

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

**“EL ARBITRAJE EN LA CONTRATACIÓN DE LA OBRA PÚBLICA EN GUATEMALA COMO
MÉTODO ALTERNATIVO DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS”**

TESIS DE GRADO

SOFÍA ALESSANDRA FAHSEN FRANZ

CARNET 20095-10

GUATEMALA DE LA ASUNCIÓN, NOVIEMBRE DE 2017
CAMPUS CENTRAL

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

“EL ARBITRAJE EN LA CONTRATACIÓN DE LA OBRA PÚBLICA EN GUATEMALA COMO
MÉTODO ALTERNATIVO DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS”

TESIS DE GRADO

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

POR

SOFÍA ALESSANDRA FAHSEN FRANZ

PREVIO A CONFERÍRSELE

LOS TÍTULOS DE ABOGADA Y NOTARIA Y EL GRADO ACADÉMICO DE LICENCIADA EN CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

GUATEMALA DE LA ASUNCIÓN, NOVIEMBRE DE 2017
CAMPUS CENTRAL

AUTORIDADES DE LA UNIVERSIDAD RAFAEL LANDÍVAR

RECTOR: P. MARCO TULIO MARTINEZ SALAZAR, S. J.
VICERRECTORA ACADÉMICA: DRA. MARTA LUCRECIA MÉNDEZ GONZÁLEZ DE PENEDO
VICERRECTOR DE INVESTIGACIÓN Y PROYECCIÓN: ING. JOSÉ JUVENTINO GÁLVEZ RUANO
VICERRECTOR DE INTEGRACIÓN UNIVERSITARIA: P. JULIO ENRIQUE MOREIRA CHAVARRÍA, S. J.
VICERRECTOR ADMINISTRATIVO: LIC. ARIEL RIVERA IRÍAS
SECRETARIA GENERAL: LIC. FABIOLA DE LA LUZ PADILLA BELTRANENA DE LORENZANA

AUTORIDADES DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

DECANO: DR. ROLANDO ESCOBAR MENALDO
VICEDECANA: MGTR. HELENA CAROLINA MACHADO CARBALLO
SECRETARIO: LIC. CHRISTIAN ROBERTO VILLATORO MARTÍNEZ
DIRECTOR DE CARRERA: LIC. ERICK MAURICIO MALDONADO RÍOS
DIRECTOR DE CARRERA: MGTR. JUAN FRANCISCO GOLOM NOVA
DIRECTORA DE CARRERA: MGTR. ANA BELEN PUERTAS CORRO

NOMBRE DEL ASESOR DE TRABAJO DE GRADUACIÓN

MGTR. PABLO GERARDO HURTADO GARCÍA

TERNA QUE PRACTICÓ LA EVALUACIÓN

MGTR. HELENA CAROLINA MACHADO CARBALLO

Pablo Gerardo Hurtado García
Abogado y Notario

Guatemala, 5 de septiembre de 2017.

Honorable
CONSEJO DE FACULTAD
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
de la Universidad Rafael Landívar
Presente.-

Tengo el honor de dirigirme a ustedes, en relación al trabajo de tesis de licenciatura en ciencias Jurídicas y Sociales de la estudiante **SOFÍA ALESSANDRA FAHSEN FRANZ**, con número de carné No. **2009510**, que se titula **Arbitraje en la Contratación de la Obra Pública en Guatemala como método alternativo de resolución de conflictos**, de la cual fui nombrado asesor, con el objeto de informar que, a mi criterio, la investigación ha finalizado satisfactoriamente.

La sustentante desarrolló su trabajo de investigación cumpliendo con los requerimientos del Instructivo de Tesis de esa Facultad, constituyendo un importante aporte para la solución de la problemática existente en el país motivada por las reclamaciones que contratistas hacen al Estado y cuyo manejo ha derivado, en ocasiones, en casos de corrupción. De igual manera, a través de mecanismos ágiles de solución de conflictos en el país podrá existir la certeza y seguridad jurídica que requiere la promoción de inversiones.

En virtud de lo anterior, por este medio se emite el **DICTAMEN FAVORABLE** de asesoría a la tesis elaborada por **Sofía Alessandra Fahsen Franz**.

Sin otro particular, me suscribo de ustedes.

Atentamente,


Pablo Gerardo Hurtado García
Asesor de Tesis

Licda. Helena C. Machado
Abogada y Notaria

Guatemala, 30 Octubre 2017.

Señores
Miembros del Consejo
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad Rafael Landívar
Ciudad

Honorables Miembros del Consejo:

Me dirijo a ustedes con el objeto de hacer de su conocimiento que, en cumplimiento al nombramiento recaído en mi persona, procedí a realizar la **Revisión de Fondo y de Forma** a que se refiere el Instructivo de Tesis de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, del trabajo de tesis titulado **"EL ARBITRAJE EN LA CONTRATACIÓN DE LA OBRA PÚBLICA EN GUATEMALA COMO MÉTODO ALTERNATIVO DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS"** elaborado por la estudiante **SOFÍA ALESSANDRA FAHSEN FRANZ**.

Luego de efectuada la revisión, se sugirieron algunas correcciones a la estudiante Fahsen Franz, quien cumplió con presentar las mismas dentro del plazo establecido en el Instructivo de Tesis de esa Facultad. En tal virtud, considero que el contenido de la tesis en referencia se encuentra estructurada conforme los requerimientos y regulaciones existentes de la Universidad Rafael Landívar para el efecto.

Por lo expuesto, emito a favor del trabajo de tesis investigado y elaborado por Sofía Alessandra Fahsen Franz de conformidad con los requisitos reglamentarios, **DICTAMEN FAVORABLE SOBRE LA PERTINENCIA DE EMITIR LA ORDEN DE IMPRESIÓN**, a efecto de que se continúen con los procedimientos establecidos por esa Universidad, toda vez que el presente trabajo es apto como tesis para que a la autora del mismo se le confiera el Grado Académico de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Habiendo cumplido con el encargo encomendado por esa Facultad, me suscribo con muestras de mi consideración y respeto.

Atentamente,


Mgtr. Helena Carolina Machado Carballo



11 calle 22-49 zona 11, Residenciales San Jorge Guatemala Guatemala
Teléfono: (502) 52067801
E-mail: machadohc@gmail.com



Universidad
Rafael Landívar

Tradición Jesuita en Guatemala

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

No. 071643-2017

Orden de Impresión

De acuerdo a la aprobación de la Evaluación del Trabajo de Graduación en la variante Tesis de Grado de la estudiante SOFÍA ALESSANDRA FAHSEN FRANZ, Carnet 20095-10 en la carrera LICENCIATURA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES, del Campus Central, que consta en el Acta No. 07719-2017 de fecha 30 de octubre de 2017, se autoriza la impresión digital del trabajo titulado:

“EL ARBITRAJE EN LA CONTRATACIÓN DE LA OBRA PÚBLICA EN GUATEMALA COMO MÉTODO ALTERNATIVO DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS”

Previo a conferírsele los títulos de ABOGADA Y NOTARIA y el grado académico de LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Dado en la ciudad de Guatemala de la Asunción, a los 6 días del mes de noviembre del año 2017.



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

Responsabilidad: La autora es la única responsable por el contenido del presente trabajo, incluyendo las conclusiones y recomendaciones alcanzadas.

LISTADO DE ABREVIATURAS

ASÍES	Asociación de Investigación y Estudios Sociales
CENAC	Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio
CRECIG	Comisión de Resolución de Conflictos de la Cámara de Industria de Guatemala
MARCS	Métodos Alternos de Resolución de Conflictos
OSCE	Organismo Superior de las Contrataciones del Estado (Perú)
SEACE	Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado (Perú)
UNIDAD RAC	Unidad de Resolución Alternativa de Conflictos del Organismo Judicial

RESUMEN EJECUTIVO

El presente trabajo de investigación trata sobre la viabilidad jurídica del arbitraje, como método alternativo de resolución de conflictos, para ventilar las controversias provenientes de la contratación pública en Guatemala.

En el transcurso de la investigación, se analizó el arbitraje como método alternativo de resolución de conflictos en Guatemala, se desarrolló lo relativo al procedimiento de contratación administrativa, en específico de la obra pública, se hizo una relación entre el marco legislativo del arbitraje y su aplicación en la contratación de la obra pública de conformidad con la legislación guatemalteca, incluyendo las disposiciones de la Ley de Contrataciones del Estado y la Ley de Arbitraje, se evaluó el acuerdo arbitral para someter una controversia proveniente de la contratación pública al Arbitraje, se realizó el estudio de un caso concreto y una comparación legislativa con la República de Perú en la materia en cuestión.

Al haber realizado un estudio de la doctrina, legislación y jurisprudencia aplicable a la materia en cuestión, se llegó a la conclusión que el arbitraje es una vía viable, aplicada como la única vía obligatoria en múltiples países desarrollados o en vías de desarrollo, para dirimir controversias provenientes de la contratación de obra pública. Asimismo, se recomendó que Guatemala, como país en vías de desarrollo, proceda a la aplicación del arbitraje de manera imperativa en los proyectos de cuarta generación para fomentar la inversión extranjera al brindar certeza jurídica para interpretar, aplicar y ejecutar los contratos administrativos de obra pública.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO 1: MÉTODOS ALTERNOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS.....	6
1.1. Conciliación.....	8
1.2. Mediación.....	9
1.3. Expertise (peritaje)	14
1.4. Dispute Boards (Paneles de solución de disputas)	14
1.5. Arbitraje.....	17
CAPÍTULO 2: ARBITRAJE.....	18
2.1. Breve reseña histórica:.....	18
2.2. Concepto.....	20
2.3. Naturaleza jurídica	23
2.4. Marco normativo	24
2.5. Principios del Arbitraje.....	25
2.6. Características del Arbitraje	28
2.7. Clases de Arbitraje	30
2.7.1. Internacional o Nacional	30
2.7.2. De Derecho o de Equidad	31
2.7.3. Institucional o Ad-Hoc.....	32
2.7.4. Voluntario o Forzoso.....	32

2.8. Procedimiento Arbitral	33
2.8.1. Acuerdo Arbitral	33
2.8.2. Solicitud de Arbitraje	38
2.8.3. Procedimiento de integración del tribunal arbitral	38
2.8.4. Presentación de la demanda	43
2.8.5. Procedimiento arbitral	44
2.8.6. Laudo.....	45
2.9. Alcances y Límites del Arbitraje	47
2.10. Centros de Administración de Arbitraje en Guatemala	49
2.10.1. Centro de Arbitraje y Conciliación de Cámara de Comercio en Guatemala –CENAC-:.....	49
2.10.2. Comisión de Resolución de Conflictos de la Cámara de Industria de Guatemala –CRECIG-.....	50
 CAPÍTULO 3: SISTEMAS DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA EN GUATEMALA	 52
3.1. Administración Pública	52
3.2. Derecho Administrativo	53
3.3. Acto Administrativo.....	54
3.4. Procedimiento Administrativo	55
3.5. Personalidad Jurídica del Estado	56

3.6. La Contratación Administrativa	59
3.6.1. Régimen de Licitación Pública.....	61
3.6.2. Régimen de Cotización Pública.....	67
3.6.3. Modalidades específicas de adquisiciones del estado y excepciones	68
3.7. Generales de la Contratación Administrativa	72
3.7.1. GUATECOMPRAS	72
3.7.2. Ejecución	73
3.7.3. Fianzas, Garantías o Seguros	73
3.7.4. Resoluciones Administrativas	75
3.7.5. Recursos Administrativos	76
3.7.6. Proceso Contencioso Administrativo	79
 CAPÍTULO 4: ARBITRAJE EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN GUATEMALA	
.....	86
4.1. Proyecto Vial denominado Franja Transversal del Norte	88
4.2. Fideicomiso del Fondo Vial	89
4.3. El arbitraje obligatorio en Perú en el ámbito de contratación pública y su regulación	91
 CAPÍTULO 5: PRESENTACIÓN, DISCUSIÓN Y ANÁLISIS DE RESULTADOS..	96
5.1. Resultados de la investigación	96

5.1.1. Regulación de arbitraje y su aplicación en las controversias relativas al cumplimiento, interpretación, aplicación y efectos de los contratos celebrados en obra pública.....	97
5.1.2. Acuerdo de arbitraje	99
5.1.3. Situación de los procesos sometidos a la jurisdicción arbitral	100
5.1.4. Falta de cultura arbitral en Guatemala.....	106
5.1.5. Ejecución del laudo.....	108
5.1.6. Situación actual en Perú.....	108
5.2. Discusión y análisis de resultados	110
CONCLUSIONES.....	120
RECOMENDACIONES	123
REFERENCIAS.....	126
ANEXOS	132
Anexo A: Modelo de entrevista utilizado.....	132
Anexo B: Cuadro de Cotejo.	134

INTRODUCCIÓN

El pilar del presente trabajo de investigación es el arbitraje, siendo éste el proceso por medio de cual un tercero conoce de una controversia de su competencia por acuerdo expreso y voluntario de las partes involucradas en la misma, para luego presentar una solución a la misma que es vinculante para las partes.

El Estado de Guatemala es un Estado libre, independiente y soberano organizado para garantizar a sus habitantes el goce de sus derechos y de sus libertades, cuyo fin supremo es la realización del bien común. Para cumplir con sus fines el Estado de Guatemala participa en relaciones económicas, al requerir la adquisición de bienes, suministros y la prestación de servicios, para lo cual contrata con particulares que cumplan dicha función. Dicha contratación, como cualquier otra en el ámbito privado, obliga a ambas partes a cumplir con determinados derechos y, por ende, las partes pueden incumplir con sus obligaciones o requerir interpretación de ciertos aspectos pactados, además de una gran cantidad de controversias que pueden surgir entre las partes. Aunado lo anterior, los elementos de estudio del presente trabajo de investigación fueron el arbitraje como método alternativo de resolución de conflictos y la contratación administrativa de obra pública.

El punto medular del presente trabajo de investigación fue analizar la vía alternativa que presenta la legislación sobre la jurisdicción privativa de lo contencioso administrativo, con el objetivo que el Estado y los particulares involucrados en la contratación puedan optar a la misma y su contratación se vea dotada con certeza jurídica.

La contratación administrativa en Guatemala, se encuentra sujeta a dicho proceso por disposición legal, por lo que, el objetivo general del presente trabajo de investigación fue determinar si el arbitraje, como método alternativo de resolución de conflictos, es una vía adecuada, beneficiosa y viable jurídicamente para ventilar las controversias provenientes de la contratación de la obra pública en Guatemala.

Con ello, se buscó determinar si el arbitraje podría sustituir a la jurisdicción contencioso administrativo y ser la vía exclusiva e imperativa para dirimir las controversias provenientes de la contratación pública administrativa.

Los objetivos específicos del presente trabajo de investigación fueron analizar al arbitraje como método alternativo de resolución de conflictos en Guatemala, su regulación, sus alcances y sus límites, los tipos de Arbitraje, la materia de su aplicación y los centros de administración de arbitraje en Guatemala. Desarrollar lo relativo al procedimiento de contratación de la obra pública del Estado, por medio de sus entidades descentralizadas y autónomas, unidades ejecutoras, las municipalidades y las empresas públicas estatales o municipales y su regulación. Analizar el marco legislativo del Arbitraje y su aplicación en la contratación de la obra pública de conformidad con la legislación guatemalteca, incluyendo las disposiciones de la Ley de Contrataciones del Estado y la Ley de Arbitraje. Evaluar la regulación del acuerdo arbitral para someter una controversia proveniente de la contratación pública al Arbitraje, a manera de establecer si es necesaria su ampliación. Establecer las ventajas y desventajas del arbitraje aplicado a la contratación de obra pública.

Al desarrollar el trabajo de investigación se delimitó el uso del arbitraje, como método alternativo de resolución de conflictos provenientes de controversias en la contratación pública, sobre la jurisdicción ordinaria, en el sentido de establecer su aplicación, viabilidad, ventajas y desventajas, y con ello se analizó la legislación y su aplicación con la realidad administrativa del país. Al analizar los alcances de la investigación se pudieron encontrar límites a la misma, como lo son la falta de referencias nacionales sobre el tema propuesto, existiendo por el contrario bastas referencias a nivel internacional. De igual forma la legislación nacional en cuanto al arbitraje y su aplicación en la contratación pública, es sumamente general, por lo que se acudió a los Convenios Internacionales y legislación de otros países aplicables. Asimismo, resulta importante resaltar que el arbitraje es un procedimiento privado de carácter confidencial, así como lo son los expedientes y

casos de materia arbitrable, por lo que la autora, luego de un proceso laborioso de estudio jurisprudencial en la referida materia, analizó casos en concreto e hizo una breve referencia de los mismos. Como consecuencia de lo anterior, se consultaron expedientes para determinar la viabilidad del arbitraje como método alternativo de resolución de conflictos provenientes de la contratación pública, no obstante los mismos no fueron citados dentro de la presente investigación.

El aporte del presente trabajo de investigación fue analizar un procedimiento alternativo, a aquel de la jurisdicción contencioso administrativa, que pudiera tener ventajas para la contratación pública Guatemala. Con ello se pretende, al haber determinado las ventajas y desventajas del arbitraje para solucionar controversias provenientes de la contratación pública, que la certeza de los proceso en Guatemala aumente la inversión internacional en el país por tener como alternativa un método de resolución de conflictos rápido, confiable y certero, ya sea nacional o internacional.

Los sujetos entrevistados para alcanzar los objetivos del presente trabajo de investigación fueron las autoridades de la Cámara de Comercio de Guatemala y de la Cámara de Industria de Guatemala, que tengan injerencia en los Centros de Arbitraje que se encuentran en cada una de estas. Asimismo, abogados y otros profesionales reconocidos y especializados en la resolución de conflictos por medio del arbitraje, que hayan sido parte en procedimientos de este tipo, ya sea como árbitros o defensores. También se entrevistaron asesores jurídicos y técnicos de las dependencias del Estado con conocimiento de la materia arbitrable.

Las unidades de análisis para desarrollar el trabajo de investigación fueron la legislación nacional: Constitución Política de la República de Guatemala; Ley de Contrataciones del Estado, Decreto número 57-92, y su Reglamento, Acuerdo Gubernativo número 1056-92; Ley para la Ejecución del Proyecto Vial denominado Franja Transversal del Norte, Decreto número 88-2005; Acuerdo Ministerial No. 386-2003 del 17 de septiembre de 2003, Transparencia en las Contrataciones y

Adquisiciones del Estado; Resolución No. 11-2010 del Ministerio de Finanzas Públicas, Normas para el uso del Sistema de Información de Contrataciones y Adquisiciones del Estado –GUATECOMPRAS-; Ley de Arbitraje, Decreto número 67-95; Ley de lo Contencioso Administrativo, Decreto número 119-96; Código Procesal Civil y Mercantil, Decreto Ley número 107. De otros países se analizó la legislación de la República de Perú. Asimismo, se estudiaron expedientes fenecidos de procesos arbitrales, expedientes administrativos y resoluciones y sentencias del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, Corte Suprema de Justicia y Corte de Constitucionalidad aplicables a la materia.

Los instrumentos utilizados en el presente trabajo de investigación fueron entrevistas y cuadro de cotejo, validados por los Abogados expertos en la materia. Las entrevistas fueron dirigidas a los sujetos previamente identificados y su finalidad fue complementar el análisis realizado por la autora del presente trabajo de investigación sobre el contenido de la legislación interna con la aplicación de la misma en la práctica, así como aportes personales de los sujetos entrevistados. El cuadro de cotejo fue utilizado para realizar un análisis comparativo de las disposiciones de la Ley de Arbitraje con aquellas de la Ley de lo Contencioso Administrativo, como métodos de resolución de controversias provenientes de la contratación pública en la República de Guatemala.

El tipo de investigación fue Jurídico Descriptiva, ya que a lo largo del trabajo de investigación se cuestionaron y analizaron la Ley de Arbitraje y la Ley de Contrataciones del Estado, principalmente, para evaluar su relación y aplicación, y proponer cambios en la materia. A la vez, se descompuso un problema jurídico, la viabilidad del arbitraje para resolver controversias provenientes de la contratación pública, a modo de ofrecer un panorama del funcionamiento del método alternativo, así como la aplicación de las normas legales existentes.

Al concluir con el trabajo de investigación, se respondió a la pregunta de investigación ¿cuál es la viabilidad jurídica del arbitraje, como método alternativo de

resolución de conflictos, para ventilar las controversias provenientes de la contratación pública en Guatemala?

CAPÍTULO 1: MÉTODOS ALTERNOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS

En todas las sociedades del mundo, el ser humano por su naturaleza va a ser sujeto de conflicto con otro ser humano, por una forma de pensar diferente, por intereses y pretensiones contradictorias, por culturas antagónicas, por diversas razones, por lo que derivado de esto se han creado diferentes métodos de impartir la justicia o de resolver los conflictos, que varían dependiendo de la época, lugar, desarrollo social, entre otros aspectos. Estos métodos pueden ser tan simples como la costumbre en sociedades con poco desarrollo en donde la fuerza predomina y cada individuo administra la justicia para beneficio propio y aquel del bien común, hasta la legislación o el derecho positivo en sociedades más desarrolladas, en donde se previenen situaciones y su método de solución, para luego establecer las sanciones respectivas. Cabe resaltar que el ser humano viviendo en sociedad, se sujeta a la legislación aplicable de manera que predomine el bien común o beneficio colectivo.

En Guatemala, la Constitución Política de la República establece en su artículo 223, lo siguiente: *«La justicia se imparte de conformidad con la Constitución y las leyes de la República (...) La función jurisdiccional se ejerce, con exclusividad absoluta, por la Corte Suprema de Justicia y por los demás tribunales que la ley establezca (...).»*¹

Derivado de lo anterior, se puede establecer el fundamento constitucional a la resolución alternativa de conflictos, en la que la función jurisdiccional es ejercida por un tribunal ajeno a aquellos de la jurisdicción ordinaria, siendo estos centros de mediación, conciliación o arbitraje. En la resolución alternativa, interviene una tercera persona, experta en los temas en conflicto, para ayudar a las partes a resolver el conflicto y llegar a un acuerdo.

¹ Asamblea Nacional Constituyente 1985. Constitución Política de la República de Guatemala. Artículo 203.

Cualquier tribunal que la ley establezca puede impartir justicia y ejercer la función jurisdiccional, siempre y cuando sea creado por una disposición legal. La conciliación, la mediación y el arbitraje son alternativas para resolución de controversias en el ámbito privado resultantes de la contratación privada o pública. Cada uno de los medios de resolución alternativa de conflictos mencionados anteriormente tiene una aplicación diferente en casos determinados que hace su competencia favorable o desfavorable de conformidad con cada situación. La negociación directa entre las partes, según la autora del presente trabajo de investigación, no es considerada método de resolución alternativa de conflictos ya que no interviene ningún tercero experto, ni se utiliza ningún mecanismo específico, es tal y como su nombre lo establece una negociación entre la partes.

Según la Comisión de Resolución de Conflictos de la Cámara de Industria de Guatemala -CRECIG-: *«Los Métodos Alternos de Resolución de Conflictos (MARCS), son procedimientos a través de los cuales las personas individuales o jurídicas pueden resolver sus controversias con mayor rapidez, de manera pacífica y privada.*

Son mecanismos extrajudiciales establecidos dentro del marco de la ley, y tienen como finalidad la resolución definitiva de controversias de importancia jurídica, mediante soluciones de cumplimiento voluntario por las Partes, o por conducto de un órgano jurisdiccional, de ser necesario.»²

Los mecanismos extrajudiciales o instrumentos jurídicos para abordar problemas y arribar a un acuerdo, por medio de la negociación, según el autor Francisco González De Cossío, se dividen en la Mediación y Conciliación, *Expertise* (Peritaje),

² Comisión de Resolución de Conflictos de la Cámara de Industria de Guatemala -CRECIG-. Métodos Alternos de Solución de Conflictos. Guatemala, 2017. Disponibilidad y acceso: <http://crecig.com.gt/content/metodos-alternos-de-solucion-de-conflictos>. Fecha de consulta: 6 de enero de 2017.

Arbitraje y Dispute Boards (Paneles de Solución de Disputas).³ A continuación, se abordará cada uno de éstos:

1.1. Conciliación

Para identificar a los métodos de resolución alternativa de conflictos, como primer punto se trata la conciliación, que el autor Junco Vargas, la define de la siguiente manera: *«mecanismo mediante el cual las partes entre quienes existe un conflicto susceptible de transacción, originado en un negocio mercantil o derivado de actividades comerciales, tratan de superar la controversia existente, con la colaboración de un tercero experto, objetivo e imparcial, quien orienta aquéllas en las fórmulas propuestas por todos, con la finalidad de acabar el conflicto y evitar que llegue a la justicia ordinaria o arbitral.»*⁴

En la conciliación va a intervenir un tercero con participación, con el fin de orientar a las partes en conflicto, proporcionándoles fórmulas para llegar a un arreglo y con un rol activo dentro de la resolución del conflicto.

Ésta puede ser extrajudicial, extrajudicial institucional o anexa a un litigio. La conciliación extrajudicial se encuentra tipificada en el artículo 49 de la Ley de Arbitraje, que establece: *«La conciliación es un mecanismo o alternativa no procesal de resolución de conflictos, a través de la cual las partes, entre quienes exista una diferencia originada en relaciones comerciales o de cualquier otra índole, tratan de superar el conflicto existente, con la colaboración activa de un tercero, objetivo e imparcial, cuya función esencial consiste en impulsar las fórmulas de solución planteadas por las partes o propuestas por él, evitando así que el conflicto llegue a instancia jurisdiccional o arbitral.»*⁵

³ González De Cossío, Francisco. *Arbitraje*. México, Editorial Porrúa, 2014. Cuarta Edición. Págs. 14-16.

⁴ Junco Vargas, José Roberto. *La conciliación. Aspectos sustanciales y procesales*. Santafé de Bogotá, D.C., Edición Jurídica Radar, 1994. Segunda Edición. Pág. 33.

⁵ Congreso de la República de Guatemala. Decreto 67-95. *Ley de Arbitraje*. Artículo 49.

La conciliación extrajudicial institucional, como señala el autor Antonio Guillermo Rivera Neutze, es aquella que se lleva en un Centro de Arbitraje y Conciliación y este administra el proceso, proporcionando un lugar, reglamento, listado de árbitros expertos, integrado por abogados, arquitectos, ingenieros, contadores públicos, auditores, entre otros profesionales. La conciliación anexa a un litigio la base de la controversia es la relación legal.⁶

Derivado de lo previamente expuesto, en la conciliación va a intervenir un tercero cuya exclusiva labor consiste en identificar los espacios de común acuerdo entre las partes y hacer sugerencias para ayudar a que las partes puedan arribar a una solución favorable para ambas.

1.2. Mediación

La mediación según Christopher Moore, se ha definido como: *«la intervención en una disputa o negociación, de un tercero, imparcial y neutral que carece de poder autorizado de decisión para ayudar a las partes en disputa a alcanzar voluntariamente su propio arreglo mutuamente aceptable.»*⁷

En la mediación, de la misma manera que en la conciliación interviene un tercero pero, a gran diferencia, éste es imparcial, únicamente colabora con las partes y su función es avenir a las mismas para que lleguen a una solución favorable para ambas.

Como resultado de lo anterior, la mediación y la conciliación se consideran métodos de solución de conflictos, sin embargo, son métodos diferentes uno del otro, ya que en la conciliación, el conciliador, también conocido como tercero experto en el tema, tiene un rol activo y va a proporcionar a las partes en conflicto fórmulas para resolver

⁶ Rivera Neutze, Antonio Guillermo. *Amigable composición. Curso práctico de negociación y conciliación*. Guatemala, Arte Color y Texto, 2001. Págs. 14-15.

⁷ Moore, Christopher. *El proceso de mediación. Métodos prácticos para la resolución de conflictos*. Barcelona, España, Ediciones Grania, 1995. Pág. 44.

el mismo, mientras que en la mediación, únicamente interviene un tercero imparcial, que carece de poder y puede ayudar a las partes a llegar a resolver el conflicto de la manera que ambos acepten como idónea, sin intervenir en la resolución del mismo más que para que las partes en conflicto lleguen a un acuerdo por sí mismas.

Se diferencian, principalmente por la función del tercero, pero el autor Francisco González De Cossío también hace una distinción muy clara al establecer: «*Mientras que la conciliación es más evaluativa, la mediación es más colaborativa. En la conciliación el conciliador se hace de información, la evalúa, y propone una solución. En la mediación el mediador trabaja con las partes para propiciar que transijan. Aunque sutil, existe una distinción.*»⁸

En la República de Guatemala, actualmente existen setenta y siete Centros de Mediación de la Dirección de Métodos Alternativos de Solución de Conflictos, según estadísticas del Centro del Organismo Judicial, ubicados en los departamentos de Alta Verapaz, Chiquimula, Escuintla, Guatemala, Huehuetenango, Izabal, Petén, Quetzaltenango, Quiché, Retalhuleu, San Marcos, Sololá, Suchitepéquez, Totonicapán, Zacapa.⁹ Estos se ubican principalmente en juzgados de paz, juzgados de familia y centros de administración de justicia del Organismo Judicial, así como en instalaciones dependientes ubicadas en los diferentes departamentos mencionados.

El funcionamiento de estos Centros encuentra su principal fundamento en la Constitución Política de la República de Guatemala, en específico según lo establece el artículo 203, previamente citado en el presente trabajo de investigación. La Dirección de Métodos Alternativos de Solución de Conflictos, cuenta con una Unidad específica cuya función es promover, coordinar, implementar, monitorear y

⁸ González De Cossío, Francisco. *Op. cit.*, Pág. 15.

⁹ Organismo Judicial. Dirección de Métodos Alternativos de Solución de Conflictos. Centros de Mediación del Organismo Judicial. Disponibilidad y acceso: <file:///C:/Users/alfah/Downloads/listado%20centros%20de%20mediacin%20para%20pg%20oj.pdf>. Fecha de consulta: 3 de septiembre de 2017.

evaluar mecanismos para la resolución alternativa de conflictos, así como de evaluar el funcionamiento y resultado de los Centros de Mediación, la Unidad de Unidad de Resolución Alternativa de Conflictos –RAC-.¹⁰ Ésta fue creada a través del Acuerdo No. 11/001, de fecha 18 de abril de 2001, de la Presidencia del Organismo Judicial y de la Corte Suprema de Justicia. A su vez, se elaboró un plan piloto creado por los Acuerdos 21/998 y su Reglamento 22/998, denominado Centro Piloto de Mediación y Conciliación. El 18 de abril de 2001, al crear la Unidad de Resolución Alternativa de Conflictos -RAC-, se modificó la denominación de los Centros de Mediación y Conciliación existentes, por la denominación Centros de Mediación, eliminándose la conciliación como método alternativo de resolución de conflictos de la competencia de los denominados Centros.

