

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

"EL ORDEN PÚBLICO COMO LÍMITE A LA MATERIA OBJETO DE ARBITRAJE EN EL ARBITRAJE
COMERCIAL INTERNACIONAL"

TESIS DE GRADO

LUIS RODRIGO PUAC CARRANZA

CARNET 15083-10

QUETZALTENANGO, SEPTIEMBRE DE 2017
CAMPUS DE QUETZALTENANGO

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

"EL ORDEN PÚBLICO COMO LÍMITE A LA MATERIA OBJETO DE ARBITRAJE EN EL ARBITRAJE
COMERCIAL INTERNACIONAL"

TESIS DE GRADO

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

POR
LUIS RODRIGO PUAC CARRANZA

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

QUETZALTENANGO, SEPTIEMBRE DE 2017
CAMPUS DE QUETZALTENANGO

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

NOMBRE DEL ASESOR DE TRABAJO DE GRADUACIÓN
MGTR. NELLY BETSABÉ DE LEÓN REYES

TERNA QUE PRACTICÓ LA EVALUACIÓN
MGTR. JESÚS INOCENTE ALVARADO MEJÍA

AUTORIDADES DEL CAMPUS DE QUETZALTENANGO

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

Quetzaltenango, 08 de septiembre de 2016

Señora:
Coordinadora de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Campus de Quetzaltenango
Universidad Rafael Landívar

Fui nombrada como Asesora del estudiante **LUIS RODRIGO PUAC CARRANZA**, con número de carnet 1508310, de la tesis denominada "EL ORDEN PUBLICO COMO LIMITE A LA MATERIA OBJETO DE ARBITRAJE EN EL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL".

El estudiante en todo momento siguió los lineamientos requeridos por lo tanto y en virtud de haber finalizado el trabajo emito **DICTAMEN FAVORABLE**, para los efectos pertinentes.

Atentamente,


Ma. Licda. Nelly Betsabe De León Reyes
Asesora

Licenciada
Nelly Betsabe de León Reyes
Abogada y Notaria



Universidad
Rafael Landívar

Tradición Jesuita en Guatemala

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
No. 071452-2016

Orden de Impresión

De acuerdo a la aprobación de la Evaluación del Trabajo de Graduación en la variante Tesis de Grado del estudiante LUIS RODRIGO PUAC CARRANZA, Carnet 15083-10 en la carrera LICENCIATURA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES, del Campus de Quetzaltenango, que consta en el Acta No. 071062-2016 de fecha 15 de diciembre de 2016, se autoriza la impresión digital del trabajo titulado:

"EL ORDEN PÚBLICO COMO LÍMITE A LA MATERIA OBJETO DE ARBITRAJE EN EL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL"

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

Dado en la ciudad de Guatemala de la Asunción, a los 28 días del mes de septiembre del año 2017.



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

Agradecimientos

A Dios “Puse en el señor toda mi esperanza; él se inclinó hacia mí y escucho mi clamor”. Salmos 40:1

A mis padres, por su incansable lucha de ver crecer y triunfar a sus hijos, ejemplo, consejos, amor y apoyo incondicional. No pude escoger mejores padres.

A mis hermanos por su apoyo incondicional y por compartir mis alegrías. Las tuyas son las mías también. Espero siempre poder ser su ejemplo.

A mis abuelos, por su cariño, consejos y oraciones, quienes han estado a lo largo de mi vida conmigo, siempre los llevaré en mi corazón.

A usted, quien a pesar de todo, ha estado siempre a mi lado, apoyándome en cada paso y decisión que doy. Infinitas gracias por todo.

A mis amigos, que me han apoyado y alentado en esta carrera y en la vida.

A mis amigos de moots, quienes tras mucha dedicación y esfuerzo logramos grandes resultados y juntos nos enamoramos de esta materia.

A mis catedráticos, por las grandes enseñanzas que me han brindado.

A los profesionales y estudiantes, quienes desinteresadamente están dispuestos a compartir todos sus conocimientos.

Especial agradecimiento a mi Alma Mater Universidad Rafael Landívar, Campus de Quetzaltenango, por forjar al estudiante y persona que soy hoy en día.

Dedicatoria

A Dios Padre, Hijo y Espíritu Santo, por ser fuente inagotable de sabiduría, por su infinita misericordia y grande amor a mí persona. ¡Gracias por todo!

Índice

	pág.
INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO I	5
EL ARBITRAJE	5
1.1 Definición.....	5
1.2 Antecedentes históricos.....	6
1.2.1 Guatemala.....	8
1.3 Naturaleza jurídica.....	9
1.3.1 Teoría Contractual.....	9
1.3.2 Teoría Jurisdiccional.....	10
1.3.3 Teoría Ecléctica.....	12
1.3.4 Teoría Autónoma.....	13
1.4 Ventajas y desventajas del arbitraje.....	14
1.4.1 Ventajas.....	14
1.4.2 Desventajas.....	16
1.5 Clases de arbitraje.....	19
1.5.1 Arbitraje ad hoc.....	19
1.5.2 Arbitraje Institucional.....	20
1.5.3 Arbitraje de derecho y de equidad.....	21
1.5.4 Arbitraje interno e internacional.....	22
1.5.5 Arbitraje voluntario y forzoso.....	22
1.6 Características y Elementos sobresalientes del Arbitraje.....	24
1.6.1 La autonomía de la voluntad.....	24
1.6.2 El acuerdo de arbitraje.....	25
1.6.2.1 Separabilidad de la cláusula compromisoria.....	26
1.6.2.2 Estándar de las cláusulas arbitrales.....	27
1.6.3 Kompetenz-Kompetenz.....	29
1.6.5 Los árbitros.....	31
1.6.5.1 Número de árbitros.....	31
1.6.5.2 Designación.....	32

1.6.5.3	Recusación.....	33
1.6.5.4	Prohibiciones.....	34
1.6.6	Medidas Cautelares.....	34
1.6.7	El laudo arbitral.....	37
CAPÍTULO II.....		38
ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL.....		38
2.2	Significado de los términos internacional y comercial.....	39
2.2.1	Término internacional.....	39
2.2.2	Término comercial.....	41
2.2.3	El Comercio Internacional.....	42
2.3	La sede del arbitraje.....	44
2.4	Instituciones de arbitraje comercial internacional.....	45
2.4.1	La Cámara de Comercio Internacional (CCI).....	45
2.4.2	La Corte de Londres de Arbitraje Internacional (LCIA).....	46
2.4.3	La Asociación Americana de Arbitraje (AAA).....	47
2.4.4	Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial (CIAC).....	48
2.4.5	Instituciones nacionales.....	48
2.4.5.1	CRECIG.....	49
2.4.5.2	CENAC.....	49
2.5	Los Convenios Internacionales y la Ley Modelo.....	50
2.5.1	Convenios internacionales en general.....	50
2.5.2	El Protocolo de Ginebra de 1923.....	51
2.5.3	La Convención de Ginebra de 1927.....	52
2.5.4	La Convención de Nueva York de 1958.....	52
2.5.5	Convención de Panamá de 1975.....	53
2.5.6	La Ley Modelo.....	54
2.6	El derecho aplicable.....	55
2.6.1	El derecho procesal o la llamada Lex Arbitri.....	55
2.6.1.1	Reglamento de las instituciones de arbitraje.....	56
2.6.1.2	La autonomía de voluntad en el proceso.....	57

2.6.2	El derecho aplicable al fondo.....	58
2.6.2.1	La autonomía de voluntad de las partes.....	58
2.6.2.2	Ordenamiento jurídico nacional.....	59
2.6.2.3	Derecho internacional público y los principios generales del derecho....	59
2.6.2.4	Derechos concurrentes.....	60
2.6.2.5	La lex mercatoria.....	60
2.6.2.6	Equidad y justicia.....	62
2.7	Laudo arbitral.....	63
2.7.1	Definición.....	63
2.7.2	Clases de laudos.....	65
2.7.2.1	Laudos finales.....	65
2.7.2.2	Laudos parciales y provisionales.....	65
2.7.2.3	Laudos en rebeldía.....	66
2.7.2.4	Laudo por acuerdo.....	66
2.7.3	Forma de los laudos.....	66
2.7.4	Plazos.....	67
2.8	Impugnación del laudo.....	68
2.8.1	La capacidad de las partes.....	69
2.8.2	El debido proceso.....	70
2.8.3	Cuestiones de competencia.....	70
2.8.4	Otras cuestiones procesales.....	70
2.8.5	Arbitrabilidad y orden público.....	71
2.9	Reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales.....	71
2.9.1	Lugar del reconocimiento y ejecución.....	72
2.9.2	Denegación del laudo arbitral.....	73
2.9.2.1	Causas que deben de ser probadas.....	73
2.9.2.2	Causas que pueden ser declaradas de oficio.....	74
	CAPÍTULO III.....	75
	MATERIA OBJETO DE ARBITRAJE.....	75
3.1	Generalidades.....	75

3.2	Arbitrabilidad.....	76
3.2.1	Arbitrabilidad subjetiva.....	76
3.2.2	Arbitrabilidad objetiva.....	78
3.3	Que comprende la arbitrabilidad.....	79
3.3.1	Brasil.....	79
3.3.2	Colombia.....	80
3.3.3	Chile.....	81
3.3.4	Perú.....	82
3.3.5	Uruguay.....	82
3.3.6	España.....	83
3.3.8	Costa Rica.....	84
3.3.9	Panamá.....	85
3.3.10	Guatemala.....	86
3.3.10.1	Proyecto de reforma de ley.....	91
3.4	Denominadores comunes; la libre disposición, la asuntos de propiedad, transacción.....	93
3.4.1	La disponibilidad.....	94
3.4.2	Los asuntos de propiedad.....	95
3.4.3	La transacción.....	96
3.5	Conclusión del presente capítulo.....	98
CAPÍTULO IV.....		100
EL ORDEN PÚBLICO.....		100
4.1	Generalidades.....	101
4.2	El orden público en el derecho internacional privado.....	103
4.3	El orden público en el arbitraje.....	104
4.3.1	Definición de orden público.....	106
4.3.2	El orden público interno e internacional.....	109
4.4	Qué comprende y qué no comprende el orden público internacional en el arbitraje.....	115
4.4.1	La tesis maximalista y la tesis minimalista.....	115

4.4.2	El orden público material y procesal.....	119
4.4.3	El orden público y principios constitucionales.....	121
4.4.4	Las normas imperativas.....	123
4.4.5	Las leyes de policía.....	125
4.4.6	Obligaciones internacionales del Estado.....	127
4.4.7	Las leyes de orden público.....	128
4.4.8	Conclusión de lo que comprende el orden público internacional en el arbitraje.....	129
4.5	La denegación de reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral por causal de orden público.....	130
4.6	Orden público y materia de arbitraje.....	133
4.7	Consideraciones finales.....	135
	CONCLUSIONES.....	138
	RECOMENDACIONES.....	140
	REFERENCIAS.....	142
	ANEXOS.....	153

Resumen

La presente investigación, de carácter jurídico descriptiva y comparativa, busca identificar lo que comprende el orden público como causal para la denegación de un laudo arbitral, teniendo una referencia ello, puesto que a través de la doctrina y jurisprudencia arbitral y jurisdiccional se concuerda que es imposible establecer el orden público de forma concreta. En consecuencia, teniendo dicha referencia, se busca también contemplar si es un límite, el orden público, de la materia objeto de arbitraje o la también llamada arbitrabilidad, es decir de acuerdo a la tendencia actual en qué medida un tribunal arbitral internacional debe de abstenerse de conocer cierta controversia cuando se encuentre involucrado el orden público. Para ello es sumamente importante estipular que es lo que se considera como materia arbitrable y su regulación en distintos Estados así como las distintas concepciones de lo que conforma el orden público internacional.

El presente trabajo ofrece un aporte sumamente importante para todos lo que deseen conocer más acerca del arbitraje comercial internacional así como del arbitraje nacional actual, a través de doctrina y jurisprudencia emblemática así como convenios y tratados internacionales. De la misma manera al ser la arbitrabilidad y el orden público dos causales que son muy comúnmente recurridas para declarar la anulabilidad de un laudo arbitral y que para muchas personas son temas simplemente desconocidos, el lector podrá conocer sobre los presentes temas que probablemente sean algunos de los más problemáticos que se han suscitado en la presente materia, por otro lado, el interesado también podrá comprender como es que el arbitraje ha podido sobrellevar dichos problemas, convirtiéndose en el método de resolución de conflictos preferido por los comerciantes internacionales, aunque, claro está, que aún queda mucho camino por recorrer, en especial en los países en donde no se fomenta de la forma en que se merece, al arbitraje.

INTRODUCCIÓN

El arbitraje es conocido como un método efectivo para la solución de controversias, elegido entre ciertas partes que poseen una relación contractual entre sí. Su fuente de poder emana de la voluntad de las partes, quienes deberán manifestar dicha voluntad en un acuerdo arbitral que se podrá reflejar en un compromiso arbitral o una cláusula compromisoria, también conocida esta última como cláusula arbitral.

Este método de solución de controversias, a través de los años, se ha posicionado como uno de los mejores, si no es que el mejor, método por el cual las partes le confían sus conflictos a una jurisdicción arbitral, totalmente distinta a la jurisdicción Estatal confiándole así la correcta resolución de los mismos. Los árbitros son personas independientes, que se encuentran muy bien capacitados como para resolver conflictos de grandes latitudes y es por lo mismo que tanto las partes, como los organismos legislativos y judiciales de cada Estado le han dado un voto de confianza al arbitraje.

El auge del arbitraje se encuentra en el comercio internacional, en donde se ha convertido como el método de solución de controversias preferido por los comerciantes que poseen relación contractual más allá de sus fronteras. Esto ha motivado a que diferentes Estados del mundo modernicen sus leyes de arbitraje y les abran las puertas a lo que es una realidad; El arbitraje comercial internacional está cada vez mejor consolidado y a la medida en que pasa el tiempo es cada vez más aceptado.

Por otro lado, claro está, que el arbitraje comercial internacional posee sus límites, y a los cuales ni la más clara autonomía de voluntad de las partes, ni el más sensato árbitro o juez Estatal, deberían de dejar de obviar. Las limitantes que campean o al menos son las más recurridas son: la materia objeto de arbitraje o la también llamada por la doctrina la arbitrabilidad y la violación del orden público.

En cuanto a la arbitrabilidad es conocido como todo aquello que el legislador ha decidido que sea resuelto por medio de arbitraje así como todo aquello que es prohibido

para someterlo a la jurisdicción arbitral. Esto porque el legislador consideró o se reservó ciertas materias, por una u otra razón, para la jurisdicción Estatal. El orden público es conocido como todos aquellos principios fundamentales de cada Estado, traducidos en el principio de la justicia, la moralidad, la economía, política y hasta religiosidad. Pero hasta que momento, puede ser un límite a la arbitrabilidad, en otras palabras cuando un árbitro puede conocer acerca de una controversia cuando se está involucrado el orden público, sin ser este, aparentemente, violado.

Lo que se considera o no orden público ha sido un debate amplio sin resolver, a través, de las cortes arbitrales y jurisdiccionales así como entre distintos doctrinarios en la materia. Sin duda, la denegación de un laudo arbitral por causal de orden público, es uno de los temas más espinosos del arbitraje comercial internacional. Probablemente por la dificultad de poder delimitar su amplio contenido. La presente investigación es un estudio detallado, en primer lugar del arbitraje en general, la arbitrabilidad y lo que considera la doctrina y jurisprudencia de lo que debería de conformar el orden público como causal para denegar un laudo arbitral.

El aporte de la presente investigación permite a los interesados entender de mejor manera al arbitraje comercial internacional, así mismo tener en cuenta las limitantes del mismo. Por otro lado, permite al lector conocer acerca de lo que se considera materia arbitrable alrededor de distintos países, así como, tener validas referencias de lo que para muchos es considerado como el orden público internacional, como una causal, cuando ha sido violado, para denegar un laudo arbitral.

El trabajo se ha desarrollado, en primer lugar, a través de una inmensa recopilación de fuentes bibliográficas, para el efecto se accedió a distintas bases de datos legales, así como, a bibliotecas de diferentes Universidades del país y se consultó a profesionales de la materia, con la finalidad de poder recabar la información pertinente de la presente investigación. Seguidamente, se realizó un sondeo legal de los distintos convenios, tratados, leyes modelo, aplicables al presente trabajo así como jurisprudencia legal. Posteriormente se estableció la pregunta de investigación, el objetivo general y los

objetivos específicos, así como los límites y alcances de la presente. Por último se redactó minuciosamente, la presente, con el respaldo de las fuentes doctrinales, legales y jurisprudenciales, realizando un aporte personal para poder responder a la pregunta de investigación y poder cumplir los objetivos de la misma.

El objetivo general obedeció a la siguiente pregunta de investigación o hipótesis: ¿Hasta qué punto puede una jurisdicción arbitral conocer una controversia cuando se encuentra involucrado el orden público? De manera que para contestar a dicha cuestionante se trabajó sobre el siguiente objetivo general: determinar que comprende el orden público en el arbitraje comercial internacional, como causal para denegar un laudo arbitral. De igual forma como objetivos específicos se obtuvieron: a) Analizar la importancia y alcance del arbitraje comercial internacional como método de resolución de conflictos; b) Verificar las cuestiones arbitrables dentro de un proceso de arbitraje; c) Comparar distintas normas internacionales de arbitraje, acerca de lo que se considera como arbitrabilidad; d) Conocer acerca del orden público internacional como causal de denegación de un laudo arbitral así como su característica para que no sea reconocido dentro del arbitraje comercial internacional; e) En qué momento se considera al orden público como límite a la materia objeto de arbitraje o la también llamada arbitrabilidad.

Si bien el trabajo tiene un enfoque hacia el arbitraje comercial internacional se abordan, con mucha frecuencia, como se ha ido desarrollando y delimitando, a través de sus leyes, decisiones judiciales y doctrinarios guatemaltecos el arbitraje nacional, sobre la base que el orden público se encuentra presente en cualquier jurisdicción del mundo, así mismo, para aumentar la cultura arbitral dentro del país.

En cuanto a los límites que podría encontrar la investigación, es sobre la bien conocida dificultad, de poder delimitar lo que comprende la materia arbitral y el orden público, debido a que ambas, se regulan de diferentes maneras de país en país. Así mismo debido al principio de confidencialidad del arbitraje, se dificultó en cierta medida el acceso y estudio de diferentes laudos arbitral.

Sin duda, al momento del reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral, las excepciones más recurridas para atacar la nulidad del mismo son: La arbitrabilidad y el orden público. Es entonces donde los presentes temas, cobran una relevancia importante, principalmente porque las partes, con asesoría de sus abogados, atacan lo resuelto por el tribunal arbitral con el fin de no cumplir con la decisión tomada por dicho tribunal. De manera que el conocimiento de las presentes materias es de suma importancia para el conocimiento y la práctica actual en el arbitraje comercial internacional.

