la seguridad y la certeza jurídica se veían comprometidos, sin hacer notar en qué sentido se veían comprometidos dichos derechos.

5.2.13. Sobre si el orden público es el límite a la facultad de autorregularse de las partes en el arbitraje, en cuanto a la arbitrabilidad.

Los expertos al ser cuestionados sobre la facultad de autorregularse de las partes en el arbitraje, en cuanto a la arbitrabilidad, coincidieron en que el orden público es el límite a toda, pero depende de las características del arbitraje en atención a si es un arbitraje nacional o internacional, que estándar se aplicara, es decir, los expertos indicaron que puede ser el orden público doméstico o internacional en atención a la existencia de algún elemento extranjero.

Hay que mencionar, que en lo que respecta, a los derecho de autor, la jurisprudencia de otros países como el del caso *Desputeaux v. Éditions Chouette* la Suprema Corte de Canadá, determino, «*Al tratar la cuestión de la jurisdicción en la Ley de Derecho de Autor de Canadá, sostuvo que el simple hecho de que el tribunal arbitral tuviera que aplicar reglas que formaran parte del orden público no hizo que la disputa no fuera arbitrable. Del mismo modo, el hecho de que la decisión también pudiera afectar a terceros, en la medida en que el tribunal arbitral puede determinar la existencia de un derecho de autor, no se consideró suficiente para hacer que la disputa no sea arbitrable*»⁵³ [Traducción propia.]

5.2.14. Sobre la viabilidad de los inversionistas, en cuanto a iniciar una acción arbitral en Guatemala, al existir una controversia de derecho de competencia.

Los entrevistados expresaron en términos similares al coincidir que no existe ningún impedimento sustantivo o procesal a cerca de una acción arbitral promovida por inversionistas referente a controversias de derecho de competencia, sin

⁵³ Corte de Apelaciones de Quebec, Canada, *Desputeaux v. Éditions Chouette* (1987) inc., 2003 SCC 17 (CanLII), [2003] 1 SCR 178

<https://www.canlii.org/en/ca/scc/doc/2003/2003scc17/2003scc17.html> Fecha de Consulta: 17/09/2019.

embargo, uno de los expertos señala los problemas prácticos y logísticos que conllevaría llevar a cabo un arbitraje de inversiones con sede en Guatemala.

5.2.15. Sobre si los órganos jurisdiccionales guatemaltecos distan con el criterio de arbitrabilidad que tienen los tribunales arbitrales en Guatemala.

Los expertos no coinciden y uno de ellos indicó: “los tribunales arbitrales que yo conozco tienen tendencia a favorecer la arbitrabilidad, mientras que hay unos jueces, no todos, que tienen una tendencia a no favorecer al arbitraje”

5.2.16. Sobre si los órganos jurisdiccionales guatemaltecos tienen una posición jurídica favorable para la arbitrabilidad.

Nuevamente el criterio de los expertos no es completamente conteste, uno de los expertos entrevistados hace ver el caso del expediente 1107-2010 de la Corte de Constitucionalidad no es un caso aislado, sino más bien, existen otros casos que no se relacionan en nada en cuanto a la naturaleza de la controversia del expediente antes señalado, pero que también ha sucedido que la Corte de Constitucionalidad ha emitido un criterio Estrecho en cuanto a la arbitrabilidad de una materia.

Los Expedientes 878-2010; 1107-2010 2890-2010; 1783-2011; 3126-2011 y 2694-2012 de la Cortes de Constitucional revelan que los Juzgados de Primera Instancia Civil y Mercantil, las Salas de Corte de Apelaciones Civil y Mercantil así como la Cámara de Amparo y Antejuicio de la Cortes Suprema de Justicia, emitieron en sus respectivas resoluciones, criterios que favorecían la arbitrabilidad, no fue hasta la Resolución de los Honorables Magistrados de la Corte de Constitucionalidad que se resolvió lo contrario.

En relación a lo anterior, es prudente en lo atinente a este apartado, tomar en cuenta lo resultó por el Tribunal Supremo Español con sede en Madrid, con la ponencia de Jesús Eugenio Corbal Fernández, dentro del número de recurso 129/2002, en Auto sobre Exequatur de Laudo arbitral dictado por árbitro designado por la Cámara de Comercio Internacional de París señaló que: « *conforme al principio de máxima eficacia o de mayor grado de favorecimiento al reconocimiento de las decisiones foráneas, principios uno y otro que desplazan la aplicación del*

Convenio bilateral en favor del multilateral, cuyas normas tienen como punto de partida la presunción de validez y eficacia tanto del acuerdo de sumisión de las controversias a arbitraje, como del laudo o resolución arbitral que resuelve dichas controversias (cfr. art. II.1 y III.1 del Convenio de Nueva York), y, como correlato, establecen un desplazamiento de la carga de la prueba hacia la parte frente a la que se quiere hacer valer la eficacia de la resolución arbitral (art. VV.1, en relación con los arts. IV.1 y VV.2 del Convenio), configurando un régimen de reconocimiento más favorable que el regulado en la convención bilateral de referencia.