Asimismo, dentro de la normativa aplicada a la materia, varios cuerpos normativos establecen las potestades de los jueces y tribunales de avenir a las partes con formas ecuanimes de conciliación y mediación. Entre éstos, citados en un estudio realizado a los Centros de Mediación de la Unidad de Resolución Alternativa de Conflictos del Organismo Judicial, elaborado por la Asociación de Investigación y Estudios Sociales, se pueden mencionar los siguientes:¹¹

- a) Código Procesal Civil y Mercantil: Juicio ordinario civil, artículo 97, que establece: *«Los tribunales podrán, de oficio o a instancia de parte, citar a conciliación a las partes, en cualquier estado del proceso. Si las partes llegan a un avenimiento se levantará acta firmada por el juez o presidente del Tribunal, en su caso, por las partes o sus representantes debidamente facultados para transigir y por el secretario. A continuación se dictará*

¹⁰ Organismo Judicial. Dirección de Métodos Alternativos de Solución de Conflictos. Unidad de Resolución Alternativa de Conflictos. Disponibilidad y acceso: <http://www.oj.gob.gt/index.php/nosotros-dmasc/31-dmasc-contenido-pagina/335-unidad-de-resolucion-alternativa-de-solucion-de-conflictos-unidad-rac>. Fecha de consulta: 3 de septiembre de 2017.

¹¹ Asociación de Investigación y Estudios Sociales -ASÍES-. Los Centros de Mediación de la Unidad de Resolución Alternativa de Conflictos del Organismo Judicial (Unidad RAC). Guatemala, octubre 2013. Disponibilidad y acceso: https://s3.amazonaws.com/asies-books/books/201310_diagnostico_centros_de_mediacion_rac_daj.pdf. Fecha de consulta: 3 de septiembre de 2017.

resolución declarando terminado el juicio y se mandará anotar de oficio el acta, en los registros respectivos.»; en el Juicio oral civil: artículo 203, que establece: «En la primera audiencia, al iniciarse la diligencia, el juez procurará avenir a las partes, proponiéndoles fórmulas ecuanimes de conciliación y aprobará cualquier forma de arreglo en que convinieren, siempre que no contraríe las leyes. Si la conciliación fuere parcial, el juicio continuará en cuanto a las peticiones no comprendidas en el acuerdo.»; en los procesos de Jurisdicción Voluntaria civil, artículo 428, que establece: «El juez citará a las partes a una junta conciliatoria, señalando día y hora para que se verifique dentro del término de ocho días. Las partes deberán comparecer personalmente, auxiliadas por diferente abogado. Previa ratificación de la solicitud, el juez les hará las reflexiones convenientes, a fin de que continúen la vida conyugal. Si aquellos se avinieren, el juez declarará el sobreseimiento definitivo. Únicamente el cónyuge que esté fuera de la república podrá constituir apoderado para este acto. En ningún caso pueden los cónyuges designar apoderado a una misma persona para tramitar estas diligencias.»;

- b) Código de Trabajo: En el Juicio ordinario laboral, artículo 340, que establece: «Planteada la reconvenición el juez suspenderá la audiencia señalando una nueva para que tenga lugar la contestación, a menos que el reconvenido manifieste su deseo de contestarla en el propio acto, lo que se hará constar. Contestada la demanda y la reconvenición si la hubiere, el juez procurará avenir a las partes, proponiéndoles fórmulas ecuanimes de conciliación y aprobará en el acto cualquier fórmula de arreglo en que convinieren, siempre que no se contraríen las leyes, reglamentos y disposiciones aplicables. Si el demandado estuviere de acuerdo con la demanda, en todo o en parte, podrá procederse por la vía ejecutiva, en cuanto a lo aceptado, si así se pidiere, lo que se hará constar sin que el juez deba dictar sentencia al respecto; y el juicio continuará en cuanto a las reclamaciones no aceptadas.»

c) Código Procesal Penal: En el proceso penal, artículo 25 Quáter, que establece: *«Las partes, sólo de común acuerdo, en los delitos condicionados a instancia particular, en los de acción privada, así como aquellos en los que proceda el criterio de oportunidad, excepto el numeral 6º. del artículo 25, con la aprobación del Ministerio Público o del síndico municipal, podrán someter sus conflictos penales al conocimiento de centros de conciliación o mediación registrados por la Corte Suprema de Justicia, a través de los juzgados de primera instancia penal correspondientes, integrados por personas idóneas, nativas de la comunidad o bajo dirección de abogado colegiado, capaces de facilitar acuerdos y, una vez obtenidos los mismos, se trasladará un acta suscrita al Juez de Paz para su homologación, siempre que no viole la Constitución o Tratados Internacionales en Derechos Humanos, para lo cual bastará un breve decreto judicial que le dará valor de título ejecutivo al convenio suficiente para la acción civil en caso de incumplimiento de los acuerdos patrimoniales.»*; En los juicios por delitos de acción privada, artículo 477, que establece: *«Previo a acudir a la audiencia de conciliación, las partes podrán someter su conflicto al conocimiento de centros de conciliación o mediación, para que, una vez obtenido el mismo, se deje constancia de lo que las partes convengan en acta simple que se presentará al tribunal para su homologación, siempre que con dicho acuerdo no se violen preceptos constitucionales y tratados internacionales en materia de derechos humanos.»*

La mediación y la conciliación ayudan a resolver conflictos en un período menor de tiempo, utilizando menos recursos de la administración de justicia y basándose en la comunicación y cooperación de las partes.

La doctrina ubica otros métodos de resolución de conflictos como lo son el peritaje, los paneles de solución de disputas, que se abordarán a continuación.

1.3. Expertise (peritaje)

El autor Francisco González De Cossío define al peritaje o *expertise* como: «*El peritaje o expertise consiste en que un experto emita una opinión sobre una cuestión técnica en la que experto. Como mecanismo, el expertise es útil en que si el problema no versa sobre una cuestión jurídica, sino fáctica-técnica, puede evitarse acudir a un litigio y arbitraje, con el consecuente ahorro de tiempo y recursos. Lo que las partes tienen que hacer es ponerse de acuerdo sobre lo que están en desacuerdo.*»¹²

El perito, según el Diccionario de la Real Academia Española, es un sabio, experimentado, hábil, práctico en una ciencia o arte¹³, por lo que el peritaje es el estudio o el informe que el experto realiza sobre una cuestión que domina.

El autor previamente citado, aporta un método alternativo de solución de conflictos poco conocido y aplicado en Guatemala, pero muy útil en el sentido que evita que las partes acudan a un proceso, ya sea de resolución alternativa o judicial, al analizar y estudiar, de acuerdo a su área de experiencia, una cuestión técnica que ha causado conflicto entre las partes, para luego, emitir su opinión. El perito facilita a las partes a llegar a una solución, sin embargo, su intervención no se extiende más que a emitir una opinión sobre alguna cuestión técnica, ya que no proporciona a las partes ninguna fórmula para solucionar su conflicto.

1.4. Dispute Boards (Paneles de solución de disputas)

Para el autor citado, Francisco González De Cossío, las *dispute boards* o paneles de solución de disputas son órganos que forman parte de una obra de

¹² *Ibid.*, Pág. 16.

¹³ Perito. Real Academia Española. *Diccionario de la Lengua Española*. España, 2012. 22ava Edición. Disponibilidad y acceso: <http://dle.rae.es/?id=SeV3YO8>. Fecha de consulta: 16 de julio de 2015.

infraestructura, de construcción. Tienen por objeto existir a la par de determinada obra para resolver los problemas que surjan durante la misma en tiempo real.

- a) Los beneficios son tres:¹⁴ El perfil. Las partes eligen quienes serán los miembros del *Dispute Board*, que juzgará los problemas que vayan surgiendo en el transcurso de la obra.
- b) El tiempo. El *Dispute Board* nace con la obra, por lo que sus miembros tienen conocimiento de todos los específicos de la misma y pueden actuar de inmediato ante un acontecimiento o imprevisto y resolver de inmediato los problemas que surjan.
- c) El efecto “*bola de nieve*”. Muchas obras de construcción e infraestructura tienen en común que de su complejidad surgen problemas de diversa índole que, surgidos, propician costos legales importantes. Estos costos legales involucran no sólo el costo legal inherente a los problemas jurídicos, sino costos legales que crecen con el tiempo y la complejidad de la obra. Por lo anterior, los miembros del *Dispute Board* los evita y cualquier cuestión técnica la van a conocer en primera plana.

Las *Dispute Boards*, para el mencionado autor, son instrumentos creados específicamente para contratos de construcción. Son una especie de tribunales arbitrales *sui géneris* que nacen y navegan junto con una obra y se activan exclusivamente si surge una controversia de cualquier tipo, con el objetivo de resolver la misma sin tener que acudir a un proceso judicial o un método de resolución de controversias como el arbitraje.¹⁵

Existen tres especies de *Dispute Boards*, citadas por el mencionado autor¹⁶:

1. *Dispute Review Boards* (Panel de Recomendación): que emiten recomendaciones que no son inmediatamente obligatorias pero se

¹⁴ González De Cossío, Francisco. *Op. cit.*, Págs. 20-22.

¹⁵ *Ibid.*, Págs. 23-24.

¹⁶ *Ibid.*, Págs. 23, 24, 67 y 68.

convierten en obligatorias si no se presenta una notificación de desacuerdo con la misma.

2. *Dispute Adjudication Boards* (Panel de Decisión): emiten decisiones que son inmediatamente obligatorias. Ello permite obtener soluciones temporalmente, que deben cumplirse por las ambas partes, sin importar que éstas estén en desacuerdo.
3. *Combined Dispute Boards* (Panel de Recomendación y Descisión): el Panel puede decidir emitir una decisión o una recomendación. Al hacerlo, tomará en cuenta las circunstancias de la disputa. Éstas permiten adoptar una mejor solución no sólo en fondo, sino forma. Si la solución de la disputa requiere únicamente una recomendación no vinculatoria, así se procederá, de lo contrario se emite una decisión, que si vinculatoria.

En conjunto, este instrumento o mecanismo alternativo ofrece como valor agregado ser un órgano que domina todas las características de la construcción, incluyendo las características de la construcción específica para el cual fue constituido el panel. Su función principal e inmediata es emitir una respuesta adecuada, no sólo en tiempo inmediato, sino que resolviendo todas las controversias que puedan surgir en dicha construcción. Estos paneles de solución de disputas resultan efectivos en muchos países, en temas de construcción de obra, tanto pública como privada.

Según el abogado José María Marroquín, defensor experto en procesos de Arbitraje donde interviene el Estado como parte demandada, ésta institución o herramienta resulta muy beneficiosa en empresas o proyectos muy grandes. Una *dispute board* es nombrada para resolver los problemas en primera instancia desde el momento que da inicio el proyecto, y con ello constituye la primera vía de resolución de conflictos entre contratante y contratado. Luego, si no se llega a ninguna solución y, como segundo recurso, se llevan las disputas a un proceso arbitral.¹⁷

¹⁷ Marroquín Castillo, José María. Abogado y Notario. Fecha de la entrevista: 8 de agosto de 2017.

Las *Dispute Boards* han sido utilizadas en obras de infraestructura importantes alrededor del mundo, algunos ejemplos: Eisenhower Tunnel en Estados Unidos, Aeropuerto de Hong Kong, Canal de Panamá, Puente de Vasco da Gama en Portugal, Ehoala Port en Madagascar, Barwa City en la construcción de edificios residenciales en Doha, Catar, infraestructura para los Juegos Olímpicos en Londres en el año 2012, complejo del Campeonato Mundial de la Fifa del 2014, entre otros.¹⁸

1.5. Arbitraje

Como última forma de resolución de conflictos, se analiza el arbitraje.

El arbitraje, según el doctor Antonio Rivera Neutze, «*es un juicio de conocimiento derivado de una relación jurídica contractual mediante el cual, cuando hay controversias, entre dos o más personas, empresas o estados, éstos recurren a personas no vinculadas con el poder judicial, sino a particulares para que después de apreciar los argumentos y pruebas aportadas por las partes en conflicto se emita un veredicto denominado “laudo arbitral” con características y efectos idénticos a una sentencia judicial.*»¹⁹

El arbitraje, aquel procedimiento extrajudicial en el que van a intervenir terceros, no vinculados al proceso, imparciales y expertos, para conocer sobre una controversia entre dos o más partes y resolver mediante el análisis de las aportaciones de cada una de ellas, se encuentra regulado, así como la conciliación, dentro de la legislación guatemalteca. El arbitraje, derivado de su importancia en la presente investigación, se abordará en un capítulo individual.

¹⁸ González De Cossío, Francisco. *Op. cit.*. Págs. 63-65.

¹⁹ Rivera Neutze, Antonio Guillermo. *Op. cit.*. Pág. 13.

CAPÍTULO 2: ARBITRAJE

En este capítulo se desarrollará lo relativo al arbitraje y su aplicación como método alternativo de resolución de conflictos.

Este mecanismo es una alternativa proporcionada y establecida por legislación internacional, en sus inicios, y luego adoptada por la legislación guatemalteca, en el que se puede dirimir cualquier controversia como resultado de un acuerdo previo entre las partes involucradas en la misma.

2.1. Breve reseña histórica:

El arbitraje, en sus inicios, se llevaba a cabo de una manera *ad hoc*, ya que no estaba regulado en legislación nacional o internacional alguna. El árbitro podría ser comparado, en lo privado, a la figura del juez, en lo judicial. Sobre este extremo, el doctor José Luis Siqueiros, citado por Francisco González De Cossío, indica: «*El arbitraje como método para la resolución pacífica de controversias, es un concepto de antigüedad tan venerable como la ciencia del derecho. Carnelutti ha dicho que el árbitro nació antes que el derecho y la autoridad judicial. Sus raíces se encuentran en forma incipiente desde los tiempos más remotos. En la Biblia se hace ya referencia a los árbitros en el Génesis y el Éxodo y en Roma las XII Tablas también mencionan al arbitraje.*»²⁰

En el transcurso de la historia, se pueden apreciar varias inclusiones del arbitraje en diversas legislaciones, al respecto el autor Francisco González De Cossío menciona en su obra que una de las primeras legislaciones arbitrales aparece en la Ley Inglesa de 1698. Luego, en Francia, aparece regulado en el Código de Procedimientos Civiles de 1806 y en Estados Unidos en el *Federal Arbitration Act* de 1925.²¹

²⁰ González De Cossío, Francisco. *Op. cit.*, Pág. xiii.

²¹ *Ibid.* Págs. 13-15.

En la actualidad existe una Corte Permanente de Arbitraje, la cual fue creada por las Convenciones de la Haya de 1899 y 1907, denominadas Convención de la Haya para la Solución Pacífica de Controversias Internacionales.

En el año 1919, la comunidad empresarial mundial crea la Cámara de Comercio Internacional. En el año 1923, la Cámara de Comercio Internacional creó la Corte Internacional de Arbitraje.²²

La Cámara de Comercio Internacional es la primera institución en buscar el reconocimiento internacional de acuerdos y laudos arbitrales, con el objetivo de lograr su ejecución. Lo anterior lo logró, al involucrarse en la promoción y adopción del Protocolo de Ginebra sobre cláusulas arbitrales de 1923 y la Convención de Ginebra sobre la Ejecución de Laudos Arbitrales de 1927.²³

La Convención más importante, por su aceptación, reconocimiento, adhesión y suscripción (actualmente 157 Estados, incluyendo la República de Guatemala), es la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras del 10 de junio de 1958, también conocida como la Convención de Nueva York. Esta Convención reemplazó las dos Convenciones de Ginebra y continúa estableciendo los requisitos mundiales para llevar a cabo el procedimiento de arbitraje exitoso.

Otras Convenciones importantes son la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial de 1985 y el Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados de 1995.

En Guatemala, el arbitraje aparece como un proceso de conocimiento, regulado principalmente por el Código Civil, Código de Comercio y desarrollado por el Título IV del Código Procesal Civil y Mercantil, Decreto Ley 107. En el año 1995 el

²² Cámara de Comercio Internacional. *Corte Internacional de Arbitraje*. España, disponibilidad y acceso: <http://www.iccspain.org/arbitraje/> Fecha de consulta: 7 de agosto de 2017.

²³ *Loc. cit.*

Congreso de la República de Guatemala, decreta la Ley de Arbitraje por medio del Decreto número 67-95 del Congreso de la República, la que derogó lo relativo al Arbitraje regulado por los instrumentos normativos anteriores, a excepción de los artículos 279, 290 y 623 del Código de Comercio.

Actualmente, Guatemala se adhirió a la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras, a la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial y al Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados.²⁴

2.2. Concepto

Según el autor Julio Benetti, el arbitraje se puede definir de la siguiente manera: «*Etimológicamente arbitraje proviene del latín arbiter-itri, que significa el que puede decidir o hacer una cosa sin dependencia de otros*».²⁵ Derivado de lo anterior, la naturaleza del arbitraje es la independencia de éste de la jurisdicción ordinaria, como una figura paralela. Cabe hacer mención, que en Guatemala el arbitraje es un método autónomo de resolución de conflictos, con jurisdicción y materia propia, al ser regulado por una ley específica.

Según los autores Manuel Ossorio y Florit y Guillermo Cabanellas de las Cuevas, arbitraje es «*acción y facultad de resolución confiadas a un árbitro.*»²⁶

Según la autora Margaret L. Moses²⁷, el arbitraje es un sistema privado de adjudicación, en el que las partes han decidido resolver sus conflictos fuera de

²⁴ Ministerio de Relaciones Exteriores. *Consulta de tratados internacionales vigentes*. Guatemala, 2017, disponibilidad y acceso: http://www.minex.gob.gt/pBase.aspx?ID=/MAYT/MAYT_TRATADO_ACUERDO/MAYT_TRATADO_ACUERDO_VIGENTEWebReport.aspx Fecha de consulta: 7 de agosto de 2017.

²⁵ Benetti Salgar, Julio J. *El arbitraje en el Derecho Colombiano*. Bogotá, Editorial Temis, S.A., 1994. Pág. 20.

²⁶ Ossorio y Florit, Manuel. Guillermo Cabanellas de las Cuevas. *Diccionario de Derecho*. Tomo I. Buenos Aires, Heliasta, 2007. Pág. 127.

²⁷ Moses, Margaret L. *The Principles and Practices of International Commercial Arbitration*. Estado de Nueva York, Estados Unidos, Cambridge University Press, 2008. Pág. 1.

cualquier sistema judicial. En la mayoría de instancias, el arbitraje implica una decisión final que es vinculante para las partes, produciendo un laudo que es ejecutable en una corte nacional. Las partes también podrán decidir quien administra su arbitraje, institucional o ad hoc (donde no interviene ninguna institución) y si será internacional o nacional, asimismo, la legislación y reglas que aplicarán y el idioma.

Según el autor González de Cossío, al hablar de arbitraje «*se deben contemplar procedimientos que involucran los siguientes elementos: (1) la existencia de una controversia; (2) cuya solución vendrá de un tercero que es un particular y no una autoridad; (3) que la decisión es final (no sujeta a apelación); y (4) que la decisión es vinculante (no sugestiva).*»²⁸

Según María Begoña San Martín Larrinoa, el arbitraje consiste en «*una fórmula de arreglo de conflictos por la cual las partes enfrentadas abandonan en favor de un tercero, que designan de común acuerdo, el poder de imponer una decisión que se comprometen de antemano a respetar.*»²⁹

El juicio arbitral es de carácter voluntario para las partes que someten su controversia a la resolución de uno o varios árbitros, siempre en número impar para facilitar la mayoría.³⁰ Los árbitros resolverán según lo alegado y probado por las partes. La resolución, llamada laudo o sentencia arbitral, es recurrible ante los tribunales judiciales que la ley expresa, sin embargo, ya se analizará más adelante que el mismo es vinculante y definitivo, no sujeto a apelación.

En consecuencia, al hablar de arbitraje, los aspectos a tomar en consideración son: que es un arreglo de conflictos en el que intervienen terceros, facultados por ambas

²⁸ González De Cossío, Francisco. *Op. cit.*, Pág. 181.

²⁹ San Martín Larrinoa, María Begoña. *La mediación como respuesta a algunos problemas jurídico criminológicos. (Del presente francés al futuro español)*. País Vasco, Administración de la Comunidad Autónoma del País Vasco, Departamento de Justicia, Economía, Trabajo y Seguridad Social, 1997. Pág. 49.

³⁰ Ossorio y Florit, Manuel. Guillermo Cabanellas de las Cuevas. *Op. cit.*, Pág. 14.

partes para decidir sobre la materia, que predomina la autonomía de la voluntad de las partes, que las partes pueden pactar las especificaciones del arbitraje previo a cualquier controversia, inclusive pactar el número de árbitros que pueden integrar un tribunal arbitral, el idioma en el que se llevará a cabo el arbitraje, el lugar a llevar a cabo el arbitraje, si éste surtirá efectos nacional o internacionalmente, y, por último, que el laudo es definitivo y vinculante para las partes.

El chileno Patricio Aylwin Azócar, citado por Antonio Rivera Neutze, define al arbitraje como: *«aquel a que las partes concurren de común acuerdo o por mandato del legislador y que se verifica ante tribunales especiales, distintos de los establecidos permanentemente por el Estado, por los propios interesados o por la autoridad judicial en subsidio o por un tercero en determinadas ocasiones.»*³¹

De conformidad con lo establecido por el autor citado, aparecen nuevos aspectos en el concepto de arbitraje, como lo son los tribunales especiales que conocen del arbitraje, establecidos permanentemente, como lo son los Centros de Arbitraje y Conciliación de Guatemala, o para conocer un caso en concreto, ya sea por el Estado o por las partes.

El arbitraje, según la autora del presente trabajo de investigación, es un método de resolución alternativa de conflictos, al que las partes se comprometen por medio de un acuerdo o compromiso arbitral y llevan a cabo de conformidad con sus intereses para la celeridad del proceso, aplicando un conocimiento especializado de la controversia objeto del mismo y decidiendo todos los aspectos a tomar en consideración al momento de someterse al mismo. Es una modalidad que era considerada de aplicación deficiente en el pasado por ser su naturaleza internacional, sin embargo, cada día ha aumentado su popularidad en el ámbito comercial público y privado por las ventajas que proporciona.

³¹ Rivera Neutze, Antonio. *Arbitraje & Conciliación. Alternativas Extrajudiciales de solución de conflictos*. Guatemala, C.A., Tom Impresos, 1996, Pág. 7.

2.3. Naturaleza jurídica

La naturaleza jurídica del arbitraje, según el autor Francisco González de Cossío, atiende directamente a cuatro teorías que son aceptadas en la práctica, éstas son:³²

- a) La teoría jurisdiccional: alude a que el arbitraje es de naturaleza jurisdiccional, ya que las funciones del árbitro son prácticamente idénticas a las funciones de un juez y el Estado tiene como función controlar y regular los arbitrajes que se lleven dentro de su jurisdicción, así como reconocer y ejecutar los acuerdos y laudos arbitrales para que éstos tengan efectividad.
- b) La teoría contractual: alude a que el arbitraje es de naturaleza contractual, ya que su origen, existencia y regulación dependen de la continuada existencia de la voluntad de las partes.
- c) La teoría mixta o híbrida: alude a la conciliación entre las dos teorías, la teoría jurisdiccional y la teoría contractual, y se sustenta en que el arbitraje contiene y depende de elementos tanto de derecho público como de derecho privado. Esta teoría fue desarrollada por Sauser-Hall en 1952 y su enfoque principal alude a que el arbitraje no puede separarse por completo del sistema jurídico, ya que debe determinarse la validez y la ejecución de la decisión final o laudo resultante del proceso arbitral.
- d) La teoría autónoma: alude a que el arbitraje se desenvuelve en un régimen autónomo e independiente. Esta teoría fue desarrollada por Rubellin-Devichi en 1965 y su enfoque parte del reconocimiento de los elementos jurisdiccionales y contractuales del arbitraje, pero le da importancia a la práctica del arbitraje y la autonomía del proceso como tal para resolver controversias en un proceso especializado, justo, independiente y paralelo a la jurisdicción ordinaria, cuya finalidad es reconocer y resolver las necesidades cambiantes de los particulares en base a la experiencia. Esta teoría es la que tiene más aceptación para establecer la naturaleza del arbitraje como un proceso autónomo y con jurisdicción y competencia propias.

³² González De Cossío, Francisco. *Op. cit.*, Págs. 132-136.

En el caso de Guatemala, el Estado ha intervenido en la aprobación de la legislación aplicable al arbitraje, la Ley de Arbitraje, Decreto número 67-95 del Congreso de la República, asimismo, dicha legislación reconoce que el laudo es vinculante y obligatorio para las partes sujetas al proceso específico y le otorga carácter de título ejecutivo. Por el otro lado, las partes para ser sujetos de dicho proceso deben pactar y optar por dicha vía, como vía alternativa a aquel del contencioso administrativo, por medio de un acuerdo de voluntades celebrado en un contrato privado entre ellas, teniendo la facultad de determinar todos los aspectos relativos al conflicto que les atiene y su resolución. En los casos donde el Estado no es parte contratante, no tiene intervención alguna.

Con respecto a lo anterior, la teoría que la autora del presente trabajo de investigación considera aplicable a la naturaleza jurídica del arbitraje es la teoría autónoma, ya que reconoce la teoría mixta y hace referencia a que el arbitraje es un proceso autónomo por si mismo, siendo éste nacional o internacional, reconocido por el Estado, al que las partes se obligan por acuerdo expreso y cuyo resolución es vinculante con carácter ejecutorio.

2.4. Marco normativo

En Guatemala, la Constitución Política de la República establece en su artículo 223, lo siguiente: «*La justicia se imparte de conformidad con la Constitución y las leyes de la República (...) La función jurisdiccional se ejerce, con exclusividad absoluta, por la Corte Suprema de Justicia y por los demás tribunales que la ley establezca (...).*»³³ En referencia con lo anterior, reconoce los demás tribunales que la ley establezca, en ese sentido, la Ley de Arbitraje regula lo relativo a la integración de los tribunales de acuerdo a su jurisdicción mencionados en la Constitución Política de la República.

³³ Constitución Política de la República de Guatemala. *Op. cit.*, Artículo 203.

El Arbitraje, dentro del ordenamiento jurídico guatemalteco, se encuentra regulado principalmente por la Ley de Arbitraje, Decreto 67-95 del Congreso de la República, la cual fue decretada por el Congreso de la República de Guatemala, en ejercicio de las atribuciones que le confiere el inciso a) del artículo 171 de la Constitución Política de la República, por lo que se ajusta a las disposiciones constitucionales y tiene ámbito de aplicación en Guatemala.

La ley de Arbitraje, Decreto 67-95 del Congreso de la República, derogó lo relativo al Arbitraje regulado por el Código Civil, Código de Comercio y Código Procesal Civil y Mercantil, a excepción de los artículos 279, 290 y 623 del Código de Comercio.

Adicionalmente, existen disposiciones relativas al arbitraje reguladas en la Ley de Contrataciones del Estado, la Ley de Propiedad Industrial, la Ley de Derechos de Autor y Derechos Conexos, la Ley de Protección al Consumidor, entre otras.

De la misma manera Guatemala es parte de convenios internacionales, como lo son, la Convención Interamericana, la Convención de Nueva York, la Convención de Panamá y la Convención sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras, previamente abordadas.

2.5. Principios del Arbitraje

Para un mejor entendimiento del arbitraje y de su aplicación, compete detallar en la presente investigación los principios que inspiran y que caracterizan a este método alterno de resolución de controversias.

Según el autor César Rubio Salcedo³⁴, el arbitraje administrativo es un mecanismo de solución de conflictos siempre que cumpla con las siguientes condiciones:

³⁴ Contraloría General de la República. *El Arbitraje en las Contrataciones Públicas durante el período 2003-2013*. Proveniente de "Solución de Controversias y Régimen Sancionador en la Contratación Estatal", Gaceta Jurídica 2013. Guatemala, 2017, disponibilidad y acceso:

- a) Que al menos una de las partes sometidas a este mecanismo de solución de controversias sea una entidad de la Administración Pública.
- b) Que ambas partes hayan acordado voluntariamente o por sometimiento a la ley, solucionar la materia de controversia a arbitraje.
- c) Que la norma o normas aplicables sean preferentemente de orden público.
- d) La administración no pierde sus facultades de *ius imperium*; sin embargo, debe cumplir con los mandatos emitidos en el arbitraje.

Para el autor Jorge Pallares Bossa³⁵ los principios arbitrales se clasifican de la siguiente manera:

- a) Principios institucionales;
- b) Principios relativos a las partes;
- c) Principios relativos al proceso arbitral.

El autor Jorge Pallares Bossa³⁶, a su vez, identifica a los principios institucionales atendiendo a que caracterizan al arbitraje como institución jurídica susceptible de aplicación dentro de un determinado ordenamiento jurídico. Éstos son los siguientes:

- i. Oportunidad: alude a la disposición de intereses que tiene las partes enfrentadas en una controversia de recurrir al arbitraje.
- ii. Temporalidad: alude a que el arbitraje se desenvolverá dentro de un determinado tiempo o plazo, buscando la celeridad del proceso.
- iii. *Favor arbitri*: alude a la legalidad de los árbitros nombrados por las partes o por una institución arbitral.

El autor Jorge Pallares Bossa³⁷, a su vez, identifica a los principios relativos a las partes atendiendo a que son los que se relacionan directamente con las partes y las

<http://doc.contraloria.gob.pe/estudios-especiales/estudio/Estudio-Arbitraje-Online.pdf> Fecha de consulta: 5 de junio de 2017.

³⁵ Pallares Bossa, Jorge. *Arbitraje, Conciliación y Resolución de Conflictos, Teoría, Técnicas y Legislación*. Colombia, Editorial Leyer, 2003, Pág. 177-178.

³⁶ *Loc. cit.*

³⁷ *Loc. cit.*

posiciones que éstas adoptaron al suscribir el convenio arbitral. Éstos son los siguientes:

- i. Buena fe: que el arbitraje es un mecanismo alternativo de resolución de conflictos que debe atender a la búsqueda de una solución rápida y eficiente para las partes involucradas.
- ii. Igualdad de las partes.
- iii. Dualidad de posiciones: alude a que, si existe una controversia, también existen puntos en los que las partes están de acuerdo, por lo que busca que las partes resuelvan dicha controversia y se conozca lo irrelevante.

El autor Jorge Pallares Bossa³⁸, a su vez, identifica a los principios relativos al proceso arbitral atendiendo a que son los que se aplican exclusivamente al desarrollo interno del mismo. Éstos son los siguientes:

- i. Escritura y oralidad: alude a que el proceso arbitral tiene fases escritas, como orales, de acuerdo con lo establecido en la legislación aplicable y dependiendo de la naturaleza de los procesos. Dicha situación la pueden determinar las partes al acogerse al juicio arbitral.
- ii. Inmediación: alude al contacto directo entre los árbitros y las partes en todas las fases del proceso.

Todos los principios doctrinales se encuentran representados en los considerandos que inspiran a la creación de la Ley de Arbitraje, ésta fue decretada como un medio para actualizar el ordenamiento jurídico guatemalteco, fue inspirada en la importancia significativa del arbitraje, como medio alternativo para la resolución de conflictos, a nivel internacional, reconociendo que dicho procedimiento no solo contribuye con el descongestionamiento de la pesada carga de los tribunales jurisdiccionales, sino que, además, ayuda a que los conflictos que son susceptibles de resolverse por este medio, sean resueltos realmente con celeridad y eficacia.³⁹

³⁸ *Loc. cit.*

³⁹ Ley de Arbitraje. *Op. cit.*, Considerandos.