CAPÍTULO I

EL ARBITRAJE

1.1 Definición

El autor Rivera afirma que el origen etimológico proviene del latín *ad-biter-ltri* cuyo significado se puede traducirse como el que puede decidir sin dependencia de otro.¹

En este sentido se establece que el arbitraje es “un procedimiento jurisdiccional, sui generis, mediante el cual, por expresa voluntad de las partes, se difiere la solución de conflictos privados transigibles a un cuerpo igualmente colegiado integrado por árbitros, los que transitoriamente quedan investidos de jurisdicción para proferir un laudo con la misma categoría jurídica y los mismos efectos que una sentencia judicial”.²

La Ley de arbitraje de Guatemala define el arbitraje como: “Cualquier procedimiento arbitral, con independencia de que sea o no una institución arbitral permanente ante la que se lleve a cabo”.³ La Corte de Constitucionalidad de Guatemala, en cuanto a dicho artículo, orienta que por lo tanto el arbitraje constituye un medio para la solución de conflictos basado en la autonomía de voluntad de las partes y supone una renuncia a la jurisdicción estatal por la del árbitro o árbitros, por lo que debe considerarse como un equivalente jurisdiccional mediante el cual las partes pueden obtener las mismas satisfacciones que con la jurisdicción ordinaria, respecto de la obtención de una decisión que ponga fin al conflicto con todos los efectos de la cosa juzgada.⁴

Contemplado en su conjunto, el arbitraje está constituido por una serie de operaciones complejas, encaminadas a hacer efectiva la voluntad de las partes de sustraer un litigio

¹ Rivera Neutze, Antonio Guillermo, *Arbitraje y Conciliación Alternativas extrajudiciales de Solución de Conflictos*, Guatemala, Editorial Impresos Robedo, 2001, pág. 10.

² Gil Echeverry, Jorge Herman, *Nuevo Régimen de Arbitramiento, Manual Práctico*, Colombia, Editorial Cámara de Comercio de Bogotá, 1999, pág. 3.

³ Congreso de la República de Guatemala, Decreto No. 65-95, *Ley de Arbitraje de Guatemala*, artículo 4 inciso 2.

⁴ Corte de Constitucionalidad de Guatemala, expediente número: 387-2010, sentencia del 7 de Julio de 2011, considerando IV, párrafo séptimo.

a la jurisdicción normalmente competente, sustituyéndola por el enjuiciamiento de personas libremente designadas por ellas.⁵

En conclusión el arbitraje es un procedimiento de arreglo de controversias, alternativo al procedimiento judicial estatal, pero igual o en ocasiones mucho mejor, al que las partes se someten en el uso pleno de la autonomía de voluntad para que un árbitro o tribunal arbitral decida sobre su propia jurisdicción, así como, el arreglo de cierta controversia surgida entre las partes, decisión a la cual las mismas deberán de apegarse.

1.2 Antecedentes históricos

Es sumamente complicado establecer un antecedente histórico concreto puesto que para algunos autores el arbitraje es creado en la época primitiva en donde no existían los tribunales estatales y para otros el arbitraje se deriva de los mismos. El autor William Searle Holdsworth sigue el criterio de que el arbitraje surge como una práctica natural en los ordenamientos jurídicos primitivos debido a que las partes involucradas deseaban solucionar sus controversias con menos formalidades y gastos comparados a los que se generan en la justicia estatal.⁶

Al seguir este criterio, la mayoría de autores aseveran que el auge del arbitraje tuvo como antecedentes a los comerciantes. Pues al ofrecer el arbitraje, dentro de sus características, pocas formalidades técnicas los comerciantes que están acostumbrados a ello, lo ven como un método alternativo eficaz para resolver sus conflictos. Es por ello que no es complicado imaginarse los comienzos del arbitraje comercial; dos comerciantes que se encontraban en disputa por una mercadería dañada, en lugar de acudir a los tribunales estatales, recurrían a un tercer comerciante, conocedor del tema, para que él resolviera su conflicto.

⁵ Chillón Medina, José y José Merino Marchán, Tratado de Arbitraje Privado Interno e Internacional, España, Editorial Civitas, S.A., 1978, pág. 235.

⁶ William Searle Holdsworth y otros, History of English Law, volumen 14, Inglaterra, Mathuen & Company Limited, 1964, pág.187.

Contrario a ello se sostiene que el arbitraje es una de las primeras maneras de resolver las disputas jurídicas que se presentan entre las gentes, ya que su origen se atribuye a la época primitiva de la sociedad en donde la cultura imponía diferir a terceros la solución de disputas sin que existieran juzgados Estales.⁷ Se sigue el mismo criterio al mencionarse que si bien hubo muchos métodos para la resolución de los conflictos desde tiempos remotos que ponían fin a las disputas, tales como la venganza de la sangre las ordalías, el duelo “no eran un método de hacer justicia”. Precisamente por ello, en esos tiempos, “el arbitraje” (entendiéndose este como nombrar a un tercero imparcial en la resolución de conflictos) está llamado a sus servicios como uno de los mecanismos de solución de disputas dotados de mayor flexibilidad para resolver de forma satisfactoria las cuestiones de la más variada índole, y sobre todo en el área de negocios internacionales.⁸

De acuerdo a la definición literal de arbitraje, es un método alternativo de solución de conflictos en donde las partes someten sus conflictos a un tercero imparcial. Por lo que cuando las partes deciden apegarse y respetar lo resuelto por él, se está en presencia de un procedimiento arbitral sin importar si existe una institución establecida o no. Es por ello que al hablar de la historia de arbitraje es más pertinente la teoría que habla que el arbitraje surgió mucho antes de la justicia ordinaria y no como una derivación de esta. Claro está que el arbitraje tuvo también mucho auge al momento en que las partes, en lugar de arreglar sus controversias mediante una justicia estatal, resolvían sus controversias por medio de un método alternativo que conllevaba menos formalidades.

Ahora bien, la circunstancia de que el Estado asumiera el rol de administrar justicia, no reemplazo o ha reemplazado el arbitraje, el cual se ha conservado en casi todos los sistemas jurídicos de igual manera se han creado distintas convenciones en las cuales cada vez más estados son signatarios de las mismas, por las características y naturaleza propias que ofrece este procedimiento para la resolución de conflictos.

⁷ Rivera Neutze, Antonio Guillermo, Arbitraje..., Op. cit., pág. 23.

⁸ Feldstein de Cárdenas, Sara Lidia, Arbitraje e inversiones extranjeras, Argentina, Centro Argentino de Estudios Internacionales –CAEI-, 2010, pág. 2.

1.2.1 Guatemala

El arbitraje estuvo regulado en sus comienzos por el Código de Enjuiciamiento Civil y Mercantil del artículo 730 al 744. En donde uno de sus aspectos más relevantes es que el compromiso arbitral no se debía de establecer en una escritura pública si no excedía los quinientos quetzales. Sin embargo el 19 de diciembre del año 1963 se publicó en el Diario Oficial lo que sería el nuevo Código Procesal Civil y Mercantil Decreto Ley 107. Que entro en vigencia el 1 de julio de 1964, en dicho código se regulo el arbitraje en el Título IV del Libro Segundo, que comprendían los artículos 269 al 293. Por otro lado, en el Código Civil Decreto Ley 106, en la Segunda Parte del Título XXI, se regulaba el contrato de compromiso del artículo 2170 al 2177.

Para poder facilitar y promover de una mejor manera la utilización del arbitraje se elaboró un proyecto de ley que estaba inspirada en gran parte en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional (en adelante Ley Modelo). Dicha ley es una creación de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI o UNCITRAL por sus siglas en inglés) establecida el 17 de diciembre de 1966. En donde se contempla, en la nota explicativa de la secretaria de la CNUDMI, que se elaboró para hacerle frente a las considerables disparidades entre las diferentes leyes nacionales de arbitraje que existen.

El proyecto se presentó como una iniciativa de ley del Organismo Ejecutivo a través del Ministerio de Economía. La Ley de Arbitraje Decreto Número 67-95 se publicó en el diario de Centroamérica el diecisiete de noviembre de 1995 y entro en vigencia el 25 de octubre del mismo año. Aunque con algunas peculiaridades que no se encontraban en el proyecto de ley, por ejemplo, la prohibición de someter a arbitrajes a lo que la ley señale un procedimiento especial.⁹

Adicionalmente por medio del Decreto Ley No. 9-84, del 30 de enero de 1984 se aprobó e incorporo a la legislación guatemalteca la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras o Convención de Nueva York del 10

⁹ Congreso de la República de Guatemala, Decreto número 67-95, Ley de Arbitraje de Guatemala, art. 3, literal 3 inciso C. Este punto será abordado en el capítulo 3 del presente trabajo de investigación.

de junio de 1958. Así mismo a través del Decreto No. 35-86 se adoptó a la legislación interna la Convención Centroamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional, también llamada Convención de Panamá de 1975.

Ambas convenciones son sumamente imprescindibles en la legislación guatemalteca, así como complementarias entre ellas, ya que la primera habla sobre la ejecución de sentencias arbitrales de otros países signatarios y la segunda establece normas adjetivas que dan reglas generales para la tramitación del arbitraje.

1.3 Naturaleza jurídica

La naturaleza jurídica del arbitraje es una intensa polémica dentro de la doctrina nacional e internacional. En la actualidad no existe una teoría universalmente aceptada. No obstante las cuatro más relevantes y aceptadas son: Teoría Contractual; Teoría Jurisdiccional; Teoría Mixta o Ecléctica; Teoría Autónoma, cada una de ellas será abordada a continuación.

1.3.1 Teoría Contractual

Al momento en que las partes en el uso de su autonomía de voluntad, deciden constituir un tribunal arbitral o seleccionar a un árbitro para someterse a lo resuelto por él. La mayoría de autores le asignan la naturaleza jurídica de carácter contractual y por consiguiente privado, por no estar involucrado en ningún momento algún órgano estatal. Afirman que el compromiso de acudir a un órgano arbitral nace en un contrato que fue pactado antes o después del surgimiento del conflicto así mismo que la cláusula arbitral confiere derecho y obligaciones a las partes.

El doctrinario Rivera Neutze¹⁰ asevera que es una teoría con buen fundamento, pues el arbitraje tiene su origen en el principio de la autonomía de la voluntad de las partes. Bajo esa premisa se deben de tener en cuenta los principios y normas del negocio jurídico.¹¹ Por consiguiente el objeto debe de ser lícito, determinado y posible¹²; la

¹⁰ Rivera Neutze, Antonio Guillermo, Arbitraje..., Op. cit., Pág. 17.

¹¹ El Negocio Jurídico, en Guatemala, se encuentra establecido en el art 1251, Código Civil, Decreto No.106, Jefe de Gobierno de la República de Guatemala.

manifestación de voluntad debe de estar libre de vicios del consentimiento; error, dolo, simulación y violencia.¹³ Por último el autor determina que esta doctrina es la más apegada a los principios modernos del arbitraje.

Por otro lado, no se debe de confundirse el contrato de compromiso y el contrato de transacción. Son figuras diferentes y excluyentes entre sí. Ante la transacción se evita un proceso judicial o, se termina uno pendiente; mediante el compromiso se acuerda el inicio de un proceso arbitral. Sin embargo, iniciado el proceso arbitral, éste, puede terminar mediante transacción.¹⁴

Siguiendo este criterio, habría que tener en cuenta las limitaciones que existen para la celebración de un negocio jurídico:

- 1) Cuando falte total o parcialmente la capacidad de las partes que declaran su voluntad. Este es el caso de las incapacidades absolutas que establece el Código Civil,¹⁵ relativa a los menores de catorce años, los declarados en estado de interdicción por padecer de enfermedad mental que les priva de discernimiento, los ebrios consuetudinarios, y los ciegos o sordomudos que no puedan manifestar su voluntad de manera indubitable.
- 2) Cuando el objeto del negocio fuere contrario al orden público o a normas prohibitivas expresas, por la ausencia o no concurrencia de los requisitos esenciales para su existencia¹⁶.

1.3.2 Teoría Jurisdiccional

En contraste a la teoría contractual o privatista se opone la teoría jurisdiccional que reconoce que el arbitraje nace de la autonomía de la voluntad de las partes pero el árbitro o árbitros asumen roles y tareas de jueces y como tal son independientes y autónomos que se deben de regir únicamente por las leyes y su conciencia. Así mismo,

¹² Jefe de Gobierno de la República de Guatemala, Decreto No. 106, Código Civil, art 1538.

¹³ Jefe de Gobierno de la República de Guatemala, Decreto Ley 106, art.1257 del Código Civil.

¹⁴ Rivera Neutze, Antonio Guillermo, El Proceso Practico Arbitral, Guatemala, Imprenta y Fotograbado Llerena, S.A., 1996, pág. 27.

¹⁵ Jefe de Gobierno de la República de Guatemala, Decreto Ley 106, art 9 al 14 del Código Civil.

¹⁶ Jefe de Gobierno de la República de Guatemala, Decreto Ley 106, art 1301 del Código Civil.

sostiene la teoría que, la eficacia del procedimiento arbitral no podría ser la misma sin la intervención de la jurisdicción estatal.

Ledesma Narváez, sostiene que el arbitraje es jurisdiccional debido a que “la eficacia de este no depende de la voluntad de las partes de someter a la decisión de un tercero la resolución de la controversia surgida entre ellas; sin duda dicha voluntad es necesaria para que el arbitraje surja, pero, una vez manifestado, los efectos de la decisión los establece la ley y son los mismos que los de una sentencia dictada por un tribunal ordinario. Dicho de otro modo, los árbitros ejercen su función porque las partes lo acuerdan, pero su función es jurisdiccional porque así lo dicta la ley”.¹⁷

En este sentido la doctrina señala que “el compromiso arbitral es un pacto procesal que autoriza a los árbitros para actuar en derecho como si fueran órganos jurisdiccionales del Estado, no difiriendo el proceso arbitral del derecho común en cuanto los presupuestos de este se extienden a aquel: los árbitros no son mandatarios de las partes y deben en el desempeño de su función proceder con la misma autoridad que los jueces”.¹⁸

Concurren otras posiciones que sostienen que el arbitraje pertenece a esta teoría por el rol que asume el subsidiario, complementario o revisor que asume la jurisdicción frente a las situaciones que se desencadenen en el procedimiento arbitral. Sin desconocer su origen contractual, su eficacia no puede lograrse sin la intervención de la jurisdicción.¹⁹

Bajo esta premisa, el desarrollo del procedimiento arbitral puede encontrar ciertos límites, unos necesarios y otros innecesarios, frente a la jurisdicción estatal. En la Ley de Arbitraje de Guatemala la jurisdicción asume ciertos roles frente al arbitraje. Como el auxilio o apoyo de la jurisdicción para la solicitud de las providencias cautelares. Art. 12 y 22; La asistencia para el nombramiento de árbitros, cuando una de las partes no nombre árbitro, cuando los dos árbitros no deciden la designación del tercer árbitro,

¹⁷ Ledesma Naváez Marianella, Jurisdicción y Arbitraje, Perú, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica de Perú, 2010, pág. 32.

¹⁸ Santos Belandro, Ruben, Seis lecciones sobre Arbitraje Privado (Interno e Internacional), Uruguay, Montevideo: Asociación de Escribanos del Uruguay, 2002, pág. 97.

¹⁹ Ledesma Naváez, Marianella. Op. Cit., Pág. 33.

cuando en un arbitraje de un árbitro las partes no consiguen ponerse de acuerdo. Art. 15 incisos a), b) y c); La asistencia a los árbitros para la práctica de pruebas. Art. 34; El reconocimiento y ejecución del laudo arbitral. Art. 46. Ante esta premisa, queda claro que un procedimiento arbitral necesita de la asistencia de los órganos Estatales, ni el doctrinario más radicalista se opondría a dicha asistencia, no obstante existen aspectos en donde al árbitro se le puede dar más confianza, para que la jurisdicción arbitral cumpla de mejor manera sus fines, como por ejemplo, la asistencia de los órganos Estatales para nombrar a un árbitro.

1.3.3 Teoría Ecléctica

Entre la teoría contractual y la jurisdiccional se encuentra una tercera teoría en donde se contempla que el arbitraje tiene una naturaleza contractual pero que en su desarrollo y eficacia posee una naturaleza jurisdiccional.

Nadie podría negar la naturaleza contractual del convenio arbitral; pero junto a ello, concurren también normas de naturaleza procesal. Esto nos lleva a reafirmar la teoría mixta o ecléctica en el sentido de que el origen del arbitraje deriva de la autonomía de voluntad de las partes así como la necesidad de la actividad jurisdiccional para que el arbitraje cumpla sus fines.²⁰

En el mismo sentido se clarifica que: “Si vemos el arbitraje desde la perspectiva del acuerdo arbitral caeremos en la tesis contractualista, pero si lo atibamos como un medio heterosolucionador de controversias nos inclinaremos a la posición jurisdiccionalista. Por ello una posición mixta parece ser lo más congruente”.²¹

En la legislación guatemalteca, se define y regula el acuerdo o convenio arbitral²² como aquella decisión de someter a arbitraje todas o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir frente a una relación contractual determinada. Por lo que se reconoce

²⁰ Ibid., Pág. 36.

²¹ Pereznieto Castro, Leonel, Jorge Alberto, Silva Silva, Derecho Internacional Privado, Parte especial, México, Impresora Castillo Hermanos, S.A.,2000, pág. 424.

²² Congreso de la República de Guatemala, Decreto No. 67-95, art 4 inciso 1 y art 10 de La Ley de Arbitraje de Guatemala.

su origen contractual. No obstante se estipulan los momentos en que deberá de intervenir la jurisdicción estatal.²³ Así mismo la Corte Suprema de Justicia, en concordancia con los artículos mencionados, mediante Circular No. 7-2012²⁴ se dirige a los jueces de Primera Instancia Civil de toda la República para que presten funciones de asistencia y supervisión, que durante los procedimientos de arbitraje se les requieran. Aceptando así la intervención de la misma para poder cumplir los fines del arbitraje. Por lo que con base a ello se concluye que el arbitraje en Guatemala se encuadra dentro de esta Naturaleza Jurídica. En este sentido también se contempla en la Ley Modelo, establece los momentos en que deberán de asistir los órganos jurisdiccionales en el artículo 6 y así mismo se establece en el artículo 7 la relación contractual de las partes y por consiguiente del convenio.

1.3.4 Teoría Autónoma

A pesar de las doctrinas anteriormente citadas hay quienes sostienen que el arbitraje posee una naturaleza y un carácter procesal autónomo. Esta teoría afirma que por, poseer características propias, se le debe de considerar al arbitraje como una institución independiente y con naturaleza jurídica única y propia.

Se ha mencionado que la naturaleza autónoma del arbitraje es una teoría de reciente creación y se argumenta que se desenvuelve en un régimen emancipado y por consiguiente autónomo. La teoría autónoma observa al arbitraje per se, por lo que hace, busca y logra, cómo y por qué funciona en la forma que lo hace.²⁵

Rodríguez y Martínez sostienen que esta postura es la más acertada en virtud de que “el arbitraje no tiene porqué tomar su naturaleza –prestada- de otras instituciones jurídicas, sino que es evidente que, por sus propias características, se está en una

²³ Congreso de la República de Guatemala, Decreto No. 67-95, art. 9 y art. 35 de La Ley de Arbitraje de Guatemala.

²⁴ Ver anexo número 1.

²⁵ Gonzales de Cossio Abogados, S.C. Gonzales de Cossio, Francisco, Sobre la Naturaleza Jurídica del Arbitraje, México, disponible en: <http://www.gdca.com.mx/PDF/arbitraje/SOBRE%20LA%20NAT%20JDCA%20ARBITRAJE%20Hom%20%20Raul%20Medina.pdf>, fecha de consulta 19 de enero 2016.

institución de Derecho autónoma, con una regulación y efectos propios...”.²⁶ Esta teoría sin duda cobra más realce, desde el punto de origen en que se estudia. Ya que existen tendencias opuestas entre los distintos ordenamientos jurídicos de cada nación. Así como la tradición jurídica de cada Estado; ya sea el *Commun Law* o *Civil law*.