5.2.17. Consideraciones finales.

En ausencia de elección de las partes, de la legislación sustantiva, dentro del proceso arbitral puede procurar el tribunal que se pongan de acuerdo, pero en caso que no llegasen a un acuerdo, los árbitros pueden decidir y seleccionar la ley nacional o internacional, que mejor se adecuó a la desavenencia y aplicarla.

Por otro lado, si una de las partes contractuales dentro de un contrato que tiene una clausula arbitral valida, invoca el arbitraje por haber surgido una controversia sobre derecho de competencia, como se ha dicho no hay ningún inconveniente; no obstante, el contrato principal no puede contener una violación de las leyes de mercado o que su propósito sea evitar dicha disposición, es decir, los tribunales no ayudarán al demandante, que trate de validar un acto antijurídico por medio del arbitraje comercial internacional.

El derecho sustantivo a falta de elección de las partes, será en un primer término el tratado de libre comercio vigente entre Guatemala y el país de donde es nacional la otra parte, el mismo criterio aplica en el hipotético de que el tribunal tenga su sede en Bruselas, y se somete a su conocimiento una controversia entre una empresa guatemalteca y otra Chilena, en ese caso también sería lógico que el tribunal decidiera aplicar el tratado de libre comercio celebrado entre Guatemala y Chile, pese a que el tribunal no se encuentre en territorio de ninguno de los dos Estados, no obstante, que el tratado de libre comercio entre dos países puede resultar siendo el marco jurídico sustantivo de una controversia de derecho de competencia, de ningún modo se ve socavado el derecho de las partes de elegir un marco sustantivo distinto.

En todo caso, el marco jurídico elegido por las partes, no puede ir en contra del tratado de libre comercio celebrado entre dos países, es decir, en ese planteamiento el tratado de libre comercio, vendría a ser norma policía en la controversia dado que el tribunal arbitral no podría emitir un laudo que contrarié las

obligaciones internacionales de un Estado, una omisión de ese tipo podría dar paso a una eventual anulación del laudo por parte de los tribunales estatales de cualquiera de los países que tienen el tratado, en virtud que validarlo haría que incumplieran con el otro Estado.

Conclusiones.

1. Existen materias totalmente inarbitrables, como lo son aquellas que son inherentes al Estado o a la Persona Individual, dado que los mismos, no son susceptibles de transacción
2. Existen varios preceptos legales que indican expresamente que una materia es arbitrable, sin embargo, ello no implica que la ley deba de señalar que una materia es susceptible a ser resuelta en arbitraje para que lo sea, sino bajo la interpretación de la normativa aplicable las Cortes nacionales pueden emitir una resolución que sea favorable al arbitraje.
3. El artículo 3.3.c) de la Ley de Arbitraje de Guatemala, debe ser analizado en cuanto a su posibilidad de derogación o bien se plantee que necesariamente la controversia debe ser de naturaleza comercial para poder ser conocida por un tribunal arbitral pese a que exista un procedimiento específico, sin que por ello se desvirtúe la naturaleza del arbitraje, que es ser un proceso de conocimiento.
4. No es muy común que un tribunal arbitral con sede en Guatemala conozca controversias de derecho de competencia comercial.
5. Las conclusiones alcanzadas por la Corte Suprema de los Estados Unidos, en el caso *Mitsubishi vs Soler*, son perfectamente aplicables al caso guatemalteco, incluso el ordenamiento jurídico de Guatemala, al guardar silencio, hace posible que se interprete que un tribunal arbitral, puede determinar cuestiones antimonopolio, competencia desleal, abuso de posición de dominio o cualquier otra acción u omisión que afecte el libre mercado, los alegatos de una de las partes en el sentido que los asuntos antimonopolio, van más allá de las capacidades del tribunal arbitral, son improcedentes y más aún si se hace alusión que dichas controversias requieren un análisis jurídico y socioeconómico del más alto nivel, como para que los árbitros lo conozcan.
6. La eficacia del proceso arbitral, descansa en la manera que fue redactado el acuerdo arbitral, y que este a su vez no padezca de alguna patología, es en ese sentido, que puede afirmarse que en un arbitraje de derecho ya sea internacional o nacional, no presenta ningún problema, la arbitrabilidad objetiva del derecho de competencia a la luz del inciso 1) del artículo 3 del decreto 67-95 del Congreso de la República de Guatemala, el cual indica que es materia objeto del arbitraje «...*todos aquellos casos en que la controversia verse sobre materias en que las partes tengan libre disposición conforme a derecho.*»; del texto legal citado se desprende que al no existir una norma prohibitiva expresa, la autonomía de la voluntad prevalece.