2.6. Características del Arbitraje

El arbitraje se caracteriza y diferencia de otros procesos alternos de resolución de controversias. Para el autor Mario Jaramillo, existen cuatro características esenciales, que deben ser atendidas para que el arbitraje sea reconocido como un mecanismo de resolución de conflictos válido, de los cuales se pueden reconocer los siguientes:⁴⁰

- a) Privado: alude a que su función es resolver en privado un conflicto entre particulares.
- b) Voluntario: alude a que las partes someten sus controversias, por medio de un acuerdo o convenio arbitral, al proceso arbitral, por lo que nadie puede ser obligado a aplicar dicho mecanismo si no por voluntad libremente expresa y pactada.
- c) Vinculante: alude a que la decisión del tercero, denominada laudo arbitral, es de carácter obligatorio para las partes, por lo que tiene los mismos efectos de una sentencia emitida por tribunal de jurisdicción ordinaria.
- d) Control del tercero: alude a que, en contraposición con la mediación, el control sobre la decisión frente al conflicto no está en las partes, sino que queda en poder del tercero, árbitro o tribunal arbitral.

Otros autores coinciden con el autor Mario Jaramillo sobre las características del arbitraje. El autor Rafael Medina Rospigliosi⁴¹, adicional a las características previamente enumeradas, hace referencia a las siguientes:

- a) Adversarial: alude a que el arbitraje es un proceso esencialmente adversarial, con una estructura básicamente similar a un proceso judicial, donde el enfrentamiento de las partes, lleva a la victoria a una de ellas.

⁴⁰ Jaramillo, Mario. *Justicia por consenso: Introducción a los sistemas alternos de solución de conflictos*. Colombia, Santafé de Bogotá, Institución Universitaria Sergio Arboleda, 1996. Pag. 39.

⁴¹ Medina Rospigliosi, Rafael Gonzalo. *Conciliación, Arbitraje y Contrataciones del Estado. Características del arbitraje*. Perú, 13 de diciembre de 2014, disponibilidad y acceso: <http://conciliacionarbitrajeperu.blogspot.com/2014/12/caracteristicas-del-arbitraje.html> Fecha de consulta: 7 de agosto de 2017.

- b) Adjudicativo: alude a que el tercero denominado árbitro, a través del laudo arbitral, adjudica el derecho a una de las partes arbitrales al finalizar el proceso arbitral.
- c) Informal: alude a que los procesos arbitrales no exigen mucha formalidad con relación al proceso judicial extremadamente ritualista, con lo que se gana eficacia de acuerdo a las expectativas y necesidades de las partes.
- d) Rapidez: alude a que un proceso arbitral es más veloz que un proceso judicial, por los plazos breves, por la ausencia del recurso de apelación, por la resolución final en un tiempo corto y razonable, por los árbitros que se dedican a resolver pocos casos, a diferencia de los jueces. Todo lo anterior, determina en una reducción considerable de los costos económicos.
- e) Exclusión del poder judicial en la decisión: alude a que no interviene el poder judicial durante el desarrollo del proceso arbitral, el cual tiene intervención en caso de incumplimiento del laudo arbitral para su ejecución.
- f) Especialización: alude a que, a diferencia del proceso judicial donde el juez debe ser profesional del derecho, los árbitros son profesionales con conocimiento especializado en el tema objeto del conflicto y cuentan con la experiencia necesaria en la materia sometida a su consideración.
- g) Confidencialidad: alude a que el proceso arbitral es llevado de manera confidencial y de acceso exclusivo para las partes involucradas en el arbitraje, excluyendo acceso a terceros. Con ello garantiza el resguardo del prestigio, la imagen empresarial, la economía de las partes involucradas.
- h) Consensual: alude a que las partes, en ejercicio de su libertad, acuerdan en una cláusula arbitral someter la solución de determinados conflictos que hayan surgido o puedan surgir entre ellos a la decisión de un particular que impone la solución al conflicto.
- i) Económico: alude a que soluciona la controversia de manera definitiva, en menos tiempo que un proceso judicial.

2.7. Clases de Arbitraje

Por disposición de la Ley de Arbitraje, las partes deben escoger en qué clase de arbitraje se llevará su proceso, ya que existe una clasificación del mismo. Asimismo, las partes pueden determinar todo lo relativo al proceso dentro del acuerdo arbitral que celebran para el desarrollo del mismo.

2.7.1. Internacional o Nacional

El arbitraje puede ser nacional o internacional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1 del Decreto 67-95 del Congreso de la República. El arbitraje internacional, de conformidad con el artículo 2 del cuerpo legal citado, es aquel en que:

- a) Las partes tiene sus domicilios en estados diferentes;
- b) Uno de los lugares siguientes está situado fuera del estado en el que las partes tienen sus domicilios:
 - i. El lugar del arbitraje, si éste se ha determinado en el acuerdo de arbitraje o con arreglo al acuerdo de arbitraje.
 - ii. El lugar del cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones de la relación comercial o el lugar con el cual el objeto de litigio tenga una relación más estrecha;
- c) Las partes han convenido expresamente en que la cuestión objeto del acuerdo de arbitraje está relacionada con más de un Estado.⁴²

En el arbitraje nacional, por el otro lado, todos los elementos se producen dentro de un país, por lo que las partes se constituyen en el territorio nacional, el conflicto surge y se ha desarrollado dentro de este, en el acuerdo de arbitraje se establece el territorio nacional para conocer del mismo y existe un Centro de Arbitraje con capacidad suficiente para hacerlo.⁴³

⁴² *Ibid.* Artículo 2.

⁴³ *Ibid.* Artículo 1.

2.7.2. De Derecho o de Equidad

El arbitraje también puede ser de Derecho o de Equidad, de conformidad con lo que establece el artículo 37 de la Ley de Arbitraje: *«Amigable composición (arbitraje "ex aequo et bono"). 1) En el arbitraje de equidad ("ex aequo et bono"), también llamado amigable composición, los árbitros no se encuentran obligados a decidir en base a las normas de derecho, sino que pueden hacerlo "en conciencia" o "según su leal saber y entender". 2) Con excepción de lo dispuesto en el párrafo anterior, el arbitraje "de derecho" y el arbitraje "de equidad" (ex aequo et bono), se encuentran sujetos a la misma regulación contemplada en esta ley. 3) El tribunal arbitral compuesto de amigables componedores o árbitros arbitradores decidirá conforme a la equidad (ex aequo et bono) sólo si las partes lo han autorizado expresamente a hacerlo así.»*⁴⁴

A partir de esta disposición legal se establece la clase de arbitraje de acuerdo a la normativa base que se va a utilizar para el desarrollo y resolución del mismo.

En el arbitraje de derecho el tribunal resuelve la controversia con estricto apego a lo establecido por el ordenamiento jurídico, por lo que los árbitros deben ser abogados. En este tipo de arbitraje, los árbitros se encuentran obligados a resolver de conformidad con la normativa vigente aplicable al caso concreto, mientras que en el arbitraje de equidad los árbitros no se encuentran obligados a fallar o resolver apegados a la normativa vigente, sino que pueden hacerlo de conformidad con su conciencia y su leal saber y entender.

En el arbitraje de equidad, los árbitros resuelven fundamentando sus laudos en criterios valorativos, principios de equidad, en las prácticas o usos comunes de la actividad y en el sentido común producto de la experiencia.

⁴⁴ *Ibid.* Artículo 37.

Si las partes no determinan que clase de arbitraje se aplicará el arbitraje de derecho, ya que según la conclusión propuesta por Bernal Gutiérrez, para fallar en equidad y no en derecho se requiere de una disposición expresa de las partes, de lo contrario será de derecho.⁴⁵

2.7.3. Institucional o Ad-Hoc

Otra división a tomar en cuenta es que puede ser: Institucional o Ad-Hoc⁴⁶, dependiendo del lugar en el que se va a llevar a cabo el arbitraje, que puede ser en una institución o Centro de Arbitraje permanente legalmente reconocida, como lo son Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Guatemala y el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Industria de Guatemala o en su defecto el Ad-hoc si la institución se constituye de manera temporal para conocer del caso en concreto.

El autor Bernal Gutiérrez, quien denominada al arbitraje ad-hoc como arbitraje independiente, establece en su obra lo siguiente: «*Del arbitraje independiente podríamos concluir que es cualquier procedimiento arbitral no llevado a cabo ante una Institución Arbitral Permanente.*»⁴⁷ Se puede establecer de lo anteriormente citado, que un arbitraje independiente o Ad-Hoc es aquel en el que no interviene un Centro de Arbitraje permanente como los ya citados.

2.7.4. Voluntario o Forzoso

Por último, el arbitraje puede ser voluntario o forzoso⁴⁸ que, según Bernal Gutiérrez, «*(...) a si se acude al arbitraje en ejercicio de la voluntad de las partes o si, por el contrario, se acude a él por una disposición legal imperativa.*»⁴⁹

⁴⁵ Bernal Gutiérrez, Rafael. *El Arbitraje en Guatemala, Apoyo a la Justicia*. Guatemala, Editorial Serviprensa C.A., 2000, Pág. 45.

⁴⁶ Ley de Arbitraje. *Op. cit.*, Artículos 4 y 5.

⁴⁷ Bernal Gutiérrez, Rafael. *Op. cit.*, Pág. 46.

⁴⁸ Ley de Arbitraje. *Op. cit.*, Artículo 4.

⁴⁹ Bernal Gutiérrez, Rafael. *Op. cit.*, Pág. 47.

De lo anterior se establece que depende la circunstancias en que se encuentren las partes que acuden al arbitraje, si lo hacen en el ejercicio de su voluntad y por medio de un acuerdo arbitral previo que éstas suscribieron para someter cualquier controversia a arbitraje, será voluntario. O bien, si existe un imperativo legal que obligue a dicha vía, será forzoso.

2.8. Procedimiento Arbitral

Según manifiesta el Licenciado Rivera Neutze, «*El Arbitraje (...) está integrado por varias partes que conforman un todo. Son estas partes, la cláusula compromisoria, el compromiso, la dación y recepción de los árbitros o arbitradores, el procedimiento arbitral y el laudo.*»⁵⁰

De conformidad con lo establecido por el autor citado, el arbitraje se encuentra integrado por una serie de supuestos o partes para su correcta aplicación, desde un acuerdo arbitral para ser competente el juicio arbitral hasta un laudo para concluir con el proceso.

Los principios rectores del procedimiento arbitral son igualdad, debido proceso y la dirección de conducción del mismo por parte del tribunal.⁵¹

A continuación, se desarrollarán cada una de las fases que integran el procedimiento arbitral.

2.8.1. Acuerdo Arbitral

El arbitraje se desarrolla con un acuerdo previo de las partes, atendiendo al principio de autonomía de la voluntad, por medio del cual se establece que en caso de controversias resultantes de la contratación efectuada el conocimiento del proceso

⁵⁰ Rivera Neutze, Antonio. *Arbitraje & Conciliación. Op. cit.*, Pág. 6.

⁵¹ González De Cossío, Francisco. *Op. cit.*, Págs. 606-610.

será por la vía arbitral, apegado a la ley de la materia o en su defecto por las disposiciones pactadas por las partes.

El acuerdo arbitral es un contrato por virtud del cual ambas partes, capaces de contratar, acuerdan que las controversias que se susciten entre ellas se resolverán mediante arbitraje. La Ley de Arbitraje, en el artículo 4, establece: «*"Acuerdo de Arbitraje", o simplemente "Acuerdo", es aquél por virtud del cual las partes deciden someter a arbitraje todas o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual.*»⁵²

Por lo tanto, el acuerdo arbitral será celebrado por las partes al momento de suscribir el contrato respectivo y es el requisito primordial para que pueda integrarse un tribunal arbitral y que este tenga competencia para conocer de la controversia.

Según establece la Ley de Arbitraje en su artículo 10, el acuerdo de arbitraje deberá constar por escrito ya sea en un documento firmado por ambas partes, pudiendo ser una cláusula compromisoria o un compromiso, o en un intercambio de comunicación en el que se deje constancia de ese acuerdo. También puede incluirse como parte de contrato, siempre y cuando este por escrito y forme parte del mismo –cláusula compromisoria-, o en un documento diferente, con la misma característica, por escrito, -compromiso-. Si se incluye la cláusula en un contrato de adhesión debe indicarse claramente que dentro del mismo se incluye un acuerdo arbitral, a modo que las partes manifiesten su aceptación. Asimismo, para que el acuerdo sea válido, es necesario que la materia sea arbitrable, de lo contrario puede adolecer de inaplicabilidad.⁵³

Asimismo, el artículo 11 del mismo cuerpo legal, establece que este acuerdo es obligatorio y las partes deben respetar y cumplir lo que pactaron. Los jueces se

⁵² Ley de Arbitraje. *Op. cit.*, Artículo 4.

⁵³ *Ibid.* Artículo 10.

encuentran impedidos y deben de abstenerse de conocer cualquier controversia resultante de contratación que incluya un acuerdo arbitral, siempre y cuando se invoque mediante la excepción de incompetencia.⁵⁴ Dicha situación se puede ver representada en varias sentencias de Procesos Contenciosos Administrativos, iniciados con el ánimo de que dicho tribunal conozca las controversias resultantes de la contratación de obra pública. Sin embargo, al existir un acuerdo arbitral pactado por ambas partes involucradas de sujetarse al proceso de arbitraje, éste tribunal se abstiene de conocer.

Según Mario Aguirre Godoy, que cita a Alsina, la cláusula compromisoria es «*la obligación que contraen las partes de someter sus diferencias a la decisión de árbitros. Es anterior, por consiguiente, a toda controversia, y contempla la posibilidad de que ella se suscite; no la determina, pues de antemano, ni designa generalmente los árbitros, aunque ningún inconveniente hay que lo haga; ni establece las condiciones en que se llevará a cabo el arbitraje; todo lo cual se reserva para el compromiso.*»⁵⁵

Como consecuencia, se puede establecer que una cláusula compromisoria, en primer lugar, debe ser incluida dentro de un contrato, por consiguiente, al momento de suscitarse alguna controversia debe recurrirse al arbitraje sobre la jurisdicción administrativa ordinaria. En segundo lugar, dentro de sus requisitos contemplados por la legislación guatemalteca, no debe incluir más que la disposición de las partes de someter sus diferencias al arbitraje.

Según los autores Manuel Ossorio y Florit y Guillermo Cabanellas de las Cuevas, un compromiso arbitral es una «*cláusula contractual en virtud de la cual se someten determinadas disputas a arbitraje.*»⁵⁶ Mientras que la cláusula compromisoria es aquella en que las partes interesadas convienen en que las diferencias que pueden

⁵⁴ *Ibid.* Artículo 11.

⁵⁵ Aguirre Godoy, Mario. *Derecho Procesal Civil de Guatemala*. Tomo II. Volumen 1º. Guatemala, C.E.Vile, 2011. Pág. 131.

⁵⁶ Ossorio y Florit, Manuel. Guillermo Cabanellas de las Cuevas. *Op. cit.*, Pág. 271.

surgir entre ellas, serán dirimidas en juicio de árbitro o de amigable componedor, y no ante la jurisdicción ordinaria.⁵⁷ No obstante son dos formas de comprometerse, ambas llevan a las partes a suscitar sus controversias ante un tribunal arbitral.

Los principios rectores que son aplicables para el acuerdo arbitral, según el autor Francisco González De Cossío, son los siguientes:⁵⁸

- a) Principio de autonomía del acuerdo arbitral: este principio alude a que si el contrato que incluye una cláusula arbitral se encuentra viciado, el acuerdo va a subsistir, salvo ciertos casos, donde el contrato adolece de nulidad absoluta. Por consiguiente, los vicios que pueda sufrir el contrato principal no necesariamente impactan al acuerdo arbitral, ya que se entiende que éste tiene autonomía propia. Se encuentra incluido en el artículo 16 de la Ley Modelo de la UNCITRAL. Este principio se encuentra incluido dentro de la legislación guatemalteca, específicamente en el artículo 21 de la Ley de Arbitraje, que establece que un acuerdo que conste en un cláusula que forme parte de un contrato se considerará como acuerdo independiente de las demás estipulaciones del contrato.⁵⁹
- b) Principio de interpretación estricta: este principio alude a que todo acuerdo deberá ser interpretado, para luego poder ser aplicado, con estricto apego a lo pactado por las partes al suscribirlo.
- c) Principio a favor de validez: este principio atiende al principio pro-arbitraje, por lo que cualquier causal de invalidez, ya sea nulidad, ineficacia o imposibilidad de ejecución, debe interpretarse como excepciones a la regla de validez del acuerdo arbitral.

El objetivo y efecto principal de cualquier acuerdo arbitral, es obligar a las partes a recurrir al arbitraje para resolver todas sus diferencias, los demás aspectos referentes al proceso arbitral no necesariamente deberán ser pactados en el

⁵⁷ *Ibid.*, Pág. 245.

⁵⁸ González de Cossío, Francisco. *Op. cit.*, Pág. 280.

⁵⁹ Ley de Arbitraje. *Op. cit.*, Artículo 21.

acuerdo, pudiendo ser establecido al surgir controversias y tener que recurrir a dicho proceso.

Toda vez que, calificado el acuerdo arbitral, se establezca que éste contiene los requisitos señalados en la ley, se procederá a la integración del tribunal arbitral mediante el nombramiento de los árbitros.

A continuación, se hace referencia a un ejemplo de acuerdo arbitral celebrado mediante cláusula compromisoria, proporcionado por el Colegio de Abogados de la República de Costa Rica.

Ejemplo de Acuerdo Arbitral mediante Cláusula Compromisoria:

Todas las controversias, diferencias o reclamos que se deriven o se relacionen con el presente contrato, su ejecución, incumplimiento, liquidación, interpretación o validez, se resolverán definitivamente por medio de arbitraje de conformidad con el Reglamento del Centro “_____”, a cuyas normas las partes se someten en forma voluntaria e incondicional. El Centro “_____” administrará el proceso arbitral.

Para mayor certeza jurídica y aplicación del acuerdo arbitral, al contratar con el Estado, la autora del presente trabajo considera que éste debe regular ciertos aspectos relevantes que benefician a ambas partes, como los siguientes:

- a) Métodos de resolución de controversias, previos.
- b) Plazo para acudir al arbitraje.
- c) Lugar del arbitraje, sede, idioma.
- d) Legislación aplicable.
- e) Administración del arbitraje y competencia del tribunal arbitral.
- f) Condena de costas.
- g) Aceptación del laudo.
- h) Admisibilidad del recurso de revisión.
- i) Ejecución del laudo.

2.8.2. Solicitud de Arbitraje

Cualquiera de las partes involucradas en la controversia, al haberse pactado el arbitraje como método de resolución de conflictos, deberá presentar una solicitud de arbitraje al Centro de Arbitraje que hayan acordado para administrar el mismo en el compromiso arbitral o en su defecto al Centro que dicha parte determine pertinente. Dicha solicitud deberá contener los requerimientos establecidos por el Reglamento del Centro. De acuerdo con lo que establece el Reglamento de Conciliación y Arbitraje del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Guatemala y de la Fundación CENAC, Centro de Arbitraje y Conciliación, en el artículo 17, el procedimiento arbitral da inicio en la fecha en que el demandado haya recibido el requerimiento de someter la controversia que les compete a arbitraje y dicha solicitud quede debidamente notificada.⁶⁰ Mientras que, de acuerdo a lo que establece el Reglamento de Arbitraje de la Comisión de Resolución de Conflictos de la Cámara de Industria de Guatemala -CRECIG-, en el artículo 11, la fecha de recepción de la demanda por la CRECIG, será considerada como la fecha de inicio del proceso arbitral.⁶¹

Al quedar debidamente notificada la otra parte, el Centro procederá a integrar el Tribunal de acuerdo con el procedimiento establecido en su Reglamento.

2.8.3. Procedimiento de integración del tribunal arbitral

El tribunal arbitral se integra por medio de árbitros. Según la Real Academia Española, un árbitro es una persona que tiene autoridad y potestad para juzgar y

⁶⁰ Junta Directiva del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Guatemala. Reglamento de Conciliación y Arbitraje del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Guatemala y de la Fundación CENAC, Centro de Arbitraje y Conciliación. Aprobado el 14 de julio de 2014. Artículo 17.

⁶¹ Junta Directiva de la Cámara de Industria de Guatemala. Reglamento de Arbitraje. Artículo 11.

sentenciar, designado por las partes litigantes, y que ha de ser letrado, pero no juez oficial, para fallar el pleito conforme a derecho.⁶²

Según los autores Manuel Ossorio y Florit y Guillermo Cabanellas de las Cuevas, un árbitro es: «*Juez particular designado por las partes para que, por sí o con otros iguales, decida sobre cuestiones determinadas, con arreglo a derecho y conforme a normas de procedimiento, dentro del término establecido en el compromiso arbitral.*»⁶³

Las partes podrán determinar el número de árbitros para integrar el tribunal y a falta de llegar a un acuerdo serán 3 árbitros cuando el monto en controversia exceda de cincuenta mil quetzales, de lo contrario será un solo árbitro.⁶⁴ Los árbitros deben tener las siguientes calidades:

- a) Personas individuales que se encuentren, al momento de su aceptación, en el pleno ejercicio de sus derechos civiles.
- b) Cualquier nacionalidad, salvo acuerdo en contrario de las partes.
- c) No podrán ser árbitros los miembros del Organismo Judicial, quienes tengan con las partes o con la controversia que se les somete alguna de las relaciones que establecen la posibilidad de abstención, excusa y recusación de un juez. No obstante, si las partes, conociendo dicha circunstancia, la dispensan expresamente, el laudo no podrá ser impugnado por tal motivo.⁶⁵

Las partes pueden acordar libremente el procedimiento de integración del tribunal arbitral, o bien, como usualmente es requerido, someterse al reglamento del Centro o entidad encargada de administrar el arbitraje. El Centro que administra dicho arbitraje, al recibir la solicitud y notificar debidamente a la otra parte, siempre y

⁶² Tribunal Arbitral. Real Academia Española. *Diccionario de la Lengua Española*. España, 2012. 22ava Edición. Disponibilidad y acceso: <http://lema.rae.es/drae/?val=arbitro>. Fecha de consulta: 16 de julio de 2015.

⁶³ Ossorio y Florit, Manuel. Guillermo Cabanellas de las Cuevas. *Op. cit.*, Pág. 128.

⁶⁴ Ley de Arbitraje. *Op. cit.*, Artículo 13.

⁶⁵ *Ibid.*, Artículo 14.

cuando exista un compromiso arbitral previo que las obligue, les enviará a las partes su lista del registro de árbitros para que seleccionen a los árbitros de su preferencia.

A falta de acuerdo, se procederá a nombrar a tres árbitros, cada parte nombra a uno y estos dos nombran al tercero, designando entre los tres quien fungirá como presidente del Tribunal Arbitral o en su defecto el de mayor edad. En el arbitraje con un solo árbitro, ambas partes lo nombran y si no llegan a un acuerdo será nombrado por un Juez de Primera Instancia del ramo Civil del lugar. Cada árbitro debe manifestar expresamente su aceptación dentro de las dos semanas siguientes a su designación, de lo contrario, se tendrá por aceptado el cargo tácitamente.⁶⁶

Todo lo anterior persigue la finalidad de mantener la imparcialidad del proceso y la certeza que los árbitros no representen en conjunto los intereses de ninguna de las partes exclusivamente.

Los árbitros pueden ser sustituidos si se encuentran recusados, imposibilitados, si renuncian a su cargo o por cualquier motivo de remoción, siguiendo el mismo procedimiento del nombramiento del que se sustituye. Los árbitros tienen derecho a remuneración y pueden exigir un anticipo de gastos y honorarios, así como de los gastos de administración del arbitraje.

El Centro que administra el arbitraje, señala una audiencia de instalación del tribunal arbitral. En dicha audiencia los árbitros que integran el tribunal arbitral toman posesión de sus cargos y entran a conocer el expediente respectivo.

Una vez instalado, el tribunal arbitral lee el acuerdo arbitral y procede a resolver acerca de su competencia.

Es pertinente hacer referencia a la competencia del tribunal arbitral, por ser una problemática actualmente en los juicios arbitrales. La competencia es el límite de la

⁶⁶ *Ibid.*, Artículo 15.

jurisdicción, por ella se fijan los límites dentro de los cuales el tribunal arbitral puede conocer de un caso concreto. Se entiende que para que exista dicha facultad, debe existir un acuerdo previo celebrado por las partes involucradas de resolver su controversia en arbitraje y, por ende, que faculte a un tribunal arbitral para conocer de la controversia.

La competencia, para Guasp, citado por Mario Aguirre Godoy, se puede definir como: «*la atribución a un determinado órgano jurisdiccional de determinadas pretensiones con preferencia a los demás órganos de la Jurisdicción (...).*»⁶⁷

El principio que rige la competencia del tribunal arbitral es el principio de *competence-competence* que establece que el juez de la jurisdicción del árbitro es el árbitro mismo, por ende, cualquier cuestionamiento jurisdiccional debe ser dirigido al árbitro.⁶⁸ Atendiendo este principio, el tribunal arbitral es el único facultado para conocer sobre su competencia como tal, para ello se encuentra facultado inclusive para conocer del arbitraje y resolver en laudo sobre su competencia, haciendo referencia a las particularidades del caso. Este principio se encuentra regulado en el artículo 21 de la Ley de Arbitraje, que establece que el tribunal arbitral estará facultado para decidir acerca de su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o validez del acuerdo de arbitraje.⁶⁹

Asimismo, ha sido referido en varias ocasiones por la Corte de Constitucionalidad, al respecto se transcribe la parte conducente: «*Esa posición es congruente con el principio kompetenz-kompetenz, originado de la doctrina alemana, según el cual "...los árbitros son los únicos que podían dirimir toda controversia relativa a su propia competencia. [...] Así, el principio en referencia, permite resolver a los árbitros cualquier diferencia en torno a la existencia, validez o alcance del contrato de arbitraje."* [Uribe Piedrahita, Carlos André. "El arbitramiento en Colombia", en

⁶⁷ Aguirre Godoy, Mario. *Op. cit.*, Pág. 89.

⁶⁸ González De Cossío, Francisco. *Op. cit.*, Pág. 615.

⁶⁹ Ley de Arbitraje. *Op. cit.*, Artículo 21.

Arbitraje y mediación en las Américas. Centro de Estudio de Justicia de las Américas, Santiago (Chile), 2006, página 155].»⁷⁰

En la práctica, según comparte el Licenciado Marroquín, cuando el Estado Guatemala es parte en un arbitraje, se han dado varios casos en que éste presenta recursos, garantías y apelaciones, en su caso, como lo es el amparo con el objeto de judicializar lo privado y atacar la competencia del tribunal arbitral. No obstante lo anterior, el tribunal arbitral, al determinarse competente, continúa conociendo el arbitraje, hasta dictar un laudo, de conformidad con el principio de *competence-competence* y resolverá lo relativo a su competencia o excepciones, así como el fondo del asunto controvertido si se determina que éste es de su competencia.⁷¹

El tribunal arbitral, por regla general, está facultado para decidir acerca de su propia competencia. El acuerdo arbitral va a restringir la competencia de los jueces y tribunales conocer de las acciones originadas por controversias sometidas al proceso arbitral, esto debe solicitarlo la parte afectada mediante la interposición de la excepción de incompetencia.⁷² Dicha excepción se puede interponer a más tardar en el momento de presentar la contestación de la demanda o de la reconvención ante el tribunal arbitral. El proceso arbitral puede conocer el arbitraje hasta dictar el laudo correspondiente mientras la cuestión continúe pendiente de resolverse.

El Doctor Bernal Gutiérrez manifiesta claramente la función de los árbitros dentro del proceso al establecer: *«Ellos ejercen jurisdicción porque tienen la facultad de conocer y juzgar las controversias cuya decisión se les encomiende; pero habiendo sido investidos privadamente por particulares y no públicamente por el Estado, no*

⁷⁰ Corte de Constitucionalidad. Apelación en Sentencia de Amparo. Expediente 4875-2014. Sentencia de fecha: 4 de febrero de 2015.

⁷¹ Marroquín Castillo, José María. *Op. cit.*

⁷² Ley de Arbitraje. *Op. cit.*, Artículo 11.

Enrique Peralta Azurdía, Jefe de Gobierno de la República de Guatemala. Decreto-Ley número 107. Código Procesal Civil y Mercantil. Artículo 116.

pueden ordenar por sí mismos el empleo de las fuerzas coactivas del poder público para asegurar el cumplimiento de sus resoluciones.»⁷³

En la misma audiencia de instalación, luego de que el tribunal arbitral resuelva acerca de su competencia, la parte demandante deberá presentar por escrito ante el tribunal arbitral su demanda.

Una de las múltiples ventajas del arbitraje es que el mismo no está sujeto a todas las reglas aplicables al litigio ordinario, sino que se rige por el principio de autonomía de la voluntad de las partes. Al referirse a dicha facultad, debe existir la voluntad de las partes, ya sea en el acuerdo arbitral o al aprobarse la administración del arbitraje por determinado centro, si se acogen a lo dispuesto por el Reglamento del Centro o cuáles serán las disposiciones que rijan al arbitraje.

2.8.4. Presentación de la demanda

La demanda arbitral, según Francisco González De Cossío, es un escrito por virtud del cual la parte demandante hace valer sus pretensiones y lo que reclama de la demanda. Los requisitos que debe contener dicha demanda los define el reglamento arbitral escogido.⁷⁴

La demanda deberá contener, como mínimo, los hechos en que se funda, los puntos controvertidos y el objeto de la demanda, así como, los demás requisitos exigidos por el Reglamento del Centro de Arbitraje que administra el arbitraje. Sin embargo, no se requiere cumplir con tantas formalidades como en un proceso conocido en la jurisdicción ordinaria.

Como fue mencionado previamente, la demanda arbitral deberá presentada por escrito en la audiencia de instalación.

⁷³ Bernal Gutiérrez, Rafael. *Op. cit.*, Págs. 78 y 79.

⁷⁴ González De Cossío, Francisco. *Op. cit.*, Pág. 611.

2.8.5. Procedimiento arbitral

El procedimiento arbitral es aquel que se seguirá en el transcurso del arbitraje, y siguiendo el principio de autonomía de la voluntad de las partes, éste puede ser dispuesto por las partes, ya sea que éstas opten por el arbitraje de derecho de conformidad con la Ley de Arbitraje, por el procedimiento de un arbitraje de equidad o amigable composición, y en cuanto a su administración, por el procedimiento del Centro de Arbitraje que designen para administrar el mismo.

El artículo 24 de la Ley de Arbitraje, específicamente establece que las partes tendrán la libertad para convenir el procedimiento a que se haya de ajustar el tribunal arbitral en sus actuaciones.

Como se mencionó con anterioridad, se constituye un tribunal arbitral a requerimiento de las partes, de conformidad con el proceso que se señaló. Acto seguido, se establece el lugar para llevar a cabo el arbitraje y la clase de arbitraje que se pretende seguir.⁷⁵

El procedimiento arbitral inicia desde la fecha en que el demandado haya recibido la notificación del requerimiento de someter la controversia que les compete a arbitraje, por lo que debe presentar su demanda. De conformidad con lo regulado, las partes pueden convenir un plazo o, en su defecto, el tribunal lo puede determinar, en el que el demandante deberá alegar los hechos en que se funda la demanda, y el demandado deberá responder a los extremos alegados. Las partes deben aportar haciendo referencia a los medios de prueba en los que van a fundar sus alegaciones.

Lo anterior, puede determinarse por el Reglamento del Centro de Arbitraje o por disposición de las partes, ya sea que sea presencial, de forma oral o si se llevará a cabo por escrito, sin celebrar audiencias.

⁷⁵ Ley de Arbitraje. *Op. cit.*, Artículo 17.