El arbitraje, como método para la solución de controversias, posee características muy únicas y propias como; La autonomía de voluntad de las partes, plasmada en el compromiso o cláusula arbitral; Las cláusulas del arbitraje; Los tipos de arbitraje; la constitución de los árbitros; la legislación a utilizar; los laudos arbitrales. Que lo hacen poder gozar de una institución autónoma y pensar que su naturaleza jurídica se encuentra encuadrada dentro de la presente. No obstante, en la actualidad, al menos en Guatemala, no se podría encuadrar dentro de esta naturaleza, puesto que el arbitraje necesita la intervención, en ocasiones innecesaria, de la jurisdicción estatal para cumplir algunos fines.

1.4 Ventajas y desventajas del arbitraje

1.4.1 Ventajas

La inclinación de muchos hacia esta forma de resolución de conflictos de gran arraigo y tradición se debe en gran parte a las dinámicas y ventajas, frente a los tribunales estatales, que se ofrece hacia las personas para que resuelvan sus controversias en los negocios tanto nacionales pero especialmente internacionales. Ante la ausencia de genuinos tribunales privados internacionales, el arbitraje se presenta como una alternativa que brinda confiabilidad, experiencia, celeridad, flexibilidad, neutralidad e imparcialidad, confidencialidad. A continuación se describen cada una de ellas:

- a) Experiencia. Por ser las partes quienes eligen a los árbitros, son las personas idóneas, para las mismas, para resolver sus conflictos. Así mismo en el caso de los tribunales arbitrales institucionales, los árbitros son seleccionados para que posean la mayor experiencia en la materia a la cual deben de resolver.

²⁶ Rodríguez Roblero, María Inmaculada y María Teresa, Martínez Martínez, *Impugnación de acuerdo Sociales y Arbitraje*, Universidad Complutense de Madrid, 2011, pág.34.

- b) Agiliza la solución de conflictos. En muchas ocasiones los tribunales locales trabajan con lentitud debido al cumulo de trabajo que poseen. Por ello el arbitraje beneficia tanto a las autoridades judiciales como a los particulares que eligen este método de solución de disputas. Debido a que, por un lado se disminuye el trabajo de los primeros y, por el otro, el particular obtiene una solución más expedita.
- c) Flexibiliza las reglas del procedimiento. En el arbitraje las partes son quienes en principio señalan que procedimiento que se debe seguir y a que legislación se deberán de regir.
- d) Imparcialidad. Ya que el tribunal arbitral se encuentra constituido por la elección de las partes, los árbitros son personas que por su trayectoria poseen la confiabilidad de las mismas. Lo que incrementa la imparcialidad al momento de resolver la disputa.
- e) Confidencialidad. El procedimiento arbitral se desarrolla en plena confiabilidad entre los árbitros y las partes. Esto es en contraposición al principio de publicidad del proceso judicial. Esto es principalmente para poder resguardar la certeza de las empresas y partes del proceso, resguardar el buen nombre, los secretos (personales o de una empresa), así como las relaciones que guardan las partes implicadas.

Ciertamente los méritos del arbitraje, han sido las razones fundamentales del éxito alcanzado dentro del campo del derecho internacional privado. Dotado de un perfil jurídico, que ha evolucionado desde su remoto origen, le han permitido desenvolverse a las exigencias por un ritmo veloz, casi vertiginoso del dinámico tráfico en el mundo de las transacciones internacionales que reclaman soluciones rápidas, menos costosas, dentro de un marco de confianza, intermediación, idoneidad y confiabilidad.²⁷

Redfern, Hunter y otros conceptualizan que existen dos razones principales del porque las partes prefieren recurrir a arbitraje. “En primer lugar, el arbitraje les brinda a las partes la oportunidad de seleccionar una legislación neutral y un tribunal neutral. En segundo el arbitraje produce una decisión que puede ejecutarse contra la parte vencida

²⁷ Feldstein de Cárdenas, Sara Lidia, Arbitraje e inversiones extranjeras, Argentina, Centro Argentino de Estudios Internacionales –CAEI-, 2010, pág. 9

no solamente en el lugar en el cual ha sido dictada sino también en el ámbito internacional”.²⁸ La primera ventaja forma parte de uno de los principios fundamentales del arbitraje, la autonomía de la voluntad de las partes. La segunda es viable de conformidad a los tratados internacionales, tales como la Convención de Nueva York.

1.4.2 Desventajas

Como bien se señala por Aizenstatd: “El arbitraje, si bien es un método eficaz para resolver controversias, no es una panacea...”²⁹ y es que en el arbitraje al igual que cualquier procedimiento se encuentra algunas desventajas, que resaltan varios autores, las mismas van variando según la regulación que posea el arbitraje dentro del derecho interno. Sin embargo los puntos más criticados del arbitraje son los siguientes:

- a) **Costos:** Algunos autores afirman que esta es una ventaja del arbitraje, por ser más lenta la justicia estatal, ello conllevaría a más gastos para las partes. Sin embargo el arbitraje no necesariamente representa un método de solución de controversias menos costoso y menos aún a un arbitraje internacional. En primer lugar los gastos y honorarios de los árbitros les corresponden a las partes. En segundo lugar es posible que se deban de otorgar honorarios administrativos y gastos de una institución arbitral. Si las partes recurren a un arbitraje ad hoc, puede ser necesario la utilización de un secretario para administrar el procedimiento. Ello implicaría el pago de honorarios. En lugar de utilizar instalaciones públicas del sistema judicial, si es el caso, en el arbitraje, será necesario contratar salas para realizar las audiencias correspondientes.

Por ultimo a las partes también le corresponde los honorarios de los abogados que los representan y asesoran. No obstante los anteriores gastos relacionados, se ha contemplado que: “Los honorarios y gastos del tribunal, y los de cualquier institución arbitral, junto con los gastos que importa, por ejemplo el alquiler de salas, pueden

²⁸ Redfern, Alan y otros, Teoría y práctica del Arbitraje Comercial Internacional, España, Editorial Arazandi, SA, cuarta edición, 2006, pág. 87.

²⁹ Aizenstatd, Alexander, “Cláusulas Asimétricas del Arbitraje”, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Francisco Marroquín, número 25, Guatemala, Junio de 2007, Editorial Serviprensa, pág. 28

sumar un monto considerable. No obstante es probable que en los arbitrajes de cierta magnitud estos gastos no parezcan importantes. En comparación con los honorarios y gastos de los abogados y expertos de las partes, que fácilmente pueden superar la suma de USD 1.000.000 para cada parte”.³⁰

b) Límites a las facultades de los árbitros. La intervención de la jurisdicción estatal para que el arbitraje cumpla sus fines, es otra de las desventajas que posee el arbitraje. Ya se ha señalado anteriormente, los momentos que establece la Ley de Arbitraje de Guatemala en donde debe de intervenir los órganos jurisdiccionales estatales. La mayoría de ellos, por no decir todos, se encuentran también en la Ley Modelo de la CNUDMI, por lo que los arbitrajes internacionales también poseen la misma desventaja;

El árbitro llamado a impartir justicia, carece de facultades que le impiden alcanzar de una mejor manera la misma, tales como la autoridad para exigir la comparecencia de testigos bajo la pena de una multa o privación de libertad; El poder embargar cuentas bancarias o la confiscación de bienes, para el cumplimiento de una obligación: Por ultimo una vez dictado el laudo las partes deben de acudir la jurisdicción estatal competente para el reconocimiento del mismo.

c) Laudos contradictorios. Sin duda la jurisprudencia es una gran fuente de ayuda para los árbitros al momento formular su decisión. Sin embargo en el arbitraje no existe una norma o tratado establecido en donde se estipule que los laudos emitidos por otro órgano arbitral sean vinculantes para el tribunal arbitral que resolverá un conflicto. Es por ello que la jurisprudencia citada sirve para ilustrar al tribunal arbitral más sin embargo no lo obliga a seguir el mismo criterio. Por lo que cada laudo que se dicta es único e independiente. Lo que podría llevar a decisiones contrarias respecto a cada laudo.

³⁰ Redfern, Alan y otros, Op.cit., Pág. 87

d) Confidencialidad. Lo que para algunos es una ventaja para otros autores es una desventaja. Pero sin duda esta es una de las características o como lo llamarían algunos autores desventajas del arbitraje. En este sentido se manifiesta que, la confidencialidad en el arbitraje posee varios factores a su favor "...pero se ha sostenido que esta falta de transparencia genera a su vez incertidumbre y desconfianza en quienes no son parte del conflicto pero que se relacionan con las partes involucradas en un arbitraje".³¹

Conforme a ello varias instituciones y cámaras arbitrales se han pronunciado señalando que es fundamental la credibilidad y transparencia para que cualquier método de resolución de disputas sean efectivos.

Se afirma que la transferencia y credibilidad aumenta la legitimidad en el arbitraje; cada vez más los ciudadanos tienen acceso a más información de disputas, sin duda dicho acceso tiene restricciones, pues uno de los principios fundamentales del arbitraje es la confidencialidad; las terceras partes que se encuentran involucradas en la disputa pero que no se encuentra dentro del proceso arbitral puede presentar sus criterios al tribunal en forma de *amicus curiae* obteniendo así el derecho a estipular la interpretación de la disputa desde su punto de vista. Sin duda se debe de comprobar la relación de la tercera parte, pues no se le puede permitir a cualquier persona involucrarse en el procedimiento arbitral; por último es previsible saber porque un tribunal arbitral tomo una decisión. Lo que aumenta la aceptación del laudo arbitral.³²

Es claro que la aplicación de estos parámetros dependerá del contexto, institución o cámara, país y de la región en donde se esté aplicado. Sin embargo es un parámetro valido y el cual se debe de implementar en los arbitrajes, en cualquiera de sus clases.

³¹ Rodríguez, María Inmaculada y María Teresa, Martínez, Op.cit., Pág. 67.

³² M. Kinnear, J. Garcia Represa, A. Ceja Moura, C. Valderrama, D. Jiménez, (octubre de 2015) "Confidencialidad y Transparencia en el arbitraje: Nuevas fronteras", Cuarto simposio Internacional de Arbitraje, simposio llevado a cabo en la ciudad de Lima, Perú.

En conclusión “es por lo tanto, que en algunos casos será ventajoso para las partes acudir a arbitraje mientras que en otros no”.³³ Y será decisión de ellas, naturalmente con un buen asesoramiento de sus abogados, acudir o no a un arbitraje.

1.5 Clases de arbitraje

Cuando las partes escogen al arbitraje para resolver sus controversias, o bien tienen pensado hacerlo, deben de tener en cuenta que existen diversas clases de arbitraje, cada una con una naturaleza distinta. A continuación, se explican cada una de ellas.

1.5.1 Arbitraje ad hoc

El arbitraje ad hoc es aquel que es realizado de conformidad con las normas acordadas por las propias partes o establecidas por el tribunal arbitral. Las partes poseen la libertad para poder convenir y fijar las normas procesales a las que el árbitro o tribunal arbitral se debe de regir y aplicar. Siempre que las partes se encuentren en un trato equitativo y se le brinde a cada parte un tiempo prudencial para poder exponer sus alegatos.

Sin duda una de las mayores ventajas que posee esta clase de arbitraje, es que las partes puedan estructurar, de manera conjunta, el reglamento al que quieran regirse para poder adecuarse más a los deseos y exigencias que reclama un determinado hecho o controversia y al mismo tiempo que resulte equitativo para ambas partes.

La flexibilidad que presenta esta clase de arbitraje es la razón por la cual los arbitrajes de mayor importancia y en donde se encuentra involucrado el Estado se realizan de esta manera. En esta línea: “Mucho puede decirse a favor del arbitraje ad hoc en aquellos casos en los que se encuentran en juego sumas importantes de dinero – y en particular, tal vez, en aquellos casos en que se encuentra involucrado un Estado o una entidad estatal y es probable que surjan cuestiones de orden público y soberanía.- En el

³³ Aizenstatd, Alexander, Clausulas..., Op.cit., Pág. 28.

arbitraje ad hoc es posible diseñar un procedimiento que resulte justo para ambas partes y que, a la vez, tome en cuenta las necesidades particulares del Estado”.³⁴

Sin duda no todas las partes se encuentran en la disponibilidad de poder realizar y estructurar un procedimiento específico para cada caso. Ya que ello conlleva mucha dedicación y cooperación de las partes, así mismo de un gran asesoramiento de profesionales del derecho. La mayoría de autores afirman que adoptar o adaptar un reglamento procesal ya formulado puede ahorrar tiempo y dinero. Por ejemplo el Reglamento de Arbitraje de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (en lo subsiguiente Reglamento de CNUDMI), o un reglamento de una institución arbitral. Sin embargo no es recomendable adoptar de manera literal un reglamento de una institución arbitral pues el mismo remite en varias ocasiones a la misma institución. De manera que las normas procesales no funcionarían correctamente, pues fueron creados para cumplir fines de la propia institución.

1.5.2 Arbitraje Institucional

También es llamado Arbitraje administrativo. El cual se caracteriza por ser administrado por una institución especializada y de carácter permanente, que posee su propia norma sustantiva así como todos los medios necesarios para el correcto desarrollo del proceso arbitral.

Dentro de los cuales se encuentra, por lo general, una lista de los árbitros preparados y de gran trayectoria en diferentes materias, para que las partes puedan tomar la mejor decisión y su conflicto sea resuelto de forma eficaz, así mismo se podría contar con la asistencia de un secretario, un lugar ideal para la realización de las audiencias respectivas, un reglamento para administrar el proceso arbitral, definir el Idioma del arbitraje, la solución de aspectos procesales, de igual forma escoger la modalidad del arbitraje; de derecho o de equidad. En el siguiente punto se contemplará dichas modalidades.

³⁴ Redfern, Alan y otros, Op.cit. Pág. 120

La ley de arbitraje de Guatemala, contempla en su artículo 4 inciso 3, Que una institución Arbitral, significa: “Cualquier entidad o institución legalmente reconocida, a la cual las partes pueden libremente encargar, de conformidad con sus reglamentos o normas pertinentes, la administración del arbitraje y la designación de los árbitros”.

En Guatemala existen varias instituciones dedicadas a la resolución de conflictos ya sea mediante un proceso arbitral o por medio de conciliación. Cada una con sus respectivos estatutos y reglamentos internos. Siendo las más importantes, La Comisión de Resolución de Conflictos de la Cámara de Industria de Guatemala. –CRECIG- , Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Guatemala. –CENAC-, y el Centro de Dictamen, Conciliación y Arbitraje –CDCA-. Estas instituciones fomentan, de varias formas, cada vez más los métodos alternativos de solución de controversias fortaleciendo así la justicia guatemalteca.

A nivel internacional son varias las instituciones que han tenido una gran trayectoria y cada vez más aceptación y afluencia en la resolución de controversias a través de arbitraje comercial, de propiedad intelectual, finanzas contractuales, adquisición de acciones, entre otras. De las más importantes se pueden señalar, La Cámara de Comercio Internacional –CCI-, Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativa a Inversiones –CIADI-, La Corte de Londres de Arbitraje Internacional –LCIA-. La Asociación Americana de Arbitraje –AAA-. Cada organización ha sido encargada de fomentar el arbitraje como un método alternativo preferido para poder solucionar de manera eficaz controversias internacionales. Cada una de las instituciones nacionales e internacionales serán analizadas de una mejor manera en el siguiente capítulo.

1.5.3 Arbitraje de derecho y de equidad

En arbitraje de derecho, como su nombre lo indica, los árbitros decidirán y llevaran a cabo el procedimiento aplicando estrictamente las normas sobre la controversia. En este caso el árbitro deberá ser abogado en ejercicio. El arbitraje de equidad es cuando las partes quieren que el árbitro resuelva como amigable componedor, en cuyo caso no

será necesario que sea abogado, aunque esto no es excluyente.³⁵ Las partes son las que tienen la libre disposición de elegir a qué tipo de arbitraje se quieren someter, si es de derecho pueden elegir ellas mismas la norma aplicable al fondo de la controversia o que sea el árbitro quien se encargue de eso. Por otro lado si el arbitraje es de equidad los árbitros no se encuentran ligados a resolver conforme a las normas de derecho, sino a su leal saber y entender de lo que para ellos sea lo más equitativo y justo para las partes.

En este sentido, la Ley de Arbitraje de Guatemala en el artículo 37, establece que el arbitraje ex aequo et bono (de acuerdo a lo correcto y lo bueno). 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”. La Ley Modelo contempla en su artículo 28.3 que “El tribunal arbitral decidirá ex aequo et bono o como amigable componedor sólo si las partes le han autorizado expresamente a hacerlo así”. El Reglamento de CNUDMI lo establece en el artículo 35.2. Es importante señalar que esto se aplica únicamente a la legislación a utilizar para la resolución de fondo del problema. Ya que los aspectos procesales serán administrados según lo elegido por las partes, un reglamento procesal de arbitraje o la ley de arbitraje del país en donde se lleve a cabo el arbitraje, o bien, ambas.

1.5.4 Arbitraje interno e internacional

El arbitraje interno es aquel en donde la resolución de la controversia se rige a las normas y leyes de un determinado Estado. Mientras que el arbitraje internacional es aquel en donde se encuentran involucrados bienes y sujetos de diferentes Estados, que se encuentran vinculados a distintas legislaciones. El centro del arbitraje puede ser distinto a cualquiera de los estados de donde las partes pertenecen.

1.5.5 Arbitraje voluntario y forzoso

El arbitraje voluntario es aquel en donde las partes, en la máxima expresión de su autonomía de voluntad, deciden someter su controversia a arbitraje. Esta voluntad debe

³⁵ Rodríguez, María Inmaculada y María Teresa, Martínez, Op. cit., Pág. 86.

de estar plasmada en un convenio arbitral, anteriormente al conflicto o posterior a él, en una clausula compromisoria.

Por otro lado el arbitraje forzoso es aquel en donde el legislador, le impone a las partes, a través de una norma o ley, la resolución de un conflicto por medio de un procedimiento arbitral. Sin duda el arbitraje debe de ser voluntario por ambas partes. No se cree conveniente que se les deba de imponer a las partes un método para resolver su conflicto. Sin duda el principio de autonomía de voluntad, que sirve como piedra fundamental del arbitraje, se debe de respetar. Incluyendo si es la voluntad de las partes acudir a una jurisdicción Estatal.

En este sentido, se ha sostenido, que las materias que el legislador ha determinado como arbitraje forzoso, se refieren a asuntos que por su complejidad, requieren una discusión especial, excluyéndolas del conocimiento de la justicia ordinaria. Revisando las virtudes del arbitraje frente a la justicia estatal pareciera el arbitraje puro beneficio. Sin embargo hay un gran obstáculo: Sus costos. El Estado debería de responder, financiando los costos del proceso propio del juicio arbitral.³⁶

La Ley de Arbitraje de Guatemala, en su artículo 2 inciso 3.³⁷ Disponía un arbitraje forzoso, al estipularse que: “Las controversias que surjan derivadas de la aplicación, interpretación y ejecución de las contrataciones internacionales entre privados, se resolverá 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 de otros foros de arbitraje”. Sin embargo esta disposición fue declarada inconstitucional.³⁸ Por forzar a las partes a someterse, para la resolución de sus controversias, únicamente a un foro arbitral sin que exista la

³⁶ Pontificia Universidad Católica de Chile - Facultad de Derecho, Bordachar, Rodrigo, “Arbitraje forzoso y acceso a la justicia”, Chile, disponible en: <http://derecho.uc.cl/Derecho-UC-en-los-medios/profesor-rodrigo-bordachar-arbitraje-forzoso-y-acceso-a-la-justicia.html> , fecha de consulta: 28/01/2016.