7. Para que el orden público pueda ser considerada un obstáculo para el conocimiento de los árbitros o bien en la ejecución de un laudo, no basta con que se roce ciertos temas de orden público ya sea doméstico o internacional, sino más bien debe afectar la esencia o espíritu de una sociedad o nación, el ius cogens, o los principios de justicia y moralidad.
8. No existe taxativamente una definición del termino arbitrabilidad por la Corte Suprema de Justicia de Guatemala, sino más bien jurisprudencia que se refiere a dicho termino en sus diferentes dimensiones.
9. El expediente 1107-2010 de la Corte de Constitucional de Guatemala, era de su total conocimiento y dominio de todos los expertos entrevistados.
10. Es viable interponer una acción arbitral por parte de inversionistas, en Guatemala, al existir una controversia de derecho de competencia comercial, sin embargo, las instituciones arbitrales puede que tengan ciertas dificultades en aspectos logísticos y de organización.
11. Los Tribunales arbitral son abiertos al arbitraje, sin embargo, algunos Jueces y Magistrados pueden tener un criterio contrario.
12. Los Criterios jurídicos de los Jueces, Salas de Corte de Apelaciones y de la Cortes Suprema de Justicia parecen ser uniformes y dirigirse a una cultura jurídica pro-arbitraje, no obstante, los Criterios jurisprudenciales de la Corte de Constitucionalidad en algunos casos resultan contrarios, y generan desconfianza especialmente porque en algunas ocasiones no indican cual fue el razonamiento que utilizaron para llegar a la conclusión que una materia no es susceptible de ser conocida por árbitros.
13. El alcance de la arbitrabilidad del derecho de competencia descansa en que el ordenamiento jurídico guatemalteco es lo suficientemente amplio para que en base a sus principios pueda resolverse un asunto de derecho de competencia comercial, en un arbitraje nacional o internacional.
14. El límite de la arbitrabilidad del derecho de competencia comercial, es de contenido académico en cuando al derecho arbitral y el derecho competencia comercial en los contenidos académicos de las distintas casas de estudio superiores en Guatemala, lo que influye en la correcta interpretación y aplicación de las disposiciones legales atinentes al caso en concreto que tenga relación con las áreas del derecho en cuestión.

Recomendaciones.

1. Que la Corte Suprema de Justicia a través de la Escuela de Estudios Judiciales, implemente un curso o diplomado obligatorio con duración mínima de seis meses, sobre derecho de competencia comercial y derecho arbitral, con énfasis en los tratados de libre comercio suscritos por Guatemala con otros países así como lo relativo a la Convención de Nueva York y la Convención de Panamá, dirigido a los señores Jueces de Paz y de Primera Instancia de toda la República.
2. Se recomienda al Congreso de la República de Guatemala, que a través de la comisión de economía y comercio exterior, se analice la posibilidad de derogación o modificación del artículo 3.3.c) de la Ley de Arbitraje de Guatemala, con el objeto de favorecer la arbitrabilidad de las controversias de naturaleza comercial y que estas a su vez puedan ser llevadas a cabo dentro del territorio guatemalteco, en el caso de existir un elemento de extranjería.
3. Se recomienda a la Corte de Constitucionalidad que justifique los argumentos jurídicos en los que se basa para emitir un determinado fallo o en su acaso evitar crear pasajes oscuros, ambiguos y contradictorios, dentro de sus resoluciones, a fin de garantizar la tutela judicial efectiva y la seguridad jurídica.
4. Se recomienda a las partes que deseen resolver las desavenencias o posibles desavenencia que puedan surgir, tomar como base de su acuerdo arbitral un clausula modelo de una institución arbitral, o bien asesorarse de abogados expertos en la materia, para que el convenio pueda cobrar plena eficacia jurídica.
5. Se recomienda a las distintas Facultades de Ciencias Jurídicas y Sociales de las Universidades del país implementen dentro del pensum de estudios, asignaturas específicas, sobre derecho de competencia comercial y derecho arbitral, con el fin de fomentar el estudio, de tal forma que pueda lograrse una adecuada interpretación y aplicaciones de las disposiciones legales atinentes a un caso en concreto que tengan relación con las áreas del derecho en cuestión, en la futura vida profesional de los estudiantes.

Referencias

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1. Aguilar Guerra, Vladimir Osman, Derecho de obligaciones, 3ª edición, Guatemala, Serviprensa, 2006,
2. Alan Redfern y otros, Teoría y Práctica del Arbitraje Comercial Internacional, 4ª edición, España, Editorial Aranzadi, S.A, 2006
3. Caivano, Roque, «Arbitrabilidad y orden público», Revista de Derecho, Perú, 2013, editorial Pontifica Universidad Católica de Perú,
4. Calderón M. Hugo Haroldo, Teoría general del derecho administrativo, tomo i, 1ª edición, Guatemala, MR ediciones, 2014
5. De Mata Vela, José Francisco, Héctor Aníbal de León Velasco, Derecho Penal guatemalteco, parte general, tomo I, vigésima tercera edición , Guatemala, Magna Terra editoriales, 2013 Pág. 4.
6. Dieter Benecker, Miguel Flores, *Economía Social de Mercado*, Guatemala, editorial Kamar, 2017, sexta edición,
7. Gonzáles de Cossío, Francisco, Procesos Constitucionales y Procesos Arbitrales: ¿Agua y Aceite?, Conferencia ante la CRECIG. Guatemala, 2 de diciembre de 2014.
8. Jurisprudencia, Diccionario Enciclopédico de derecho usual, Tomo IV, Argentina, Editoriales Heliasta S.R.L, 1979, 14ª edición.
9. Lacruz Mantecón, Miguel L. La Impunidad del Arbitraje, España, Reus, 2011.
10. Mallandrich Miret, Nuria, Medidas Cautelares y Arbitraje, España, Atelier, 2010.