Al haberse realizado la audiencia de instalación y presentado la demanda, la parte demandada tiene el derecho de contestar la demanda o reconvenir a la parte actora, acto seguido, se diligencian las pruebas aportadas. El tribunal está facultado para nombrar peritos y asistir a la práctica de las pruebas, en caso se vea imposibilitado, puede solicitar asistencia judicial a un tribunal jurisdiccional competente.

En forma breve, toda vez se encuentre constituido el tribunal arbitral, se inicia con la fase de alegación y proposición de prueba, seguido por la fase de comunicación y de contestación, seguido por la fase de prueba, se da audiencia a las partes para que presenten sus alegatos finales y por último se dicta el laudo.⁷⁶

2.8.6. Laudo

Según los autores Manuel Ossorio y Florit y Guillermo Cabanellas de las Cuevas, el laudo arbitral es: *«el que pronuncian los árbitros designados en el compromiso. Ha de ser conforme a lo alegado y probado, y dictado en la misma forma que las sentencias de los jueces de primera instancia.»*⁷⁷

El laudo, según la Ley de Arbitraje, es la forma natural por medio de la cual se concluyen las actuaciones arbitrales. Las actuaciones arbitrales terminan con el laudo definitivo o por una orden del tribunal arbitral.⁷⁸ Este se adopta por la mayoría de votos y es por esto que se establece que siempre debe constituirse un tribunal arbitral impar. Tiene carácter de sentencia y su ejecución puede exigirse de manera forzada por ser vinculante para las partes.

El autor Francisco González De Cossío manifiesta en su obra, que el laudo arbitral se puede clasificar atendiendo a lo siguiente:⁷⁹

⁷⁶ Aguirre Godoy, Mario. *Op. cit.*, Págs. 142-144.

⁷⁷ Ossorio y Florit, Manuel. Guillermo Cabanellas de las Cuevas. *Op. cit.*, Pág. 32.

⁷⁸ Ley de Arbitraje. *Op. cit.*, Artículo 41.

⁷⁹ González De Cossío, Francisco. *Op. cit.*, Págs. 860-863.

- a) Laudo sobre competencia: alude a aquel en el que el tribunal arbitral resuelve sobre su competencia.
- b) Laudo incidental: alude a aquel en el que el tribunal arbitral resuelve sobre alguna cuestión incidental, como lo es la excepción de competencia.
- c) Laudo parcial: alude a aquel en el que el tribunal arbitral resuelve únicamente sobre ciertas cuestiones objeto del proceso arbitral.
- d) Laudo final: alude a aquel en el que el tribunal arbitral resuelve sobre todas las pretensiones sometidas a su conocimiento por las partes y como consecuencia pone fin al proceso arbitral.
- e) Laudo en rebeldía: alude a aquel en el que el tribunal arbitral resuelve en el caso particular que alguna de las partes se ha rehusado a participar en el procedimiento arbitral y el tribunal se vio en la necesidad de continuar sin la participación activa de la parte en rebeldía.
- f) Laudo consentido: alude a aquel en el que las partes han llegado a una transacción y el motivo es brindar un título ejecutivo a dicha transacción.

Cabe mencionar que el laudo es inapelable, vinculante para las partes. Por lo anterior, no cabe más recurso que el recurso de revisión como único recurso contra un laudo arbitral. Este debe recurrirse ante una Sala de la Corte de Apelaciones, en el plazo de un mes contado desde la fecha de la recepción del laudo, siempre y cuando⁸⁰ la parte que interpone la petición compruebe que una de las partes en el acuerdo de arbitraje estaba incapacitada, que no haya sido debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales, que el laudo se refiera a una controversia no prevista en el acuerdo de arbitraje o contiene decisiones que se excedan de los términos de dicho acuerdo, que la composición del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo celebrado entre las partes, o la Sala de Apelaciones compruebe que el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje o que el laudo es contrario al orden público del Estado de Guatemala.

⁸⁰ Ley de Arbitraje. *Op. cit.*, Artículo 43.

2.9. Alcances y Límites del Arbitraje

La importancia del estudio del arbitraje, como método alternativo de resolución de conflictos va a tener sustento, ya que el arbitraje, es optado con mayor frecuencia en la actualidad por ser privado, rápido, regulado, opcional, autónomo, voluntario o pactado, efectivo, célere, vinculante, inapelable, temporal, espacial, específico, confidencial, entre otros atractivos aspectos para las partes que se encuentran en controversia y su objetivo es la resolución de las mismas. Sin embargo, el arbitraje se ha visto limitado en el ámbito comercial del país y no tiene injerencia suficiente en la resolución de controversias de tipo público y privado, en las que interviene el Estado como parte, por su misma naturaleza de ser privado.

No obstante a lo anterior, el mundo globalizado demanda agilidad en todos los negocios y operaciones, por ello el alcance del arbitraje se determina en la pronta solución de las controversias comerciales provenientes de la contratación de la obra pública por la naturaleza de los participantes de la misma, siendo estos muchas veces empresas multinacionales, con un domicilio fuera de la República. Se opta por este método debido a sus características y principios que lo hacen atractivo para inversión extranjera en el país, al no tenerse que ajustar a la justicia impartida por los órganos jurisdiccionales, pudiendo pactar sus propias reglas, mediadores y árbitros y el tiempo para la resolución de estas es menor.

La conciliación y el arbitraje son procedimientos legales, que se caracterizan por ser pactados al momento de contratar por las partes, de carácter privado, especializados y céleres, por ende, más efectivos para la rápida resolución de conflictos que surjan de conflictos entre nacionales o internacionales.

Dentro de las ventajas del arbitraje, se pueden mencionar, sin restringir las mismas, la celeridad y oralidad del procedimiento, imparcialidad en el nombramiento y desempeño de los árbitros, especialización en materia determinada, validez jurídica

por el reconocimiento y regulación legal del mismo, confidencialidad, proximidad entre las partes durante todo el procedimiento, decisión vinculante e inapelable.

Según la autora Margaret L. Moses⁸¹ y de conformidad con un estudio empírico de porqué las partes eligen el proceso arbitral para resolver sus controversias, se concluyó que las dos razones significantes eran la neutralidad y la probabilidad de obtener el cumplimiento de acuerdo con la regulación legal. Otras ventajas incluyen la habilidad de mantener el proceso y el laudo confidencial, la experiencia de los árbitros en la determinada materia en conflicto, la necesidad de menos pruebas para el descubrimiento de la verdad, la brevedad de los procesos, la falta de oportunidad de presentar múltiples apelaciones, entre otras.

La autora referida, Margaret L. Moses, también menciona que algunas de las ventajas pueden ser consideradas desventajas, por ejemplo, la falta de oportunidad de presentar múltiples apelaciones puede ser considerado trato imparcial para la parte que se vio desfavorecida. Asimismo, la necesidad de menos pruebas afecta a las partes que no tienen la prueba en su poder y debe solicitar que la otra parte, quien la posee, que la presente.⁸²

Otras desventajas, citadas por la referida autora, son que el proceso arbitral puede ser muy costoso, el tribunal arbitral no posee poder coercitivo, el tribunal arbitral no puede constituirse en un proceso con pluralidad de partes cuando no todas éstas sometieron sus controversias al proceso arbitral, entre otras.⁸³

Al hablar de inversión extranjera de capital privado, la autora de la presente investigación puede determinar que las desventajas son consideradas ventajas al establecer que el costo del arbitraje, salvo pacto en contrario, lo asume la parte vencida. Asimismo, lo atractivo del arbitraje es su celeridad y con ello que el mismo no es sujeto de múltiples apelaciones, salvo el recurso de revisión como único

⁸¹ Moses, Margaret L. *Op. cit.*, Pág. 4.

⁸² *Loc. cit.*

⁸³ *Loc. cit.*

recurso contra un laudo arbitral en situaciones donde una de las partes ha recibido un trato imparcial.

2.10. Centros de Administración de Arbitraje en Guatemala

Los centros más conocidos y recomendados por contratistas del Estado y profesionales del Derecho que han utilizado sus servicios, son el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Guatemala -CENAC- y la Comisión de Resolución de Conflictos de la Cámara de Industria de Guatemala -CRECIG-.

2.10.1. Centro de Arbitraje y Conciliación de Cámara de Comercio en Guatemala –CENAC-:

Es una institución privada creada por la Cámara de Comercio de Guatemala con el propósito de fortalecer la justicia a través de la promoción, capacitación, prestación de servicios de administración eficaz del arbitraje y conciliación, así como del desarrollo de los métodos de solución pacífica de conflictos.

Se rige por el Reglamento de Conciliación y Arbitraje del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Guatemala y de la Fundación CENAC, Centro de Arbitraje y Conciliación, aprobado por la Junta Directiva del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Guatemala, el 14 de julio de 2014.⁸⁴

La Junta Directiva de dicho Centro actualmente está integrada por las siguientes personas, quienes ocupan los cargos descritos a continuación:

Presidente: Alfredo Skinner-Klée Arenales

Vicepresidente: César Guillermo Castillo Reyes

Secretario: David Alfonso Ortiz Rímola

⁸⁴ Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Guatemala -CENAC-. Quiénes somos, Objetivos, Junta Directiva. Guatemala, 2017. Disponibilidad y acceso: <http://www.cenac.com.gt/>. Fecha de consulta: 6 de enero de 2017.

Vocal I: Mauro Sigfrido Monterroso Xoy
Vocal II: Alejandro José Cofiño Rodríguez
Vocal Suplente: Javier Enrique Bauer Herbruger

2.10.2. Comisión de Resolución de Conflictos de la Cámara de Industria de Guatemala –CRECIG-

Es una institución creada en el año 1997 por la Cámara de Industria de Guatemala y se especializa en administrar procesos de arbitraje, tanto nacionales e internacionales, así como otros métodos alternos de solución de conflictos. Su objetivo es promover la resolución de controversias mediante la aplicación de los Métodos Alternativos de Solución de Conflictos, dentro del concepto marco de Cultura de Paz.⁸⁵

La Junta Directiva es el órgano consultivo de dicha Comisión, su función es velar por la justa y pronta aplicación de los Reglamentos y Leyes aplicables, así como por la prestación de un servicio eficiente e imparcial en la administración de los procesos. Entre sus funciones principales se encuentra la de integrar Árbitros, Conciliadores y Expertos a las nóminas oficiales del Centro, así como designarlos cuando corresponda hacerlo conforme el respectivo Reglamento.

La Junta Directiva de dicha Comisión actualmente se encuentra integrada por las siguientes personas, que ocupan los cargos descritos a continuación:

Presidente: Álvaro Rodrigo Castellanos Howell

Vocal I: Ana Beatriz Ponce de Ibargüen

Vocal II: Carlos Enrique Rivera Ortiz

Vocal III: Guillermo López Cordero

Vocal IV: Enio Alburez Valenzuela

Vocal V: Najman Alexander Aizenstatd

⁸⁵ Comisión de Resolución de Conflictos de la Cámara de Industria de Guatemala -CRECIG-. Objetivos y funcionales, Junta Directiva, Dirección General. Guatemala, 2017. Disponibilidad y acceso: <http://crecig.com.gt/>. Fecha de consulta: 6 de enero de 2017.

La Dirección General tiene a su cargo el adecuado desarrollo de los procedimientos administrados, el cumplimiento de los acuerdos adoptados por la Junta Directiva, la organización administrativa del Centro, coordinar los programas de difusión y capacitación que permanentemente desarrolla la Comisión. La Directora General actualmente es la Licenciada Carolina Diab Jaser de Mata.

CAPÍTULO 3: SISTEMAS DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA EN GUATEMALA

En este capítulo se desarrollará lo relativo a la administración pública en relación con la contratación pública iniciando por el acto administrativo, su concepto y elementos, así como el procedimiento administrativo, las contrataciones del Estado, los regímenes de contratación, las garantías y recursos administrativos, para concluir con el proceso contencioso administrativo. Se hace referencia a laudos y sentencias de procesos en que ha intervenido el Estado como parte en materia de contratación de obra pública.

3.1. Administración Pública

Para abordar la contratación administrativa es necesario ir a la fuente de la contratación pública, y como primer punto, está la administración del Estado, como tal, según Alvarez-Gendín, la etimología de la palabra administración: «viene del latín “Ad” y del verbo “Ministro-as-re”, administrar, servir, ejecutar, etc. y más singularmente del sustantivo “ministratio-ministrationes”, servicio, acto de servir. La preposición ad rige acusativo, de donde resulta administrationem, acerca del servicio administración, régimen, gobierno. Tomando frases de autores latinos significa dirigir, gobernar, gestionar, etc. Cicerón habla de administrare provinciam, administrare bellum, “gobernar la provincia”, “dirigir la guerra”, etc. Varron, decía: Administrare republicam, esto es, gobernar la república. Para Covarrubias (teoría de la lengua castellana), administrar significaba “beneficiar o tratar hacienda, persona o república.»⁸⁶

Derivado de lo anterior, administrar implica organizar al Estado a manera de beneficio común, desde el punto de vista de servir al mismo. La administración del Estado se ejecuta por los tres Organismos del Estado, el Organismo Legislativo, el

⁸⁶ Alvarez-Gendín y Blanco, Garbino. *Tratado General del Derecho Administrativo*. Barcelona, España, Bosch Casa Editorial Urgel, 1963. Pág. 54.

Organismo Judicial y el Organismo Ejecutivo, que interesa al presente caso por ser el organismo que tiene la función de la administración pública del Estado y quien ejerce la toma de decisiones para el buen funcionamiento del mismo.

La administración pública, para Hugo Haroldo Calderón, es: «*El conjunto de Órganos Administrativos que desarrollan una actividad para el logro de un fin (Bienestar General), a través de los Servicios Públicos (que es el medio de que dispone la Administración Pública para lograr el bien General), regulada en su estructura y funcionamiento, normalmente por el Derecho Administrativo.*»⁸⁷

Partiendo de los conceptos citados anteriormente, el Estado es el ente organizado al que se le otorga la administración pública. Esta administración pública tiene como fin principal el bienestar general de la población y busca regular el funcionamiento del Estado, coadyuvando con el Derecho Administrativo.

3.2. Derecho Administrativo

El Derecho Administrativo, según los autores Manuel Ossorio y Florit y Guillermo Cabanellas de las Cuevas, quienes citan a Villegas Basavilbaso, puede definirse como: «*un complejo de normas y de principios de Derecho Público interno que regulan las relaciones entre los entes públicos y los particulares o entre aquéllos entre sí, para la satisfacción concreta, directa o inmediata de las necesidades colectivas, bajo el orden jurídico estatal.*»⁸⁸ El Derecho Administrativo es un derecho autónomo, no codificado, reciente, subordinado y dinámico, por lo que se encuentra en constante desarrollo.

Esencialmente, el Derecho Administrativo es aquella rama del Derecho Público que regula las relaciones público-privadas entre el Estado y los particulares, la

⁸⁷ Calderón M., Hugo Haroldo. *Derecho Administrativo Parte General. Op. cit.*, Pág. 11.

⁸⁸ Ossorio y Florit, Manuel. Guillermo Cabanellas de las Cuevas. *Op. cit.*, Págs. 414 y 415.

organización del Estado y todo lo relativo a la administración del mismo, con el fin del bienestar social y el buen funcionamiento del Estado.

Según el autor Francisco Porrúa Pérez, el Estado aplica tanto el Derecho Público como el Derecho Privado, ya que de él surge una forma directa e indirecta de ambos, por la aplicación de este de las normas jurídicas de cualquiera que sea su naturaleza.⁸⁹ Derivado de lo anterior se puede establecer que el Estado se encuentra facultado para aplicar normas tanto de Derecho Público como de Derecho Privado, ya que a pesar de ser de naturaleza pública por controlar la administración pública y los actos administrativos, también sostiene relaciones con particulares y puede aplicar normas de Derecho Privado para el beneficio de las mismas.

3.3. Acto Administrativo

El acto administrativo para Alvarez-Gendín, puede definirse como: «*Declaración de voluntad de un órgano administrativo, generalmente escrita, en materia administrativa, del cual surten efectos jurídicos.*»⁹⁰

Derivado de este concepto, Eric Meza, establece el concepto de acto administrativo como: «*una manifestación unilateral de voluntad de los órganos estatales, actuando en función administrativa, destinada a producir efectos jurídicos subjetivos o generales.*»⁹¹

Es por estos conceptos, que se puede establecer que un acto administrativo es cualquier manifestación de voluntad donde interviene el Estado de manera unilateral por medio de cualquiera de sus órganos destinados a la administración, pudiendo llegar a producir efectos jurídicos o a ejecutoriarse entre este y particulares

⁸⁹ Porrúa Pérez, Francisco. *Teoría del Estado*. Trigésima Primera Edición. México, Editorial Porrúa, 1999. Pág. 167.

⁹⁰ Alvarez-Gendín y Blanco, Garbino. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo I. Barcelona, España, Bosch Casa Editorial Urgel, 1958. Pág. 318.

⁹¹ Meza Duarte, Eric. *Compendio de Derecho Administrativo*. Guatemala, Punto Creativo, 2012. Pág. 232.

accionantes, si fuere el caso, tiene carácter revocable y es presuntamente legítimo. Por el otro lado, un contrato administrativo va a diferenciarse del acto administrativo, ya que este implica la bilateralidad en caso concreto por ser celebrado por el Estado y particulares, mientras que el acto administrativo tiene la característica de ser de oficio y no necesariamente requiere la intervención de particulares accionantes.

Los elementos esenciales de un acto administrativo, según hace referencia el autor Eric Meza Duarte, son: un órgano competente, que puede ser centralizado o descentralizado, actuando en función administrativa, con competencia o delegación expresa; la voluntad administrativa válidamente constituida y declarada, sin vicios, libre y de buena fe; el motivo del acto, ya sea cuando sea señalado por la ley o cuando exista una gestión; el objeto del acto y que el mismo encuadre en el ordenamiento jurídico vigente; y, una finalidad, que es aquella respuesta a lo que motiva el acto.⁹²

3.4. Procedimiento Administrativo

Los actos administrativos tienen establecido un procedimiento administrativo, que es el conjunto de trámites y formalidades que la administración pública debe seguir para desarrollar su actividad. Los procedimientos administrativos pueden clasificarse en los obligatorios para la formulación del acto, los no obligatorios, y los recursos y remedios que puedan deducirse contra el acto ya dictado.⁹³ El procedimiento administrativo busca establecer la fijación de los plazos, los derechos de los particulares a presentar pruebas, a examinar los expedientes, a una audiencia para comparecer, la intervención de funcionarios públicos, el plazo para pronunciarse, entre otros aspectos.

Se encuentra regulado específicamente en la Constitución Política de la República de Guatemala, en el artículo 28, y en la Ley de lo Contencioso Administrativo, en el

⁹² *Ibid.*, Pág. 235-246.

⁹³ Sayagués Laso, Enrique. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo I, Montevideo, 1953. Pág. 461.

artículo 1, que establecen lo relativo al derecho a petición y a la obligación de las autoridades de resolver las peticiones en un plazo de treinta días. Como resultado de las disposiciones legales mencionadas, el procedimiento administrativo tiene sustento legal, ya que se encuentra normado e identificado en la legislación guatemalteca.

Según Castillo González, el procedimiento administrativo se caracteriza por la sencillez, rapidez, informalidad, iniciación de oficio, prueba legal, escrito, sin descartar la oralidad y público para los interesados.⁹⁴

Los principios del procedimiento administrativo son el de legalidad y justicia, el de seguimiento de oficio, informalidad, derecho de defensa, imparcialidad, procedimiento escrito, procedimiento sin costos, sencillez, rapidez, economía y eficacia, buena fe, entre otros.⁹⁵ Es deber del estado velar por el cumplimiento de los principios del procedimiento administrativo.

3.5. Personalidad Jurídica del Estado

Al Estado de Guatemala, de conformidad con lo regulado en el Código Civil en el artículo 15, se le atribuye personalidad jurídica, por lo que es sujeto a representación. Esta representación puede ser delegada por medio de un nombramiento y un acta de toma de posesión a cualquier funcionario público, no obstante a lo anterior, la Constitución Política de la República de Guatemala, prevé que la representación del Estado de Guatemala la tendrá el Procurador General de la Nación.

⁹⁴ Castillo González, Jorge Mario. *Derecho Procesal Administrativo Guatemalteco*. Tomo II. 18 Edición. Guatemala, 2008. Págs. 739-747.

⁹⁵ *Loc. cit.*

Los autores Alberto Pereira-Orozco y Marcelo Pablo E. Richter, en cuanto a las funciones de la Procuraduría General de la Nación, establecen que esta tiene a su cargo la función de asesoría y consultoría de los órganos y entidades estatales.⁹⁶

En la Constitución Política de la República de Guatemala, mediante las reformas del año 1993, se incorporó la Procuraduría General de la Nación, siendo el Decreto 512 la Ley Orgánica del Ministerio Público, la que rige el funcionamiento institucional de la misma.

El artículo 252 de la Constitución Política de la República de Guatemala establece, en referencia a lo anterior, las funciones, la forma de elección y los requisitos para ser Procurador General de la Nación, así como la organización y el funcionamiento se establecen en la Ley Orgánica de la Procuraduría.

La Corte de Constitucionalidad expresó que el Procurador General de la Nación «es el Jefe de un órgano público, con funciones de asesoría, consultoría y representación exclusivamente del Estado (...)».⁹⁷

Las funciones del Procurador General de la Nación, entre otras, son:⁹⁸

- 1) Representar y sostener los derechos de la nación en todos los juicios en que fuera parte, de acuerdo con las instrucciones del Ejecutivo, y promover la oportuna ejecución de las sentencias que se dicten en ellos.
- 2) Intervenir, si así lo dispusiere el Ejecutivo y conforme a las instrucciones de este, en los negocios en que estuviere interesada la nación, formalizar los actos y suscribir los contratos que sean necesario a tal fin; y
- 3) Cumplir los deberes que señalen otras leyes al Procurador General de la Nación.

⁹⁶ Pereira-Orozco, Alberto. Marco Pablo E. Richter. *Derecho Constitucional*. Quinta Edición. Guatemala, Ediciones de Pereira, 2010. Págs. 281-283.

⁹⁷ Corte de Constitucionalidad. Gaceta No. 59, expediente No. 993-00, Pág. 25, sentencia: 24-01-01.

⁹⁸ Procuraduría General de la Nación. Disponibilidad y acceso: <http://www.pgn.gob.gt/quienes-somos/#atribuciones>. Fecha de consulta: 30 de junio de 2017.

- 4) Representar provisionalmente a los ausentes, menores e incapaces, mientras estos no tengan personero legítimo.
- 5) Intervenir ante los Tribunales de Justicia en todos aquellos asuntos en que esté llamado a hacerlo por ministerio de ley.
- 6) Promover la recta y pronta administración de la justicia.
- 7) Investigar de oficio cualquier negocio en que esté interesada la nación, así como recibir denuncias sobre tales negocios e investigarlas; y
- 8) Rendir informes de los asuntos en que esté interviniendo, cuando se lo pida el Ejecutivo.

El Procurador General de la Nación también está facultado para delegar dicha representación en casos específicos, siendo éste el representante del Estado de Guatemala. Al tenor de lo anterior, el artículo 2 del Decreto 512, establece que el Procurador General de la Nación en casos específicos podrá delegar dicha facultad en otros funcionarios de la institución u otorgar poderes para asuntos determinados cuando las circunstancias lo requieran.

Esta delegación es muy común en la práctica, ya que el Procurador General de la Nación no puede actuar como abogado parte y representar al Estado en todos los procesos que conlleva y cumplir con sus atribuciones y obligaciones de manera simultánea. En ese entendido, el Procurador General de la Nación delega la representación del Estado ya sea por Acuerdo de delegación de representación o por mandato a los abogados que integran las diferentes unidades y delegaciones de la Procuraduría General de la Nación, a abogados colegiados activos, a funcionarios de las instituciones y organismos del Estado y entidades autónomas o descentralizadas.⁹⁹

Debido a lo anterior, el representante legal del Estado de Guatemala frente a terceros y particulares es el Procurador General de la Nación, a quien le compete

⁹⁹ Procuraduría General de la Nación. Acuerdo Gubernativo 026-2017. Guatemala, 24 de febrero de 2017. Artículo 9, inciso f).

también asesorar a las entidades administrativas y velar por los intereses del Estado, tanto en juicio como fuera de él.

3.6. La Contratación Administrativa

El autor Jorge Mario Castillo González, al hablar de la importancia y el concepto de la contratación pública, establece lo siguiente: *«El Estado de Guatemala participa en las relaciones económicas en calidad de productor, consumidor y distribuidor de bienes y servicios. El Estado y las organizaciones públicas que lo integran, en general, contratan con los particulares y entre ellas mismas, agenciándose recursos para la satisfacción de las necesidades públicas.»*¹⁰⁰

Derivado del concepto anterior, la contratación administrativa es el medio por el que el Estado contrata con personas individuales o jurídicas para suplir las necesidades de sus ciudadanos, por medio de la compra, venta y contratación de bienes, suministros, obras y servicios.

El contrato administrativo para el profesor Godínez Bolaños, citado por el autor Hugo Calderón en su obra Derecho Administrativo Parte General, *«es una declaración de voluntad del Estado, a través de sus órganos centralizados y entidades autónomas descentralizadas, con una persona individual o colectiva, privada o pública, nacional o internacional, con el compromiso del primero de pagar honorarios o un precio por la actividad, servicio o bien, que le presta el contratante, bajo las condiciones establecidas en las leyes de orden público y sometidas en caso de conflicto o incumplimiento a la jurisdicción privativa de lo contencioso administrativo.»*¹⁰¹

¹⁰⁰ Castillo González, Jorge Mario. *Derecho Administrativo. Teoría General y Procesal*. Guatemala, Editorial Impresiones Gráficas, 2011. Pág. 286.

¹⁰¹ Calderón M., Hugo Haroldo. *Derecho Administrativo Parte General*. Guatemala, C.A., Litografía Orión, 2006. Novena Edición. Pág. 387.

La contratación administrativa en Guatemala se encuentra regulada en el Decreto Número 57-92 del Congreso de la República de Guatemala, Ley de Contrataciones del Estado y el Acuerdo Gubernativo número 1056-92, Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado. Esta ley ha sido modificada en varias ocasiones, específicamente por los siguientes decretos emanados del Congreso de la República de Guatemala: Decreto número 20-97, Decreto 34-2001, Decreto 73-2001, Decreto 11-2006, Decreto 27-2009, Decreto 45-2010, Decreto 6-2011, Decreto 9-2015 y Decreto 46-2016. Dentro del espíritu de esta ley se considera necesaria la emisión de una sola ley que agrupe la aplicación de las contrataciones administrativas a modo de promover el desarrollo económico de la Nación para la realización del bien común. Por lo anterior, se encuentran regulados en esa única disposición, tanto los conceptos como la aplicación y ejecución de los procedimientos de compras y contrataciones del Estado de Guatemala. En este capítulo se abordarán los sistemas de contratación pública en Guatemala y su aplicación.

Los principios de los contratos administrativos según Jorge Mario Castillo, son los siguientes:¹⁰²

- a) Principio de legalidad.
- b) Principio del interés público o bien común.
- c) Principio de la autonomía de la voluntad.

A su vez, las reglas contractuales referidas por el autor citado, son las siguientes:¹⁰³

- a) El contrato es ley para las partes.
- b) El contrato administrativo se ejecuta de buena fe.
- c) Acatamiento de la cláusula exorbitante: alude a la cláusula unilateral que rompe la igualdad entre las partes y faculta a una de las partes, al Estado, a tomar decisiones a su favor.
- d) La condición resolutoria: alude al incumplimiento de una de las partes.

¹⁰² Castillo González, Jorge Mario. *Derecho Administrativo. Teoría General y Procesal. Op. cit.,* Págs. 286-293.

¹⁰³ *Loc. cit.*

- e) Equilibrio financiero de las partes: alude al principio de equidad, en el entendido de proteger el resultado económico que el contratista debe obtener por medio del rendimiento económico justo, dentro del ámbito permitido por la ley.
- f) Publicidad del contrato administrativo.

La contratación administrativa en Guatemala se divide en dos regímenes de licitación y cotización pública, existiendo otras modalidades específicas de adquisición y excepciones. Adicionalmente, el Estado de Guatemala puede contratar mediante contratos abiertos. De conformidad con lo establecido por la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, a continuación, se aborda cada una de las modalidades.

3.6.1. Régimen de Licitación Pública

a) Concepto

Según Manuel Ossorio y Florit y Guillermo Cabanellas de las Cuevas, la licitación es *«Acción y efecto de licitar, de ofrecer precio por una cosa en subasta o almoneda (v.). Tiene especial importancia en el Derecho Administrativo, ya que los contratos con particulares sobre suministros, ejecución de obras o prestación de servicios públicos tienen que hacerse por ese procedimiento para su adjudicación, de acuerdo con un pliego de condiciones, al licitante que ofrezca mejor precio y mayores ventajas.»*¹⁰⁴

El Instituto de Desarrollo y Administración Municipal, al hacer referencia al proceso de contratación por licitación, establece: *«la licitación es un procedimiento para contratar la adquisición de bienes, suministros y la ejecución de obras, que tiene como principal característica que se desarrolla en forma pública. Es decir que las personas interesadas acuden a presentar sus ofertas en un acto público, luego de*

¹⁰⁴ Ossorio y Florit, Manuel. Guillermo Cabanellas de las Cuevas. *Op. cit.*, Pág. 64.

*que han sido invitados a participar en ese acto a través de publicaciones hechas en los medios de prensa escrita.»*¹⁰⁵

De conformidad con lo establecido por el artículo 17 de la Ley de Contrataciones del Estado, cuando el monto total de los bienes, suministros y obras exceda de novecientos mil quetzales (Q.900,000.00), debe hacerse la compra o contratación por Licitación Pública,¹⁰⁶ salvo los casos de excepción que se desarrollan más adelante.

b) Documentos de Licitación

Los documentos necesarios para llevar a cabo una licitación pública son los siguientes¹⁰⁷:

1. Bases de licitación: alude a aquel documento que provee la información suficiente de los bienes, suministros, obras y servicios que requieren los organismos del Estado para que los oferentes puedan presentar su oferta, proporcionándoles a éstos pleno conocimiento de las condiciones que deben reunir, las características generales y específicas, aspectos técnicos, legales, administrativos y financieros requeridos, entre otros.
2. Especificaciones generales: alude a las especificaciones que deben ser determinadas en las bases de licitación, específicamente, en cuanto a los bienes, suministros, obras o servicios requeridos, debiendo ser congruentes con las necesidades que motiven la contratación, según dispone el artículo 20 de la Ley de Contrataciones del Estado.
3. Especificaciones técnicas: alude, según dispone el artículo 20 de la Ley de Contrataciones del Estado, a las especificaciones especiales que deben ser determinadas en las bases de licitación, específicamente, que hagan

¹⁰⁵ Instituto de Desarrollo y Administración Municipal. Fundación Centroamericana de Desarrollo FUNCEDE. *El Procedimiento de Contratación por Licitación Pública*. No. 15. Guatemala, Pág. 1.

¹⁰⁶ Congreso de la República de Guatemala. Decreto No. 57-92. *Ley de Contrataciones del Estado*. Artículo 17.

¹⁰⁷ *Ibid.*, Artículo 18.

referencia a determinadas marcas, nombres comerciales, patentes, diseños, tipos, orígenes específicos, productores o proveedores, salvo que no exista otra manera suficientemente precisa y comprensible para describir los requisitos de la licitación, debiendo contener expresiones como: o equivalente, o semejante, o similar, o análogo.