³⁷ Adicionado por el artículo 117 del Decreto 11-2006 del Congreso de la República de Guatemala.

³⁸ Corte de Constitucionalidad de Guatemala, expediente número: 387-2010, sentencia del 7 de Julio de 2011, Inconstitucionalidad planteada por: Luis Fernando Bermejo Quiñonez, Julio Roberto Bermejo Quiñonez, Luis Pedro Bermejo Quiñonez, Magistrado presidente: Alejandro Maldonado Aguirre.

autonomía de voluntad de las mismas. Así como por violar el artículo 29 Constitucional que establece que todos tienen el libre acceso a los tribunales de justicia.

1.6 Características y Elementos sobresalientes del Arbitraje

1.6.1 La autonomía de la voluntad

Uno de los elementos y al mismo tiempo características más importantes que distinguen al arbitraje, es la autonomía de voluntad de las partes para poder decidir, en primera instancia, la renuncia a la jurisdicción estatal ordinaria y, en segunda instancia, que cualquier controversia, futura o presente, sea resuelta por medio de un procedimiento arbitral, conllevando con ello al cumplimiento estricto del laudo arbitral. Por otro lado, la autonomía de la voluntad se puede ver representada en la legislación que sirva como motor principal para regir la relación entre las partes y así como el reglamento y legislación de fondo para la resolución de un conflicto surgido o por surgir entre las partes.

El doctrinario Larios Ochaíta, Carlos, define la autonomía de voluntad de la siguiente manera: “En general el principio de autonomía de la voluntad se ha entendido como aquella facultad soberana que gozan los individuos para regular sus derechos mediante un acuerdo de voluntades que adquiere entre las partes fuerza de ley”.³⁹

De manera que el arbitraje es el reino arquetípico de la autonomía de las partes, no solamente en el sentido de que el arbitraje únicamente puede existir si es querido por las partes, sino que también se encuentra cada vez más regido por las reglas que las partes tienen la libertad de diseñar a su medida.⁴⁰

La autonomía de voluntad ha sido reconocida y respetada tanto por tratados y convenios internacionales así como por los distintos Estados y por los órganos

³⁹ Larios Ochaíta, Carlos, Derecho Internacional Privado, octava edición, Guatemala, Editorial Estudiantil Fénix, 2013, pág. 203.

⁴⁰ Gaillard, Emmanuel y Diego P., Fernández Arroyo, Cuestiones claves del Arbitraje Internacional, Colombia, Editorial Universal del Rosario, 2013, pág. 189.

jurisdiccionales al no interferir, salvo en los momentos establecidos por la ley, en el proceso arbitral al cual las partes desean acudir. Por otro lado es claro que el tribunal arbitral debe su constitución a la autonomía de voluntad de las partes por lo que al aplicar el derecho elegido por ellas, el tribunal, simplemente, no hace más que cumplir con lo acordado por las mismas.

Esta declaración de voluntad debe de estar libre de vicios de consentimiento, como se señaló anteriormente (en la teoría contractual del arbitraje). Para que surta los efectos pretendidos por las partes, es necesario de que la autonomía o declaración de voluntad se encuentre plasmada de forma clara y por escrito. Adoptándose así como un acuerdo de arbitraje.

1.6.2 El acuerdo de arbitraje

El acuerdo arbitral puede representarse de dos maneras; la cláusula compromisoria o arbitral y el compromiso arbitral. La primera se encuentra inserta en el contrato o de forma independiente, pero el acuerdo existe antes de haber surgido la controversia. En la segunda, el acuerdo de acudir a arbitraje se adquiere después de haber surgido el conflicto.

En la legislación guatemalteca, en la ley de arbitraje, se encuentra contemplado el acuerdo de arbitraje en el artículo 10. En el en cual se establece que no existe distinción alguna, entre la cláusula compromisoria o un compromiso para los efectos jurídicos que produce. Así mismo se determina que el acuerdo deberá de constar por escrito. Clarifica la mencionada ley que se entenderá que consta por escrito cuando es un documento firmado por las partes o en un intercambio de cartas, telex, telegramas, telefax, u otros medios de comunicación que dejen constancia del acuerdo. Esto quiere decir que un convenio arbitral pactado ante negociaciones, por medio de contrataciones a través de correo electrónico, al tener constancia, posee plena validez para su aplicación. Entendiéndose esta comunicación como “mensaje de datos”.⁴¹

⁴¹ Esta denominación se le da en el Art. 2 inciso c), Ley Modelo de la CNUDMI de firmas electrónicas, Naciones Unidas.

En este sentido se determina que “el acuerdo que celebran las partes para someter a arbitraje toda controversia o diferencia suscitada entre ellas constituye la piedra fundamental del arbitraje comercial internacional moderno. Para que haya arbitraje valido debe existir primero un acuerdo valido de arbitraje”.⁴² Por consiguiente, se arriba que para que exista un acuerdo valido de arbitraje deberán concurrir dos elementos indispensables. Al ser una relación contractual, la declaración debe de ser totalmente clara, de forma que denote la plena autonomía de voluntad y al mismo tiempo que se encuentre libre de vicios del consentimiento y el acuerdo de arbitraje deberá de constar por escrito, por cuales quiera medios que puedan dejar constancia del mismo. Así como, el acuerdo arbitral, deberá de versar sobre materias disponibles o arbitrables, de igual forma, las partes deben de tener plena capacidad con forme a derecho.

1.6.2.1 Separabilidad de la cláusula compromisoria

La ley Modelo en su artículo 16.1, clarifica, que una cláusula compromisoria que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del contrato. La decisión del tribunal arbitral de que el contrato es nulo no entrañará ipso jure la nulidad de la cláusula compromisoria. En sentido parecido, se encuentra regulado por la Ley de Arbitraje de Guatemala en el artículo 21.1.

El principio de separabilidad de la cláusula arbitral estipula que la cláusula compromisoria que obliga a las partes a resolver sus controversias mediante arbitraje no puede declararse nula si el contrato se ha declarado nulo igualmente. Es por ello que la cláusula compromisoria o arbitral debe de considerarse como un segundo contrato o accesorio que es totalmente independiente del contrato principal o básico. Debido a que el primero remite a las partes al arbitraje y el segundo regula las obligaciones o derechos que pactaron las partes.

La importancia de este principio radica en que la jurisdicción de los árbitros nace desde el momento en que las partes pactaron el compromiso arbitral. Sería ilógico que al

⁴² Redfern, Alan y otros, Op. cit., Pág. 65.

momento de declararse nulo el contrato principal se declarará nulo igualmente el acuerdo de arbitraje y negar la jurisdicción arbitral.

1.6.2.2 Estándar de las cláusulas arbitrales

El acuerdo de arbitraje, si bien es cierto, necesita para su validez dos elementos indispensables; la voluntad manifiesta y clara de ambas partes y que conste por escrito. También es necesario que se encuentre redactado correctamente, caso contrario, su ejecución podría volverse dificultosa.

En este sentido la Cámara de Comercio Internacional (en adelante CCI), ha establecido que en principio, las partes deben siempre estar seguras de que la aceptación de arbitraje este por escrito y redactado de forma cuidadosa y clara. Así mismo las partes deben de estipular en una cláusula arbitral; La ley que regirá el contrato; el número de árbitros; el lugar del arbitraje y; el lenguaje del arbitraje.⁴³ En seguida, se detallan las mismas:

- a) La ley que regirá el contrato: Las partes deben de pactar a que legislación se quieren someter para las cuestiones de fondo en la relación contractual. Así mismo la legislación en cuanto al procedimiento del arbitraje. Los doctinarios Redfern, Hunter y otros en este sentido señalan que en la práctica en un arbitraje internacional se pueden encontrar 5 ordenamientos jurídicos diferentes; el derecho con el que se rige la capacidad de las partes para celebrar el acuerdo arbitral; el derecho por el que se rigen el acuerdo arbitral y su cumplimiento; el derecho por el que se rige el procedimiento arbitral; el derecho a las normas jurídicas que regirán las cuestiones controversiales en cuanto al fondo y; el derecho que rige el reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales.⁴⁴
- b) El número de árbitros: En la cláusula compromisoria o cláusula arbitral es sumamente importante el número de árbitros que tendrán a bien resolver la

⁴³ Internacional Chamber of Commerce, "Standard ICC Arbitration Clauses", acceso en <http://www.iccwbo.org/products-and-services/arbitration-and-adr/arbitration/standard-icc-arbitration-clauses/>, fecha de consulta: 30/01/2016.

⁴⁴ Redfer, Alan y otros, Op.cit., Pág.153.

controversia que pudiera surgir entre ellas. Así mismo la forma en que se constituirá el tribunal arbitral.

- c) El lugar del arbitraje. En caso de una relación contractual internacional, se debe de estipular en donde es que se debe de realizar el arbitraje, debido a que el arbitraje se puede llevar acabo en un lugar distinto al lugar de origen o permanencia de las partes. En caso en que las partes no contemplen el lugar en donde se debe de llevar acabo el arbitraje, son los árbitros quienes decidirán la constitución del mismo.
- d) Lenguaje del arbitraje. Es normal y lógico que el arbitraje se deberá de llevar acabo en el idioma en que se haya pactado la negociación. Esta es la postura tomada por cualquier tribunal arbitral. Sin embargo es recomendable establecerlo en el convenio arbitral.

Es sumamente importante delimitar correctamente la redacción de una cláusula arbitral, la no observancia de alguno de los aspectos anteriormente señalados, equivaldría a cláusulas defectuosas que le complicarían en gran parte a un árbitro o institución arbitral la ejecución de la cláusula y por consiguiente la resolución de un conflicto. Es por ello que las instituciones arbitrales establecen cláusulas modelo, para que las partes lo adecuen a sus intereses, evitando así el entorpecimiento del proceso arbitral.

Por ejemplo la CCI recomienda la siguiente cláusula arbitral: “Todas las controversias que deriven del presente contrato o que guarden relación con éste serán resueltas definitivamente de acuerdo con el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional por uno o más árbitros nombrados conforme a este reglamento”. La CNUDMI, a través de su Reglamento de Arbitraje establece la siguiente: “Todo litio, controversia o reclamación resultante de este contrato o relativo a este contrato, su incumplimiento, resolución o nulidad, se resolverá mediante arbitraje de conformidad con el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI”.

Ambas instituciones, recomiendan también acoplar la cláusula a las circunstancias particulares de cada caso y de cada parte, como el número de árbitros, el lugar en donde se llevará a cabo el arbitraje, que clase de arbitraje, el idioma del mismo o incluso el cambio de Reglamento referido en cada cláusula.

Por último la CRECIG, refiere la siguiente: Los contratantes convienen en que toda disputa, controversia o reclamo, que se relacione con la aplicación, interpretación y/o cumplimiento de este contrato, por cualquier causa, deberá resolverse mediante arbitraje de: (derecho o equidad), de conformidad con el Reglamento de Arbitraje de CRECIG, que se encuentre vigente al momento de surgir el conflicto. El arbitraje será administrado, por la CRECIG, en la ciudad de Guatemala, por medio de un tribunal compuesto de (uno o tres) árbitro(s), nombrado de conformidad con el Reglamento antes relacionado, y el idioma del arbitraje será el español. El laudo deberá ser cumplido de buena fe y sin demora alguna, por las partes.

1.6.3 Kompetenz-Kompetenz

La doctrina en materia arbitral ha denominado a la facultad del árbitro o tribunal arbitral de poder decidir acerca de su propia competencia como el principio de Kompetenz-kompetenz. Es decir que el árbitro es el primero en decidir acerca de si es competente para poder decidir sobre la disputa surgida entre las partes.

En este sentido el autor Caivano expone que la expresión kompetenz- kompetenz “Se utiliza para definir la posibilidad que se reconoce a los árbitros para decidir acerca de su propia competencia, cuando esta haya sido cuestionada; es decir la posibilidad de resolver el planteamiento de incompetencia articulado a su respecto”⁴⁵ (el énfasis es propio).

El citado autor manifiesta un elemento importante más no indispensable. En el sentido de que indica que el árbitro debe de decidir de su propia competencia cuando esta ha sido cuestionada por alguna de las partes. Sin embargo el presente principio no se circunscribe únicamente a dicho aspecto. También los árbitros pueden decidir acerca de su propia competencia cuando no se le haya cuestionado por las partes, pero se estime que no son materias arbitrales las disputas entre ellas o que se esté violando el orden público. Ambos temas serán abordados ampliamente en los capítulos correspondientes.

⁴⁵ Caivano, Roque, Arbitraje, Argentina, editorial Ad hoc S.E.L & Villeda Editor, 2000, págs. 159 y 160.

El presente principio, proporciona a un tribunal arbitral el poder de decidir sobre su propia competencia. Evitando así cualquier necesidad de esperar a que la determinación judicial de la cuestión y que permite al tribunal actuar con celeridad para decidir sobre la cuestión de fondo de las partes.⁴⁶

La doctrina se encuentra respaldada por la legislación actual, en el artículo 21.1 de la Ley de Arbitraje de Guatemala, se establece que “El tribunal arbitral está facultado para decidir acerca de su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la valides del acuerdo de arbitraje”. En este mismo sentido lo estipula la Ley Modelo en su artículo 16 inciso 1 así como en el Reglamento de CNUDMI lo contempla en su artículo 23.1.

La legislación y la doctrina le han otorgado la facultad a los tribunales arbitrales de poder decidir acerca de su propia competencia. Sin embargo es necesario establecer que dicha facultad no es ilimitada pues su decisión se debe de ajustar a varios factores; lo que hayan decidido las partes, las restricciones que se establecen en la legislación en donde se esté llevando acabo el arbitraje, el orden público entre otras. En el caso contrario en que el tribunal arbitral haya tomado la decisión de conocer un conflicto cuando la ley se lo prohíba o cuando no sea materia arbitrable, el laudo que este vaya a emitir no podrá nacer a la vida jurídica y por consiguiente no podrá generar obligaciones para las partes.

A esta teoría se le ha denominado como “la teoría de los disparos” en donde se postula que la determinación sobre la validez del acuerdo arbitral le corresponde al árbitro (el primer disparo), mientras que el segundo y final (disparo) le corresponde al juez competente.⁴⁷

⁴⁶ Kröll, Stefan y otros, International Arbitration and International Commercial Law: Synergy, Convergence and Evolution, Estados Unidos, Kluwer Law International, 2011, pág. 157.

⁴⁷ Herrmann, Gerold, ICCA Bahrain Arbitration Conference, Estados Unidos, Kluwer Law and Taxation publishers, 1993, pág. 48.

Esto se establece, así mismo, en el artículo V inciso “d” de la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras, al contemplarse que: “solo se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de la sentencia, a solicitud de la parte contra la cual es invocada, si ésta prueba ante la autoridad competente del Estado en que se pide el reconocimiento y la ejecución: d) Que la constitución del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se hayan ajustado al acuerdo celebrado entre las partes o, en defecto de tal acuerdo, que la constitución del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se hayan ajustado a la ley del Estado donde se haya efectuado el arbitraje”. En ese mismo sentido se encuentra regulado en la Convención de Panamá en el artículo 5 inciso “d”.

1.6.5 Los árbitros

El árbitro es aquella persona que es designada por las partes para que, ya sea aplicando las normas jurídicas o de forma equitativa, administre y resuelva un conflicto que haya surgido, entre las partes, a raíz de una relación contractual. “Debemos recordar que el árbitro importa un factor axial en el proceso arbitral, pues está gobernado por una regla de oro: “El arbitraje vale lo que vale el árbitro”.⁴⁸ De allí la primordial importancia de que las partes sepan elegir a los árbitros, puesto que de ellos dependerá el correcto desarrollo del proceso.

1.4.5.1 Número de árbitros

Otro factor sumamente importante, que las partes deben de tener claro el número de árbitros que deseen que administren el proceso arbitral. Ya que pueden estar compuestos por uno o más árbitros, dependiendo del caso. Muchos doctrinarios así como legislaciones nacionales (no es el caso de Guatemala) establecen que el número de árbitros debe de ser impar.

La ley de arbitraje de Guatemala, artículo 13 inciso 1 y 2, establece que las partes podrán determinar libremente el número de árbitros y que a falta de acuerdo los árbitros serán tres. De igual forma se contempla en la Ley Modelo, en su artículo 10.

⁴⁸ Matheus López, Carlos Alberto, El árbitro en el derecho peruano, Perú, Red International Law, 2009, pág. 91.

Posteriormente se señala que, en el arbitraje con tres árbitros, cada parte en litigio nombrará a un árbitro y los dos árbitros designarán a un tercero. Luego entre los tres designarán a quien fungirá como presidente del tribunal arbitral. Si no se logran ponerse de acuerdo fungirá como presidente el de mayor edad, art 15 inciso 2.a (el énfasis es propio.) Este es un aspecto que no se encuentra contemplado en la Ley Modelo. Puesto que en la última ley se determina que a falta de acuerdo entre los árbitros será el tribunal o autoridad que cumpla con las funciones de auxiliar al tribunal arbitral, quien lo designe. En el caso de Guatemala, como ya se señaló anteriormente, son los Juzgados de Primera Instancia Civil o Mercantil. El mismo procedimiento se contempla, esta vez en ambas leyes, cuando una de las partes no designe al correspondiente árbitro.

1.6.5.2 Designación

Existen diversas formas para la designación de los árbitros. Sin duda la designación llevará implícita la aceptación o rechazo del árbitro o árbitros. No obstante los autores Redfer, Hunter y otros,⁴⁹ enumeran los siguientes.

- a) El acuerdo de las partes. Constituye uno de los métodos más utilizados para la designación de árbitros. Deben de concurrir dos elementos, el primero que las partes estén de acuerdo en los árbitros o árbitro que vayan a administrar el proceso, y, por último, que la persona o personas deben de aceptar el cargo.
- b) Institución arbitral. Con base en sus reglamentos, las instituciones arbitrales, cuentan con mecanismos para designar a sus propios árbitros cuando las partes no estén de acuerdo o no sepan a quien elegir. Lo más común es que las instituciones saben que cualidades deben de reunir los árbitros y en base a eso nombran a uno o a varios.
- c) El método de la lista. En este método cada una de las partes elabora una lista con un número de tres o cuatro personas, que podrían ejercer funciones de árbitro, luego se intercambian las listas con miras a entablar un acuerdo.
- d) Árbitros existentes. Es común cuando en la cláusula compromisoria o compromiso arbitral, se encuentre estipulado que las partes deberán de nombrar cada una a un

⁴⁹ Redfern, Alan, Op. cit., Pág. 287.

árbitro y que posteriormente los anteriores deberán de nombrar a un tercero que fungirá como presidente.

- e) Institución profesional. Cuando las partes no pudieren ponerse de acuerdo sobre la designación del correspondiente árbitro o incluso los árbitros. Existen instituciones profesionales que cuentan con una lista de árbitros que se encuentran dispuestos a desempeñarse como árbitros.
- f) Asociación de Comercio. En el acuerdo arbitral se puede contemplar que se puede confiar la designación de un tribunal arbitral a una asociación de comercio o cualquier otra asociación, cámara o club correspondiente a un determinado mercado.
- g) Tribunales nacionales. Cuando las partes no se logren poner de acuerdo sobre la designación de los árbitros y no se ha facultado a nadie expresamente para la designación de los mismos. Deberá de contemplarse si un tribunal nacional tiene la competencia y facultad para la designación requerida.