REFERENCIAS ELECTRÓNICAS.

11. Aceris Law, Arbitraje internacional de construcción, Suiza, 2018, Disponibilidad y Acceso: <https://www.international-arbitration-attorney.com/es/international-construction-arbitration/>
12. Chillón Medina, J. y Merino Merchán, J. Tratado de Arbitraje Privado Interno e Internacional, Civitas, Madrid, 1991, Pág. 1126 citado por memoria de la parte demandada, II Competencia internacional de Arbitraje Comercial, Universidad de Buenos Aires, Argentina y Universidad del Rosario, Colombia, Pagina 31. Disponible y acceso:

- http://www.ciarbitraje.org/descargas/2009/competencia_arbitraje_memoria_respondent_2009.pdf
13. Corte de Apelaciones de Quebec, Sport Maska Inc. v. Zitrer, 1988 CanLII 68 (SCC), [1988] 1 SCR 564, Canadá, 1988, Disponible y acceso: <https://www.canlii.org/en/ca/scc/doc/1988/1988canlii68/1988canlii68.html> .
 14. Corte de Apelaciones de Quebec, Canadá, Desbois c. Industries A.C. Davie inc., 1990 CanLII 3619 (QC CA), <https://www.canlii.org/fr/qc/qcca/doc/1990/1990canlii3619/1990canlii3619.html> .
 15. Corte de Apelaciones de Quebec, Canadá, Desputeaux v. Éditions Chouette (1987) inc., 2003 SCC 17 (CanLII), [2003] 1 SCR 178 <https://www.canlii.org/en/ca/scc/doc/2003/2003scc17/2003scc17.html> ..
 16. Corte de Apelaciones de Quebec, sport Mask inc. V. Zitrer, 1988 CanLII 68 (SCC),),[1988] 1 SCR 564, Canadá, 1988, Disponible y acceso: <https://www.canlii.org/en/ca/scc/doc/1988/1988canlii68/1988canlii68.html>
 17. Corte Suprema de Singapur 16 July 2010, [2010] SGHC 201, Republica de Singapur, 2010 Disponible y acceso: <https://www.singaporelawwatch.sg/Judgments/High-Court/pager/660/page/59> .
 18. DERAÏNS, (Yves): "Jurisprudencia Arbitral de la Cámara de Comercio Internacional". Gráficas Joaquín Morales, Madrid, 1985, Disponibilidad y Acceso: <http://servicio.bc.uc.edu.ve/derecho/revista/1-2000/1-2000-> .
 19. Gamboa Morales Nicolás, La inmunidad soberana de jurisdicción en el arbitraje comercial internacional evolución y actualidad, Universidad del Rosario , Colombia, p.40 disponibilidad y acceso: https://books.google.com.gt/books?id=7nHUYTggFMcC&pg=PA43&lpg=PA43&dq=protocolo+de+ginebra+de+arbitraje+1929&source=bl&ots=GnAwl-fm0B&sig=ACfU3U3h4XhWPrXIVWle9dbNPMBKx0jYTQ&hl=es-419&sa=X&ved=2ahUKEwiZxP_Tw_HpAhUBneAKHcViAaEQ6AEwCHoECAoQAQ#v=onepage&q=protocolo%20de%20ginebra%20de%20arbitraje%201929&f=false
 20. Internacional Council for commercial arbitration, guía de ICCA para la interpretación de la convención de nueva york de 1958 Holanda, 2013, Disponible y acceso: https://www.arbitration-icca.org/media/2/13600814265100/judges_guide_spanish_composite_with_coverfeb2013.pdf

21. Ministerio de Economía de Guatemala, Acuerdos de Inversión, Disponible y acceso: <https://www.mineco.gob.gt/acuerdos-de-inversi%C3%B3n>
22. Ministerio de Trabajo y Previsión Social de Guatemala, <https://www.mintrabajo.gob.gt/index.php/dgt/salario-minimo> .
23. Naciones Unidas, informe anual de la ONU sobre resultados, Guatemala, 2018 <https://onu.org.gt/wp-content/uploads/2018/09/Informe-Anual-de-la-ONU-Resultados-de-Pa%C3%ADs-2017.pdf> .
24. Plaza Pública, García Juan Luis, Universidad Rafael Landívar, Disponible y acceso: <https://www.plazapublica.com.gt/content/centro-de-arbitraje-falla-favor-de-guatemala-en-el-millonario-caso-iberdrola>
25. Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo, Mas allá del conflicto, luchas por el bienestar, Informe Nacional de Desarrollo Humano 2015/2016, resumen ejecutivo, Guatemala, 2016, <http://desarrollohumano.org.gt/biblioteca/informes-nacionales/#> .
26. Real Academia Española, Diccionario de la lengua española, Edición tricentenario, España, 2019, Disponibilidad y Acceso: <https://dle.rae.es/?id=3PxuYso>
27. Suprema Corte de Columbia Británica, Cecrop Co. v. Kinetic Sciences inc., 2001 BCSC 532 (CanLII), Canadá, 2001, Disponible y acceso: <https://www.canlii.org/en/bc/bcsc/doc/2001/2001bcsc532/2001bcsc532.html>
28. Suprema Corte de Columbia Británica, Globe Union Industrial Corp. v. G.A.P. Marketing Corp., 1994 CanLII 186 (BC SC) , Canadá, 1994, Disponible y acceso: <https://www.canlii.org/en/bc/bcsc/doc/1994/1994canlii186/1994canlii186.html>
29. Suprema Corte de Hong Kong, FUNG SANG TRADING LTD. v. KAI SUN SEA PRODUCTS & FOOD CO. LTD. [1991] HKCFI 190; [1991] 2 HKC 526; HCMP 2674/199, Japón, 1991, Disponibilidad y Acceso: <http://www.hklii.hk/eng/hk/cases/hkcfi/1991/190.html>
30. Suprema Corte de los Estados Unidos de América, Mastrobuono v. Shearson Lehman Hutton, Inc., 514 U.S. 52 (1995, citado por: Roque J. Caivano, planteos de inconstitucionalidad en el arbitraje, Revista Peruana de Arbitraje, Perú, 2006. Editorial Jurídica Grijlet, pág.125, disponibilidad y Acceso en: <https://www.canlii.org/en/ca/scc/doc/2003/2003scc17/2003scc17.html>