4. Disposiciones especiales: alude, a cualquier característica específica que debe ser contenida en las bases de licitación en cuanto a clasificar e identificar a los bienes, obras o servicios objeto de la contratación.
5. Planos de construcción, cuando se trate de obras.

c) Bases de Licitación

Las bases de licitación deben contener como mínimo lo establecido en el artículo 19 de la Ley de Contrataciones del Estado, entre los requisitos mínimos se encuentran los siguientes:

1. Condiciones que deben reunir los oferentes.
2. Características generales y específicas, cuando se trate de bienes y/o servicios.
3. Lugar y forma en donde será ejecutada la obra, entregados los bienes o prestado los servicios.
4. Listado de documentos que debe contener la pliegos, en original y copias requeridas, una de las cuales será puesta a disposición de los oferentes.
5. Indicación de que el oferente deberá constituir, según el caso, las garantías a que se refiere el Título V, Capítulo Único, de la ley.
6. En casos especiales y cuando la autoridad superior lo considere oportuno, las garantías que deberá constituir el contratista, con indicación de los riesgos a cubrir, su vigencia y montos.
7. Forma de pago de la obra, de los bienes o servicios.
8. Porcentaje de anticipo y procedimiento para otorgarlo, cuando éste se conceda.

9. Lugar, dirección exacta, fecha y hora en que se efectuará la diligencia de presentación, recepción y apertura de plicas.
10. Declaración Jurada de que el oferente no es deudor moroso del Estado ni de las entidades a las que se refiere el Artículo 1, de esta ley, o en su defecto, compromiso formal de que, en caso de adjudicársele la negociación, previo a la suscripción de contrato acreditará haber efectuado el pago correspondiente.
11. Indicación de la forma de integración de precios unitarios por renglón.
12. Criterios que deberán seguir la Junta de Licitación para calificar las ofertas recibidas.
13. Indicación de los requisitos que se consideren fundamentales; y
14. Modelo de oferta y proyecto de contrato.

La entidad contratante podrá modificar las bases de licitación, siempre y cuando lo realice antes de la presentación de ofertas y publicando dichas modificaciones en GUATECOMPRAS.

d) Procedimiento de Licitación

El procedimiento de licitación, tomando en consideración que el mismo se lleva a cabo para la contratación de obra pública, se puede describir, a grandes rasgos, de la siguiente manera:

Primero, se determina la necesidad de la obra.

Segundo, se determinan el lugar y forma de ejecución de la obra, forma de pago de la obra, porcentaje de anticipo y cualquier otra característica, condición o requerimiento indispensable de la obra que deba ser tomado en cuenta para proceder a licitar. Asimismo, deben determinarse las condiciones que deben reunir los oferentes, el listado de documentos que debe contener la plica, las garantías que debe constituir el contratista, con indicación de los riesgos a cubrir, su vigencia

y montos, lugar, dirección exacta, fecha y hora en que se efectuará la diligencia de presentación, recepción y apertura de plicas, la indicación de la forma de integración de precios unitarios por renglón, los criterios que deberán seguir la Junta de Licitación para calificar las ofertas recibidas, la indicación de los requisitos que se consideren fundamentales y el modelo de oferta y proyecto de contrato. Todo lo anterior con el objetivo de establecer las bases de licitación.

Tercero, la autoridad administrativa superior de la dependencia, previo recabar dictámenes técnicos, debe aprobar las bases de licitación.¹⁰⁸

Cuarto, la entidad requirente debe publicar las bases de los eventos en GUATECOMPRAS, a manera que los usuarios y oferentes tengan acceso de manera gratuita y permanente a las mismas.¹⁰⁹ Se deben publicar, como mínimo, las bases de cotización o licitación, especificaciones técnicas, criterios de evaluación y, cuando apliquen, los contratos de las contrataciones y adquisiciones.

Quinto, se debe convocar a la licitación por medio de publicaciones realizadas en GUATECOMPRAS y en el Diario Oficial por una sola vez.

Sexto, se constituye una Junta de Licitación en la entidad contratante respectiva para que los contratistas proceden a presentar sus ofertas y demás documentos de licitación en el lugar, dirección, fecha y hora señalados, en plica y de la forma que señalen las bases. Cada contratista podrá presentar una sola oferta.

Séptimo, la Junta de Licitación procede a la apertura de las plicas y se levanta el acta correspondiente. Tratándose de obras,¹¹⁰ después de la apertura de plicas, la Junta de Licitación calculará en definitiva el costo total oficial estimado que servirá como base para fijar la franja de fluctuación y lo dará a conocer de inmediato a los

¹⁰⁸ *Ibid.*, Artículo 21.

¹⁰⁹ *Ibid.*, Artículo 22.

¹¹⁰ *Ibid.*, Artículo 29.

oferentes, constituyendo el límite entre el cual deberán estar comprendidas las ofertas para que sean aceptadas.

Octavo, la Junta de Licitación procede a calificar las ofertas, de conformidad con los siguientes criterios: calidad, precio, tiempo, características y demás condiciones fijadas en las bases.¹¹¹

Noveno, dentro del plazo que señalan las bases, la Junta de Licitación adjudicará la licitación al oferente que se ajuste a los requisitos y condiciones de las bases y haya hecho la proposición más conveniente para los intereses del Estado.

Décimo, las personas inconformes con la adjudicación pueden presentar sus inconformidades a través de GUATECOMPRAS, dentro del plazo de cinco días calendario.

Décimo primero, resueltas las inconformidades, si las hubiere, la Junta de Licitación remite el expediente a la autoridad superior dentro de los dos días hábiles siguientes, para que ésta apruebe o impruebe lo actuado por la Junta de Licitación.

Décimo segundo, la autoridad superior puede aprobar y con ello se adjudica definitivamente, suscribiéndose el contrato respectivo. También puede improbar y devolver el expediente a la Junta de Licitación, quien, a su vez, deberá confirmar o modificar su decisión original, debiendo devolver el expediente a la autoridad superior. La autoridad superior puede aprobar, improbar o prescindir de la negociación.¹¹²

Décimo tercero, procede la suscripción del contrato respectivo por la autoridad administrativa superior y el contratista.¹¹³

¹¹¹ *Ibid.*, Artículo 28.

¹¹² *Ibid.*, Artículo 36.

¹¹³ *Ibid.*, Artículo 47-50.

3.6.2. Régimen de Cotización Pública

a) Concepto

El proceso de cotización, según Sandro Juvenio Molina Paz, puede definirse como: «*el procedimiento administrativo por el cual la administración, invita a los interesados a que, sujetos a las bases fijadas en el pliego de condiciones, formulen propuestas de las cuales se seleccionará y aceptará la más ventajosa, o conveniente.*»¹¹⁴

De conformidad con lo establecido por la Ley de Contrataciones del Estado, la cotización se produce cuando el precio de los bienes, de las obras, suministros o remuneración de los servicios exceda de noventa mil quetzales (Q.90,000.00) y no exceda de novecientos mil quetzales (Q.900,000.00).¹¹⁵

Las disposiciones en materia de licitación regirán supletoriamente en el régimen de cotización en lo que le fueren aplicables, con la diferencia particular en cuanto al precio de los bienes, obras, suministros o servicios.¹¹⁶

b) Bases de Contratación

Las bases de cotización deben contener como mínimo lo establecido en el artículo 19 de la Ley de Contrataciones del Estado, previamente mencionados, que le sean aplicables al proceso.

¹¹⁴ Molina Paz, Sandro Juvenio. *Análisis jurídico del artículo 15 de la Ley de Contrataciones del Estado en el proceso de cotización pública respecto a la integración de las Juntas de Cotización*. Guatemala, 2007. Tesis de Carrera de Licenciatura de Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de San Carlos de Guatemala. Pág. 45.

¹¹⁵ *Ibid.*, Artículo 38.

¹¹⁶ *Ibid.*, Artículo 42.

c) Procedimiento de Contratación

El procedimiento de contratación consiste en solicitar, mediante concurso público a través de GUATECOMPRAS, ofertas de proveedores legalmente establecidos en condiciones de vender o contratar los bienes, suministros, obras o servicios requeridos por las bases de cotización. De la misma manera que en el procedimiento de licitación, deberá establecerse una Junta de Cotización que recibirá las ofertas, pero en este caso las ofertas deberán presentarse en forma electrónica, en un formulario que provenga de GUATECOMPRAS, acompañando la documentación física y demás requerimientos y formalidades. La Junta de Cotización deberá evaluar todas las ofertas recibidas. Si no se recibieren ofertas, podrá autorizarse por la autoridad administrativa superior y publicarse una extensión de ocho días al plazo para recibir ofertas. Si aún no se recibieren ofertas, la autoridad administrativa superior queda en libertad de efectuar una contratación directa.¹¹⁷

Al recibir ofertas, la Junta de Cotización procede a su calificación y adjudicación, de conformidad con lo regulado en materia de licitación.

3.6.3. Modalidades específicas de adquisiciones del estado y excepciones

De conformidad con lo establecido en la Ley de Contrataciones del Estado, existen modalidades específicas de adquisición pública de bienes, suministros, obras y servicios para el Estado de Guatemala¹¹⁸, éstas se detallan a continuación:

a) Compra de baja cuantía

La compra de baja cuantía es la modalidad que consiste en la adquisición directa de bienes, suministros, obras y servicios, exceptuada de los requerimientos de los

¹¹⁷ *Ibid.*, Artículo 41.

¹¹⁸ *Ibid.*, Artículo 43.

procesos competitivos de las demás modalidades de adquisición pública contenidas en la Ley de Contrataciones del Estado, que aplica cuando la adquisición es hasta por un monto máximo de Q.25,000.00. Esta compra se realiza bajo la responsabilidad de quien autorice la adquisición pública.

Esta compra deberá ser publicada en Guatecompras, siempre y cuando esté recibido el bien, contratado el servicio o el suministro, debiendo publicar toda la documentación de respaldo que ampare la negociación realizada.

b) Compra directa

La compra directa es aquella modalidad de contratación mediante la cual se adquieren bienes, suministros, obras o servicios, que se efectúa en un solo acto, con una misma persona, cuando la adquisición sea por montos mayores a Q.25,000.00 y que no supere los Q.90,000.00.

c) Adquisición con proveedor único

La modalidad de adquisición con proveedor único consiste en aquella en la que un bien, servicio, producto o insumos a adquirir, por su naturaleza, se adquieren de un solo proveedor. En esta modalidad debe publicarse en GUATECOMPRAS, en el Diario Oficial y en otro de mayor circulación, por una sola vez, invitando a personas interesadas a ofertar en determinado día, hora y lugar. Se especifican las características de lo que se desea adquirir y se designa una comisión receptora formada de tres miembros nombrados por la autoridad administrativa superior de la dependencia interesada en la contratación. Si únicamente se presenta un solo proveedor, se levanta acta de recepción de oferta y la autoridad puede contratar con ese único proveedor, de lo contrario, si se presenta más de un proveedor, se deberá proceder a efectuar la modalidad de adquisición aplicable.

d) Arrendamientos

El arrendamiento de bienes muebles o equipo deberá efectuarse por la modalidad de contratación aplicable, según el monto a contratar, tomando como base el valor anual del arrendamiento por el bien o equipo. En cualquiera de los casos, la legislación exige que deberán de publicarse bases de contratación con las especificaciones técnicas, que contengan como mínimo la siguiente información:

- a. Valor de compra del bien a arrendar.
- b. Valor total del contrato o sumatoria de las cuotas y la opción a compra en su caso.
- c. Valor mensual de las rentas o cuotas.
- d. Causales de resolución del contrato.
- e. En caso hubiere opción a compra, ésta no podrá ser mayor al valor de una renta mensual.
- f. Detalle de la integración de la cuota o renta, especificando cargos por uso o goce, mantenimiento, seguros, costos implícitos u otros cargos.
- g. Los seguros y garantías necesarias.

En los arrendamientos con opción a compra se deberá otorgar por el contratista una garantía de calidad y funcionamiento. Si oferta un solo proveedor, se podrá aplicar lo relativo a la adquisición con proveedor único.

e) Arrendamiento y adquisición de bienes inmuebles

Para el caso del arrendamiento de bienes inmuebles únicamente podrá efectuarse si la dependencia administrativa a contratar justifica la necesidad y conveniencia de la contratación, a precios razonables en relación con los existentes en el mercado, aplicando cualquier modalidad de adquisición de acuerdo con el monto. En estos casos cuando el arrendamiento o compra sean indispensables por su localización, para la realización de una obra o prestación de servicios públicos, no será obligatoria la licitación o cotización.

f) Dragado

Esta modalidad aplica cuando es necesaria la limpieza del fondo de los ríos, puestos y zonas navegables que requieran de la misma, y aplica por administración, salvo situaciones derivadas de los estados de excepción declarados conforme a la Ley de Orden Público, Decreto Número 7 de la Asamblea Nacional Constituyente.

g) Excepciones

La Ley de Contrataciones del Estado establece los siguientes casos de excepción¹¹⁹, aplicables a la presente investigación:

- a. No será obligatoria la licitación ni la cotización en las contrataciones de dependientes y entidades públicas cuando se traten de situaciones derivadas de los estados de excepción declarados conforme a la Ley de Orden Público, que hayan ocasionado la suspensión de servicios públicos o que sea inminente tal suspensión.
- b. Los sujetos obligados de conformidad con la Ley de Contrataciones del Estado podrán realizar de manera directa la contratación de servicios técnicos y profesionales individuales en general.
- c. Los sujetos obligados de conformidad con la Ley de Contrataciones del Estado podrán realizar de manera directa la contratación de servicios básicos de energía eléctrica, de agua potable, extracción de basura y servicios de línea telefónica fija.

h) Contrato Abierto

Esta modalidad de adquisición es coordinada por el Ministerio de Finanzas Públicas, a través de la Dirección General de Adquisiciones del Estado, con el objeto de seleccionar proveedores de bienes, suministros y servicios de uso general y constante, o de considerada demanda, previa calificación y adjudicación de los

¹¹⁹ *Ibid.*, Artículo 44.

distintos rubros que se hubieren convocado a concurso público, a solicitud de dos o más instituciones administrativas. Éste tiene un procedimiento establecido y se regula por las disposiciones de la Dirección General de Adquisiciones del Estado.¹²⁰

3.7. Generales de la Contratación Administrativa

3.7.1. GUATECOMPRAS

Por medio de Acuerdo Ministerial número 386-2003, Transparencia en las Contrataciones y Adquisiciones del Estado, de fecha 17 de septiembre de 2003, el Ministerios de Finanzas Públicas, a través de la Dirección Normativa de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, crea un sistema de información de internet, el cual es denominado GUATECOMPRAS. Por medio de este sistema todos los guatemaltecos tienen acceso a toda la información relacionada con los procesos de contrataciones y adquisiciones del Estado. Asimismo, tiene como función ser el mercado electrónico para comprar bienes y contratar servicios con transparencia, control, eficiencia y garantía, promocionando el desarrollo y modernizando al estado a manera de lograr alcanzar la integración regional. El sistema es desarrollado, administrado y normado por el Ministerio de Finanzas Públicas. Debe ser utilizado por todos los sujetos obligados por la Ley de Contrataciones del Estado para las compras, ventas, contrataciones, arrendamientos o cualquier otra modalidad de adquisición pública.

Asimismo, la Resolución Número 11-2010 del Ministerio de Finanzas Públicas, establece las Normas para el uso del Sistema de Información de Contrataciones y Adquisiciones del Estado –GUATECOMPRAS-.

En el sistema se debe publicar toda la información relativa a todas las fases del proceso de adquisición pública. La información electrónica y digital que deberá publicarse en el sistema incluirá, pero no se limitará a: los llamados a presentar

¹²⁰ *Ibid.*, Artículo 15, 46 y 46 bis.

ofertas, la recepción de las ofertas, aclaraciones, inconformidades, respuestas, modificaciones, ofertas, adjudicaciones, contratos y sus modificaciones, variaciones o ampliaciones, seguros de caución y todos aquellos documentos que respalden el expediente de cualquier adquisición del Estado desde el inicio hasta la finalización del proceso de adquisición.¹²¹

3.7.2. Ejecución

Al quedar una sentencia firme, en la contratación administrativa, ésta es ejecutable en la vía de apremio ante los tribunales competentes del ramo civil o ante la competencia económica coactiva, según sea el caso.¹²²

El procedimiento de la ejecución en la vía de apremio se encuentra regulado en el Libro Tercero, Título I del Código Procesal Civil y Mercantil y procede¹²³ cuando se pide la ejecución con apoyo en esa clase de títulos, siempre que traigan aparejada la obligación de pagar cantidad de dinero, líquida y exigible. Los títulos que permiten esta ejecución son los siguientes: 1° Sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada. 2° Laudo arbitral no pendiente de recurso de casación (*recurso de revisión). (...)

3.7.3. Fianzas, Garantías o Seguros

La Ley de Contrataciones del Estado establece cuatro tipos de garantías o fianzas, que según Manuel Ossorio y Florit y Guillermo Cabanellas de las Cuevas, constituyen «la *obligación accesoría que uno contrae para seguridad de que otro pagará lo que debe o cumplirá aquello a que se obligó, tomando sobre sí el fiador (v.) verificarlo él en el caso de que no lo haga el deudor principal, en que directamente estipuló para sí (...)* La cosa que se sujeta a esa responsabilidad,

¹²¹ *Ibid.*, Artículo 4 bis.

¹²² Congreso de la República de Guatemala. Decreto Número 119-96. *Ley de lo Contencioso Administrativo*. Artículo 48.

¹²³ Código Procesal Civil y Mercantil. *Op. cit.*, Artículo 294.

especialmente cuando es dinero, que pasa al poder del acreedor o se deposita y consigna.»¹²⁴

Las fianzas, garantías o seguros, establecidos por la Ley de Contrataciones del Estado son los siguientes:

- a) De sostenimiento de oferta: alude a aquella que cubre el período comprendido desde la recepción y apertura de plicas, hasta la aprobación de la adjudicación. Se realiza mediante depósito en efectivo o fianza por un porcentaje no menor del uno por ciento, ni mayor del cinco por ciento, del valor del contrato. Tiene una vigencia de 120 días.
- b) De cumplimiento: alude a aquella que garantiza el cumplimiento de todas las obligaciones estipuladas en el contrato. Dependiendo de los bienes a adquirir deberá otorgarse por el diez por ciento del monto del contrato respectivo, y de las obras a contratar deberá otorgarse por el valor del diez por ciento al veinte por ciento del monto del contrato, a criterio de la autoridad interesada.
- c) De anticipo: alude a aquella que garantiza cualquier suma por concepto de anticipo. Deberá cubrir el cien por ciento del anticipo.
- d) De conservación de obra o de calidad o de funcionamiento: alude a aquella garantía mediante depósito en efectivo, fianza, hipoteca o prenda, que cubra el valor de las reparaciones de las fallas o desperfectos que le sean imputables al contratista y aparecieren durante el tiempo de responsabilidad de dieciocho meses contados a partir de la fecha de recepción de la obra. Deberá otorgarse por el equivalente al quince por ciento del valor original del contrato, como requisito previo para la recepción de la obra, bien o suministro.
- e) De saldos deudores: alude a aquella que garantiza el pago de saldos deudores que pudieran resultar a favor del Estado. Deberá otorgarse por el cinco por ciento del valor del contrato, simultáneamente con la de conservación de obra.

¹²⁴ Ossorio y Florit, Manuel. Guillermo Cabanellas de las Cuevas. *Op. cit.*, Pág. 572.

3.7.4. Resoluciones Administrativas

Las resoluciones administrativas son aquellos actos que ponen fin a los procedimientos administrativos, que deben ser emitidas por autoridad competente, deben tener un razonamiento o motivación, deben atender o referirse al fondo del asunto, deben de ser redactadas de manera clara y precisa, deben contener las citas de ley aplicables como fundamento, deben ser notificadas a los interesados personalmente, citándolos o por correo que certifique la recepción de la notificación.

Según el artículo 28 de la Constitución Política de la República de Guatemala, en materia administrativa, el termino para resolver las peticiones y notificar las resoluciones no podrá exceder de treinta días. Al respecto, el artículo 1 de la Ley de lo Contencioso Administrativo, establece que las peticiones que dirijan a la administración pública deberán ser resueltas y notificadas dentro del plazo de treinta días, contados a partir de la fecha en que haya concluido el procedimiento administrativo.

Las resoluciones serán providencias de trámite y resoluciones de fondo. Las resoluciones de fondo serán razonadas, atenderán al fondo del asunto y serán dictadas con claridad y precisión.¹²⁵

Los particulares que estén en desacuerdo con las resoluciones administrativas podrán ejercer el control directo sobre la administración pública, utilizando los procedimientos legales de impugnación para oponerse a las resoluciones que no les sean favorables o adolezcan de algún vicio. Estos procedimientos legales son los recursos administrativos.

¹²⁵ Ley de lo Contencioso Administrativo. *Op. cit.*, Artículo 4.

3.7.5. Recursos Administrativos

Los recursos administrativos, según el autor Hugo Aroldo Calderón, «*son un medio de control directo o una facultad que la ley le otorga a los particulares, para oponerse a las resoluciones o actos de los órganos administrativos.*»¹²⁶

Los recursos administrativos, según la legislación guatemalteca, son el recurso de revocatoria y el recurso de reposición.

El recurso de revocatoria, según el artículo 7 de la Ley de lo Contencioso Administrativo, procede en contra de resoluciones dictadas por autoridad administrativa que tenga superior jerárquico dentro del mismo ministerio o entidad descentralizada o autónoma.

El recurso de reposición, según el artículo 9 de la Ley de lo Contencioso Administrativo, procede en contra de las resoluciones dictadas por los ministerios y, contra las dictadas por las autoridades administrativas superiores individuales o colegiadas de las entidades descentralizadas o autónomas.

a) Recurso de Revocatoria

El recurso de revocatoria es aquel mecanismo que proporciona la ley a los administrados para que puedan oponerse a las resoluciones dictadas por la administración pública, ya sea porque afectan sus intereses o fueron dictadas contra derecho, y siempre y cuando éstas hayan sido dictadas por autoridad administrativa que tenga superior jerárquico.

El artículo 9 de la Ley de lo Contencioso Administrativo, regula lo relativo al Recurso de Revocatoria. Establece que el administrado tiene que plantear el mismo dentro de los cinco días siguientes al de la notificación de la resolución que afecta sus

¹²⁶ Calderón M, Hugo Aroldo. *Op. cit.*, Pág. 307.

intereses o que fue dictada en contra de los preceptos legales. Por su parte, el artículo 99 de la Ley de Contrataciones del Estado establece que el recurso de revocatoria procede en contra de las resoluciones dictadas por autoridad administrativa que tenga superior jerárquico dentro del mismo ministerio o entidad descentralizada o autónoma. Para efectos del trámite, el artículo 101 de la misma Ley, preceptúa que para los casos de contratación pública que provenga de la aplicación de la dicha ley, se interpondrá el recurso de revocatoria dentro de los diez días hábiles siguientes al de la notificación de la resolución respectiva. En cuanto al procedimiento, se aplica de manera supletoria el procedimiento contemplado por la Ley de lo Contencioso Administrativo.

El procedimiento del recurso de revocatoria se encuentra regulado la Ley de lo Contencioso Administrativo, Decreto número 119-96 del artículo 7 al 15.

El recurso de revocatoria podrá interponerse por quien haya sido parte en el expediente o aparezca con interés en el mismo, por medio de un memorial dirigido al órgano administrativo que hubiere dictado la resolución, siendo los siguientes: autoridad a quien se dirige, nombre del recurrente y lugar en donde recibirá notificaciones, identificación precisa de la resolución que impugna y fecha de la notificación de la misma, exposición de los motivos por los cuales se recurre, sentido de la resolución que según el recurrente deba emitirse en sustitución de la impugnada, lugar, fecha y firma del recurrente o su representante.

La autoridad que dictó la resolución recurrida elevará las actuaciones al respectivo ministerio o al órgano superior de la entidad con informe circunstanciado dentro de los cinco días siguientes a la interposición. Al encontrarse los antecedentes en el órgano que deba conocer del recurso interpuesto, se correrán las siguientes audiencias:

- a. A todas las personas que hayan manifestado su interés en el expediente administrativo y hayan señalado lugar para ser notificadas, por el plazo de cinco días.

- b. Al órgano asesor, técnico o legal que corresponda, según la naturaleza del expediente, por el plazo de cinco días. Esta audiencia se omitirá cuando la organización de la institución que conoce del recurso carezca de tal órgano.
- c. A la procuraduría General de la Nación, por el plazo de cinco días.

La autoridad que conozca del recurso tiene facultad para ordenar, antes de emitir la resolución y después de haberse evacuado las audiencias o de transcurrido su plazo, la práctica de las diligencias que estime convenientes para mejor resolver, fijando un plazo de diez días para ese efecto.

Dentro de quince días de finalizado el trámite completo del recurso, se dictará la resolución final no encontrándose limitada la autoridad a lo que haya sido expresamente impugnado o cause agravio al recurrente, sino que deberá examinar en su totalidad la juridicidad de la resolución cuestionada pudiendo revocarla, confirmarla o modificarla.

b) Recurso de Reposición

El recurso de reposición es aquel mecanismo que proporciona la ley a los administrados para que puedan oponerse a las resoluciones dictadas por la administración pública, ya sea porque afectan sus intereses o fueron dictadas contra derecho, cuando éstas hayan sido dictadas por las autoridades administrativas superiores.

El artículo 9 de la Ley de lo Contencioso Administrativo, regula lo relativo al recurso de reposición. Establece que el administrado tiene que plantear el mismo cinco días después de notificado de la resolución que afecta sus intereses o que fue dictada en contra los preceptos legales. Por su parte, la Ley de Contrataciones del Estado en el artículo 100 establece que el recurso de reposición procede en contra de las resoluciones dictadas por los ministerios y contra las dictadas por autoridades

administrativas superiores, individuales o colegiadas de las entidades descentralizadas o autónomas. Para efectos del plazo para interponer el recurso de reposición, se aplica lo establecido en el artículo 101, que establece que deberá interponerse dentro de los diez días hábiles siguientes al de la notificación de la resolución respectiva. En cuanto al procedimiento, se aplica de manera supletoria el procedimiento contemplado por la Ley de lo Contencioso Administrativo, ya abordado previamente.

3.7.6. Proceso Contencioso Administrativo

Según el autor Eric Meza Duarte, el control judicial o jurisdiccional, lo realizan los órganos judiciales en ejercicio de sus funciones. En Guatemala, en materia administrativa ese control judicial se materializa a través del Proceso Contencioso administrativo, cuando los particulares afectados por un acto o decisión administrativa, que puede ser una resolución, plantean una acción en contra del Estado o cuando la propia administración plantea una acción por una resolución o acto de ella misma que pueda afectar a los intereses del Estado.¹²⁷

Por lo anterior, el medio que los particulares tienen, una vez agotado el procedimiento administrativo, para oponerse a los actos de la Administración Pública es el Contencioso Administrativo, como proceso de conocimiento cuyo fin es obtener la creación, modificación o extinción de una situación o pretensión jurídica.

El artículo 221 de la Constitución Política de la República¹²⁸, establece lo relativo al Tribunal de lo Contencioso Administrativo, cuya función principal es actuar como contralor de la juridicidad de la administración pública y tiene atribuciones para conocer en caso de contienda por actos o resoluciones de la administración y de las entidades descentralizadas y autónomas del Estado, así como en los casos de

¹²⁷ Meza Duarte, Eric. *Op. cit.*, Pág. 304.

¹²⁸ Constitución Política de la República de Guatemala. *Op. cit.*, Artículo 221.

controversias derivadas de contratos y concesiones administrativas. Sin embargo, la ley podrá establecer determinadas situaciones en las que el recurrente tenga que pagar intereses a la tasa corriente sobre los impuestos que haya discutido o impugnado y cuyo pago al Fisco se demoró en virtud del recurso. Contra las resoluciones y autos que pongan fin al proceso, puede interponerse el recurso de casación.

La disposición constitucional es clara al indicar que el Tribunal de lo Contencioso Administrativo es el tribunal competente para conocer los casos de controversias derivadas de contratos y concesiones administrativas.

La ley específica de materia que regula dicho proceso, es la Ley de lo Contencioso Administrativo, específicamente en el artículo 19 se determina que el proceso contencioso administrativo procede en caso de contienda por actos y resoluciones de la administración y de las entidades descentralizadas y autónomas del Estado y en los casos de controversias derivadas de contratos y concesiones administrativas. Para que este proceso pueda iniciarse se requiere que la resolución que lo origina no haya podido remediarse por medio de los recursos puramente administrativos, lo que implica que debe agotarse la vía administrativa.

La Ley de lo Contencioso Administrativo, Decreto número 119-96 del Congreso de la República de Guatemala, regula todo lo relativo a este proceso, desde la demanda hasta la sentencia y su ejecución. Por falta de un código procesal administrativo específico que regule los aspectos de la administración pública deben aplicarse se aplica la Ley de lo Contencioso Administrativo y La Ley de Contrataciones del Estado, y en lo aplicable, el Código Procesal Civil y Mercantil.

El proceso contencioso administrativo es de única instancia y procede en caso de contienda por actos y resoluciones de la administración y de las entidades descentralizadas y autónomas del Estado, así como en los casos de controversias derivadas de contratos y concesiones administrativas, siempre y cuando, la

resolución que lo origina no haya podido remediarse por medio de los recursos puramente administrativos.

Para plantear este proceso, según el artículo 21 del cuerpo legal mencionado, la resolución que puso fin al procedimiento administrativo debe reunir los siguientes requisitos:

- a) Que haya causado estado. Causan estado las resoluciones de la administración que decidan el asunto, cuando no sean susceptibles de impugnarse en la vía administrativa, por haberse resuelto los recursos administrativos.
- b) Que vulnere un derecho del demandante, reconocido por una ley, reglamento o resolución anterior.

En todo proceso contencioso administrativo, serán partes, además del demandante, la Procuraduría General de la Nación, el órgano centralizado o la institución descentralizada de la administración que haya conocido en el asunto, las personas que aparezcan con interés legítimo en el expediente administrativo correspondiente y, cuando el proceso se refiera al control o fiscalización de la hacienda pública, también la Contraloría General de cuentas.

El plazo para el planteamiento del proceso contencioso administrativo es de tres meses contados a partir de la última notificación de la resolución que concluyó el procedimiento administrativo, del vencimiento del plazo en que la administración debió resolver en definitiva o de la fecha de publicación del Acuerdo Gubernativo que declaró lesivo el acto o resolución, en su caso, según el artículo 23 del cuerpo legal mencionado. De lo contrario, caduca la instancia y no tendrá competencia el asunto en dicha jurisdicción.

Como mencionó con anterioridad este proceso es de única instancia, por lo que no es admisible el recurso de apelación, sin embargo, son admisibles los recursos que contemplen las normas que regulan el proceso civil, incluso el de casación, contra

las sentencias y autos definitivos que pongan fin al proceso, los cuales se substancian de acuerdo a lo dispuesto por cada una de las normativas integradas al proceso.

El proceso contencioso administrativo no posee efectos suspensivos, salvo cuando el tribunal lo amerite, caso en contrario se causen daños irreparables para las partes. Esta suspensión, si se da, tendrá efectos hasta que concluya el proceso.

La demanda deberá presentarse directamente a la Sala del Tribunal de lo Contencioso Administrativo a la cual vaya dirigido, o a un Juzgado de Primera Instancia departamental, quien lo trasladará al tribunal que deba conocer de él y deberá contener los requisitos contemplados en el artículo 28 del cuerpo legal mencionado, así como todos aquellos contenidos en el Código Procesal Civil y Mercantil.