1.6.5.3 Recusación

La recusación se regula en el artículo 16 de la Ley de Arbitraje de Guatemala, en donde se establece que la persona a quien se comunique su posible nombramiento como árbitro deberá revelar a las partes, lo antes posible, todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas acerca de su imparcialidad o independencia. De igual manera se clarifica que un árbitro solo podrá ser recusado, si existen circunstancias que den lugar a dudas justificadas respecto a su imparcialidad o independencia, o si no posee las calificaciones convenidas por las partes. Una parte solo podrá recusar por causas de las que haya tenido conocimiento después de efectuada la designación. En este mismo sentido lo determina la Ley Modelo en su artículo 12.

Al estipularse que “solo podrá recusar al árbitro... por causas de las que haya tenido conocimiento después de efectuada la designación”. Se infiere que las partes no pueden recusar a un árbitro si conocían las circunstancias, que den lugar a dudas con

respecto a su imparcialidad o independencia, antes de la designación del árbitro o árbitros.

Posteriormente a la recusación el árbitro, no obstante, que en la ley de arbitraje de Guatemala se estipula que las partes podrán acordar libremente el procedimiento de recusación, se establece que se debe de realizar un escrito en donde se manifiesten los motivos de la recusación. Dentro de quince días, contados a partir de la fecha en que se presente la recusación, corresponderá al tribunal arbitral decidir sobre la procedencia de la recusación, sin participación del recusado. Si la recusación es rechazada por el tribunal arbitral, las partes podrán pedir, dentro de los quince días posteriores a la notificación del tribunal que el Juez de Primera Instancia Civil o Mercantil, como auxiliar que decida sobre la procedencia de la recusación. Esta decisión será definitiva. Este último procedimiento se llevará a cabo cuando sea designado un solo árbitro por las partes y este sea recusado.

El reemplazo del árbitro procederá de igual forma en que se designó al árbitro que se ha de sustituir, artículo 19 Ley de Arbitraje de Guatemala.

1.6.5.4 Prohibiciones

Por lo estipulado anteriormente se deduce que en primera instancia tienen prohibición los árbitros que estén ligados a circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad o independencia. En segunda instancia, el artículo. 14 inciso 3) de la ley de Arbitraje de Guatemala regula que no podrán ser nombrados los miembros del tribunal arbitral los miembros del Organismo Judicial. Por tanto los jueces y magistrados no podrán ejercer funciones de árbitros.⁵⁰

1.6.6 Medidas Cautelares

Dentro de cualquier proceso, es común que surja la necesidad de dictar medidas cautelares, para poder mantener el status quo del proceso, obtener declaraciones

⁵⁰ Así mismo se les prohíbe expresamente a los jueces fungir como árbitros Art. 70 inciso b) “Es prohibido a los jueces y magistrados: .. b) ser árbitros, expertos, liquidadores o partidores”, Ley del Organismo Judicial, decreto 2-89, Congreso de la República de Guatemala.

testimoniales, impedir la desaparición de bienes o la preservación de pruebas y bienes. Para el correcto desarrollo del proceso arbitral.

Calamandrei define a las medidas cautelares como aquella acción que: “Nunca constituyen un fin en sí mismas, sino que están ineludiblemente unidas a la emanación de una ulterior providencia definitiva, el resultado práctico de la cual aseguran preventivamente”.⁵¹ Son un instrumento del ordenamiento jurídico procesal que está destinado a asegurar la eficacia del proceso y así conseguir la resolución o terminación del mismo.

Al seguir este criterio y al ser las medidas cautelares un instrumento del ordenamiento jurídico procesal, cabe la siguiente interrogación ¿pueden los árbitros decretar medidas cautelares? El doctrinario Castellanos, orienta que si los árbitros ejercen una jurisdicción en el sentido de conocer y determinar a quién le corresponde la satisfacción de una pretensión y que esa jurisdicción, aunque temporal y específica, es plena y vinculante para las partes. Entonces la respuesta debería de ser que los árbitros si deben tener plenas facultades para conocer y resolver sobre la petición y su respectivo otorgamiento o no de medidas cautelares que deban ser cumplidas o que estén dirigidas a las partes del proceso arbitral (el énfasis es propio).

Continúa manifestando el citado autor que los poderes, jurisdicción y facultades de los árbitros provienen de un acuerdo arbitral que se deriva del acuerdo de voluntad de las partes, entonces esos poderes, facultades, y la jurisdicción de tramitar y resolver un procedimiento y todas sus incidencias para resolver el conflicto, deben quedar confinadas a las partes. Decir lo contrario, sería reconocer que el principio de la autonomía de voluntad de las partes podría tener efectos vinculantes hacia terceros.⁵²

⁵¹ Calamandrei, Piero, Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares, Argentina, Editorial Gráfica, 1945, pág. 44. Citado por: Mallandrich Miret, Nuria, Medidas cautelares y arbitraje, España, Editorial Atelier, 2010, pág. 89.

⁵² Catellanos Howell, Alvaro Rodrigo, “Los Árbitros y el *Ius Imperium*. ¿Compatibles o Incompatibles?”, Auctorias Preidentium Virtual Magazine, segunda edición, Guatemala, febrero, Universidad del Itzmo, págs. 11 y 12.

Por consiguiente el árbitro posee facultades y poderes para decretar medidas cautelares, pero únicamente hacia las partes que le han dado la jurisdicción de resolver un procedimiento y todas sus incidencias, incluyendo las medidas cautelares, a través del principio de autonomía de voluntad. Sin embargo dicha facultad no trasciende hacia terceros. No obstante dicha facultad no es del todo imperativa. Puesto que un árbitro o tribunal arbitral, en la legislación guatemalteca, si bien permiten que un árbitro decrete las medidas cautelares frente a las partes, el mismo no posee poder coercitivo, ya que si las partes no cumplen voluntariamente con las mismas, deben de requerirse para su cumplimiento la intervención de la jurisdicción estatal. En el mismo sentido cuando se necesite una medida cautelar frente a un tercero.⁵³

En relación a esto, si los árbitros deben de tener *ius imperium* y decretar y ejecutar medidas cautelares, a pesar que distintas legislaciones alrededor del mundo lo permiten, refiere nuevamente el jurista Castellanos que: “No vemos viable ni constitucional ni legalmente, que se pretenda equiparar plenamente a los mismos, en cuanto a funciones, atribuciones, facultades, obligaciones y privilegios o inmunidades. ¿Podríamos pensar realmente que un árbitro tenga derecho de antejuicio? ¿O que deba hacer una carrera “arbitral” sujeta a controles de desempeño, y eventuales sanciones? ¿Cómo compatibilizar todo eso, con el carácter temporal y extraordinario de las funciones de un árbitro? Todas estas respuestas, a la luz de la legislación guatemalteca al menos, serían negativas en nuestra opinión. Más bien, imposibles de pensar siquiera”.⁵⁴

Sin duda este tema genera un gran debate entre doctrinarios y legislaciones a lo largo del mundo, unos a favor y otros en contra del *ius imperium* otorgados o denegados a los árbitros, no solo en el tema de medidas cautelares sino también en la ejecución de sus propios laudos. Es claro que en Guatemala el árbitro necesita de más facultades y atribuciones para lograr su cometido como un método eficaz de resolución de conflictos. Sin embargo no es necesario caer hasta el otro punto de la vara y otorgarles

⁵³ Congreso de la República de Guatemala, Decreto No. 67-95, art. 22 inciso 2 de la Ley de Arbitraje de Guatemala.

⁵⁴ Castellanos Howell, Alvaro Rodrigo, Op cit. Págs. 17 y 18.

plenamente el ius imperium, en virtud de que son llamados por las partes de forma temporal y específica, por ende solo poseen jurisdicción sobre ellos.

El presente tema es un debate sin concluir. Lo único cierto es que es indispensable la cooperación y auxilio de la jurisdicción estatal, en cualquier proceso arbitral, para el cumplimiento de los fines del arbitraje. Es por ello que la relación entre estos dos es sumamente importante y debe de estar cada vez más fortalecida. Es evidente que se necesita de la cooperación de los juzgados Estatales, quienes juegan un papel sumamente importante en la consecución de un laudo arbitral.

El arbitraje ayuda al fortalecimiento de la justicia estatal así como al descargo de trabajo laboral, por ende la jurisdicción ordinaria debe de cooperar y auxiliar de manera eficaz y pronta a cualquier tribunal arbitral cuando este lo requiera. El proceso judicial y el proceso arbitral poseen intereses comunes, por lo que deben de trabajar de manera conjunta.

1.6.7 El laudo arbitral

El laudo arbitral es el equivalente a la sentencia judicial. En el sentido en que a través del laudo un árbitro o tribunal arbitral contemplará la forma en la que resolvió todos los puntos que estuvieron a su jurisdicción, incluyendo por supuesto el conflicto. Está claro que esta no es la única forma de ponerle fin a un proceso arbitral puesto que las partes pueden llegar a un acuerdo antes de la consecución del laudo. De igual forma el laudo no puede ser definitivo, ya que existen medios de impugnación. Todo esto estará contemplado de forma amplia en el siguiente capítulo. Incluida la ejecución del laudo arbitral y su impugnación.

CAPÍTULO II

ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL

2.1 Generalidades

El arbitraje como método alternativo de solución de controversias, ha tenido su mayor auge y consolidación en el ámbito comercial y más aún en el ámbito internacional. En este sentido se dice que “el arbitraje internacional se ha consagrado como el principal método de solución de controversias comerciales internacionales”.⁵⁵ Sin duda esto es a raíz de las grandes ventajas que representa para las partes, acudir hacia esta vía en contraposición de la jurisdicción ordinaria.

Visto desde una perspectiva moderna, y en un entorno cultural en donde las cortes representan la tradición establecida, el arbitraje puede ser considerado como un método innovador para la solución de disputas. En este contexto, el arbitraje es una respuesta a las preguntas sin responder por el sistema judicial. Una institución innovadora que satisface las necesidades que los tribunales no se ocupan de forma satisfactoria.⁵⁶

Cada vez son más personas y en especial comerciantes que acuden al arbitraje para resolver cualquier controversia que haya surgido o pueda surgir en una relación contractual. “La Cámara de Comercio Internacional (CCI),.... En 2003 registro 580 solicitudes, todas por un monto de entre USD 10.000 a USD. 2.500.000.000 por controversia. Otras instituciones arbitrales han registrado también un crecimiento importante en la cantidad de casos. Sin embargo esta es solo una muestra de la realidad, ya que muchas instituciones de arbitraje internacionales se realizan en diferentes partes del mundo sin la participación de una institución de arbitraje”.⁵⁷ Naturalmente esta cifra se ha ido incrementando año con año, volviéndose en el método preferido de los comerciantes internacionales. Debido a varios factores pero sin

⁵⁵ Redfern, Alan y otros. Op.cit., Pág. 59.

⁵⁶ Várady, Tibor y otros, International Commercial Arbitration. A transnational perspective, United States of America, Thomson Reuters, 2009, cuarta edición, pág.1.

⁵⁷ Redfern, Alan y otros, Op.cit., Pág.59.

duda uno de ellos es la labor que realizan las instituciones y árbitros en el correcto desempeño y desenvolvimiento del arbitraje.

La consecuencia inmediata, de lo anteriormente mencionado, ha generado que distintos Estados de todo el mundo adopten o actualicen la legislación arbitral con el fin de adaptarse a esta realidad. En ello sin duda ha favorecido mucho la Ley Modelo. Así mismo, nuevos centros de arbitraje han sido creados, las convenciones internacionales han sido adoptadas por la mayoría de países en el mundo y el estudio y práctica del arbitraje ha adquirido mayor relevancia e interés en profesionales del derecho y estudiantes.

2.2 Significado de los términos internacional y comercial

Determinado, en el capítulo anterior, el término de arbitraje junto con sus elementos, teorías y demás características esenciales, es importante señalar cuando un arbitraje se convierte en comercial y cuáles son las condiciones que debe reunir para considerarse internacional. Para ello es importante delimitar los términos “internacional” y “comercial”.

En ocasiones, aunque parezca obvio a simple vista, es sumamente difícil establecer y definir los términos de uso generalizado. Puesto que difieren, en parte, de cada autor y legislación alrededor del mundo. No obstante, a continuación se intentará aclarar cada uno de ellos.

2.2.1 Término internacional

La Real Academia Española estipula, en cuanto, al término internacional que es: “Perteneiente o relativo a dos o más países”.⁵⁸ Sin embargo dicha distinción no se puede encuadrar de forma correcta en el arbitraje internacional. En virtud de que para que un arbitraje sea internacional no solamente es necesario la intervención de dos Estados, o, dicho de otra manera que dos partes sean pertenecientes a diferentes Estados.

⁵⁸ Real Academia Española, Internacional, disponible en: <http://dle.rae.es/?id=LvcJGq6> , fecha de consulta 9/02/16.

En el arbitraje se utiliza la distinción entre arbitraje “nacional” e “internacional”. El primero, se refiere a la resolución de controversia si se rige a las normas y leyes de un determinado estado, así mismo, la realización del arbitraje en el mismo estado. Por otro lado, el segundo, es aquel en donde se encuentran involucrados los bienes y sujetos de diferentes Estados, que se encuentran ligados a distintas legislaciones. De igual manera se puede decir que un arbitraje es internacional cuando las partes pertenecen a un mismo Estado, pero la realización del arbitraje es en un diferente Estado. En síntesis la distinción del arbitraje dependerá del tipo de conflicto y de la residencia de las partes o tribunal arbitral, o una combinación de ambas.

En este sentido se manifiesta que para definir el término “internacional” en el arbitraje comercial internacional se emplean dos criterios principales, ya sean de forma independiente o combinada. El primero de ellos exige analizar el carácter de la controversia, el segundo se centra en las partes. A continuación se describen ambas:

a) El carácter de la controversia: Se considera que el arbitraje reviste de carácter internacional cuando -afecta a intereses de carácter internacional.- En este sentido ha manifestado la CCI que “...el carácter internacional del arbitraje no significa que las partes deban necesariamente tener nacionalidades distintas. En virtud de su objeto. El contrato, puede, no obstante extenderse más allá de las fronteras nacionales, por ejemplo si se trata de un acuerdo celebrado entre dos nacionales de un mismo Estado cuyo cumplimiento habrá de tener lugar en otro país...”⁵⁹

b) Nacionalidad de las partes: Este enfoque consiste en concentrarse en las partes. Ello requiere el análisis de la nacionalidad, el lugar de residencia o la sede comercial de las partes del acuerdo arbitral. Así como es sumamente importante tener en cuenta la sede del lugar de arbitraje.

La Ley Modelo en su artículo 3, contempla una combinación de los enfoques anteriormente mencionados, al estipular:

⁵⁹ The International Solution to International Business Disputes –ICC, publicación No. 301 (1977), pág. 19.

Un arbitraje es internacional si:

- a) Las partes en un acuerdo de arbitraje tienen, al momento de la celebración de ese acuerdo sus establecimientos en Estados diferentes; o (el énfasis es propio).
- b) Uno de los lugares siguientes está situado fuera del Estado en el que las partes tienen sus establecimientos: i) el lugar del arbitraje... ii) el lugar del cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones de la relación comercial o el lugar con el cual el objeto del litigio tenga una relación más estrecha; (el énfasis es propio). Los incisos a y b formarían parte de elementos equivalentes al enfoque de carácter de la controversia.
- c) Las partes han convenido expresamente en que la cuestión objeto del acuerdo de arbitraje está relacionada con más de un Estado. Consiste en un elemento del carácter de la nacionalidad de las partes.

Distintas legislaciones alrededor del mundo han adoptado el carácter de la competencia para establecer si un arbitraje es internacional. Por otro lado diferentes legislaciones han adoptado el carácter de la nacionalidad de las partes. Sin embargo la mayoría de legislaciones han adoptado el criterio combinado de la Ley Modelo. Así es el caso de Guatemala, en donde se regula en el mismo sentido, en lo referente al arbitraje internacional.⁶⁰

2.2.2 Término comercial

La expresión comercial se refiere a todo lo relativo al comercio, comerciante y contrato comercial. En términos amplios el comerciante es aquella persona que, con fines de lucro, se dedica a actividad económica o comercial en el intercambio o producción de bienes y servicios.⁶¹ Por tanto un contrato comercial es una relación contractual,

⁶⁰ Congreso de la República de Guatemala, Decreto No. 67-95, art. 2, Ley de Arbitraje de Guatemala.

⁶¹ El art. 2 del Código de Comercio de Guatemala, Decreto No. 2-70, Congreso de la República de Guatemala. Estipula que son comerciantes: Quienes ejercen en nombre propio y con fines de lucro, cuales quiera de las siguientes actividades: 1) La industria dirigida a la producción o transformación de bienes y a la prestación de servicios. 2) La intermediación en la circulación de bienes y la prestación de servicios. 3) La banca, seguros y finanzas. 4) Las auxiliares de las anteriores. De manera similar la Ley Modelo establece que: "Debe darse una interpretación amplia a la expresión "comercial" para que abarque las cuestiones que se plantean en todas las relaciones de índole comercial, contractuales o no. Las relaciones de índole comercial comprenden las operaciones siguientes, sin limitarse a ellas: cualquier operación comercial de suministro o intercambio de bienes o servicios, acuerdo de

derivada de la autonomía de voluntad, que se realiza entre dos o más comerciantes en el curso normal de sus actividades.

Para algunos comerciantes el método preferido de solución de controversias ha sido el arbitraje por naturaleza. Esto se ha visto reflejado en las instituciones de arbitraje que trabajan de manera conjunta con las cámaras de comercio. Esto sucede por ejemplo con la Cámara de la ciudad de México y su institución de arbitraje –CENACO-. Cámara de Bogotá, Colombia con la institución – MASC-. Cámara de Lima, Perú, Cámara de España, Cámara de Comercio de Costa Rica. En el caso de Guatemala por ejemplo con la Cámara de Comercio de Guatemala a través de –CENAC-. Sin duda la mayoría de Cámaras de Comercio alrededor del mundo cuentan con sus propias instituciones arbitrales y su reglamento para la resolución de controversias.

En el mismo criterio la doctrina ha señalado que, la gente de negocios tiende a evitar la incertidumbre percibida y la imprevisibilidad de los tribunales, el miedo a leyes impuestas, abogados y lengua extranjera, junto con la pérdida de confidencialidad, un gasto considerable y un proceso judicial largo. Sin duda prefieren disputar un mecanismo de resolución fortificado por un tratado moderno que hace cumplir con los acuerdos internacionales de arbitraje, así como el conjunto moderno de leyes y normas.⁶²

2.2.3 El Comercio Internacional

En este orden de ideas “El comercio internacional, se define como el conjunto de transacciones comerciales realizadas entre privados, residentes en distintos países. A diferencia del comercio interior, donde las transacciones comerciales se efectúan dentro de un espacio económico, monetario y jurídico relativamente homogéneo, las

distribución, representación o mandato comercial, transferencia de créditos para su cobro (“factoring”), arrendamiento de bienes de equipo con opción de compra (“leasing”), construcción de obras, consultoría, ingeniería, concesión de licencias, inversión, financiación, banca, seguros, acuerdo o concesión de explotación, asociaciones de empresas y otras formas de cooperación industrial o comercial, transporte de mercancías o de pasajeros por vía aérea, marítima, férrea o por carretera.”
Nota de pie en página 1. Ley Modelo de la CNUDMI sobre arbitraje comercial internacional, Naciones Unidas.

⁶² Várady, Tibor y otros, Op.cit, Pág. 28.

transacciones comerciales internacionales se realizan entre operadores comerciales privados situados en diferentes ordenamientos jurídicos y con acentuadas diferencias económicas y sociales”.⁶³ (El énfasis es propio). Como se mencionó anteriormente, el comercio internacional, dentro del arbitraje, no solamente se refiere a aquellas partes que son de distintos Estados sino también a la ejecución o cumplimiento de obligaciones contractuales que se lleven a cabo en un lugar distinto al Estado de origen de las partes o de donde se realizó la relación contractual.