31. Suprema Corte de Nairobi, Kenia, Apa Insurance Co. Ltd V Chrysanthus Barnabas Okemo 2005 Disponibilidad y Acceso: http://www.kenyalaw.org/CaseSearch/case_search_one.php?casParties=&casSubject=&casNumber=Misc+Appli+241+of+2005&casCourt=&casJudges=&casType=&casAdvocates=&casCitation=&casYear=&check_submit=1&submitter=SEARCH+%BB .
32. Tribunal Superior Regional de Hamburgo , Alemania, 2008, disponibilidad y acceso: <http://www.dis-arb.de/de/47/datenbanken/rspr/bgh-az-iii-zb-17-08-datum-2008-10-30-id875> .
33. Tribunal Supremo de la India, india, R.M. Investments & Trading Co. vs Boeing Co on 10 February, 1994, Disponibilidad y Acceso: <https://indiankanoon.org/doc/428220/> .

REFERENCIAS NORMATIVAS.

Guatemala:

34. Asamblea Nacional Constituyente de Guatemala, Constitución Política de la República de Guatemala, 1985.
35. Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, 1969, vigente en Guatemala desde 19/08/1997.
36. Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional, Panamá 1975,
37. Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras, Nueva York, 1958.
38. Convención Interamericana Contra la Corrupción, Organización de los Estados Americanos.
39. Congreso de la República de Guatemala, Decreto 2-89, Ley del Organismo Judicial.
40. Congreso de la República de Guatemala, Decreto 2-70, Código de Comercio de Guatemala.
41. Congreso de la República de Guatemala, Decreto 33-98, Ley de Derechos de Autor y Derechos Conexos.
42. Congreso de la República de Guatemala, Decreto 57-92, Ley de Contrataciones del Estado.

43. Congreso de la República de Guatemala, Decreto 51-92, Código Procesal Penal de Guatemala.
44. Congreso de la República de Guatemala, Decreto 67-95, Ley de Arbitraje de Guatemala.
45. Jefe de Estado, Decreto Ley 106, Código Civil.
46. Jefe de Estado, Decreto Ley 107 , Código Procesal Civil y Mercantil
47. Congreso de la República de Guatemala, Decreto 67-95, Ley de Arbitraje de Guatemala.
48. Corte Suprema de Justicia, Cámara de Amparo y Antejuicio, expediente 592-2002. Sentencia de Amparo de fecha 14 de marzo de 2005. Cámara de Amparo y Antejuicio
49. Corte Suprema de Justicia, Cámara de Amparo y Antejuicio expediente 432-2003 Sentencia de Amparo de fecha 5 de enero de 2004
50. Corte Suprema de Justicia. Expediente 1018-2007 De fecha 15 de Junio de 2009.
51. Corte de Constitucionalidad de Guatemala. Expediente 1384-2003, Sentencia del Recurso de Apelación de Amparo de fecha treinta de octubre de dos mil tres.
52. Corte de Constitucionalidad de Guatemala. Expediente 3445-2008, Sentencia del Recurso de Apelación de Amparo de fecha doce de marzo de dos mil nueve.
53. Corte de Constitucionalidad de Guatemala. Expediente 3064-2009, Sentencia del Recurso de Apelación de Amparo de fecha doce de noviembre de dos mil nueve.
54. Corte de Constitucionalidad de Guatemala. Expediente 878-2010, Sentencia del Recurso de Apelación de Amparo de fecha quince de marzo de dos mil once.
55. Corte de Constitucionalidad de Guatemala. Expediente 1107-2010 Sentencia del Recurso de Apelación de Amparo de fecha quince de marzo de dos mil once.
56. Corte de Constitucionalidad de Guatemala. Expediente 1384-2010 Sentencia del Recurso de Apelación de Amparo de fecha treinta de noviembre de dos mil diez.

57. Corte de Constitucionalidad de Guatemala. Expediente 2890-2010, Sentencia del Recurso de Apelación de Amparo de fecha dieciocho de octubre de dos mil once.