Entre los requisitos de la demanda se deberán incluir como mínimo, los siguientes:

- a) Designación de la Sala del Tribunal de lo Contencioso Administrativo al cual se dirige.
- b) Nombre del demandante o su representante, indicación del lugar donde recibirá notificaciones y nombre del abogado bajo cuya dirección y procuración actúa;
- c) Si se actúa en representación de otra persona, la designación de ésta y la identificación del título de representación, el cual acompañará en original o en fotocopia legalizada;
- d) Indicación precisa del órgano administrativo a quien se demanda y el lugar en donde puede ser notificado;
- e) Identificación del expediente administrativo, de la resolución que se controvierte, de la última notificación al actor, de las personas que aparezcan con interés en el expediente y del lugar en donde éstas pueden ser notificadas, todo ello cuando fuere el caso;

- f) Relación de los hechos y los fundamentos de Derecho en que se base la demanda;
- g) El ofrecimiento de los medios de prueba que rendirá;
- h) Las peticiones de trámite y de fondo;
- i) Lugar y fecha;
- j) Firma del demandante. Si éste no sabe o no puede firmar, lo hará a su ruego otra persona, cuyo nombre se indicará, o el abogado que lo auxilie;
- k) Firma y sello del abogado director o abogados directores.

A la demanda se deben acompañar todos los documentos en que el actor funde su derecho, siempre que estén en su poder. Cuando no los tenga en su poder, deberá indicar el lugar donde se encuentren o persona que los tenga en su poder, para que el tribunal los requiera en la resolución que le dé trámite a la demanda.

El proceso se encuentra plenamente regulado en los artículos 31 al 45 de la Ley de lo Contencioso Administrativo, a grandes rasgos éste desarrolla de la siguiente manera:

Al estar debidamente presentada la demanda, el tribunal entra a conocer de la misma, si el memorial de demanda presenta errores se señalará plazo para que el actor lo enmiende, o si no procede por errores de fondo se rechazará de plano. Si la demanda cumple con todos los requisitos de forma exigidos por la legislación, el tribunal pedirá los antecedentes directamente al órgano administrativo correspondiente, dentro de los cinco días hábiles siguientes a la presentación de la misma.

El órgano administrativo requerido debe enviar los antecedentes, con informe circunstanciado, dentro de los diez días hábiles siguientes a aquel en que haya recibido el pedido de remisión. El tribunal, al tener recibidos los antecedentes, entrará a examinar la demanda con relación a los mismos y la admitirá para su trámite, si cumple con todas las formalidades de ley. La resolución se dictará dentro

de los tres días siguientes a aquel en que se hayan recibido los antecedentes o en que haya vencido el plazo para su envío.

En la mencionada resolución se emplazará al órgano administrativo o institución descentralizada que fuere demandada, a la Procuraduría General de la Nación, a las personas que aparezcan con interés en el expediente y, cuando el proceso se refiera al control y fiscalización de la hacienda pública, también a la Contraloría General de Cuentas, dándoles audiencia por un plazo común de quince días. Se les hace imperativo a los sujetos procesales de la administración pública que no pueden dejar de pronunciarse sobre el fondo del asunto.

Los emplazados pueden solicitar las medidas precautorias que estimen convenientes e interponer dentro del quinto día del emplazamiento, las siguientes excepciones previas contenidas en el artículo 36 del cuerpo legal mencionado y éstas se tramitarán en incidente, que se substanciará en la misma pieza del proceso principal.

Al ser declaradas sin lugar todas las excepciones previas planteadas, el plazo para contestar la demanda será de cinco días, contados desde la notificación de la resolución recaída en el incidente. Al ser contestada la demanda, positiva o negativamente, haberse dado la reconvención o allanarse las partes se procederá de conformidad. En los casos que ameriten se abrirá a prueba el proceso por el plazo de treinta días.

Vencido el período de prueba, se señalará día y hora para la vista. Transcurrida la vista, el tribunal podrá, si lo estima necesario, dictar auto para mejor fallar por un plazo que no exceda de diez días, para practicar cuantas diligencias fueren necesarias. Transcurrida la vista y cumplidas las diligencias necesarias, si las hubieren, el tribunal dictará sentencia en el plazo de quince días, según lo establece el artículo 142 de la Ley del Organismo Judicial. La sentencia deberá examinar en su totalidad la juridicidad del acto o resolución cuestionada, pudiéndola revocar,

confirmar o modificar. En la sentencia se señalará un plazo prudencial al órgano administrativo que corresponda, para que ejecute lo resulto. Esta sentencia es ejecutable en vía de apremio ante los tribunales competentes del ramo civil o ante la competencia económico coactiva, según sea el caso.

Contra cualquier sentencia o auto definitivos que pongan fin al proceso contencioso administrativo, aun procede el recurso de casación, según lo regula el Código Procesal Civil y Mercantil.

El proceso contencioso administrativo está dotado con todas las fases ordinarias de los procesos judiciales contemplados en el Código Procesal Civil y Mercantil, aplicables, desde la presentación de la demanda con las formalidades de ley, la posible interposición de excepciones previas y perentorias, inclusive de los recursos contenidos en el mencionado Código, diligenciamiento de la prueba, diligencias para mejor fallar, sentencia y, por último, el recurso de casación. Atendiendo a la controversia a suscitarse y el criterio judicial aplicado al caso en concreto, el proceso contencioso tiene efectos suspensivos, por lo que para el caso de una obra pública la misma detiene su curso hasta concluir el proceso.

Al hacer referencia a los procesos contenciosos específicamente por casos de controversias derivadas de contratos de obra pública, el mismo carece de especialización y celeridad, estando frente a un proceso de índole eminentemente judicial con un enfoque administrativo.

Derivado de lo anterior, resulta viable realizar un estudio de la vía viable jurídicamente para conocer de contiendas resultantes en los contratos de obra pública.

CAPÍTULO 4: ARBITRAJE EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN GUATEMALA

Como ya se citó previamente, el arbitraje se encuentra regulado como una vía para la resolución de controversias provenientes de la contratación pública, fundamento que se encuentra en las leyes que se citarán a continuación.

El Decreto 67-95 del Congreso de la República, establece en sus considerandos la importancia del arbitraje como un medio alternativo para la resolución de conflictos, ya que el mismo contribuye con el descongestionamiento de la pesada carga de los tribunales jurisdiccionales y con la resolución de conflictos llevada a cabo con celeridad y eficacia.¹²⁹

En Guatemala, el arbitraje se encuentra regulado como una alternativa para someter las controversias provenientes de la contratación pública, de conformidad con lo que preceptúa el artículo 103 de la Ley de Contrataciones del Estado: *«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.»*¹³⁰

El mismo cuerpo legal dispone que la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, después de agotada la vía administrativa y conciliatoria, es la aplicable para conocer controversias relativas al incumplimiento, interpretación, aplicación y efecto de los actos o resoluciones de las entidades administrativas, así como en el caso de las controversias derivadas de los contratos administrativos.¹³¹ Lo anterior, salvo que las partes hayan acordado mediante una cláusula compromisoria o convenio arbitral que someterán sus controversias a la jurisdicción arbitral.

¹²⁹ Ley de Arbitraje. *Op. cit.*, Considerandos.

¹³⁰ *Ibid.*, Artículo 103.

¹³¹ *Ibid.*, Artículo 102.

Con ello, se determina que por disposición legal para dirimir cualquier controversia resultante de la contratación administrativa existen dos vías, primero, la jurisdicción de lo contencioso administrativo y segundo, si fue acordado en el momento de la contratación por las partes, el arbitraje.

La ley de Arbitraje en su artículo 51 dispone que una vez el Estado, las entidades estatales descentralizadas, autónomas y semiautónomas, unidades ejecutorias, las municipalidades y las empresas públicas estatales o municipales hayan celebrado un convenio arbitral válido, no podrá objetarse la arbitrabilidad de la controversia, o la capacidad del Estado y de las demás entidades citadas para ser parte del convenio arbitral, al amparo de normas o reglas adoptadas con posterioridad a la celebración de dicho convenio.

Asimismo, el artículo 71 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, Acuerdo Gubernativo 1056-92 establece: *«Para la correcta aplicación de lo dispuesto por el artículo 103 de la Ley, cuando una controversia mediante cláusula compromisoria o convenio se haya acordado someterla a la jurisdicción arbitral, no podrá iniciarse acción penal en tanto no se haya agotado el procedimiento arbitral y el administrativo correspondiente.»*¹³²

Ambos cuerpos legales citados reconocen que para dirimir cualquier controversia proveniente de la contratación de obra pública donde el Estado haya manifestado su consentimiento previo por la entidad administrativa contratante, el arbitraje es un método idóneo, aplicable y cuyo laudo es vinculante para las partes.

La Constitución Política de la República de Guatemala establece en el artículo 171 que son atribuciones del Congreso de la República de Guatemala, entre otras: *«(...) k. Decretar, a solicitud del Organismo Ejecutivo, reparaciones o indemnizaciones en caso de reclamación internacional, cuando no se haya recurrido a arbitraje o a juicio*

¹³² Presidente de la República de Guatemala. Acuerdo Gubernativo 1056-92. *Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado*. Artículo 71.

internacional; I. Aprobar, antes de su ratificación los tratados, convenios o cualquier arreglo internacional cuando: (...) 4. Constituyen compromiso para someter cualquier asunto a decisión judicial o arbitraje internacionales. 5. Contengan cláusula general de arbitraje o de sometimiento a jurisdicción internacional; (...)»¹³³

Al respecto, se hace menester que el Congreso de la República apruebe los tratados o convenios en materia internacional cuando constituyen un compromiso para someter cualquier asunto a decisión de arbitraje internacional. Se han dado otros casos donde el Congreso de la República ha adquirido en ley emanada de sí mismo, un compromiso arbitral, como lo es el Proyecto Vial denominado Franja Transversal del Norte, referido a continuación.

4.1. Proyecto Vial denominado Franja Transversal del Norte

Algunos proyectos específicos como lo es el Proyecto Vial denominado Franja Transversal del Norte, aprobado mediante ley emanada por el Congreso de la República, de conformidad con la atribución del Congreso de la República que dispone el artículo 171 de la Constitución Política de la República de Guatemala, han determinado que la vía para la resolución de controversias es el arbitraje. Al respecto, la Ley para la Ejecución del Proyecto Vial denominado Franja Transversal del Norte, Decreto número 88-2005, en su artículo 40 establece: *«Resolución de controversias. Todas las controversias relativas al cumplimiento, interpretación, aplicación o efectos del contrato, fianzas y de seguros, se tratará de resolverlas en forma directa por las partes. Si ello no fuera posible, se acudirá al procedimiento de conciliación establecido en la Ley de Arbitraje, bajo la administración y el reglamento de una institución nacional. En caso de no llegarse a ningún acuerdo en la conciliación, las controversias se resolverán mediante arbitraje, bajo la administración y el reglamento de una institución arbitral nacional, de conformidad con la cláusula compromisoria que se consignará en el contrato. Tanto la*

¹³³ Constitución Política de la República de Guatemala. *Ibid.* Artículo 171.

conciliación como el arbitraje se llevarán a cabo en la ciudad de Guatemala, con arreglo a las leyes de la República de Guatemala.»¹³⁴

En dicho caso, el mismo Congreso de la República de Guatemala otorga y reconoce la competencia de un tribunal arbitral para conocer de las contiendas derivadas de los contratos de obra pública, en específico el Proyecto Vial de la Franja Transversal del Norte.

Otros casos de relevancia actual en el país, lo constituyen los proyectos de obra pública resultantes del denominado Fideicomiso del Fondo Vial.

4.2. Fideicomiso del Fondo Vial

Otra modalidad estudiada por su relevancia en la actualidad, han sido los proyectos de obra pública resultantes del denominado FIDEICOMISO DEL FONDO VIAL creado con el objetivo de administrar y auto sostener la red vial del país.

Según lo establece el artículo 15 del Acuerdo Gubernativo 736-98 del Presidente de la República, el Ministro de Comunicaciones, Transporte, Obras Públicas y Vivienda quedó facultado para constituir un Fideicomiso para la administración de los recursos asignados a -COVIAL-, así como los contratos que sean necesarios para la planificación, administración, ejecución y supervisión de las obras de conservación de la red vial, y aquellos que se relacionen con el cumplimiento de sus fines. El Fideicomiso se otorgó en escritura pública número 184, autorizada por la Escribano de Gobierno, Yuli Judith Tellez Soto, el 15 de julio de 1999 y se otorgó el Fideicomiso al Banco de Occidente, S.A. como fiduciario.

Actualmente, el fideicomitente es el Estado de Guatemala, representado por el Ministerio de Comunicaciones, Infraestructura y Vivienda, el fiduciario es el Banco

¹³⁴ Congreso de la República de Guatemala. Decreto número 88-2005, *Ley para la ejecución del proyecto vial denominado Franja Transversal del Norte*, Artículo 40.

Industrial, Sociedad Anónima (por haber sido fusionado y absorbido al Banco de Occidente, S.A., quien era el principal fiduciario) y el fideicomisario es el contratista seleccionado para el efecto.

En dichos contratos, específicamente se establece, atendiendo a lo establecido por el artículo 103 de la Ley de Contrataciones del Estado, que la vía para resolución de las controversias resultantes de la contratación es el arbitraje, de común acuerdo por las partes por medio de una cláusula compromisoria.

La situación actual de acuerdo con el Informe del Presupuesto del año 2014 emitido por la Contraloría General de Cuentas, haciendo referencia a oficios de la Dirección Ejecutiva de la Unidad Ejecutora de Conservación Vial, específicamente OF.DIRCOVIAL/031-2015 Y OF.DIRCOVIAL/163-2015, de fecha 12 de enero y 09 de marzo de 2015, respectivamente, indicó que existen 30 demandas de arbitrajes por valor de Q133,767,264.25, iniciadas en contra del Fideicomiso del Fondo Vial, el Comité Técnico y de la Unidad Ejecutora de Conservación Vial -COVIAL-. Dichas demandas de arbitrajes comprenden proyectos de los años 2007, 2008, 2009 y 2010.¹³⁵ Actualmente las demandas de arbitrajes y el valor del adeudo han incrementado de manera desorbitante, atendiendo a que la estadística proporcionada es del año 2014.

Como se puede constar en varias sentencias de la Corte Suprema de Justicia y Corte de Constitucionalidad, que se abordarán más adelante en el presente trabajo de investigación, el Estado de Guatemala, por medio de la representación ejercitada de conformidad con la legislación guatemalteca previamente referida, se opone a los arbitrajes, desconociendo la competencia del proceso como tal, muchas veces sin entrar a conocer del caso controvertido.

¹³⁵ Contraloría General de Cuentas. *Informe de autoría Fideicomiso del Fondo Vial del 01 de enero al 31 de diciembre de 2014*. Guatemala, 2015. Disponibilidad y acceso: http://www.contraloria.gob.gt/imagenes/i_docs/i_inf_FIDEICOMISOS14/archivos/fideicomisos/INFO_RMES_PRESUPUESTO_2014/19_FONDO_VIAL.pdf Fecha de consulta: 30 de julio de 2017.

Con el objetivo de conocer el proceso arbitral en otros países y su aplicación en controversias resultantes de la contratación de obra pública, a continuación, se analiza la legislación peruana.

4.3. El arbitraje obligatorio en Perú en el ámbito de contratación pública y su regulación

Se realiza un estudio de la legislación de la República de Perú, ya que el ámbito de contratación pública en el que interviene el Estado se encuentra limitado, en cuanto a su resolución de controversias y ejecución, al procedimiento del arbitraje.

Éste se encuentra regulado en la Constitución Política del Perú, la Ley de Contrataciones y su Reglamento, así como por las normas de derecho público y las normas de derecho privado.

El artículo 4° de la Ley del Arbitraje, Decreto Legislativo Número 1071, regula la competencia que tienen las entidades del Estado para someter a arbitraje las controversias derivadas de los contratos que suscribe con nacionales o extranjeros, o con otras entidades estatales.

La Ley de Contrataciones, aprobada por Decreto Legislativo Número 1017, establece que es obligatorio incorporar en los contratos que suscribe el Estado con los proveedores o contratistas, una cláusula respecto a la solución de controversias. El artículo 40 de la citada ley establece, en el inciso b): «(...) *Solución de controversias: Toda controversia surgida durante la etapa de ejecución del contrato deberá resolverse mediante conciliación o arbitraje. En caso que en las Bases o el contrato no se incluya la cláusula correspondiente, se entenderá incorporada de pleno derecho la cláusula modelo que establezca el Reglamento.*»¹³⁶ El artículo 52 de la citada ley establece: «*Las controversias que surjan entre las partes sobre la*

¹³⁶ Presidencia de la República de Perú. Decreto Legislativo N° 1017. *Ley de Contrataciones*. Artículo 108.

ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia, nulidad o invalidez del contrato, se resolverán mediante conciliación o arbitraje, según el acuerdo de las partes, debiendo solicitarse el inicio de estos procedimientos en cualquier momento anterior a la fecha de culminación del contrato, considerada ésta de manera independiente.»¹³⁷

El Reglamento de la Ley de Contrataciones, aprobado por Decreto Supremo Número 184-2008-EF, define la obligatoriedad de la aplicación del arbitraje para la solución de controversias que surjan entre las partes, interviniendo el Estado o entre particulares, con la incorporación de pleno derecho de la cláusula modelo que describe en su artículo 216°, en la forma siguiente: *«Si el contrato no incorpora un convenio arbitral, se considerará incorporado de pleno derecho el siguiente texto, que remite a un arbitraje institucional del Sistema Nacional de Arbitraje – OSCE, cuya cláusula tipo es: “Todos los conflictos que deriven de la ejecución e interpretación del presente contrato, incluidos los que se refieran a su nulidad e invalidez, serán resueltos de manera definitiva e inapelable mediante arbitraje de derecho, de conformidad con lo establecido en la normativa de contrataciones del Estado, bajo la organización y administración de los órganos del Sistema Nacional de Arbitraje del OCSE y de acuerdo con su Reglamento”.»¹³⁸*

En el entendido que, no obstante el contrato no incorpore el compromiso arbitral, se incorporará de pleno derecho, lo que hace obligatoria la ejecución por medio de procedimiento de arbitraje. Por lo que se entiende, de conformidad con las disposiciones citadas, que el arbitraje en la República de Perú es la única vía para dirimir controversias resultantes o provenientes de la contratación de obra pública.

¹³⁷ *Ibid.*, Artículo 52.

¹³⁸ Presidencia de la República de Perú. Decreto Supremo N° 184-2008-EF. *Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado*. Artículo 216.

El procedimiento arbitral aplicado a los conflictos provenientes de la contratación de obra pública es el siguiente:¹³⁹

Si las partes no incorporaron en el contrato la cláusula del convenio arbitral, ésta se considerará incorporada de pleno derecho con el texto que establece el artículo 216 del Reglamento de la Ley de Contrataciones, previamente citado, en cuyo caso el arbitraje será institucional, organizado, administrado y desarrollado por los órganos del Sistema Nacional de Arbitraje del OSCE según sus Reglamentos y Directivas aprobadas con dicho fin.

Las partes que suscriben el contrato son las que deciden si el arbitraje será institucional o ad hoc. Si las partes establecen que el arbitraje será institucional, podrán decidir además la institución arbitral que organizará, administrará y desarrollará el arbitraje, cuyo procedimiento se regirá por el Reglamento de la institución arbitral que hayan designado. Si las partes no designaron a la institución arbitral que se hará cargo de la organización, administración y desarrollo del arbitraje, la Ley de Contrataciones, en el inciso g) y h) del artículo 58 establece será que la una de las funciones del Organismo Superior de las Contrataciones del Estado -OSCE- es: «*Organizar y administrar arbitrajes, de conformidad con los reglamentos que apruebe para tal efecto; Designar árbitros y resolver las recusaciones sobre los mismos en arbitrajes que no se encuentren sometidos a una institución arbitral, en la forma establecida en el Reglamento; (...)*»¹⁴⁰

El arbitraje se inicia con la notificación del órgano arbitral. Si las partes decidieron someter el arbitraje a una institución específica, el proceso arbitral se regirá por las normas de dicha institución. Si las partes no decidieron someter el arbitraje a una institución específica, el proceso arbitral se regirá por el Reglamento y Directivas del Sistema Nacional de Arbitraje del OSCE.

¹³⁹ La Contraloría General de la República. *El Arbitraje en las Contrataciones Públicas durante el período 2003-2013*. Disponibilidad y acceso: <http://doc.contraloria.gob.pe/estudios-especiales/estudio/Estudio-Arbitraje-Online.pdf> Fecha de consulta: 5 de junio de 2017.

¹⁴⁰ Presidencia de la República de Perú. *Ley de Contrataciones*. *Op.cit.*, Artículo 58.

El procedimiento arbitral regulado por la Ley de Contrataciones del Estado, la Ley General de Arbitraje, en lo que resulta aplicable y el reglamento que regula el arbitraje del Sistema Nacional de Arbitraje del OSCE, es el siguiente:¹⁴¹

- a. Solicitud de inicio de arbitraje.
- b. Instalación del Tribunal Arbitral.
- c. Presentación de la demanda y ofrecimiento de pruebas.
- d. Cuestiones previas o tachas a medios probatorios.
- e. Contestación y/o recomendación de la demanda y ofrecimiento de pruebas.
- f. Audiencia de conciliación y fijación de puntos controvertidos.
- g. Audiencia de pruebas.
- h. Prestación de alegatos.
- i. Audiencia de informes orales.
- j. Emisión de laudo arbitral.
- k. Ejecución del laudo arbitral.

Si las partes llegarán a un acuerdo o conciliación, en cualquier etapa del arbitraje, el tribunal dictará la resolución sobre los puntos materia de controversia y la conclusión del procedimiento, por lo que lo acordado por las partes va a adquirir la calidad de cosa juzgada. Si el acuerdo arriba entre las partes es parcial, debe continuar el proceso arbitral para resolver las demás controversias.

El laudo arbitral es el documento por el cual el tribunal arbitral emite la decisión final del proceso que fue sometido a su conocimiento y competencia. El laudo es inapelable, definitivo y de cumplimiento obligatorio para las partes desde que éstas fueron debidamente notificadas a través del Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado -SEACE- y de manera personal del mismo. Se ejecuta como una sentencia, de conformidad con lo establecido en los artículos 52 y 231 de la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento.

¹⁴¹ Departamento de Estudios CGR, de conformidad con información contenida en el Esquema básico del procedimiento arbitral. Disponibilidad y acceso: <http://doc.contraloria.gob.pe/estudios-especiales/estudio/Estudio-Arbitraje-Online.pdf> Fecha de consulta: 5 de junio de 2017.

El único recurso que procede en contra del laudo arbitral es el recurso de anulación, cuando se haya producido alguna de las situaciones previstas en el artículo 63 de la Ley de Arbitraje¹⁴², entre otras, que se pruebe que el convenio arbitral es inexistente, nulo, anulable, inválido o ineficaz, que una de las partes no fue debidamente notificadas, que la composición del tribunal arbitral o las actuaciones arbitrales no se han ajustado al acuerdo entre las partes o al reglamento arbitral aplicable, que el tribunal arbitral ha resuelto sobre materias no sometidas a su decisión. Adicional, que se cumpla el requisito de que las partes hayan pactado en el convenio arbitral la constitución de carta fianza a favor de parte vencedora y por la cantidad que el laudo determine pagar a la parte vencida. Si la parte que pretende impugnar no interpone el recurso en el plazo de cinco días hábiles posteriores al vencimiento del plazo, se entiende que el laudo arbitral quedó consentido por las partes.

Al conocer sobre la legislación peruana sumamente avanzada en la materia y siendo la República de Perú un país en vías de desarrollo, como lo es la República de Guatemala, se puede entender que el espíritu del mismo es atender las necesidades de inversión extranjera y brindar certeza y celeridad a los procesos para ambas partes, para el Estado que se garantiza un proceso efectivo y especializado y para el contratista que se garantiza, adicional a lo anterior, la certeza de la contratación y la celeridad en la resolución de cualquier controversia proveniente de dicha contratación, con ello cumpliendo el objetivo principal del arbitraje.

¹⁴² Presidencia de la República de Perú. Decreto Legislativo número 1071, 2008. *Decreto legislativo que norma el Arbitraje*. Artículo 63.

CAPÍTULO 5: PRESENTACIÓN, DISCUSIÓN Y ANÁLISIS DE RESULTADOS

5.1. Resultados de la investigación

La investigación realizada consistió en entrevistas realizadas a profesionales del derecho que dedican su carrera profesional al arbitraje, abogados de parte, asesores de las entidades del Estado, árbitros miembros y directivos del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio -CENAC- y aquel de la Comisión de Resolución de Conflictos de la Cámara de Industria de Guatemala -CRECIG-. Asimismo, se realizó un estudio del caso del Fideicomiso del Fondo Vial, incluyendo resoluciones y sentencias del proceso contencioso administrativo, sentencias emanadas de la Corte Suprema de Justicia, por medio de la Sala de Apelaciones correspondiente, sentencias emanadas de la Corte de Constitucionalidad, todas con aplicación directa al caso concreto. Luego, se procedió a estudiar la legislación de la República de Perú, aplicada a la materia. Por último, se estudiaron sentencias de la Corte de Constitucionalidad referentes a arbitraje.

Todo ello con el objeto de determinar cómo opera en Guatemala el arbitraje como método alternativo de resolución de conflictos provenientes de controversias resultantes de contratación de obra pública, haciendo una referencia de los arbitrajes suscitados como resultado de controversias provenientes del Fideicomiso del Fondo Vial.

Para poder evaluar la situación jurídica de Guatemala en dicha materia y su aplicación, fue preciso enumerar las leyes que plantean una regulación al respecto, obteniendo como resultado la Ley de Contrataciones del Estado y la Ley de Arbitraje, anteriormente relacionadas. Sin embargo, a pesar de existir regulación en la materia desde el año 2006, es posible determinar que como parte de la problemática que ha surgido en la actualidad predominan los temas de la competencia y jurisdicción del arbitraje con motivo de la aplicación de la Ley de

Contrataciones del Estado. Al respecto, se hace referencia a varias sentencias consultadas en las que se puede evidenciar lo anterior.

En la práctica, de acuerdo con la investigación realizada, se determinó que actualmente son varias las situaciones que limitan el procedimiento de arbitraje y su ejecución, se mencionan las siguientes:

5.1.1. Regulación de arbitraje y su aplicación en las controversias relativas al cumplimiento, interpretación, aplicación y efectos de los contratos celebrados en obra pública

Se determinó que el arbitraje se encuentra ampliamente regulado dentro de la legislación guatemalteca. Se encuentra regulado un arbitraje mixto, en el que interviene el Estado como parte, atendiendo a las disposiciones de la Ley de Contrataciones del Estado, específicamente en el artículo 103 de la misma.

En una gran mayoría de los contratos celebrados por el Estado de Guatemala para realizar obra pública, el Estado de Guatemala y el contratista acuerdan voluntariamente por medio de un compromiso arbitral que las controversias resultantes de la contratación se resolverán por el procedimiento de arbitraje.

En este aspecto el Licenciado Alejandro De La Vega Canet, Abogado y Notario, expresa que, al mediar la voluntad de ambas partes de someter las controversias emanadas de la contratación pública a la jurisdicción arbitral mediante cláusula compromisoria o convenio arbitral, la Ley de Contrataciones del Estado establece que la misma es competente.¹⁴³ En el mismo sentido, otros profesionales entrevistados consideran al arbitraje como una vía jurídicamente viable para resolver controversias, al tenor de las disposiciones de la Ley de Contrataciones del Estado.

¹⁴³ Entrevista: De La Vega Canet, José Alejandro. Abogado y Notario. Fecha de la entrevista: 21 de agosto de 2017.

Estos arbitrajes usualmente son administrados por el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio -CENAC- y aquel de la Comisión de Resolución de Conflictos de la Cámara de Industria de Guatemala -CRECIG-, acogiéndose el procedimiento a los Reglamentos respectivos de dichos Centros.

En contraposición con lo anterior, la Licenciada Emilia Carolina Cabrera Rosito, quien formó parte del departamento jurídico de la Procuraduría General de la Nación, expresa *«que si la naturaleza del negocio cae dentro de la normativa de la Ley de Contrataciones del Estado, las controversias deben ventilarse en la vía contencioso administrativa, ya que ni la ley y menos las partes pueden ir más allá de lo que prescribe la Constitución Política de la República. Con base en el artículo 103 de la Ley de Contrataciones del Estado, se ha dado el caso que el Gobierno y particulares pactan en contrato administrativo que toda controversia se dilucidará por la vía arbitral, excluyendo así la vía contenciosa administrativa y por lo tanto en total contradicción con lo que estipula el artículo 221 constitucional, sobreestimando el principio civilista de la autonomía de la voluntad. Pero es el caso que siendo contratos administrativos debe de prevalecer el interés social sobre el particular, y por consiguiente, se debe de privilegiar la norma constitucional que ordena la vía contencioso administrativa y excluir la vía arbitral que se acordó por parte de un funcionario público que no posee la libre disposición de los bienes que tiene a su cargo, por ser bienes del Estado; requisito sine quanon para poder someter a arbitraje ciertas controversias que hayan surgido respecto de una determinada relación jurídica.»*¹⁴⁴

La postura sostenida por la Licenciada Emilia Carolina Cabrera Rosito es la que se vio defendida por los profesionales del Derecho a quienes se les delegó la representación del Estado en los procesos estudiados del caso del Fideicomiso del Fondo Vial, como mecanismos de defensa. Se pudo determinar, al analizar las sentencias aplicables al caso concreto mencionado, que esta postura constituye la

¹⁴⁴ Entrevista: Cabrera Rosito, Emilia Carolina. Abogada y Notaria. Formó parte del departamento jurídico de la Procuraduría General de la Nación. Fecha de la entrevista: 25 de agosto de 2017.

problemática en la actualidad. Estos fallos serán abordados a detalle más adelante en el presente capítulo.

5.1.2. Acuerdo de arbitraje

Al analizar la legislación aplicable al acuerdo arbitral, se pudo determinar que la misma está completa en cuanto a su contenido, sin embargo, al analizar las controversias provenientes en la trayectoria del juicio arbitral y las problemáticas compartidas por los profesionales de Derecho entrevistados, cabe resaltar que los muchos de los compromisos arbitrales adoptado por el Estado de Guatemala no contienen varios aspectos importantes que deben aplicarse al suscitarse controversias resultantes de la contratación en concreto. Para ejemplificar lo anterior, resulta importante considerar los varios métodos alternativos de resolución de controversias como lo es el arreglo directo, la conciliación y el arbitraje, ya que en muchas ocasiones no se establece un plazo para cumplir con cada una de estas etapas, por ende, resulta difícil establecer la fase procesal aplicable al conflicto que se suscita.

Tal como lo indica el Licenciado Javier Antonio Sandoval Ruiz, abogado defensor de parte en procesos arbitrales, los compromisos arbitrales se encuentran compuestos, en su mayoría, por cláusulas patológicas o incompletas, ya que no regulan una sede competente para conocer del proceso arbitral, la legislación aplicable, el tipo de arbitraje, el idioma, la integración del tribunal arbitral y la cantidad de árbitros, entre otros, pero principalmente la aceptación del laudo.¹⁴⁵

Recogiendo lo más importante, es pertinente precisar que dentro de la cláusula compromisoria o compromiso arbitral se deben regular aspectos más específicos en cuanto a la administración del arbitraje y la competencia del tribunal arbitral, resultantes del acuerdo arribado en relación con las mismas.