Algunas corrientes han recalcado que dentro de un contrato comercial, ya sea nacional o internacional, la relación contractual debe de ser entre entes privados.⁶⁴ Por su parte otras corrientes, señalan que las personas jurídicas que forman parte del Estado, no son sujetos de derecho mercantil, pero pueden realizar actividades típicamente mercantiles.⁶⁵ La intervención del Estado en las actividades mercantiles es un tema que genera bastante controversia. Dado que el comercio, por naturaleza, equivale a fines de lucro. A simple vista pareciera contradictorio el bien común y la comercialización de los servicios y bienes que presta el Estado a la población para alcanzar su fin supremo. No obstante dejando fuera lo anterior, lo que genera más crítica e incertidumbre es la corrupción, que se observa en varios sistemas Estatales, en las actividades mercantiles por estos entes públicos. Sin embargo, este es un tema ajeno a la presente investigación.

En este contexto, es importante puntualizar, de manera breve, que el arbitraje comercial internacional. Es aquel método alternativo de solución de controversias que utilizan los comerciantes internacionales, cuando así lo hayan estipulado de forma clara en un acuerdo arbitral. Es decir cuando se encuentran regidos por más de una legislación, se

⁶³ Peláez Sanz, Francisco y otros, El arbitraje internacional: cuestiones de actualidad, España, J.M. Bosh Editor, 2009, pág. 15.

⁶⁴ Villegas Lara, Rene Arturo, Derecho Mercantil Guatemalteco, Guatemala, Editorial Universitaria San Carlos de Guatemala, Séptima edición, 2009, pág. 35.

⁶⁵ Por ejemplo, el art. 13 del Código de Comercio de Guatemala, señala que: El Estado, sus entidades descentralizadas, autónomas o semiautónomas, las municipalidades y en general, cualesquiera instituciones o entidades públicas, no son comerciantes, pero pueden ejercer actividades comerciales...

encuentren en diferentes Estados, o bien la realización del arbitraje o cumplimiento de obligaciones se lleve a cabo fuera del territorio al cual pertenecen ambas partes.

2.3 La sede del arbitraje

La sede del arbitraje es el país en donde las partes decidieron llevar a cabo el procedimiento arbitral. En cualesquiera de sus formas ad hoc o arbitraje institucional. El rol que debe de asumir el país implica, en primera instancia, regirse en principio por la Convención de Nueva York, si se es un Estado parte. En segunda instancia, le correspondería el control general del procedimiento arbitral y del laudo. Basándose en la legislación procesal arbitral del país elegido por las partes.

En ese mismo orden de ideas, Peláez, Griño y otros, distinguen en el sentido que “la sede del arbitraje es el vínculo que sirve para determinar el < sistema de referencia > que proporciona el marco jurídico del arbitraje y las autoridades judiciales con capacidad de intervención sobre el arbitraje, sea en su faceta positiva (asistir a los árbitros como jueces de apoyo) o en su faceta negativa (anulación de laudos)”.⁶⁶ Por tanto las partes al elegir el país se vinculan a la Lex fori o, en el caso del arbitraje, la lex arbitri⁶⁷ del país. Para realizar todos los procedimientos de asistencia por parte de la jurisdicción ordinaria, como por ejemplo las medidas cautelares así como la ejecución o anulación, por parte de la autoridad competente, del laudo arbitral.

La Ley Modelo en su artículo 20, señala con respecto al lugar del arbitraje que “1) Las partes podrán determinar libremente el lugar del arbitraje. En caso de no haber acuerdo al respecto, el tribunal arbitral determinará el lugar del arbitraje, atendidas las circunstancias del caso, inclusive las conveniencias de las partes. 2) Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo precedente, el tribunal arbitral podrá, salvo acuerdo en contrario de las partes, reunirse en cualquier lugar que estime apropiado para celebrar deliberaciones entre sus miembros, para oír a los testigos, a los peritos o a las partes, o

⁶⁶ Peláez Sanz, Francisco y otros. Op.cit., pág. 80.

⁶⁷ Lo referente a la Lex arbitri será abordado más adelante en el punto 2.7. El derecho aplicable al arbitraje comercial internacional.

para examinar mercancías u otros bienes o documentos”. De forma idéntica se regula en la Ley de Arbitraje de Guatemala, artículo 25.

Las transcritas leyes, hacen dos distinciones importantes. En primer lugar, cuando las partes no estén de acuerdo sobre la sede del arbitraje, serán los árbitros quienes lo determinen en beneficio de las partes. En segundo lugar la diferenciación entre la sede del arbitraje y las actuaciones arbitrales. La segunda, se refiere a la presencia de los testigos, peritos, examinación de las mercancías etc. Que se pueden realizar fuera de la sede o país del arbitraje, esto por motivos de celeridad o cercanía a las partes cuando se considere apropiado y en beneficio a ellas.

2.4 Instituciones de arbitraje comercial internacional

Dentro del arbitraje comercial internacional, son protagonistas las instituciones de arbitraje, frente a los arbitrajes ad hoc. Son varias las instituciones que albergan controversias comerciales internacionales alrededor del mundo, cada una con su propio reglamento y cláusulas modelo. A continuación se señalan cuatro de las más conocidas y utilizadas así como las dos instituciones nacionales.

2.4.1 La Cámara de Comercio Internacional (CCI)

La Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional se creó en París en el año de 1923. Es una de las principales instituciones de resolución de controversias en el mundo. El procedimiento arbitral se rige por su propio reglamento de arbitraje, vigente desde el uno de enero de 2012. Anterior a él se encontraba el reglamento de 1998. Desde su creación se han llevado a cabo más de 17,000 litigios en materia de arbitraje. Está compuesta por más de 90 juristas de distintos países. La decisión del tribunal arbitral es susceptible de ejecución de conformidad con las normas de arbitraje nacionales y tratados internacionales como la Convención de Nueva York. La mencionada corte no se trata de un tribunal arbitral constituido para la resolución de controversias. Las funciones de ella, se tratan de ejercer como un órgano administrativo de la CCI. Los arbitrajes se encuentran a cargo del tribunal arbitral que las partes hayan constituido para cualquier caso en específico.

El artículo 1 del citado reglamento establece que la corte internacional de arbitraje es un órgano independiente del arbitraje o tribunal arbitral que fue designado por las partes. El mencionado órgano ejerce funciones administrativas, en base a su reglamento interno y al reglamento de arbitraje de la CCI, dentro del arbitraje. Así mismo la corte es el único órgano que tiene como tarea el examen previo y aprobación de laudos dictados.

La función de la corte consiste en organizar y administrar todos los arbitrajes de la CCI, desde la demanda inicial, constitución del tribunal y hasta el pronunciamiento del laudo final. Todos los laudos antes de ser notificadas a las partes, son examinados por la Corte, para favorecer a las partes y que los mencionados laudos sean susceptibles de ejecución legal. La corte, en conclusión, es un órgano de supervisión y administración en beneficio a la autonomía de voluntad de las partes, así mismo para el correcto desarrollo del arbitraje, para una eficaz ejecución del laudo arbitral emitido por el tribunal.

La CCI brinda grandes ventajas a las partes, para someter sus controversias ante esta institución. Les da a las partes la facultad de elegir sus árbitros, el lugar, el derecho aplicable. La CCI se mantiene pionera en el desarrollo del arbitraje internacional y sus reglas de Conciliación y Arbitraje son usadas ampliamente como modelo a seguir dentro del procedimiento arbitral.⁶⁸

2.4.2 La Corte de Londres de Arbitraje Internacional (LCIA)

La Corte de Londres de Arbitraje Internacional, conocida como LCIA, por sus siglas en inglés, fue inaugurada en noviembre de 1892, bajo el nombre de “The City of London Chamber Arbitration”. Posteriormente luego de un cambio más de nombre, en 1981 se le llamo “The London Court of International Arbitration”, nombre actual de la institución. Es una de las instituciones internacionales que son líderes mundiales en resolución de disputas comerciales. Cuenta con su propio reglamento de arbitraje, que sirve de modelo en los diferentes procedimientos arbitrales independientes. A través de él se

⁶⁸ Información obtenida en la página oficial: <http://www.iccwbo.org/> , fecha de consulta 12/02/16.

proporciona una eficiente, flexible e imparcial administración de arbitraje y otros métodos de resolución de conflictos independientemente de la locación o bajo cualquier sistema de legislación.

Los eficientes servicios que presta a nivel internacional la LCIA se ven reflejados en que el 80% de los casos que se encuentran en la institución, no son de nacionalidades inglesas. Posee, así mismo acceso a los más eminentes y experimentados árbitros, mediadores y expertos en leyes y jurisdicciones.

La diferencia entre la LCIA y la CCI, consiste, entre otras cosas, en que la corte de la presente, no ejerce funciones de administración u organización del tribunal arbitral, ella no tiene como tarea el examen previo y la aprobación de los laudos dictados, como en la CCI. ¿Ventaja o desventaja? Para algunos representa una ventaja que intervenga una corte en la administración y organización del proceso arbitral, para garantizar la ejecución del laudo. Por otro lado, representa para otros una desventaja, que una corte intervenga en las instancias del proceso y en la revisión del laudo. A criterio personal la corte, al no interferir en los aspectos del fondo del laudo arbitral únicamente en los aspectos formales que incluyen todas las cuestiones que deban de abordarse. Por tanto es conveniente la intervención de la corte, en los aspectos de forma, para tener una sentencia arbitral mayor fundamentada y su reconocimiento sea aceptado y ejecutado de la manera más pronta en distintos países.⁶⁹

2.4.3 La Asociación Americana de Arbitraje (AAA)

La Asociación Americana de Arbitraje, fue fundada en 1926. Tiene como fin ser una institución para la resolución de controversias a través de distintos métodos alternativos. Sin duda el arbitraje es el método alternativo más comúnmente utilizado por las partes que acuden ante esta institución. Actualmente posee 38 sucursales en los Estados Unidos y una en Europa, con el nombre de CIRD en Dúblin en la República de Irlanda.

⁶⁹ Información relevante obtenida en su página oficial: <http://www.lcia.org/> , fecha de consulta 12/02/2016.

La AAA administra los procedimientos de arbitraje y demás métodos alternativos, en base a su propio reglamento. Alrededor de 8,000 litigios por año son administrados a nivel nacional e internacional. Posee una lista de por lo menos 18,000 árbitros. La asociación también ofrece asistencia para la realización y puesta en práctica de arbitrajes a nivel mundial, cuando así lo soliciten las partes.⁷⁰

2.4.4 Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial (CIAC)

La Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial, conocida también por sus siglas – CIAC- tiene como fines establecer y mantener un sistema de métodos alternativos de resolución de disputas de carácter comercial mediante la utilización del arbitraje y la conciliación o cualquier otro que resultará propio para tal fin, dentro del sistema interamericano.

Así mismo fomentar el conocimiento y difusión del sistema dentro de los países que conforman los países interamericanos, así como, promover la adecuada interpretación y aplicación de la Convención de Panamá.⁷¹

2.4.5 Instituciones nacionales

En Guatemala también existen instituciones constituidas para la resolución de conflictos a través del arbitraje, conciliación o cualquier otro método alternativo con el fin de fomentar la justicia Estatal a través de soluciones de controversias tanto de carácter nacional e internacional. Actualmente son dos las instituciones consolidadas en Guatemala, las cuales forman parte de distintas cámaras nacionales. Siendo las siguientes:

⁷⁰ Información obtenida en su página oficial: https://www.adr.org/aaa/faces/home?_afLoop=662876192553628&_afWindowMode=0&_afWindowId=sx264ut8r_1#%40%3F_afWindowId%3Dsx264ut8r_1%26_afLoop%3D662876192553628%26_afWindowMode%3D0%26_adf.ctrl-state%3Dsx264ut8r_55 , fecha de consulta: 12/02/2016.

⁷¹ Información adquirida en su página oficial: <http://www.ciac-iacac.org/portal/default.aspx> , fecha de consulta 12/02/2016.

2.4.5.1 CRECIG

La Comisión de Resolución de Conflictos de la Cámara de Industria de Guatemala – CRECIG-, es una institución privada, creada en 1997 por la Cámara de Industria de Guatemala. Cuyo fin corresponde a la administración de procesos de arbitraje, nacionales e internacionales y otros métodos alternativos de solución de controversias. Posee su propio reglamento para la administración del arbitraje.

Fue creada con el objeto de brindar una herramienta eficaz para resolver los conflictos de manera rápida, eficiente y económica, como alternativa de justicia en favor al desarrollo económico del país.

Dentro de sus funciones también se encuentran la difusión, aplicación, agilización, perfeccionamiento, y generalización de los métodos alternativos de solución de conflictos.⁷²

2.4.5.2 CENAC

El Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Guatemala, por sus siglas: -CENAC-, es una institución privada destinada a fortalecer la promoción y desarrollo de los métodos alternativos de solución de controversias. Cuenta con más de 18 años de experiencia en la resolución de conflictos derivados, en general de las operaciones mercantiles, entre empresarios e instituciones tanto a nivel nacional como internacional. Posee su propio reglamento de arbitraje y conciliación.

Tiene como funciones primordiales, contribuir con la promoción y desarrollo de los métodos alternos de solución de controversias; resolver a particulares, empresas e instituciones sus controversias de manera pronta y eficaz; contribuir a la integración y desarrollo del sistema de justicia en Guatemala.⁷³

La labor que realizan todas las mencionadas instituciones, y las demás alrededor del mundo, además de los arbitrajes ad hoc, ha contribuido de gran manera en la

⁷² Información disponible en: <http://crecig.com.gt/> , fecha de consulta: 12/02/16.

⁷³ Información disponible en la página oficial: <http://www.cenac.com.gt/> , fecha de consulta 12/02/16.

confiabilidad y el uso cada vez más cotidiano del arbitraje, como un método de solución de conflictos, tanto a nivel nacional como internacional.

2.5 Los Convenios Internacionales y la Ley Modelo

El rol que cumplen los convenios internacionales es de suma importancia dentro del arbitraje comercial internacional. Puesto que le brindan a los Estados y árbitros las herramientas necesarias para el reconocimiento del acuerdo arbitral, el desarrollo del arbitraje y reconocimiento y ejecución del laudo o sentencia arbitral. En este sentido se señala que “los convenios internacionales, han resultado ser el método más efectivo para crear un sistema jurídico destinado a regir el arbitraje comercial internacional. Los convenios internacionales han servido para vincular los sistemas jurídicos nacionales con una red de leyes que tienen como objetivo la ejecución internacional de los acuerdos de arbitraje y laudos arbitrales”.⁷⁴ Sin duda este sistema jurídico internacional destinado a regir el arbitraje comercial internacional se presenta como una ventaja, debido a que representa la certeza jurídica del mismo, mostrándose como un método eficiente de resolución de controversias.

2.5.1 Convenios internacionales en general

Para contar con un sistema efectivo de arbitraje internacional es necesario vincular distintos sistemas jurídicos nacionales, ello debe de hacerse mediante los diferentes convenios y tratados internacionales que ratifica o adoptan cada nación. En el arbitraje internacional existen acuerdos internacionales que no regulan únicamente el proceso arbitral, sino que son acuerdos generales y regulan también otras materias. Son varios los tratados de esta clase.

El primero es el tratado de Derecho Procesal Internacional, celebrado el 11 de enero de 1889 y se estipuló en el reconocimiento y la ejecución de los acuerdos de arbitraje en determinados países latinoamericanos.⁷⁵

⁷⁴ Redfer, Alan y otros, Op.cit., Pág. 139

⁷⁵ Congreso Sudamericano de Derecho Internacional Privado, arts. 5,6 y 7 del Tratado de Derecho Procesal Internacional, Montevideo 1989.

El Código de Derecho Internacional Privado o Código de Bustamante, en honor al que trabajó arduamente en la creación del mismo, Antonio Sánchez de Bustamante. Surgió en la sexta conferencia internacional en la Habana el 13 de febrero de 1928. Ratificado por Guatemala el 13 de febrero de 1928. En él se establece el procedimiento para la ejecución de sentencias dictadas por tribunales extranjeros en los artículos 423 al 433. En los mismos se contemplan las ejecuciones de sentencias internacionales en materia civil, jurisdicción voluntaria en materia comercial y penal.

El jurista Aizenstatd, señala que “el Código surgió como parte de un importante esfuerzo para la creación de normas generales y uniformes de derecho internacional privado en el continente. Sin embargo ha perdido su impulso debido a que únicamente ha sido ratificado por 14 países en la región, muchos de los cuales han realizado reservas a su implementación. Además se vio afectada porque importantes economías como Estados Unidos de América, México, Argentina y Colombia, entre otros no son parte del convenio”.⁷⁶

Los anteriores convenios, si bien son internacionales, se puede decir que eran de carácter internacional regional. Ya que estaban destinados para la creación de normas internacionales pero únicamente en el continente americano.

2.5.2 El Protocolo de Ginebra de 1923

Al ser regionales los anteriores convenios se dice que el Protocolo sobre Cláusulas de Arbitraje, mejor conocido como el protocolo de Ginebra de 1923, fue “el primer convenio moderno y verdaderamente internacional fue el protocolo de Ginebra de 1923”.⁷⁷ Así mismo es el primer convenio creado y que trataba aspectos únicamente de arbitraje. El mencionado protocolo se creó el 24 de septiembre de 1923, por iniciativa de la CCI, bajo los auspicios de la Liga de las Naciones. En él se contemplan la exigibilidad internacional de las cláusulas compromisorias, quedando las partes obligas a acudir a

⁷⁶ Aizenstatd, Najman Alexander, Derecho Internacional en Guatemala. Documentos básicos, Guatemala, Editorial Magna Terra, 2014, pág. 492.

⁷⁷ Redfern, Alan y otros, Op.cit., Pág. 141.

arbitraje cuando así lo hayan manifestado expresamente. Por otro lado garantizar la ejecución de laudos arbitrales dictados en el mismo Estado.

2.5.3 La Convención de Ginebra de 1927

La Convención para la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, conocida mayormente como la Convención de Ginebra de 1927, fue realizada en Ginebra el 26 de septiembre de 1927. Su primordial objetivo era el de buscar ampliar el ámbito de aplicación del Protocolo de Ginebra de 1923. A través del reconocimiento y ejecución de los laudos extranjeros entre los Estados contratantes y no únicamente en el Estado en que se realizó el compromiso arbitral.

La presente Convención generó una serie de problemas, dentro de ellas, la más recurrente era que la parte que pretendía la ejecución debía demostrar que se dieron las condiciones necesarias para ello. Para poder comprobar que el laudo tenía carácter definitivo, la parte se veía obligada a acudir a la jurisdicción Estatal para obtener una declaración en donde se estipulaba que se había celebrado un arbitraje y que el laudo poseía carácter ejecutorio en ese país.

2.5.4 La Convención de Nueva York de 1958

La Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, llamada más comúnmente como convención de Nueva York. Fue realizada el 10 de junio de 1958. La misma ha sido ratificada por Guatemala⁷⁸.

“Es el instrumento internacional sobre arbitraje más reconocido, hasta el momento lo han suscrito más de 144 estados. Surgió como una iniciativa de las Naciones Unidas con miras a crear un clima favorable al arbitraje y eliminar los principales obstáculos al cumplimiento de los laudos”.⁷⁹ En ella se contemplan y se otorga un efecto más amplio en cuanto a la validez de los acuerdos de arbitraje así como se centra en el reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales distintas al país en donde se quiere ejecutar.