58. Corte de Constitucionalidad de Guatemala. Expediente 1783-2011, Sentencia del Recurso de Apelación de Amparo de fecha dieciocho de agosto de dos mil once.

59. Corte de Constitucionalidad de Guatemala. Expediente 3126-2011, Sentencia del Recurso de Apelación de Amparo de fecha dieciséis de febrero de dos mil doce.

60. Corte de Constitucionalidad de Guatemala. Expediente 2694-2012, Sentencia del Recurso de Apelación de Amparo de fecha veinte de septiembre de dos mil doce.

Chile:

61. Congreso Nacional de Chile, decreto número 19.971, Ley sobre arbitraje comercial internacional, vigente desde el 29 de septiembre de dos mil cuatro.

Perú:

62. El Presidente de la República del Perú en Consejo de Ministros, decreto legislativo número 1071, Ley de arbitraje, vigente desde el veintisiete de junio de dos mil ocho

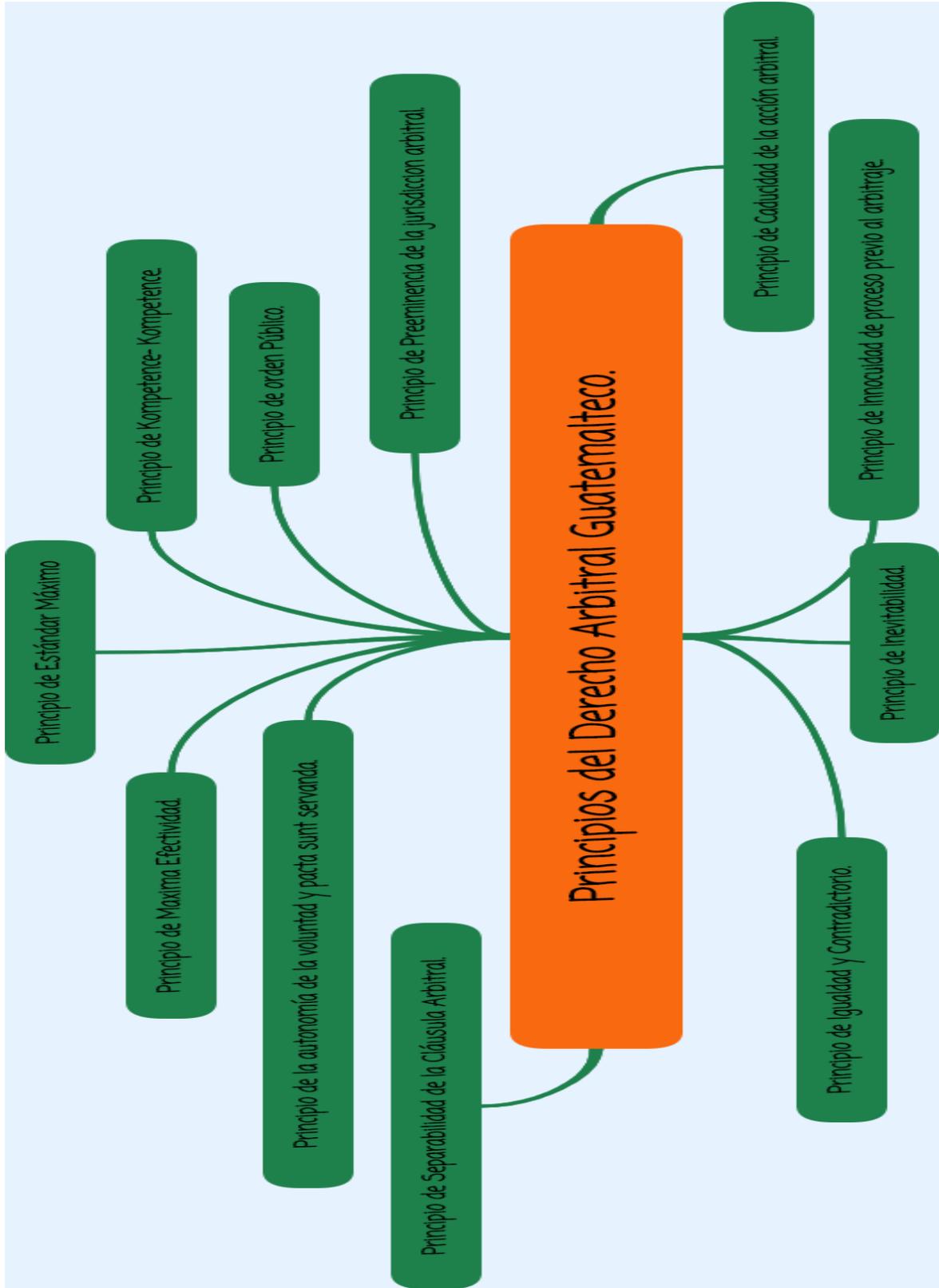
Colombia:

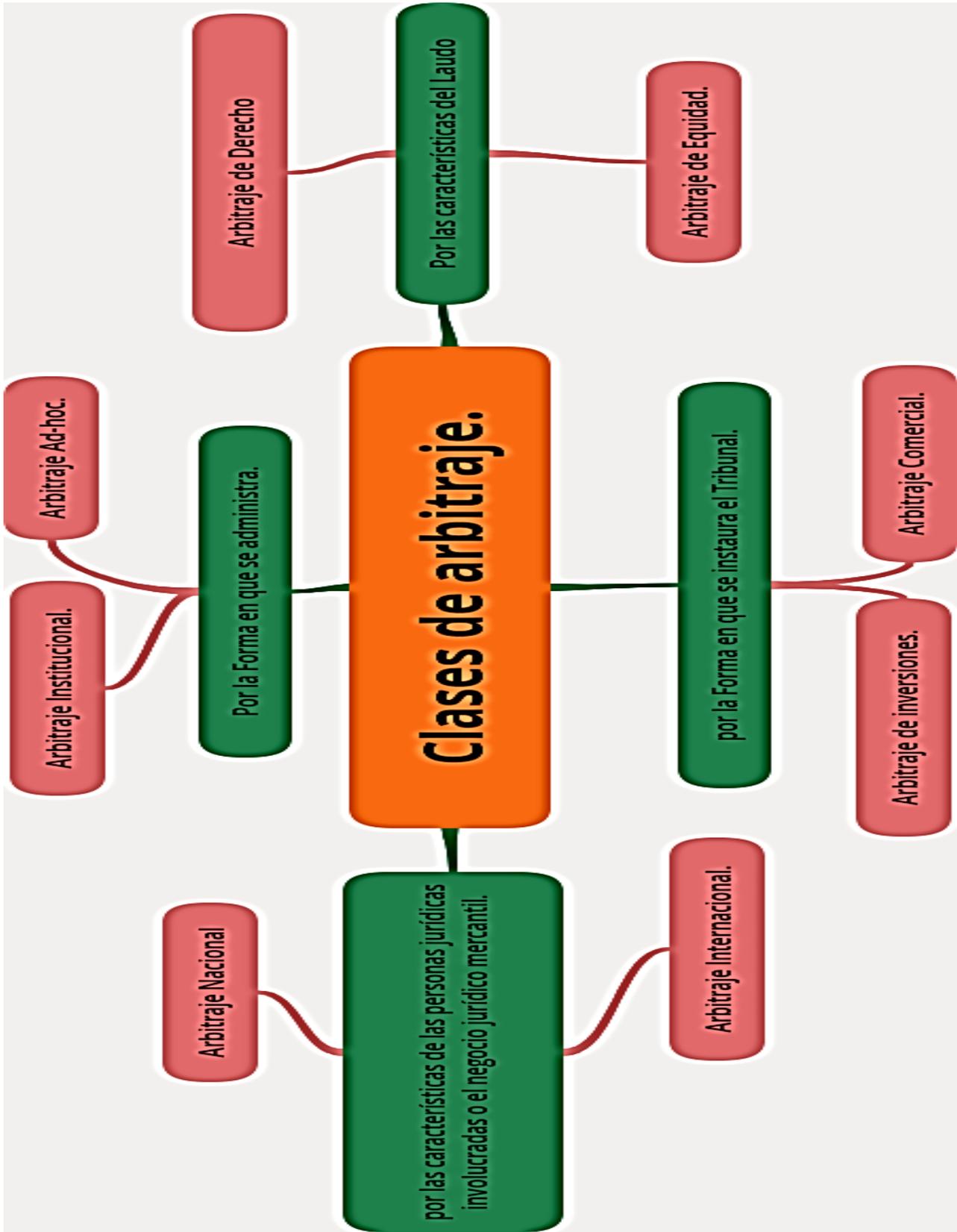
63. El Congreso de la República de Colombia, ley 1563, estatuto de arbitraje nacional e internacional, 2012