¹⁴⁵ Entrevista: Sandoval Ruiz, Javier Antonio. Abogado y Notario. Abogado de parte en arbitrajes. Fecha de la entrevista: 24 de agosto de 2017.

5.1.3. Situación de los procesos sometidos a la jurisdicción arbitral

Al analizar el caso de estudio del presente trabajo de investigación, se establecieron varias situaciones que se dan en el procedimiento de arbitraje. Como primer punto, en el momento de existir controversias, ya sea de cuestiones técnicas de la obra, interpretación y aplicación, recepción de proyectos, pagos y ejecución, entre otras, el contratista, usualmente, presenta una solicitud de arbitraje y, en su oportunidad, la demanda arbitral en contra del Estado para dirimir dicha controversia. Mientras, que el Estado de Guatemala a través de su representante legal por delegación, en la mayoría de procesos, no acepta el proceso y en determinados casos particulares, no reconoce la competencia del tribunal arbitral y ataca la validez del acuerdo o compromiso arbitral, presentando excepciones, amparos, apelación e inclusive recurso de revisión del laudo en contra del compromiso arbitral, el tribunal arbitral y su competencia, así como de la actuación de los árbitros, entre otros. El arbitraje continúa su curso y se lleva a cabo, usualmente frente una excepción de incompetencia presentada por el Estado de Guatemala, se desarrolla todo el procedimiento arbitral y llega su conclusión, con un laudo en el que se resuelve tanto lo relativo a la competencia del tribunal arbitral, como el fondo del asunto.

En el transcurso del juicio arbitral, el Estado de Guatemala, al no reconocer el compromiso arbitral y por consiguiente la competencia del tribunal arbitral, usualmente no ataca el fondo del asunto, caso contrario, se enfoca en desconocer el proceso de arbitraje como tal. De manera paralela, ambas partes presentan amparos en contra de las resoluciones emanadas del tribunal arbitral ante los tribunales de Guatemala, no obstante, existe un compromiso arbitral que permite que el tribunal conozca y resuelva acerca de su propia competencia.

Usualmente, el Estado de Guatemala pide ante un órgano jurisdiccional la garantía constitucional del amparo en contra de la primera resolución del tribunal arbitral, donde se integra y se constituye y se presenta la demanda, argumentando de conformidad con lo dispuesto en el inciso h) del artículo 10 de la Ley de Amparo,

Exhibición Personal y de Constitucionalidad, que establece que toda persona tiene derecho a pedir amparo en los asuntos de los órdenes judicial y administrativo, que tuvieren establecidos en la ley procedimientos y recursos, por cuyo medio puedan ventilarse adecuadamente de conformidad con el principio jurídico del debido proceso, si después de haber hecho uso el interesado de los recursos establecidos por la ley, subsiste la amenaza, retribución o violación a los derechos que la Constitución y leyes garantizan. Con ello se argumenta en contra de los actos de los árbitros y la competencia del tribunal arbitral.

Al respecto, también se hace referencia al principio doctrinario analizado en el presente trabajo de investigación de *competence-competence* que permite que el tribunal arbitral se pronuncie sobre su propia competencia frente a excepciones interpuestas por las partes referentes a la existencia, validez o alcances del convenio arbitral, así como conocer el fondo del asunto y el contrato como tal. Este principio se manifiesta en la legislación guatemalteca, específicamente en el artículo 21 de la Ley de Arbitraje.

Es evidente entonces, sin hacer referencia a los múltiples recursos que se interponen por las partes, que el procedimiento arbitral puede continuar su curso, situación que en la práctica no se da ya que el tribunal arbitral en múltiples casos espera la resolución de la garantía procesal interpuesta para continuar conociendo del proceso. Según comparten profesionales entrevistados, al existir tanta incongruencia con los criterios judiciales se hace menester esperar la resolución.

Retomando, el proceso continúa su curso y al concluirse en todas sus fases procesales, como se analizó en su oportunidad, el tribunal arbitral emite el laudo, por medio del cual resuelve la cuestión controvertida. Éste, por disposición legal, aún puede ser impugnado o recurrido ante una Sala de la Corte de Apelaciones por medio del recurso de revisión, en los casos estudiados con anterioridad. Dicha petición deberá formularse antes de transcurrido un mes contado desde la fecha de recepción del laudo. Usualmente, cualquiera de las partes involucradas, Estado o

contratista, presenta como último recurso el de revisión. El Estado, con los mismos argumentos presentados en cuanto a la competencia del arbitraje como método alternativo de resolución de conflictos y del tribunal arbitral, y el contratista, cuando se ajusta a lo dispuesto por el artículo 43 de la Ley de Arbitraje.

En este orden de ideas y como se establecerá más adelante, las Salas de las Cortes, usualmente, han mantenido el criterio en sus resoluciones pertinentes al caso de estudio de reconocer el compromiso o acuerdo arbitral, la competencia del tribunal arbitral y por ende el laudo emanado de dicho tribunal, siempre y cuando éste se ajuste a lo dispuesto por la legislación guatemalteca.

Al analizar el caso concreto del Fideicomiso del Fondo Vial, en el que como se indicó actualmente existen más de 30 demandas de arbitrajes, y consultar los casos provenientes de las controversias de dicho Fideicomiso, se puede determinar que la mayoría de las mismas son de temas pecuniarios y su enfoque es reclamar el pago adeudo por el Estado de Guatemala en concepto de los diferentes trabajos ejecutados.

Para ejemplificar lo anterior, se citan varias sentencias de la Corte de Constitucionalidad, específicamente la sentencia contenida dentro del expediente número 3399-2016, de fecha 31 de mayo de 2017. Esta sentencia resuelve una Apelación de Sentencia de Amparo interpuesta por el Estado de Guatemala en contra de la Sala Tercera de la Corte de Apelaciones del Ramo Civil y Mercantil que resolvió la cuestión de competencia solicitada por el Estado de Guatemala en contra el Tribunal Arbitral de Equidad de la Fundación CENAC, Centro de Arbitraje y Conciliación. Las violaciones que denuncia fueron el derecho de defensa, así como a los principios jurídicos de legalidad, de juridicidad, de tutela judicial efectiva, de supremacía constitucional y del debido proceso.

La Corte consideró que, el Tribunal Arbitral de Equidad de la Fundación CENAC, Centro de Arbitraje y Conciliación se declaró competente para conocer del proceso

arbitral que fue iniciado por la Compañía Constructora de Obras Civiles, Sociedad Anónima, con fundamento en el Contrato de Mejoramiento Proyecto (M-19-2008), documentado en la escritura pública número veintidós, de fecha quince de abril de dos mil ocho, suscrito entre Banco Industrial, Sociedad Anónima, como Fiduciario del Fideicomiso del Fondo Vial y la entidad mencionada, según lo establecido en el artículo 21 numeral 3) de la Ley de Arbitraje. Dicho artículo establece que el tribunal arbitral tiene competencia para decidir las excepciones como cuestión previa o en un laudo sobre el fondo, atendiendo a que si el tribunal arbitral se declara competente, cualquiera de las partes, dentro del plazo de quince días a partir del recibo de la notificación de esa decisión, podrá solicitar del tribunal competente conforme al artículo 9, que resuelva la cuestión, y la resolución de este tribunal será definitiva y, por ende, no susceptible de ser revisada por recurso o remedio procesal alguno. Se hace la salvedad que mientras esté pendiente dicha solicitud de resolución, el tribunal arbitral podrá proseguir sus actuaciones y dictar un laudo.

La Corte consideró que: «(...) la acción defensiva del postulante contiene irregularidades, pues al pretender repeler decisiones que consideraba violatorias utilizó un mecanismo de defensa que resultó inidóneo, porque tal y como lo establece la normativa anteriormente invocada no existe mecanismo de defensa alguno que pueda impugnar la decisión que este pretendió atacar, situación que denota la falta de asidero legal que posee la pretensión de la ahora peticionaria, por lo que, esta Corte determina que no existe agravio alguno que pueda ser reparado por esta vía, pues la autoridad cuestionada, al emitir el acto señalado como lesivo actuó conforme a las facultades que la Constitución Política de la República y demás leyes le confieren, cumpliendo con motivar de manera certera su decisión, ello, porque desarrolló los argumentos que consideró necesarios para no acoger la pretensión de la solicitante, no obstante, que pudo ser rechazada esta de manera liminar al existir expresamente por la ley una causal que imposibilita tal pretensión, de lo contrario el juicio se extendería de manera innecesaria, situación que

vulneraría el principio jurídico del debido proceso garantizado por la Carta Magna, por lo que, su actividad impugnativa se encuentra revestida de inviabilidad.»¹⁴⁶

Inclusive, la Corte busca sancionar al postulante con una multa impuesta a su abogado patrocinante, ya que como entidades administrativas deben regirse conforme el principio de legalidad, por lo que su actuación se presume de buena fe, salvo debida prueba en contrario. Sin embargo, la misma no puede ser impuesta a los abogados que ejercen funciones de patrocinio y asesoría de entidades centralizadas, descentralizadas o autónomas, estos no deben ser sujetos de esa sanción cuando actúen en ejercicio de sus cargos, en defensa de los intereses estatales que les han sido encomendados por presumirse su actuación de buena fe.

La Corte se pronunció en similares términos en sentencias de veinticinco de noviembre de dos mil diez y veinticinco de abril de dos mil doce, proferidas en los expedientes 3766-2010 y 354-2012, respectivamente.

Asimismo, se hace referencia a la Sentencia emanada de la Corte de Constitucionalidad al respecto de la competencia del tribunal arbitral, dentro del expediente número 1635-2015, de fecha 6 de enero de 2016. La Corte se pronunció en similares términos en varias sentencias encontradas, específicamente en los expedientes identificados con los números 158-2009, 1339-2009, 1886-2009, 2454-2009, 4671-2009, 2128-2010, 4422-2012, 4689-2012, 4742-2012, 333-2013, 5239-2013, 3617-2014, 637-2015, 1671-2015, 2047-2015, entre otras.

En la sentencia referida, el acto reclamado fue la sentencia de treinta de marzo de dos mil quince, dictada por el Juzgado Undécimo de Primera Instancia Civil del departamento de Guatemala, constituido en Tribunal de Amparo, en la acción constitucional de amparo promovida por Banco Industrial, Sociedad Anónima, en calidad de Fiduciario del Fideicomiso de Fondo Vial, por medio de su mandatario

¹⁴⁶ Corte de Constitucionalidad. Expediente número 3399-2016 de fecha 31 de mayo de 2017.

especial judicial con representación, Jhony Adolfo Gutiérrez Castillo, contra Fundación CENAC, Centro de Arbitraje y Conciliación, por medio de la cual la autoridad cuestionada se abstuvo de pronunciarse respecto de lo solicitado por el amparista en cuanto a ordenar la suspensión definitiva del arbitraje, por no haberse agotado la fase conciliatoria dentro del proceso.

En este caso, el Tribunal de Amparo de primer grado denegó la protección constitucional por estimar que la autoridad reprochada (Fundación CENAC, Centro de Arbitraje y Conciliación) procedió de conformidad con la normativa que rige su actuación.

La Corte, al determinar si la autoridad cuestionada (Fundación CENAC, Centro de Arbitraje y Conciliación), al abstenerse de emitir pronunciamiento respecto de lo solicitado por el amparista en cuanto a que ordenara la suspensión definitiva del arbitraje, y disponer trasladar la referida petición al Tribunal Arbitral que se instalaría, para que sea éste quien emita el pronunciamiento correspondiente, fundamentándose en el reglamento de dicho Centro que determina, en el artículo 14, que el Centro no resuelve sobre las disputas o controversias de las partes, ya que corresponde al tribunal arbitral resolver respecto de su propia competencia, sobre la validez o vigencia del acuerdo arbitral, sobre la arbitrabilidad de la controversia y sobre cualquier cuestión previa o de fondo relacionada con la controversia, consideró que la Fundación CENAC, Centro de Arbitraje y Conciliación no vulneró los derechos de la amparista, pues el pronunciamiento pretendido excede a las responsabilidades que el reglamento mencionado confiere a la institución arbitral, en vista de que la suspensión pretendida se funda en el supuesto incumplimiento por parte de la demandante del agotamiento de una fase previa al arbitraje.

Atendiendo al Recurso de Revisión, analizado en el presente trabajo de investigación, se identificaron varias sentencias que confirman que el Estado de Guatemala puede sujetarse a la jurisdicción arbitral, dentro de éstas se mencionan

los siguientes expedientes 01010-2016-00068 de la Sala Tercera de la Corte de Apelaciones del Ramo Civil y Mercantil, 01008-2016-00098 de la Sala Primera de la Corte de Apelaciones del Ramo Civil y Mercantil, 01192-2017-0003 y 01008-2017-0003 acumulados en la Sala Quinta de la Corte de Apelaciones del Ramo Civil Y Mercantil.

En contraposición con lo anterior, se pudo identificar un caso en el que la Corte de Apelaciones modificó un laudo arbitral y declaró que el Estado de Guatemala no puede ser demandado por arbitraje. Esto se analizó en el expediente identificado con el número 010009-2016-00082 de la Sala Segunda de la Corte de Apelaciones del Ramo Civil y Mercantil, que modificó la resolución 89-2017 de la Corte Suprema de Justicia, Cámara de Amparo y Antejuicio.

Tomando como base el estudio de casos realizado de los procesos iniciados sobre controversias resultantes del Fideicomiso del Fondo Vial, se puede determinar que las Cortes mantienen un criterio uniforme sobre la competencia de la jurisdicción arbitral, únicamente denegando la misma en contadas ocasiones.

Asimismo, se puede apreciar cómo el Estado de Guatemala e inclusive particulares, atacan la competencia del juicio arbitral y por consiguiente la competencia del tribunal arbitral, tornándose los procesos sumamente extensos y laboriosos, tanto para el Estado de Guatemala como para el contratista.

5.1.4. Falta de cultura arbitral en Guatemala

Al consultar con los profesionales del Derecho entrevistados, se pudo determinar que una gran cantidad de funcionarios a cargo de instituciones públicas no tienen conocimiento del procedimiento arbitral y su aplicación. De la misma manera, abogados colegiados al enfrentarse con la jurisdicción arbitral se encuentran ante la limitante que éste no es un proceso judicial, como tal, por lo que no tienen conocimiento del mismo y de su aplicación. Ante esta situación, ambas partes, el

Estado y los contratistas se ven afectados ya que no se explota el potencial del arbitraje y las defensas muchas veces son limitadas y deficientes.

Con ello, se presenta su poca aplicación por las instituciones públicas del Estado, al respecto la Licenciada Gabriela Cruz, Directora de la Dirección General de Adquisiciones del Estado, manifestó que el arbitraje se debe impulsar en Guatemala ya que Guatemala es uno de los países más atrasados en compras públicas. Asimismo, se requieren plantear normativas para fortalecer las compras públicas porque de eso deriva que los conflictos mejoren y aumente la participación de los proveedores y contratistas, en este sentido, se ven afectadas las compras porque muchos proveedores no tienen la capacidad económica de superar la impuntualidad de los pagos sobre estimaciones.¹⁴⁷

Al respecto, la Licenciada Emilia Carolina Cabrera Rosito, manifiesta su confirmación que la única vía para resolver controversias en las que interviene el Estado, de acuerdo a lo previamente citado y el principio de supremacía constitucional, es la vía contencioso administrativo.

El Licenciado Álvaro Rodrigo Castellanos Howell, hace mención que en varios de los arbitrajes en los que ha sido árbitro las partes no tenían cultura arbitral que les permitiera negociar, pudiendo haber tomado actitudes de defensa que les permitieran llegar a un acuerdo.¹⁴⁸ Caso contrario, como se pudo observar previamente, las partes se oponen a la competencia del tribunal arbitral desde la primera etapa del proceso, interponiendo recursos y otras garantías que pretendían descartar la competencia.

¹⁴⁷ Entrevista: Cruz, Gabriela. Abogada y Notaria. Dirección Normativa de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, Ministerio de Finanzas Públicas. Directora General. Fecha de la entrevista: 27 de noviembre de 2015.

¹⁴⁸ Entrevista: Castellanos Howell, Álvaro Rodrigo. Abogado y Notario. Árbitro en procesos arbitrales nacionales e internacionales, Presidente de la Comisión de Resolución de Conflictos de la Cámara de Industria de Guatemala -CRECIG-, Miembro por Guatemala de la Corte Internacional de Arbitraje de la ICC.

Esto implica, que el Estado de Guatemala, en el caso concreto estudiado, se ve afectado por la ignorancia y la falta de cultura arbitral con adeudos exorbitantes por intereses resultantes del retraso del pago de obras concluidas. De la misma manera, el particular que contrata con el Estado se ve afectado en su inversión, enfrentándose a una situación de desconfianza por la falta de conocimiento en especificaciones técnicas y el incumplimiento que se da en gran escala en los pagos, sin tener una vía rápida y certera para dirimir controversias.

Al respecto, al consultar con personas que se dedican al comercio y contratan con el Estado de Guatemala, se determina que ambas partes se podrían ver beneficiadas si se tuviera cultura arbitral que haga de las controversias resultantes de la contratación de obra pública de rápida solución y acceso, ante tribunales especializados en la materia controversial.

5.1.5. Ejecución del laudo

El proceso de ejecución de un laudo y una sentencia proveniente de un proceso Contencioso Administrativo es el mismo, por lo que se determinó que las partes no se encuentran ante una situación beneficiosa o desfavorable en el momento de ejecutar, ya sea un laudo o una sentencia.

5.1.6. Situación actual en Perú

Para analizar la aplicación del arbitraje como método alternativo de resolución de conflictos en otros países, se tomó como referencia la República de Perú, atendiendo a que es el único país de Latinoamérica con un arbitraje obligatorio regulado por disposición legal para dirimir controversias resultantes de obra pública. Asimismo, se pudo determinar que muchos otros países en vías de desarrollo aplican el arbitraje como método para resolver controversias provenientes de la contratación pública, entre estos se encuentran Colombia, Chile, México, entre otros.

Atendiendo a la situación actual del país, en el que el arbitraje aun es un proceso desconocido para los ciudadanos, autoridades administrativas y profesionales del Derecho se pretendió analizar dicha legislación para determinar si podría incluirse en Guatemala un arbitraje obligatorio.

Ahora bien, para la aplicación de un arbitraje obligatorio en Guatemala, como lo es en Perú, se analizó la sentencia de Inconstitucionalidad General Parcial, contenida en el expediente identificado con el número 387-2010, de fecha 7 de julio de 2011. La inconstitucionalidad fue promovida por Luis Fernando Bermejo Quiñónez en contra el artículo 2, párrafo tercero, de la Ley de Arbitraje, Decreto 67-95 y su reforma contenida en el artículo 117 del Decreto 11-2006, ambos del Congreso de la República, que establecía: «(...) *Las controversias que surjan derivadas de la aplicación, interpretación y ejecución de las contrataciones internacionales entre privados, se resolverán de acuerdo a las normas contenidas en el Reglamento de Arbitraje de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, salvo que las partes acuerden expresamente el sometimiento a otros foros de arbitraje.*»¹⁴⁹

La inconstitucionalidad fue declarada con lugar atendiendo a que, no obstante la finalidad de fomentar el arbitraje como medio idóneo para obtener una mayor agilidad y especialidad en la solución de las controversias derivadas de contrataciones internacionales y busca descargar a los tribunales nacionales de casos de esa índole, al disponerlo el legislador de forma tal que no pueda prescindirse del arbitraje, establece un impedimento para el ejercicio del libre acceso a los tribunales de justicia del Estado y resulta violatorio al derecho de defensa, contenido en el artículo 12 de la Constitución Política de la República de Guatemala, y al derecho de libre acceso a los tribunales y dependencias del Estado, contenido en el artículo 29 de la Constitución Política de la República de Guatemala.

Atendiendo a lo anterior, la Corte de Constitucionalidad fue del criterio en dicha oportunidad, de acuerdo a los derechos fundamentales que establece la

¹⁴⁹ Ley de Arbitraje. *Ibid.* Artículo 2.

Constitución Política de la República de Guatemala, que el arbitraje obligatorio limita el derecho de defensa de las partes así como el libre acceso a los tribunales y dependencias del Estado. Por ende, se pudo determinar que existe un criterio de la Corte de Constitucionalidad, que limita la aplicación del arbitraje obligatorio en Guatemala.

5.2. Discusión y análisis de resultados

La idea central del presente trabajo de investigación es analizar la viabilidad del arbitraje como método alternativo de solución de controversias derivada de la contratación de obra pública. De acuerdo con lo previamente expuesto, se analizarán los puntos controvertidos resultantes de la investigación.

El arbitraje se encuentra ampliamente regulado dentro de la legislación guatemalteca. Se encuentra regulado un arbitraje mixto, en el que interviene el Estado como parte, atendiendo a las disposiciones de la Ley de Contrataciones del Estado.

En una gran mayoría de los contratos celebrados por el Estado de Guatemala para realizar obra pública, el Estado de Guatemala y el contratista acuerdan voluntariamente por medio de un compromiso arbitral que las controversias resultantes de la contratación se resolverán por el procedimiento de arbitraje.

De acuerdo a la investigación realizada, se puede determinar que existe discrepancia en la interpretación de las normas vigentes, al considerar muchos profesionales, así como criterios jurisprudenciales, que el arbitraje es viable para resolver controversias relativas al cumplimiento, interpretación, aplicación y efectos de la Ley de Contrataciones del Estado, mientras que muchos otros desacuerdan y manifiestan que la única vía es la vía de lo Contencioso Administrativo, amparados en la Constitución Política de la República de Guatemala. Al analizar lo anterior, la autora del presente trabajo de investigación considera que el arbitraje es una vía

jurídicamente viable por estar regulado como alternativa a la jurisdicción ordinaria en la Ley de Contrataciones del Estado, específicamente en el artículo 103 de dicho cuerpo legal.

Sin restarle importancia al análisis del acuerdo arbitral, compromiso de arbitraje o cláusula compromisoria y al haberse determinado que éstos son muchas veces escuetos en su contenido, resulta evidente que éstos deben ser claros en su contenido para cumplir con su objetivo y no generen más conflicto para las partes involucradas del que se pretende evitar.

Ante la interpretación de la legislación guatemalteca en la que, tanto los criterios de las Cortes de Guatemala como los profesionales del derecho, difieren, la autora del presente trabajo de investigación, considera que una cláusula arbitral debe ser amplia y contener todos los aspectos aplicables al proceso arbitral. Estos aspectos deberán de atender, entre los aspectos de los método de solución de controversias previos se debe determinar el plazo en el que deberán llegar a un acuerdo las partes, previo sometimiento de la controversia a arbitraje. En cuanto al arbitraje en específico los aspectos a tomar en consideración deberán atender, de manera enunciativa no limitativa, a la sede, idioma, legislación aplicable, integración del tribunal arbitral, tipo de arbitraje, Centro que lo administra, aceptación del laudo, entre otros.

En la actualidad como se han dado los procesos de arbitraje, previamente presentados y discutidos, al momento de existir controversias, ya sea de cuestiones técnicas de la obra, interpretación y aplicación, recepción de proyectos, pagos y ejecución, entre otras, el contratista, usualmente, presenta una solicitud de arbitraje y, en su oportunidad, la demanda arbitral en contra del Estado para dirimir dicha controversia. Mientras, que el Estado de Guatemala, a través de representación delegada por el Procurador General de la Nación a un abogado colegiado, en la mayoría de procesos no acepta el proceso y en determinados casos particulares, no reconoce la competencia del tribunal arbitral y ataca la validez del acuerdo o

compromiso arbitral, el tribunal arbitral y su competencia, así como de la actuación de los árbitros, entre otros, presentando excepciones, amparos, apelación, inclusive recurso de revisión del laudo en contra del compromiso arbitral. El arbitraje continúa su curso y se lleva a cabo, usualmente frente una excepción de incompetencia presentada por el Estado de Guatemala, se desarrolla todo el procedimiento arbitral y llega su conclusión, con un laudo en el que se resuelve tanto lo relativo a la competencia del tribunal arbitral, como el fondo del asunto. En el transcurso del juicio arbitral, el Estado de Guatemala, al no reconocer el compromiso arbitral y por consiguiente la competencia del tribunal arbitral, usualmente no ataca el fondo del asunto, caso contrario, se enfoca en desconocer el proceso de arbitraje como tal. De manera paralela, presentan amparos en contra de las resoluciones emanadas del tribunal arbitral ante los tribunales de Guatemala, no obstante, existe un compromiso arbitral que permite que el tribunal conozca y resuelva acerca de su propia competencia.

Al abordar este punto, un primer aspecto lo constituye el estudio del amparo, ya que es la garantía que usualmente se hace valer en contra de las resoluciones emanadas por el tribunal arbitral por las partes involucradas. Al analizar el objeto del amparo, que según el artículo 265 de la Constitución Política de la República de Guatemala y el artículo 8 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, Decreto 1-86 de la Asamblea Nacional Constituyente, es la garantía constitucional que se instituye con el fin de proteger a las personas contra las amenazas de violaciones a sus derechos o para restaurar el imperio de los mismos cuando la violación hubiere ocurrido. Al no existir ningún ámbito que no sea susceptible de amparo, éste se interpone siempre que los actos, resoluciones, disposiciones o leyes de autoridad lleven implícitos una amenaza, restricción o violación a los derechos que la Constitución y leyes garantizan. Se debe establecer su aplicación en contra de la administración pública y sus arbitrariedad con el fin de restaurar los derechos contra las amenazas de violaciones.

La autora del presente trabajo de investigación, difiere con los medios de impugnación y defensa que se utilizan, ya que, no obstante, el amparo es una garantía que no tiene una limitación en cuanto a su ámbito de aplicación, ésta tiene como objetivo limitar el poder público y proteger a los individuos contra las arbitrariedades de la administración pública y en la práctica lo que sucede es que los profesionales del Derecho abusan de dicha garantía. En otro sentido, el tribunal arbitral está facultado para decidir acerca de su propia competencia, por lo que la vía establecida en la legislación es la excepción de incompetencia, limitando la aplicación del amparo como defensa idónea.

Como consecuencia de lo anterior, el amparo es inevitable e incuestionable para casos donde se violen derechos fundamentales o puedan ser violados, por lo que de ser usado como un remedio eficaz, por ejemplo, si un tribunal actúa abusivamente o con vejámenes, éste cumple con su razón de ser. Sin embargo, el amparo se utiliza de forma excesiva y su abuso contamina los procesos, por lo que ya constituye más una cuestión de ética de los profesionales del derecho.

Un segundo aspecto, lo constituyen las consecuencias del abuso de los recursos y garantías legales que hacen que los procesos sean excesivamente extensos. Tomando como base lo manifestado por los profesionales entrevistados que un proceso arbitral puede durar de 9 meses hasta 3 años, el Estado de Guatemala se ve afectado no solo con obra detenida por situaciones técnicas que necesitan dilucidarse si no que, además, se ve afectado con adeudos exorbitantes por intereses resultantes del retraso del pago de obras concluidas. De la misma manera, el particular que contrata con el Estado, se ve afectado con el retraso del pago e inclusive con la falta del mismo.

La Ley de Contrataciones del Estado establece al respecto, en el artículo 62, que los pagos se harán efectivos al contratista dentro del plazo de treinta días posteriores a la fecha en que fuere presentada la documentación completa que se estipule en el contrato. Asimismo, el artículo 63 establece lo relativo a los intereses

por atraso en pagos, al regular que los organismos del Estado, sus entidades y demás dependencias, a solicitud del contratista deberán reconocer los intereses en caso de retraso en los pagos a que estén legalmente obligados. Tales intereses se calcularán sobre el importe del adeudo, tomando como base la tasa de interés máxima anual que determine la Junta Monetaria y se incluirán en la liquidación del respectivo contrato para su pago o compensación.

En ese orden de ideas, tomando como base lo anterior y los comentarios de los profesionales del derecho entrevistados, se puede establecer que el Estado de Guatemala se ve desfavorecido ante esta situación ya que el pago derivado de los contratos de obra y reconocido en laudos arbitrales es objeto de intereses por el período transcurrido desde que el mismo debió de haberse hecho efectivo. Lo anterior hace que el procedimiento arbitral, con la interposición de los recursos no idóneos, se extienda a tal punto que los intereses llegan a superar por cantidades desorbitantes los adeudos a los contratistas acreedores de los mismos.

Otra situación analizada, es que las partes acuden a la jurisdicción arbitral al haber caducado la instancia del proceso contencioso administrativo, transcurridos 3 meses sin que el demandante promueva el mismo. En este sentido, el tribunal arbitral que conoce del proceso deberá considerar el principio de caducidad de la instancia y aplicarlo para que el arbitraje no sea el mecanismo utilizada por las partes para traer a la vida jurídica un caso que de otra manera no tuviera jurisdicción alguna.

El punto más importante, para la autora del presente trabajo de investigación, al analizar todos los resultados obtenidos, lo constituye el desconocimiento del proceso arbitral. Muchas instituciones públicas no tienen conocimiento del procedimiento arbitral y su aplicación, de la misma manera que profesionales del Derecho lo confunden con la jurisdicción de lo contencioso administrativo y pierde su esencia de especialidad y celeridad. La ideología en Guatemala parte que el juez y en particular el proceso Contencioso Administrativo es la única vía para dirimir

controversias en contra y por el Estado, de acuerdo a lo contempla en la Constitución Política de la República de Guatemala.

Luego de consultar con varios asesores tanto de instituciones públicas como de particulares, se confirma que la interpretación de la legislación guatemalteca ante las alternativas presentadas por la misma para resolver controversias provenientes de la contratación administrativa, es muy amplia, de poca aplicación y de poco conocimiento en la práctica por los profesionales del Derecho que asesoran tanto a particulares como a las entidades del Estado que contratan con particulares. Esta situación afecta tanto al Estado como a los particulares ya que ambos se ven afectados con la falta de certeza jurídica en la aplicación de procedimientos contenidos en ley.

Con ello, se hace menester unificar criterios por medio de una reforma normativa, ya que los criterios tanto jurisprudenciales como de los profesionales del Derecho, están en contraposición, por ende, la procedencia, interpretación, aplicación y fundamento del arbitraje como método de resolución de conflictos, tendrían que ser analizados en cada caso concreto.

Al concluir el proceso de arbitraje, atendiendo a que no se cumple con lo dispuesto en el laudo respectivo, procede la ejecución del laudo. El proceso de ejecución de un laudo y una sentencia proveniente de un proceso Contencioso Administrativo es el mismo, por lo que las partes no se encuentran ante una situación desfavorable para ninguna de ellas.

Hechas las consideraciones anteriores, transcurrido el período para solicitar las correcciones, interpretaciones, ampliación, así como interposición del recurso de revisión o con la resolución emitida por la Sala de la Corte de Apelaciones, el laudo es definitivo y constituye un título ejecutivo, de conformidad con lo establecido en el artículo 294 del Código Procesal Civil y Mercantil. El laudo deberá ejecutarse en la vía de apremio. En el mismo artículo citado se establece que serán ejecutables las

sentencias pasadas en autoridad de cosa juzgada, asimismo, lo complementa el artículo 340 del mismo cuerpo legal. Atendiendo a las disposiciones legales, tanto el laudo como la sentencia resultante de un proceso contencioso administrativo podrán ser ejecutadas en la vía de apremio y tendrán los mismos efectos como títulos ejecutivos.