⁷⁸ Entro en vigor el 19 de junio de 1984, Mediante Decreto. Ley No. 9-84. Congreso de la Republica.

⁷⁹ Aizenstatd, Alexander, Derecho..., Op.cit., Pág. 476.

La Convención de Nueva York es el tratado internacional más importante en materia de arbitraje comercial internacional. Puede considerársela como uno de los factores más importantes en la evolución del arbitraje en tanto que medio de solución de controversias comerciales internacionales.⁸⁰ La presente, por regular de una mejor manera y ampliar su aplicación en cuanto a los acuerdos arbitrales y ejecución de laudos, sustituyó tanto al Protocolo de Ginebra de 1923 y a la Convención de Ginebra de 1927, entre aquellos Estados que eran parte de los recién mencionados tratados. Así se contempla en el artículo 7.2 de la Convención de Nueva York: “El protocolo de Ginebra de 1923 relativo a las cláusulas de arbitraje y la Convención de Ginebra de 1927 sobre la ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras dejaron de surtir efectos entre los Estados Contratantes a partir del momento y en la medida en que la presente Convención tenga fuerza obligatoria para ellos”.

Es importante mencionar que el Estado de Guatemala ejerció una reserva sobre la presente convención al señalarse que la aplicación de la misma se encuentra limitada a laudos emitidos en territorio de otros Estados parte con base a la reciprocidad. Además se contempló que se limitará a controversias derivadas de asuntos considerados como mercantiles bajo el derecho interno. No obstante, la Ley de Arbitraje de Guatemala regula de manera idéntica el reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral. Por lo que no existe conflicto para el reconocimiento y ejecución de un laudo no mercantil, bien internacional o cualquiera que fuese su clase.

La Convención de Nueva York, también establece en que momentos se puede denegar la ejecución o reconocimiento de un laudo arbitral, dentro del cual se encuadra, entre otras, cuando no sea materia arbitrable y cuando el laudo sea contrario al orden público del estado en donde se esté pidiendo su reconocimiento.

2.5.5 Convención de Panamá de 1975

La Convención Interamericana de Arbitraje Internacional, suscrita en Panamá el 30 de enero de 1975. Tuvo su origen en el Comité Jurídico Interamericano de la Organización

⁸⁰ Redfern, Alan y otros, Op.cit., Pág. 142.

de Estados Americanos (OEA). En él se establecen varias disposiciones de la Convención de Nueva York, sobre el acuerdo arbitral, reconocimiento y denegación del laudo arbitral, entre otras, a diferencia que la presente rige de manera regional. Guatemala es signatario de ella a través del Decreto No. 35-86, entrando en vigor el 9 de septiembre de 1986.

2.5.6 La Ley Modelo

La Ley Modelo de la CNUDMI (Comisión de las Naciones Unidas sobre Derecho Mercantil Internacional, o UNCITRAL por sus siglas en inglés.) sobre Arbitraje Comercial Internacional. Fue aprobada por la mencionada comisión el 21 de junio de 1985. En el año 2006 se aprobaron sus nuevas enmiendas.

En él se contempla de forma explícita y clara todo el proceso arbitral, desde las disposiciones generales, el acuerdo de arbitraje, el tribunal arbitral, medidas cautelares, pronunciamiento y ejecución del laudo arbitral hasta su impugnación, entre otras instancias del proceso arbitral.

Uno de los mayores problemas, que existían, para la ejecución de los laudos arbitrales y utilización del arbitraje comercial internacional eran las grandes diferencias entre las leyes nacionales de distintos arbitrajes. En relación a ello la ley modelo “se elaboró para hacer frente a las considerables disparidades entre las diversas leyes nacionales de arbitraje. La necesidad de perfeccionamiento y armonización se basó en la comprobación de que las leyes nacionales solían ser particularmente inadecuadas para regular los casos internacionales”.⁸¹ El éxito ha sido muy grande ya que varios Estados a nivel mundial han adoptado en su totalidad la presente ley. Modernizando así el proceso arbitral en su país.

Sin embargo no todos los países han adoptado la Ley Modelo a su legislación, pero si les ha servido enormemente de inspiración para la creación de su propia ley en materia arbitral. Armonizando así, cada vez más, el arbitraje comercial internacional y haciendo

⁸¹ Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil, CNUDMI, Nota explicativa de la CNUDMI acerca de la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional, pág. 26.

más efectivo este método de solución de controversias. Un claro ejemplo es la Ley de Arbitraje de Guatemala que se encuentra basada muy grandemente en ella.

2.6 El derecho aplicable

Un aspecto sumamente importante del arbitraje, es el derecho aplicable al mismo. Por lo general, en un arbitraje entre partes de un mismo país que reúne todas las condiciones para ser un arbitraje nacional, es decir que la relación contractual sea celebrada en ese país así también la realización del arbitraje y por ultimo las obligaciones de las partes se deban de ejecutar en él, únicamente entra en juego la legislación nacional en todo lo relativo a las cuestiones controversiales, el proceso arbitral y si es necesario la ejecución del laudo. Todo lo contrario sucede en un arbitraje comercial internacional, en donde concurren varias legislaciones y convenios internacionales. Tanto en la parte procesal así como en lo relativo al derecho aplicable al contrato. A continuación se detallan algunas de ellas:

2.6.1 El derecho procesal o la llamada Lex Arbitri

En el arbitraje comercial internacional, es común que, la sede del arbitraje se realice en un país neutral, que sea distinto al de las partes. Esto para favorecer la imparcialidad. Las partes al escoger el país de la sede del arbitraje, consecuentemente se ligan a la ley procesal de arbitraje de dicho país, es decir a su lex arbitri. Por tanto las partes poseen un parámetro de cómo se llevará a cabo todas las instancias procesales del arbitraje. Es por ello, la gran importancia de escoger una sede de arbitraje adecuada y actualizada en los temas arbitrales.

Se ha clarificado que las cuestiones que se esperan que se rigiesen por la lex arbitri, son las siguientes: La definición y la forma del acuerdo arbitral; la determinación de las cuestiones arbitrables; la constitución del tribunal arbitral y recusación; la kompetence-kompetence; trato equitativo entre las partes; libertad de establecer normas procesales detalladas; las medidas cautelares; escritos de demanda y contestación; audiencias;

rebeldía; asistencia judicial; facultades de los árbitros; forma y validez del laudo arbitral; derecho de impugnación.⁸²

Para algunos autores la *lex arbitri* es mucho más que una simple ley procesal, si bien se regulan aspectos procesales también se contemplan las materias que no son arbitrables así como la anulación del laudo por ser contrario o materia de orden público.⁸³ Cada Estado decidirá por sí mismo que normas desea establecer para los efectos de la realización del arbitraje en su propio territorio. En Guatemala la *lex arbitri* es la Ley de Arbitraje, Decreto No. 67-95. En la cual se rigen la mayoría de los puntos antes citados así como la materia arbitrable y la anulación del laudo por ser contrario al orden público.

El reto más grande del arbitraje comercial internacional es la armonización, en especial en cuanto a la materia arbitrable, de las leyes arbitrales nacionales. Que si bien la Ley Modelo realizó un adelanto importante, aun en la actualidad existen grandes disparidades entre distintas leyes nacionales. Consecuentemente a que los Estados realizan modificaciones o limitaciones a ciertos aspectos de la Ley Modelo o simplemente no se basan en ella. Ante esto, cabe la recomendación del doctrinario González de Cossío: “Es de esperarse que tanto México como el resto de los países que adoptaron la Ley Modelo como *lex arbitri* copien (sí ¡copien!) él texto sugerido, sin cambio alguno, como el nuevo texto relevante nacional. Sería una victoria de los internacionalistas y de todos aquellos quienes ven al derecho internacional como una estrella polar que debe guiar el derecho nacional”.⁸⁴

2.6.1.1 Reglamento de las instituciones de arbitraje

Las diferentes instituciones de arbitraje poseen su propio reglamento, realizado con el cometido de poder cumplir sus fines, como ente administrativo del arbitraje. Es común que las instituciones establezcan en sus cláusulas modelo que el arbitraje se realizará

⁸² Redfern, Alan y otros, Op.cit., Pág. 157.

⁸³ Ibid., Pág. 164.

⁸⁴ González de Cossío, Francisco, “La nueva forma del acuerdo arbitral. Aun otra victoria del consensualismo”, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, num. 120, México, septiembre-diciembre de 2007, Instituto de Investigaciones de la UNAM, pág. 799.

conforme al reglamento de arbitraje de dicha institución. En él se estipulan distintos aspectos procesales, más sin embargo, no se establece la materia arbitral ni los motivos de denegación de un laudo arbitral.

Por tanto las partes al escoger una institución arbitral, y si así se estipula en el compromiso arbitral, se someten al reglamento de arbitraje de dicha institución. En consecuencia, en estos casos, la *lex arbitri*, se representa en dos legislaciones. Una en el reglamento anteriormente mencionado y dos, en la ley de arbitraje del país en donde se lleve a cabo el arbitraje. En virtud de que la institución no posee la facultad de establecer que materia es arbitrable o que laudo puede ser rechazado, esa facultad le compete únicamente al Estado. Es por ello que en el reglamento de las instituciones de arbitraje se establece que lo no contemplado en él, se remitirá o se aplicará de forma supletoria la ley arbitral del lugar o sede del arbitraje.⁸⁵

2.6.1.2 La autonomía de voluntad en el proceso

La Ley Modelo, establece en su artículo 19 que: “1) Con sujeción a las disposiciones de la presente Ley, las partes tendrán libertad para convenir el procedimiento a que se haya de ajustar el tribunal arbitral en sus actuaciones. 2) A falta de acuerdo, el tribunal arbitral podrá, con sujeción a lo dispuesto en la presente Ley, dirigir el arbitraje del modo que considere apropiado. Esta facultad conferida al tribunal arbitral incluye la de determinar la admisibilidad, la pertinencia y el valor de las pruebas”. En el mismo sentido se regula en la Ley de Arbitraje de Guatemala, en su artículo 24. Esto quiere decir que las partes pueden elegir el procedimiento arbitral a seguir, o modificar un reglamento arbitral, siempre y cuando se vele por el trato equitativo de las partes y por el beneficio del desarrollo arbitral. Esto se ve más comúnmente en los arbitrajes ad hoc. Un claro ejemplo del Reglamento que pueden adaptar o acoplarse a él, las partes, es el Reglamento de arbitraje de CNUDMI, que ha sido un reflejo de las mejores prácticas al momento de establecer las reglas del procedimiento del arbitraje.

⁸⁵ Por citar un ejemplo, la Comisión de Resolución de Conflictos de la Cámara de Industria de Guatemala –CRECIG-, lo estipula en los art. 24 y 56 de su reglamento de arbitraje.

2.6.2 El derecho aplicable al fondo

La doctrina y la legislación y la costumbre, le han denominado como “derecho de fondo”, “derecho aplicable” o “ley aplicable al contrato” al ordenamiento jurídico específico que regula la interpretación y validez del contrato, las obligaciones y derechos de las partes, la modalidad de cumplimiento y las consecuencias del incumplimiento contractual.

2.6.2.1 La autonomía de voluntad de las partes

Como principio fundamental del arbitraje, se les reconoce a las partes que celebran un contrato comercial internacional que elijan de forma libre el derecho al cual se desean someter.

En este sentido son varios los reglamentos de arbitraje que reconocen esta facultad a las partes, por ejemplo, el Reglamento de la CNUDMI estipula que “el tribunal arbitral aplicará las normas de derecho que las partes hayan indicado como aplicables al fondo del litigio”. Artículo 35.1. En este sentido se regula por la Ley Modelo en su artículo 28.1, así mismo el Reglamento de la CCI establece que “Las partes podrán acordar libremente las normas jurídicas que el tribunal arbitral deberá aplicar al fondo de la controversia”, artículo 21.1. En esta línea, el Reglamento de CRECIG, en el artículo 23, señala que: “En los arbitrajes de derecho se aplicarán las normas sustantivas del lugar del arbitraje, salvo que las partes se hayan sometido expresamente a una legislación diferente, siempre y cuando sea arbitraje internacional”.

Queda claro que las partes poseen plena facultad para escoger el derecho que regirá el derecho aplicable al contrato. (Es importante señalar que cuando las partes no estén de acuerdo, serán los árbitros quienes lo elijan). Pero ante esta premisa, surge la siguiente interrogante ¿Qué alternativas poseen las partes o árbitros? La doctrina señala que son las siguientes: Un ordenamiento jurídico nacional; el derecho internacional público; derechos concurrentes; derecho transnacional; la equidad y justicia.⁸⁶ A continuación se abordará cada uno de ellos.

⁸⁶ Redfern, Alan y otros. Op.cit., Pág. 177.

2.6.2.2 Ordenamiento jurídico nacional

Las partes poseen plena facultad de poder elegir un ordenamiento específico jurídico nacional. Que implica someterse a un conjunto de leyes, decretos, reglamentos y ordenanzas interdependientes e interconectadas sancionadas y creadas por el Estado y que cuya interpretación y aplicación le corresponde a los tribunales. En un contrato internacional las partes poseen la opción de someterse a un ordenamiento específico, bien puede ser uno, de cualquiera de las partes. O bien, aunque algunos autores afirman que la legislación debe de tener estrecha relación con las partes, en la práctica, las partes pueden seleccionar una legislación a fin a la relación contractual entre las partes. Siempre y cuando sea equitativo para ambas y se nombre para favorecer las condiciones del derecho aplicable al contrato y no se intente maliciosamente burlar ciertas normas imperativas, el árbitro debe de considerar esto, al momento de declararse competente.

Si las partes de una controversia que ha de dirimirse en Suiza acuerdan que el tribunal arbitral deberá aplicar el derecho francés, todos los involucrados (árbitros, partes y abogados por igual) sabrán a qué atenerse. Los árbitros sabrán a que sistema jurídico deberán remitirse. Las partes y sus abogados evaluarán las perspectivas de éxito.⁸⁷ Esto sucede, por ejemplo, cuando en un Estado se encuentra mejor desarrollado el arbitraje, o bien, porque las partes consideran que el ordenamiento en cuestión resulta más adecuado para regir sus relaciones comerciales.

2.6.2.3 Derecho internacional público y los principios generales del derecho.

En ocasiones, las partes en lugar de estipular un ordenamiento jurídico específico, acuerdan regirse por los principios internacionales o a los principios generales del derecho, como la verdad sabida o la buena fe guardada. Que si bien sirven de una gran referencia, no resulta recomendable utilizarlos en un contrato puesto que no son más que principios y no podrían satisfacer de la mejor manera a la resolución del conflicto, así como generan controversias, entre las partes, sobre que legislación o que tratado refleja dichos principios.

⁸⁷ Ibid, pág. 178.

2.6.2.4 Derechos concurrentes

También llamada la teoría del *trunc commun* (núcleo común). La doctrina señala que esta teoría consiste en la tarea que deberán de realizar los árbitros para comparar las normas sustantivas de los diferentes países relacionados con la controversia y se aplican las normas materiales comunes que se encuentran en la legislación de los diferentes países involucrados.⁸⁸ Esta teoría también se encuentra manifestada en los puntos comunes entre una legislación en específica y los principios generales del derecho o los principios internacionales.

2.6.2.5 La *lex mercatoria*

La *lex mercatoria* nace como producto de los usos y prácticas de los comerciantes en la edad media, para regular transacciones comerciales al margen del derecho romano. La función de la ley era darle una respuesta práctica para soluciones de forma privada en las relaciones mercantiles nacionales como internacionales. Se define como “el conjunto de normas, principios, reglas, usos o prácticas del comercio internacional que rigen las transacciones comerciales a nivel mundial”.⁸⁹ En este sentido, un tanto práctico, Goldman lo define como “...la ley apropiada para las relaciones comerciales...”⁹⁰ A través de la doctrina se ha generado un gran debate sobre lo que se considera o no una ley del comerciante:

En primer lugar es importante señalar el importante esfuerzo de la CCI en la recopilación de los usos y costumbres más extendidas en el comercio internacional, formulando en 1936 los denominados Incoterms –International Commercial Terms- (Términos de Comercio Internacional) que se aplican para definir las obligaciones de las partes, atendiendo al momento del riesgo comercial, dentro de una relación contractual internacional. Que es considerada, mayoritariamente, por la doctrina y jurisdicciones arbitrales, como parte de la *lex mercatoria*.

⁸⁸ Ferrari, Franco, Stefan, Kröll, Conflict of Laws in International Arbitration, Alemania, European law publishers GmbH, 2011, pág. 301.

⁸⁹ Larios Ochaíta, Carlos, Op.cit., Pág. 236.

⁹⁰ Goldman, Berthold, Contemporary Problems in International Arbitration, Inglaterra, M. Nijhoff Boston, 1987, pág. 113.

Por otro lado, también, podrían conformar la *lex mercatoria*, los Principios UNIDROIT sobre contratos comerciales internacionales (en lo sucesivo, Principios UNIDROIT), el Convenio de Roma y la Convención de Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías (en lo sucesivo Convenio de Viena)⁹¹, a estos, se podría agregar, así mismo, los Principios de los Derecho Europeo de los Contratos. Se contemplan los mismos seguidamente:

a) Los principios UNIDROIT, fueron creados en mayo de 1994 y modificados en el 2004 por el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado. Con el fin de formular reglas claras y generales para los contratos internacionales. Dentro del preámbulo, se señala que serán aplicables cuando las partes hayan acordado que su contrato se rija por los principios generales del derecho, la *lex mercatoria* o expresiones semejantes. Así mismo se establece, entre otras reglas generales, que pueden ser utilizados cuando las partes no han escogido el derecho aplicable al contrato.

Se dice que el contenido de la *lex mercatoria* era ambiguo antes de la aparición de los principios UNIDROIT. Que se encuentran divididos en siete capítulos que se integran por ciento veinte artículos, que regula todo lo relativo al contrato, desde su creación hasta su conclusión por medio del cumplimiento o incumplimiento del mismo.

b) El Convenio de Roma sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales, fue creado en 1980 y es aplicable únicamente a los países europeos.

Su texto es el resultado de determinar los principios jurídicos comunes tanto del derecho civil, como del *common law*, tanto de la economía basada en la propiedad privada, como en la basada en sistemas de planificación. De esta manera ha sido capaz de articular un lenguaje jurídico uniforme basado en dos principios básicos: El respeto a la autonomía de voluntad de las partes (artículo 3.1) y al cumplimiento sagrado del contrato, salvo existencia de causas de fuerza mayor, *pacta sunt servanda* (artículos 8,9 y 11).

⁹¹ Peláez Sanz, Francisco y otros, Op.cit., Pág. 44.

c) La Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, fue creada por la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional en 1980 y se aplica a contratos de compraventa de mercaderías entre partes que tengan sus establecimientos en diferentes Estados, (artículo 1) consta de cinco capítulos y ciento un artículos.

d) Principios de los Derecho Europeo de los Contratos: Al igual que los Principios UNIDROIT, se contempla en los Principios de Derecho Europeo de los contratos, en el artículo 1:101:3.a: que dichos principios serán aplicados cuando las partes “hayan convenido que su contrato se rija por los “principios generales del derecho”, la “lex mercatoria” o hayan expresado expresiones similares.” Sin embargo dichos principios son aplicados únicamente en la Unión Europea.