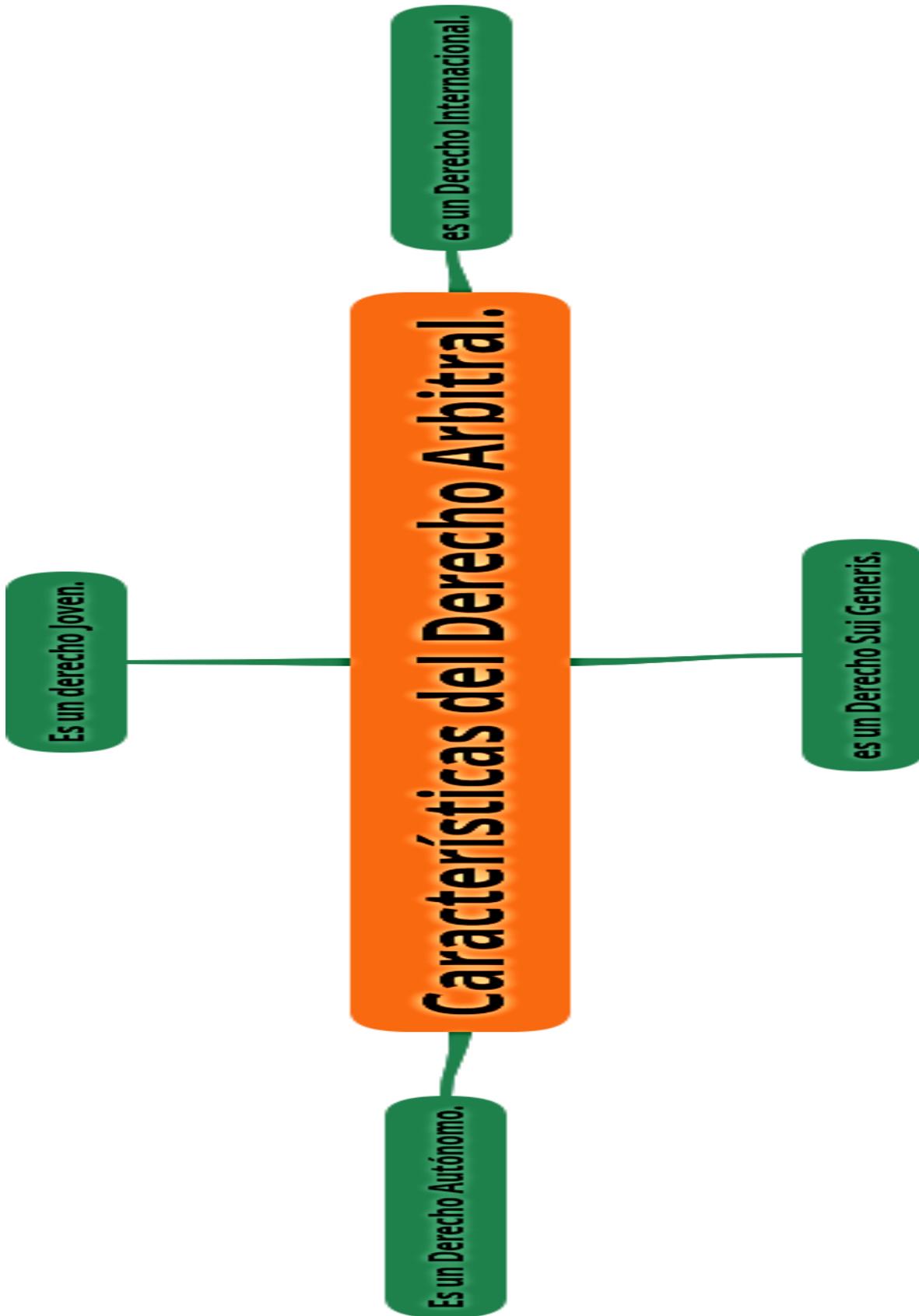
Francia:

64. El Primer Ministro de Francia, decreto 2011-48, reforma al Código de Procedimientos Civiles, Vigente desde el 1 de mayo de 2011

Anexos:









Entrevista

Instrucciones: A continuación se le formularán una serie de interrogantes, mismas que se le solicita amablemente pueda responder. Sus respuestas serán de suma importancia para el desarrollo de la tesis alcances y límites de la arbitrabilidad del derecho de competencia comercial en Guatemala, y las mismas serán utilizadas con fines estrictamente académicos. Desde ya, se agradece su colaboración al respecto.

1. ¿cuál es el alcance de la arbitrabilidad de una controversia en Guatemala ante un tribunal arbitral?
2. ¿Guatemala es un país que favorece la arbitrabilidad de una controversia internacional?
3. ¿la ley de arbitraje de Guatemala es una legislación que favorece la arbitrabilidad?
4. ¿el ordenamiento jurídico guatemalteco es lo suficientemente amplio, para que en base a sus principios el derecho de competencia se considere arbitrable?
5. ¿ha tenido conocimiento de una controversia de derecho de competencia comercial con sede en Guatemala?
6. ¿En Guatemala, la arbitrabilidad del derecho de competencia comercial, presenta cierta dificultad?
7. En un arbitraje con sede en Guatemala; ¿puede utilizarse como derecho aplicable para la determinación de la arbitrabilidad, de una controversia de derecho de competencia comercial legislación extranjera o internacional?
8. ¿el limite a la arbitrabilidad del derecho competencia comercial es el orden público domestico?
9. ¿es de su conocimiento que la Corte Suprema de Justicia de Guatemala ha definido el termino arbitrabilidad?

- 10. ¿es de su conocimiento que la Corte de Constitucionalidad de Guatemala ha definido el termino arbitrabilidad?**
- 11. ¿es de su conocimiento el contenido de la Sentencia del Recurso de Apelación de Amparo de fecha quince de marzo de dos mil once dentro del expediente 1107-2010, de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala?**
- 12. el criterio jurisprudencia asentado en el expediente 1107-2010 de Sentencia del Recurso de Apelación de Amparo de fecha quince de marzo de dos mil once de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala; ¿favorece la arbitrabilidad?**
- 13. La facultad de autorregularse de las partes en el arbitraje, en cuanto a la arbitrabilidad, ¿tiene como límite el orden público Internacional?**
- 14. ¿Es viable para los inversionistas, iniciar una acción arbitral en Guatemala, cuando existe una controversia?**
- 15. ¿Los órganos jurisdiccionales guatemalteco distan con el criterio de arbitrabilidad que tienen los tribunales arbitrales en Guatemala?**
- 16. ¿Los órganos jurisdiccionales guatemaltecos tienen una posición jurídica favorable para la arbitrabilidad?**