En este mismo orden y dirección, para la ejecución tanto de los laudos como de las sentencias, resulta pertinente analizar la inembargabilidad de los bienes del Estado, regulada en la Código Procesal Civil y Mercantil que establece: «*No podrán ser objeto de embargo los siguientes bienes: (...) 2° Las sumas de debidas a los contratistas de obras públicas, con excepción de las reclamaciones de los trabajadores de la obra o de los que hayan suministrado materiales para ella; pero sí podrá embargarse la suma que deba pagarse al contratista después de concluida la obra. (...)*»¹⁵⁰ La disposición citada es específica al determinar que si podrá embargarse la suma que deba pagarse al contratista después de concluida la obra, por lo que el laudo tiene ámbito de ejecución.

El Licenciado Javier Antonio Sandoval Ruiz hace un aporte en el ámbito de la ejecución al establecer que, atendiendo al principio de autonomía de la voluntad de las partes de someterse al proceso arbitral, no debería de existir un proceso posterior de ejecución ya que es considerado que el laudo que resulte será aceptado y acatado por ambas partes.

Al haber analizado en el presente trabajo de investigación la legislación peruana que contempla el arbitraje obligatorio como método para dirimir controversias resultantes de la contratación pública. El Licenciado José María Marroquín Castillo y el Licenciado Javier Antonio Sandoval Ruiz hacen referencia a otros países donde la aplicación del arbitraje en la contratación administrativa ha tenido mucho auge en los últimos años, como lo son, entre otros, Colombia, Chile y México. El motivo de estudio de otras legislaciones fue determinar si el arbitraje podría ser contemplado

¹⁵⁰ Código Procesal Civil y Mercantil. *Op. cit.*, Artículo 306.

en la legislación guatemalteca como la única vía para dirimir controversias provenientes de la contratación administrativas, siempre y cuando, se apliquen las reformas correspondientes a las leyes aplicables a la materia concreta. La postura de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala, presentada anteriormente como resultado, es clara al declarar inconstitucional el arbitraje obligatorio como método de resolución de controversias derivadas de la aplicación, interpretación y ejecución de las contrataciones internacionales entre privados.

No obstante la postura de la Corte de Constitucionalidad en esa oportunidad, la autora del presente trabajo de investigación, considera que se hace menester analizar la situación que se da en la práctica, como se pudo determinar, cuando un particular contrata con el Estado. El particular que contrata con el Estado lo hace en términos distintos a los que aceptaría cuando contrata con otro particular, con ello el particular va a buscar la protección de sus intereses y por ende será atractivo invertir en proyectos que tengan garantizada una vía especializada para dirimir sus controversias de manera eficaz.

En este orden de ideas también se está ante la necesidad de regular aspectos claros y precisos sobre la resolución de controversias referentes a cuestiones técnicas de obra pública, del pago y ejecución de la misma, ya que el contratista se ve ante la desventaja que no tiene certeza sobre la resolución de controversias en contra del Estado y del pago, al concluir con la obra, no obstante lo regulado actualmente por la legislación guatemalteca aplicable.

Por lo anterior, la necesidad de brindar dicha seguridad y certeza jurídica en la contratación pública atiende a la situación actual del Estado de Guatemala ante el desconocimiento del proceso arbitral, lo que conlleva a las repercusiones económicas desorbitantes para el país. Por otro lado, atiende a la situación de desconfianza de los particulares para contratar con el Estado por la corrupción que se da en la contratación de obra pública, la incertidumbre de los procesos en general y su posterior ejecución.

La mayor desventaja, entre otras que se presentadas en la actualidad, el desconocimiento del tribunal arbitral y su competencia, inclusive al existir un acuerdo arbitral, haciendo caso omiso al mismo y optando sobre éste la vía contencioso administrativo, hacen que el proceso se torne sumamente extenso y económicamente perjudicial para el Estado.

En cuanto a las grandes ventajas del arbitraje en Guatemala se hace mención que el procedimiento arbitral se encuentra plenamente regulado por la Ley de Arbitraje y, además, Guatemala es parte de la Convención sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras de Nueva York del 10 de junio de 1958, por ende, el laudo que emana del tribunal arbitral nacional va a ser vinculante y obligatorio para las partes, así como los laudos extranjeros reconocidos y ejecutables en Guatemala.

En relación con lo anterior, el Código Procesal Civil y Mercantil regula lo relativo a la ejecución del mismo. Asimismo, la Ley de Contrataciones del Estado ya regula en sus disposiciones finales al arbitraje como jurisdicción aplicable a las controversias relativas al cumplimiento, interpretación, aplicación y efectos de los contratos celebrados por el Estado de Guatemala.

Hay que hacer notar, que la ley debe ser clara y no crear confusión en la aplicación de normas específicas por disposiciones muy amplías contenidas en leyes de mayor jerarquía. A criterio de la autora del presente trabajo de investigación la Constitución Política de la República de Guatemala, en específico el artículo 221 que regula lo relativo al Tribunal de lo Contencioso Administrativo, en ningún momento establece que el proceso contencioso administrativo se instituye como la única vía para conocer los casos de controversias derivadas de contratos y concesiones administrativas, por lo que es viable la aplicación de las disposiciones contenidas en la Ley de Contrataciones del Estado. En éstas se establece otra vía para resolver controversias y no se está contraviniendo ninguna disposición constitucional.

Es evidente entonces, que se han cumplido con objetivos del presente trabajo de investigación y se ha respondido a la pregunta de investigación: ¿cuál es la viabilidad jurídica del arbitraje, como método alternativo de resolución de conflictos, para ventilar las controversias provenientes de la contratación pública en Guatemala? En el sentido de aseverar que el arbitraje es viable jurídicamente como método alternativo de resolución de conflictos para ventilar las controversias provenientes de la contratación pública en Guatemala, al determinar la regulación legislativa de dicha materia y su aplicación en las controversias resultantes de la aplicación de la Ley de Contrataciones del Estado. Además de las ventajas que dicho proceso aporta al Estado de Guatemala y a las partes contratantes, como lo son la especialización en el conocimiento del asunto controversial y la rapidez, que resultan sumamente beneficiosas para ambas partes.

CONCLUSIONES

De toda la investigación realizada se pueden arribar a las siguientes conclusiones:

- 1) Los métodos alternativos para la resolución de conflictos entre particulares son una vía jurídicamente viable, especializada, certera, de bajo costo y célere para dirimir controversias, que ha aumentado su aplicación y ha cobrado una significativa importancia en la contratación y el comercio tanto en Guatemala como a nivel internacional, puesto que contribuyen a la descarga de los tribunales de justicia y coadyuva a que los conflictos sean resueltos de manera eficaz.
- 2) Guatemala cuenta con Centros de Mediación, que cumplen la función de descongestionar la carga de los tribunales que administran justicia.
- 3) Dentro de los métodos alternativos de resolución de controversias estudiados, los *Dispute Boards* o paneles de solución de disputas en la actualidad aportan de gran manera en el ámbito internacional en los proyectos de obra pública, naciendo con la obra, navegando con ella y atendiendo desde cuestiones técnicas hasta en los caso de disputas entre las partes.
- 4) El arbitraje es una modalidad considerada de aplicación deficiente en el pasado por ser su naturaleza internacional, sin embargo, cada día ha aumentado su popularidad en el ámbito comercial público y privado por las ventajas que proporciona.
- 5) La legislación guatemalteca reconoce que el arbitraje no solo contribuye con el descongestionamiento de la pesada carga de los tribunales jurisdiccionales, sino que, además, ayuda a que los conflictos que son

susceptibles de resolverse por este medio, sean resueltos realmente con celeridad y eficacia.

- 6) La Constitución Política de la República de Guatemala establece que la vía para conocer en caso de controversias derivadas de contratos administrativos, es el proceso Contencioso Administrativo. La legislación específica, Ley de Contrataciones del Estado, regula plenamente el procedimiento de contratación de obra pública, reconociendo a la jurisdicción arbitral como un procedimiento alternativo a la jurisdicción de lo contencioso administrativo para resolver controversias provenientes de la contratación de obra pública.
- 7) Guatemala es un país en vías de desarrollo que requiere de inversión tanto nacional como extranjera para subsistir. Los inversionistas contribuyen con el desarrollo del país, por lo que es menester que la seguridad de la inversión se torne atractiva por mecanismos que opte el Estado de Guatemala en la contratación administrativa de obra pública.
- 8) El arbitraje regulado en la legislación guatemalteca como método alternativo de resolución de conflictos provenientes de la contratación de obra pública se enfrenta ante situaciones que hacen difícil su aplicación. Dentro de éstas se puede mencionar, atendiendo al derecho de defensa y el libre acceso a tribunales y dependencias del Estado de los particulares, que constituye por una alternativa presentada por la legislación guatemalteca para que las partes se sometan a su jurisdicción.
- 9) La ignorancia observada, tanto en el ámbito público como privado y profesional, sobre el arbitraje ha provocado que el Estado de Guatemala y las personas que contratan con el mismo se vean económicamente afectados

y los adeudos provenientes de la contratación pública se duplique, inclusive, tripliquen.

10) Atendiendo a la situación actual del país ante el asidero que presenta la legislación guatemalteca, tomando en cuenta las ventajas del arbitraje, las aportaciones de profesionales del derecho que dedican su carrera al arbitraje, al estudio de casos concretos y de la aplicación del mismo en otros países como Perú, se puede arribar a la conclusión que es una vía jurídicamente viable para conocer con las controversias provenientes de la contratación de obra pública.

RECOMENDACIONES

Luego de concluir el presente trabajo de investigación, la autora del presente trabajo de investigación, extiende las siguientes recomendaciones:

- 1) A las Facultades de Ciencias Jurídicas y Sociales de la República de Guatemala, Colegio de Abogados y a futuros investigadores que deseen ampliar más del tema, ante el estudio de los *Dispute Boards* o paneles de solución de disputas, se les extiende la recomendación de profundizar en su estudio y buscar determinar su viabilidad para ser incorporados en la contratación de obra pública en Guatemala.
- 2) A la Procuraduría General de la Nación, autoridades administrativas superiores de entidades centralizadas, descentralizadas o autónomas, que suscriben contratos de obra pública en representación del Estado y actuando en beneficio de los intereses del mismo, cuando se amerite otorgar un compromiso arbitral atendiendo a las modalidades y disposiciones contenidas en la Ley de Contrataciones del Estado y la Ley de Arbitraje, se les extiende la recomendación de utilizar el siguiente modelo de cláusula compromisoria:

CLÁUSULA DE RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS: Manifiestan los otorgantes, en las calidades con que actúan, lo siguiente: **A) FORMA DIRECTA:** Las controversias, de cualquier naturaleza, que pudiera surgir entre las partes, relativas al cumplimiento, interpretación, aplicación, ejecución, efectos del presente contrato, fianzas, seguros e incumplimiento, tanto durante su vigencia como a la terminación del mismo, deberá resolverse, en una primera instancia, mediante el arreglo directo entre las partes. **B) CONCILIACIÓN:** Si transcurridos treinta días sin que las partes lleguen a un acuerdo por medio del arreglo directo, las partes podrán acudir al procedimiento de conciliación establecido en la Ley de Arbitraje bajo la

administración y el reglamento de Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Guatemala. En caso de tener que acudir a una conciliación para la resolución de controversias los gastos y honorarios serán pagados por el Contratista. **C) RESOLUCIONES Y RECURSOS:** Si no se pudiera llegar a un acuerdo en forma directa o con la conciliación, el Estado emitirá las resoluciones que considere convenientes a efecto de definir el o los asuntos controvertidos. En contra de tales resoluciones cabrán los recursos administrativos contemplados en la Ley de lo Contencioso Administrativo. **D) ARBITRAJE:** Dentro del plazo de tres meses en que las resoluciones administrativas hayan causado estado se deberá acudir a un arbitraje de derecho (o de equidad), bajo la administración y el Reglamento del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Guatemala (o de la Comisión de Resolución de Conflictos de la Cámara de Industria de Guatemala -CRECIG-), de conformidad con su reglamento vigente en este momento. El arbitraje se regirá con arreglo a las leyes de la República de Guatemala aplicables a la materia, Ley de Arbitraje, Ley de Contrataciones del Estado, entre otras. Tanto la conciliación como el arbitraje se llevarán a cabo en la ciudad de Guatemala. El arbitraje será en idioma español y el tribunal arbitral tendrá como sede las instalaciones del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Guatemala (o de la Comisión de Resolución de Conflictos de la Cámara de Industria de Guatemala -CRECIG-). Cada una de las partes nombrará a un árbitro dirimente conforme lo señala el reglamento del referido Centro. Las partes reconocen la competencia del tribunal arbitral, integrado de conformidad con el Reglamento del referido Centro. En caso de que se acuda a un arbitraje, los gastos y honorarios serán pagados por el Contratista, sin perjuicio de la condena en costas que se establezca en el laudo incluyendo gastos de administración del arbitraje por el referido Centro, honorarios de árbitros y peritos y honorarios de abogados. En cualquier contrato de adhesión, como lo son las pólizas de las fianzas y seguros que garanticen el contrato y su desarrollo, deberá incorporarse en caracteres destacados, claros y precisos

que el mismo contiene un acuerdo de arbitraje. El laudo arbitral que se obtenga será aceptado por las partes, inimpugnable y como consecuencia de ello, dicho laudo será directamente ejecutable ante el tribunal competente.

E) RECURSOS: Contra el laudo, no será admisible ningún recurso, con excepción del recurso de revisión en los casos que determina la ley.

- 3) A los estudiantes y profesionales del Derecho, incluyendo a quienes asesoran a las entidades administrativas o en la actualidad ya actúan como abogados de parte o árbitros en los distintos juicios arbitrales, se les extiende la recomendación de profundizar en el estudio y aplicación del arbitraje como método alternativo de resolución de controversias por las múltiples ventajas que éste aporta a la administración de justicia en Guatemala.

REFERENCIAS

1) Referencias bibliográficas:

- a. Aguirre Godoy, Mario. *Derecho Procesal Civil de Guatemala*. Tomo II. Volumen 1º. Guatemala, C.E.Vile, 2011.
- b. Alvarez-Gendín y Blanco, Garbino. *Tratado General del Derecho Administrativo*. Barcelona, España, Bosch Casa Editorial Urgel, 1963.
- c. Alvarez-Gendín y Blanco, Garbino. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo I. Barcelona, España, Bosch Casa Editorial Urgel, 1958.
- d. Benetti Salgar, Julio J. *El arbitraje en el Derecho Colombiano*. Bogotá, Editorial Temis, S.A., 1994.
- e. Bernal Gutiérrez, Rafael. *El Arbitraje en Guatemala, Apoyo a la Justicia*. Guatemala, Editorial Serviprensa C.A., 2000
- f. Calderón M., Hugo Haroldo. *Derecho Administrativo Parte General*. Guatemala, C.A., Litografía Orión, 2006. Novena Edición.
- g. Castillo González, Jorge Mario. *Derecho Procesal Administrativo Guatemalteco*. Tomo II. 18 Edición. Guatemala, 2008.
- h. Castillo González, Jorge Mario. *Derecho Administrativo. Teoría General y Procesal*. Guatemala, Editorial Impresiones Gráficas, 2011.
- i. González De Cossío, Francisco. *Arbitraje*. México, Editorial Porrúa, 2014. Cuarta Edición.
- j. Herrera Luttmann, Pamela. *El Arbitraje como mecanismo de resolución de conflictos en los Contratos de Participación*. Guatemala, 2013. Tesis de Carrera de Licenciatura de Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad Rafael Landívar.
- k. Instituto de Desarrollo y Administración Municipal. Fundación Centroamericana de Desarrollo FUNCEDE. *El Procedimiento de Contratación por Licitación Pública*. No. 15. Guatemala.

- l. Jaramillo, Mario. *Justicia por consenso: Introducción a los sistemas alternos de solución de conflictos*. Colombia, Santafé de Bogotá, Institución Universitaria Sergio Arboleda, 1996.
- m. Junco Vargas, José Roberto. *La conciliación. Aspectos sustanciales y procesales*. Santafé de Bogotá, D.C., Edición Jurídica Radar, 1994. Segunda Edición.
- n. Meza Duarte, Eric. *Compendio de Derecho Administrativo*. Guatemala, Punto Creativo, 2012.
- o. Molina Paz, Sandro Juvenio. *Análisis jurídico del artículo 15 de la Ley de Contrataciones del Estado en el proceso de cotización pública respecto a la integración de las Juntas de Cotización*. Guatemala, 2007. Tesis de Carrera de Licenciatura de Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de San Carlos de Guatemala.
- p. Moore, Christopher. *El proceso de mediación. Métodos prácticos para la resolución de conflictos*. Barcelona, España, Ediciones Grania, 1995.
- q. Moses, Margaret L. *The Principles and Practices of International Commercial Arbitration*. Estado de Nueva York, Estados Unidos, Cambridge University Press, 2008.
- r. Ossorio y Florit, Manuel. Guillermo Cabanellas de las Cuevas. *Diccionario de Derecho*. Tomo I y II. Buenos Aires, Heliasta, 2007.
- s. Pallares Bossa, Jorge. *Arbitraje, Conciliación y Resolución de Conflictos, Teoría, Técnicas y Legislación*. Colombia, Editorial Leyer, 2003.
- t. Pereira-Orozco, Alberto. Marco Pablo E. Richter. *Derecho Constitucional*. Quinta Edición. Guatemala, Ediciones de Pereira, 2010.
- u. Porrúa Pérez, Francisco. *Teoría del Estado*. Trigésima Primera Edición. México, Editorial Porrúa, 1999.
- v. Real Academia Española. *Diccionario de la Lengua Española*. España, 2012. 22ava Edición.

- w. Rivera Neutze, Antonio Guillermo. *Amigable composición. Curso práctico de negociación y conciliación*. Guatemala, Arte Color y Texto, 2001.
- x. Rivera Neutze, Antonio. *Arbitraje & Conciliación. Alternativas Extrajudiciales de solución de conflictos*. Guatemala, C.A., Tom Impresos, 1996.
- y. San Martín Larrinoa, María Begoña. *La mediación como respuesta a algunos problemas jurídico criminológicos. (Del presente francés al futuro español)*. País Vasco, Administración de la Comunidad Autónoma del País Vasco, Departamento de Justicia, Economía, Trabajo y Seguridad Social, 1997.
- z. Sayagués Laso, Enrique. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo I, Montevideo, 1953.

2) Referencias normativas:

- a. Asamblea Nacional Constituyente de 1985. *Constitución Política de la República de Guatemala*.
- b. Congreso de la República de Guatemala. Decreto No. 57-92. *Ley de Contrataciones del Estado*.
- c. Congreso de la República de Guatemala. Decreto 67-95. *Ley de Arbitraje*.
- d. Congreso de la República de Guatemala. Decreto Número 119-96. *Ley de lo Contencioso Administrativo*.
- e. Congreso de la República de Guatemala. Decreto número 88-2005, *Ley para la ejecución del proyecto vial denominado Franja Transversal del Norte*.
- f. Corte de Constitucionalidad. Apelación en Sentencia de Amparo. Expediente 4875-2014. Sentencia de fecha: 4 de febrero de 2015.
- g. Corte de Constitucionalidad. Gaceta No. 59, expediente No. 993-00, Pág. 25, sentencia: 24-01-01.

- h. Junta Directiva del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Guatemala. Reglamento de Conciliación y Arbitraje del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Guatemala y de la Fundación CENAC, Centro de Arbitraje y Conciliación. Aprobado el 14 de julio de 2014.
- i. Junta Directiva de la Cámara de Industria de Guatemala. Reglamento de Arbitraje.
- j. Enrique Peralta Azurdía, Jefe de Gobierno de la República de Guatemala. Decreto-Ley número 107. Código Procesal Civil y Mercantil.
- k. Presidencia de la República de Perú. Decreto Legislativo N° 1017. *Ley de Contrataciones*.
- l. Presidencia de la República de Perú. Decreto Legislativo número 1071, 2008. *Decreto legislativo que norma el Arbitraje*.
- m. Presidencia de la República de Perú. Decreto Supremo N° 184-2008-EF. *Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado*.
- n. Presidente de la República de Guatemala. Acuerdo Gubernativo 1056-92. *Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado*.

3) Referencias electrónicas:

- a. Asociación de Investigación y Estudios Sociales -ASÍES-. Los Centros de Mediación de la Unidad de Resolución Alternativa de Conflictos del Organismo Judicial (Unidad RAC). Guatemala, octubre 2013. Disponibilidad y acceso: https://s3.amazonaws.com/asies-books/books/201310_diagnostico_centros_de_mediacion_rac_daj.pdf.
- b. Cámara de Comercio Internacional. *Corte Internacional de Arbitraje*. España. Disponibilidad y acceso: <http://www.iccspain.org/arbitraje/>
- c. Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Guatemala -CENAC-. Quiénes somos, Objetivos, Junta Directiva. Guatemala, 2017. Disponibilidad y acceso: <http://www.cenac.com.gt/>.

- d. Comisión de Resolución de Conflictos de la Cámara de Industria de Guatemala -CRECIG-. Métodos Alternos de Solución de Conflictos. Guatemala, 2017. Disponibilidad y acceso: <http://crecig.com.gt/content/metodos-alternos-de-solucion-de-conflictos>.
- e. Comisión de Resolución de Conflictos de la Cámara de Industria de Guatemala -CRECIG-. Objetivos y funcionales, Junta Directiva, Dirección General. Guatemala, 2017. Disponibilidad y acceso: <http://crecig.com.gt/>.
- f. Contraloría General de la República. *El Arbitraje en las Contrataciones Públicas durante el período 2003-2013*. Proveniente de “Solución de Controversias y Régimen Sancionador en la Contratación Estatal”, Gaceta Jurídica 2013. Guatemala, 2017, disponibilidad y acceso: <http://doc.contraloria.gob.pe/estudios-especiales/estudio/Estudio-Arbitraje-Online.pdf>
- g. Contraloría General de Cuentas. *Informe de autoría Fideicomiso del Fondo Vial del 01 de enero al 31 de diciembre de 2014*. Guatemala, 2015. Disponibilidad y acceso: http://www.contraloria.gob.gt/imagenes/i_docs/i_inf_FIDEICOMISOS_14/archivos/fideicomisos/INFORMES PRESUPUESTO 2014/19 FONDO VIAL.pdf
- h. Departamento de Estudios CGR, de conformidad con información contenida en el Esquema básico del procedimiento arbitral. Disponibilidad y acceso: <http://doc.contraloria.gob.pe/estudios-especiales/estudio/Estudio-Arbitraje-Online.pdf>
- i. Medina Rospigliosi, Rafael Gonzalo. Conciliación, Arbitraje y Contrataciones del Estado. Características del arbitraje. Perú, 13 de diciembre de 2014, disponibilidad y acceso: <http://conciliacionarbitrajeperu.blogspot.com/2014/12/caracteristicas-del-arbitraje.html> Fecha de consulta: 7 de agosto de 2017.

- j. Organismo Judicial. Dirección de Métodos Alternativos de Solución de Conflictos. Centros de Mediación del Organismo Judicial. Disponibilidad y acceso: <file:///C:/Users/alfah/Downloads/listado%20centros%20de%20mediacin%20para%20pg%20oj.pdf>.
- k. Procuraduría General de la Nación. Disponibilidad y acceso: <http://www.pgn.gob.gt/quienes-somos/#atribuciones>.

4) Otras referencias:

- a. Entrevista conducida a: Cabrera Rosito, Emilia Carolina. Abogada y Notaria. Formó parte del departamento jurídico de la Procuraduría General de la Nación. Fecha de la entrevista: 25 de agosto de 2017.
- b. Entrevista conducida a: Castellanos Howell, Álvaro Rodrigo. Abogado y Notario. Presidente de la Comisión de Resolución de Conflictos de la Cámara de Industria de Guatemala -CRECIG-. Fecha de la entrevista: 6 de septiembre de 2017.
- c. Entrevista conducida a: Cruz, Gabriela. Dirección Normativa de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, Ministerio de Finanzas Públicas. Directora General. Fecha de la entrevista: 27 de noviembre de 2015.
- d. Entrevista conducida a: De La Vega Canet, José Alejandro. Abogado y Notario. Fecha de la entrevista: 21 de agosto de 2017.
- e. Entrevista conducida a: Marroquín Castillo, José María. Abogado y Notario. Abogado de parte en actuaciones arbitrales. Fecha de la entrevista: 8 de agosto de 2017.
- f. Entrevista conducida a: Sandoval Ruiz, Javier Antonio. Abogado y Notario. Abogado de parte en actuaciones arbitrales. Fecha de la entrevista: 24 de agosto de 2017.

ANEXOS

Anexo A: Modelo de entrevista utilizado.

NOMBRE: _____

PROFESIÓN: _____

COLEGIADO: _____

PUESTO QUE DESEMPEÑA: _____

TEMA DEL TRABAJO DE TESIS: “El arbitraje en la contratación de la obra pública en Guatemala, como método alternativo de resolución de conflictos.”

PRIMERA PREGUNTA:

En su ámbito profesional, ¿tiene usted experiencia en materia arbitral?

SEGUNDA PREGUNTA:

¿Considera usted que el arbitraje está ampliamente regulado dentro de la legislación interna de Guatemala? ¿Se encuentra regulado un arbitraje mixto (público-privado) en el que interviene el Estado y su procedimiento?

TERCERA PREGUNTA:

¿Cree usted que el Arbitraje podría ser una vía viable jurídicamente para conocer controversias resultantes de la contratación de la obra pública? ¿Podría ser la única vía?

CUARTA PREGUNTA:

¿Conoce usted algún país en el que la única vía para resolución de controversias provenientes de la contratación de la obra pública sea el arbitraje? Puede ampliar si conoce del tema.

QUINTA PREGUNTA:

¿Cree usted que el arbitraje es un método efectivo y beneficioso para la resolución de controversias en las que interviene el Estado como parte? ¿Por qué beneficiaría al país al decretarse como la única vía para resolución de controversias?

SEXTA PREGUNTA:

¿Cree usted que si se estableciera el arbitraje como la única vía para la resolución de controversias en la contratación pública podría aumentar la inversión extranjera? ¿Por qué?

SÉPTIMA PREGUNTA:

¿Qué aspectos considera usted indispensables dentro de un acuerdo arbitral, celebrado en cláusula compromisoria, en los contratos de obra pública donde interviene el Estado?

OCTAVA PREGUNTA:

¿Recomendaría usted algún Centro de Arbitraje específico para conocer arbitrajes en los que intervenga el Estado como parte, nacionales o internacionales? ¿Por qué?

NOVENA PREGUNTA:

¿Qué ventajas y desventajas encuentra usted en un arbitraje mixto (aquel público-privado en el que interviene el Estado como parte)?

DÉCIMA PREGUNTA:

¿Considera que la Ley de Arbitraje, Decreto 67-95 del Congreso de la República requiere reformas? ¿Cuáles propondría?

DÉCIMA PRIMERA PREGUNTA:

¿Considera que la Ley de Contrataciones del Estado, Decreto 57-92 del Congreso de la República, o a su Reglamento, Acuerdo Gubernativo 1056-92, requieren reformas? ¿Cuáles propondría?

DÉCIMA SEGUNDA PREGUNTA:

¿Qué situaciones considera usted comunes, según su experiencia, en los Arbitrajes en los que interviene el Estado como parte? ¿De qué manera éstas benefician o perjudican los intereses del Estado o de los particulares?

DÉCIMA TERCERA PREGUNTA:

¿Qué piensa del uso de la garantía constitucional de amparo y su apelación en contra de las arbitrariedades suscitadas en un proceso arbitral?

DÉCIMA CUARTA PREGUNTA:

¿De acuerdo a su práctica profesional, cuánto dura un proceso arbitral en promedio, desde la solicitud de arbitraje hasta que se emita el laudo?

DÉCIMA QUINTA PREGUNTA:

¿Considera usted que la ejecución del laudo en contra del Estado es efectiva?

Aporte Personal del Entrevistado.

Anexo B: Cuadro de Cotejo.

Comparación del arbitraje y el procedimiento contencioso administrativo en conflictos provenientes de la contratación de obra pública.

RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS	ARBITRAJE	CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
LEGISLACIÓN APLICABLE	Ley de Arbitraje, Decreto Número 67-95 del Congreso de la República de Guatemala. Reglamentos de los Centros de Arbitraje en Guatemala, Reglamento de Conciliación y Arbitraje del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Guatemala y de la Fundación CENAC, Centro de Arbitraje y Conciliación; Reglamento de Arbitraje de la Comisión de Resolución de Conflictos de la Cámara de Industria de Guatemala - CRECIG-.	Constitución Política de la República de Guatemala. Ley de lo Contencioso Administrativo, Decreto número 119-96. Código Procesal Civil y Mercantil, Decreto Ley 107. Ley del Organismo Judicial, Decreto 2-89 del Congreso de la República.
SUJETOS	Partes con interés legítimo y comprobado, es confidencial.	El demandante, la Procuraduría General de la Nación, el órgano centralizado o la institución descentralizada de la administración que haya conocido en el asunto, las personas que aparezcan con interés legítimo en el expediente administrativo. (Artículo 22 de la Ley de lo Contencioso Administrativo).
TIPOS DE PROCEDIMIENTOS	Nacional o internacional, equidad o derecho, voluntario o forzoso, previo acuerdo de arbitraje en virtud del cual las partes deciden someter sus controversias a arbitraje.	Contencioso Administrativo en contiendas por actos o resoluciones de la administración y de las entidades descentralizadas y autónomas del Estado y Contencioso Administrativo por controversias derivadas de contratos y concesiones administrativas. (Artículo 19 Ley de lo Contencioso Administrativo).
PLAZOS	Conveniencia de las partes, sujetándose al Reglamento del Centro que conoce el arbitraje.	Interposición de la demanda 3 meses desde la última notificación de la resolución que concluyó el proceso, solicitud de antecedentes dentro de los 5 días siguientes a la presentación, envío de antecedentes dentro de los 10 días hábiles siguientes, admisión de la demanda dentro de los 3 días siguientes a aquel en que se recibieron los antecedentes, emplazamiento por el plazo común de 15 días, excepciones previas dentro del día 5 de emplazamiento, contestación de la demanda 5 días siguientes a la notificación de la resolución de las excepciones, prueba por 30 días, auto para mejor fallar por 10 días, sentencia en el plazo de 15 días.
AUTORIDAD	Tribunal arbitral propuesto por las partes.	Tribunal de lo Contencioso Administrativo.
PROCESO DE LA DEMANDA	No tiene formalidades, más que hechos en que se funda la demanda, los puntos controvertidos y el objeto de la demanda (Artículo 28 de la Ley de Arbitraje). Debe ajustarse a las disposiciones del Centro.	Requisitos contenidos en el artículo 28 de la Ley de lo Contencioso Administrativo y las disposiciones del Código Procesal Civil y Mercantil.
JUICIO	Las partes pueden programar las audiencias respectivas, así como determinar si es oral o escrito.	Ley de lo Contencioso Administrativo.
RESOLUCIÓN	Cabe recurso de revisión (Artículo 43 de la Ley de Arbitraje).	Cabe recurso de casación (Artículo 221 de la Constitución Política de la República de Guatemala).
EJECUCIÓN	Vía de apremio (Artículo 294 del Código Procesal Civil y Mercantil).	Vía de Apremio. (Artículo 48 Ley de lo Contencioso Administrativo y 294 del Código Procesal Civil y Mercantil).