A manera de síntesis, se cree conveniente la siguiente definición de lo que comprende la lex mercatoria: “Son el conjunto de normas conformados por principios generales, codificaciones profesionales (leyes modelo), contratos tipos y jurisprudencia arbitral, que se den a través de las organizaciones profesionales, como necesidades del comercio internacional”.⁹²

2.6.2.6 Equidad y justicia

Como ya se señaló anteriormente (en lo relativo al arbitraje de equidad y de justicia) las partes poseen plena facultad para elegir un arbitraje ex aequo et bono, en donde los árbitros deberán de basarse en lo que es justo, razonable y lo más equitativo para las partes, más que en el derecho. La doctrina señala que deben de concurrir dos requisitos mínimos para que los árbitros decidan en base a esto. Lo primero, la voluntad expresa de las partes y segundo, que el procedimiento arbitral, al cual las partes están sujetas, permita este tipo de arbitraje.

⁹² Shimithoff y Goldman, citado por: Cremades, Bernardo, Prólogo en Seminario sobre Regimen Jurídico de las Tecnicas Bancarias, España, Estudios Comerciales Ministerio de Economía y Comercio, 1979, pág. 11.

2.7 Laudo arbitral

En el Reglamento de CNUDMI ni en la Ley Modelo, Convención de Nueva York o en la Ley de Arbitraje de Guatemala, no se contempla de manera tácita una definición de lo que es un laudo arbitral. En este contexto tampoco existe una definición universal de lo que es un laudo arbitral, sin embargo se ha acordado que el laudo arbitral, es de forma paralela a lo que es una sentencia judicial. Por otro lado la doctrina ha señalado que existen distintas clases de laudos, entre ellos los laudos definitivos, parciales o interinos. Cada uno con una función distinta. El gran debate consiste en considerar a todos los laudos, sin importar su clase, como definitivos. En virtud de que todos son una resolución de un punto controvertido.

2.7.1 Definición

En primer lugar, es importante establecer una definición general de lo que es un laudo arbitral. “Laudo etimológicamente es tomado del latín para significar alabar o ponderar la excelencia, “recomendar”.⁹³ El término laudo se refiere a un laudo final que decide cada uno de los puntos sometidos a consideración del tribunal arbitral que determine una cuestión de fondo, o por la que se expida sobre su jurisdicción o sobre cualquier otra cuestión procesal aunque, en este último caso solo se tratará de un laudo si el tribunal arbitral denomina de tal manera a la decisión que adopte.⁹⁴

El Reglamento de la CNUDMI dispone, en el artículo 32.2, que: “El laudo se dictara por escrito y será definitivo, inapelable y obligatorio para las partes. Las partes se comprometen a cumplir el laudo sin demora”. En este sentido el Reglamento de la CCI, artículo 26.6, establece: “Todo laudo es obligatorio para las partes. Al someter su controversia a arbitraje según su reglamento, las partes se obligan a cumplir sin demora cualquier laudo que se dicte...”

En este orden de ideas, pareciera que el arbitraje está destinado únicamente para una resolución final. Sin embargo el árbitro en las distintas etapas del proceso debe de decidir sobre varios puntos, por ejemplo: a) La fijación de las fechas para la celebración

⁹³ Rivera Neutze, Antonio, El proceso..., Op.cit., Pág. 66.

⁹⁴ Redfern, Alan y otros, Op.cit., Pág. 499.

de las audiencias; b) la determinación del proceso, legislación, sede e idioma del arbitraje, en caso que las partes no lo hubieren pactado; c) las medidas cautelares; d) el rechazo o admisión de pruebas; e) las distintas solicitudes de las partes; f) determinar si un reclamante o demandado es o no parte del convenio arbitral, y por supuesto; g) los puntos de derecho y de hecho sometidos a la decisión del tribunal. El debate, por tanto, radica en sí algunos de estos puntos son procedimientos arbitrales o laudos finales.

Al respecto Fouchard, Gaillard y Goldman, afirman que "...es esencial identificar precisamente cuáles de las decisiones que toma un árbitro pueden clasificarse como laudos y, particularmente, distinguir los laudos de las órdenes procesales, las órdenes para medidas cautelares e inclusive los acuerdos entre las partes. Estas distinciones tienen consecuencias jurídicas significativas. La principal de ellas consiste en que sólo un laudo genuino podrá estar sujeto a una acción de anulación o ejecución... De manera similar, sólo los laudos genuinos se encuentran cobijados por las convenciones internacionales sobre el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales".⁹⁵ La regla general para poder distinguir, una de la otra, pareciera ser, la siguiente "...todos los laudos son "finales" en cuanto determinan de manera final los asuntos sobre los que se pronuncian y son obligatorios para las partes".⁹⁶ Por lo tanto, se infiere, que un laudo siempre va a poner fin a las cuestiones que las partes le han encomendado a los árbitros, o dicho de otra manera es la decisión sobre cualquier conflicto que se tenga o que surja en el procedimiento no precisamente la decisión final.

Las distintas legislaciones y reglamentos internacionales le llaman laudo "final" a la última decisión del tribunal arbitral, no obstante, por lo anteriormente mencionado, el laudo puede ser final en cualquiera de las etapas del procedimiento. Es por ello que la doctrina ha clasificado de distintas formas a los laudos, para su mayor comprensión.

⁹⁵ Gaillard, Emanuel, John, Savage, International Commercial Arbitration, Francia, 1999, Kluwer Law International, Pág. 736. Citado por Zuleta, Eduardo, El Concepto del Laudo Arbitral, Colombia, 2012, Editorial Universidad del Rosario, pág. 17.

⁹⁶ Redfern, Alan y otro, Op.cit., Pág. 496.

2.7.2 Clases de laudos

Atendiendo a que la doctrina se encuentra en constante pugna entre la teoría que establece que solamente existe un laudo final y las demás actuaciones son órdenes procesales y la teoría que afirma que todos los laudos son “finales”. Las clases o tipos de laudos serán explicados en la forma, que parece ser, la más adecuada. Todos los laudos son “finales”.

2.7.2.1 Laudos finales

Dentro de esta teoría, se reserva el término “laudo final” para hacer referencia a los laudos que ponen fin a la tarea del tribunal arbitral. En el mismo sentido Zuleta, Eduardo, clarifica que “...un laudo es final cuando pone fin a la totalidad del arbitraje, terminando así la jurisdicción de los árbitros...”.⁹⁷ Por lo que, finaliza la competencia y demás tareas que las partes le otorgaron al tribunal arbitral sobre la controversia y la relación entre el tribunal y las partes.

Es claro que el término “final”, compete únicamente a los árbitros, puesto que el laudo puede ser objeto de impugnación ante los tribunales judiciales.

2.7.2.2 Laudos parciales y provisionales

En este contexto, los laudos parciales o provisionales, ponen fin a una controversia o a varias de ellas en un procedimiento arbitral específico. Sin embargo la jurisdicción arbitral sigue siendo competente por existir aun algunos puntos controvertidos o se encuentre sin resolver la controversia entre las partes. Siguiendo el mismo criterio, se dice que “...si un laudo pone fin a toda la controversia y a la jurisdicción del tribunal, será considerado un laudo global (esta definición utilizo el autor para referirse a un laudo final); si sólo decide de manera final sobre parte de la disputa, será un laudo parcial”.⁹⁸

Algunas legislaciones y doctrinarios, en ocasiones suelen utilizar como sinónimos los términos “parcial” y “provisional”. Por lo que es importante hacer la distinción. La

⁹⁷ Zuleta, Eduardo, Op.cit., Pág. 22.

⁹⁸ Ibid., Pág. 29.

doctrina ha señalado que se entiende que un laudo es parcial, cuando el tribunal dicta cuestiones sobre sobre pretensiones de las partes; por ejemplo el monto el monto reclamado por una de las partes. Mientras que el laudo provisional se refiere a las cuestiones como la competencia arbitral o el derecho aplicable. Se dice que es provisional, porque, por ejemplo, todos los laudos de la CCI dictados por un tribunal arbitral deben de ser remitidos hacia la corte para que los examinen.

2.7.2.3 Laudos en rebeldía

En algunos casos, en la realización de un arbitraje comercial internacional, una de las partes, ya sea desde el comienzo o en el transcurso de las actuaciones, se niega a participar en el arbitraje como consecuencia de un cambio de parecer respecto al que se tenía al momento de pactar el acuerdo arbitral. No obstante, el procedimiento debe de seguir su curso y por consiguiente se debe de dictar un laudo. En él se debe de establecer que se dictó sin la intervención de la parte faltante y los esfuerzos que se hicieron para que concurriera al proceso arbitral.

2.7.2.4 Laudo por acuerdo

Como sucede en los procesos judiciales, las partes pueden llegar a un acuerdo en el transcurso del procedimiento arbitral a través de una transacción, por lo que implicaría el cese de la competencia del tribunal arbitral. Sin embargo, es frecuente, que las partes consideren pertinente que el acuerdo se materialice en un laudo arbitral, para que el acuerdo cuente con más certeza jurídica. Esto ha sido muy bien acogida por las legislaciones y reglamentos internacionales, al reglamentarse el registro de la transacción como laudo, en, por ejemplo; Ley Modelo artículo 30; Reglamento CNUDMI artículo 34.1; Reglamento CCI artículo 13; Ley de Arbitraje de Guatemala artículo 39.

2.7.3 Forma de los laudos

Por lo general los requisitos de forma de los laudos, se encuentran en la ley aplicable al arbitraje o bien al procedimiento (la *lex arbitri*) por lo que la forma dependerá de cual se utilice en un procedimiento arbitral específico.

Por ejemplo, el Reglamento de la CNUDMI, en el artículo 32, establece los siguientes requisitos; el laudo se dictará por escrito; se expondrán las razones en las que se base el laudo; el laudo será firmado por los árbitros y contendrá la fecha y el lugar en que se dictó; cuando haya tres árbitros y uno de ellos no firme, se indicará en el laudo el motivo de la usencia de la firma.

En contraste, el Reglamento de la CIADI, un tanto más específico, estipula que: 1) El laudo será escrito y contendrá: a) la identificación precisa de cada parte; b) una declaración de que el tribunal ha sido constituido de conformidad con lo dispuesto por el convenio, y una descripción del método de su constitución; c) los nombres de los miembros del tribunal; d) los nombres de los apoderados, consejeros y abogados de las partes; e) las fechas y lugares en que tuvieron lugar las reuniones de tribunal; f) un resumen del procedimiento; g) un resumen de los hechos; h) pretensiones de las partes; i) la decisión del tribunal sobre cada cuestión que le haya sido sometida, junto con las razones en que funda su decisión; y, j) la decisión del tribunal sobre constas procesales. 2) El laudo será firmado por los miembros del tribunal, debe de indicarse la fecha de la firma. 3) Cualquier miembro del tribunal podrá adjuntar al laudo su opinión individual.

2.7.4 Plazos

Los plazos para dictar el laudo arbitral dependerán de la voluntad de las partes o de la *lex arbitri* que se utilice, el tiempo varia respecto a que es lo que se decida en un procedimiento arbitral.

En este sentido, si se trata de la primera premisa las partes pactan el plazo sobre el cual el tribunal deberá de plasmar su decisión en un laudo. Lo cual no es muy recomendable realizarlo, salvo que sea imprescindible, puesto que en una controversia comercial internacional, es imposible que el tribunal resuelva en un corto tiempo preestablecido. Por lo que lejos de ayudar perjudica al tribunal tomar una decisión precipitada. Si se establecen los plazos, estos deben de ser razonables para que se resuelva.

Bajo la segunda premisa, los plazos dependerán de la ley de arbitraje o institución arbitral a la cual se encuentren sujetas las partes y los árbitros.

2.8 Impugnación del laudo

Dentro de cualquier proceso, es común que una de las partes, o incluso en ocasiones ambas partes, quieran impugnar una sentencia judicial o laudo arbitral. Con el fin de dejar sin efecto dicha resolución y en el proceso arbitral no es la excepción. Si bien es cierto en diversos reglamentos de arbitraje como el de la CCI, LCIA, CNUDMI, se contempla que el laudo es definitivo y vinculante para las partes. No obstante, las partes poseen pleno derecho para impugnar un laudo cuando se crea que no se ha actuado conforme a la voluntad de las partes o que el árbitro haya incurrido en algunos errores.

Sin duda la impugnación del laudo es un tema muy controversial, hay quienes indican que al ser impugnado el laudo se desvirtúa la esencia del arbitraje, que en lugar de ser ágil se torna lento y tedioso. Es por ello que en algunas legislaciones se contempla el plazo en el que se debe de fallar. En este sentido “...la función de la justicia estatal es importantísima para el buen desempeño del arbitraje, ya que si ésta es eficaz y actúa con celeridad, el procedimiento arbitral puede alcanzar también sus objetivos de rapidez y eficacia sin encontrar trabas y atrasos innecesarios en ella”.⁹⁹ Sin embargo, en varias ocasiones, la resolución es tardía.

Es por ello que “existe pues la creencia de que en materia de arbitraje internacional, las partes deben de estar preparadas a aceptar la decisión del tribunal arbitral aunque la consideren errónea, siempre que se hayan observado los requisitos procesales. Si se permitiera la revisión de fondo de la cuestión o del derecho aplicado por parte de cualquier tribunal, ello atentaría contra la celeridad y, especialmente, contra el carácter final del proceso arbitral”.¹⁰⁰ No cabe duda que esto sería ideal, sin embargo es común que ninguna de las partes quieren perder dentro del proceso y menos cuando hay grandes sumas de dinero de por medio, por consiguiente, es que llevan el caso hasta la

⁹⁹ Rodríguez Roblero, María Inmaculada y María Teresa, Martínez Martínez, Op.cit., Págs. 367 y 368.

¹⁰⁰ Redfern, Alan y otros, Op.cit., Pág. 579.

última instancia, en parte también, por el mal asesoramiento de sus abogados para retardar el proceso.

Existen diversos medios de impugnación, incluso dentro de las instituciones de arbitraje.¹⁰¹ Sin embargo, se ha señalado tanto por la legislación así como la doctrina, que la impugnación se realizará y se registrará por la ley de arbitraje del lugar en donde se llevó a cabo la sede del arbitraje. Dado que sería complicado y poco provechoso el análisis de varias legislaciones, en cuanto a las distintas formas de impugnación de los laudos. Se abordará el presente tema en base a la Ley Modelo que posee estándares internacionales así como varios estados la han adoptado como su ley de arbitraje o se han basado en ella.

La impugnación del laudo se contempla en el artículo 34. En primera instancia se establece que contra el laudo arbitral se podrá recurrir mediante una petición de nulidad, dirigida ante el tribunal judicial nombrado como asistente y supervisor del tribunal arbitral.¹⁰² En segunda instancia, se establece cuando es que se podrá anular el laudo arbitral, siendo por las siguientes razones:

2.8.1 La capacidad de las partes

La primera premisa que establece la Ley Modelo es sobre la incapacidad de las partes. En donde se establece i) que una de las partes en el acuerdo de arbitraje a que se refiere el artículo 7 estaba afectada por alguna incapacidad, o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiera indicado

¹⁰¹ Dentro de algunos reglamentos de arbitraje, especialmente en los arbitrajes marítimos y de mercancías, se contempla la posibilidad de pedir la revisión del procedimiento o del laudo ante un consejo formado con ese fin. Un ejemplo claro es el reglamento de arbitraje de la Asociación del Comercio de Granos y Alimentos (por sus siglas en inglés GAFTA) que permite impugnar un laudo ante la Salas de Apelación de esa misma asociación. Art 10, 11, 12 y 13. Arbitration Rules No. 125.

¹⁰² En Guatemala, por ejemplo, se dirigiría ante los juzgados de primera instancia de la materia del caso. Sin embargo este artículo no se adoptó literalmente, puesto que el laudo solamente se puede recurrir mediante el recurso de revisión, planteado ante la Sala de Corte de Apelaciones. Quien, por mandato de la ley, podrá confirmar, revocar, o modificar el laudo arbitral. (art. 43). Esto ha generado un gran debate, en virtud de que se atenta a lo resuelto por el tribunal arbitral y por consiguiente a la voluntad de las partes. Sin duda, en la práctica, para no desvirtuar el arbitraje y la decisión arbitral, la Corte deberá procurar limitarse a resolver únicamente a que se haya respetado la voluntad de las partes, los aspectos procesales y demás ámbitos que establece la ley de arbitraje de Guatemala en su art. 43.2. Pero no modificar lo resuelto por los árbitros en el laudo.

a este respecto, en virtud de la ley de este Estado. Lo relativo a la capacidad de las partes, ya fue abordado enfocado en el ámbito nacional. Pero en el arbitraje internacional la capacidad de las partes tiende a estar sujeta según como lo regule la ley del lugar del arbitraje.

2.8.2 El debido proceso

También se puede recurrir un laudo porque ii) no ha sido debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos. El proceso arbitral se debe de desarrollar de forma correcta y equitativa para las partes, de manera que puedan hacer valer sus derechos y ser notificado sobre cualquier resolución.

2.8.3 Cuestiones de competencia

La tercera causa de impugnación es la siguiente: iii) que el laudo se refiere a una controversia no prevista en el acuerdo de arbitraje o contiene decisiones que exceden los términos del acuerdo de arbitraje; no obstante, si las disposiciones del laudo que se refieren a las cuestiones sometidas al arbitraje pueden separarse de las que no lo están, sólo se podrán anular estas últimas. Esto hace referencia a cuando los árbitros se extralimitan en sus funciones y deciden sobre cuestiones que las partes no le confirieron, sin embargo, llama la atención que si se pueden separar dichas cuestiones que no fueron sometidas a jurisdicción de los árbitros, así solo estas últimas se podrán anular.

2.8.4 Otras cuestiones procesales

Otra causa que establece la Ley Modelo es la siguiente: iv) que la composición del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo entre las partes, salvo que dicho acuerdo estuviera en conflicto con una disposición de esta Ley de la que las partes no pudieran apartarse o, a falta de dicho acuerdo, que no se han ajustado a esta Ley. Lo que se establece en esta causa de impugnación es la constitución del tribunal arbitral y demás aspectos procesales, basados en la autonomía de voluntad de las partes o en la *lex arbitri*. Cabe resaltar que la ley de arbitraje estipula

que el laudo debe de estar fundado, por lo que al no contemplarse ello, se podrá recusar el laudo.

2.8.5 Arbitrabilidad y orden público

Por último se establecen dos causales más, cuando: b) El tribunal compruebe: i) que, según la ley de este Estado, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje; o ii) que el laudo es contrario al orden público de este Estado. Posiblemente dentro del arbitraje estas sean unas de las causales que más se utilizan para tratar de anular un laudo arbitral. Por lo que el objetivo primordial del presente trabajo es tratar de delimitar cada una de ellas de forma clara, puesto que varían de país es país. Estas dos causales se abordaran en sus capítulos correspondientes.

2.9 Reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales

Se ha mencionado que “a diferencia de la mediación y de la mayoría de los demás métodos alternativos de resolución de disputas, la finalidad del arbitraje es obtener una decisión vinculante de la disputa”.¹⁰³ La mayoría de legislaciones estatales, leyes modelo y reglamentos de arbitraje establecen la característica vinculante del laudo para las partes. Lo ideal sería que la parte vencedora acatara con lo resuelto por el tribunal arbitral. No obstante, en ocasiones, la parte vencida no cumple con ello, por lo que la parte vencedora deberá de adoptar medidas para su cumplimiento. Entre ellas el reconocimiento y ejecución del laudo.

Es importante mencionar que es deber del tribunal arbitral realizar todos los esfuerzos para garantizar que el laudo sea ejecutable.¹⁰⁴ Dichos esfuerzos consistirán en respetar el procedimiento arbitral, la voluntad de las partes, legislación a utilizar, el derecho de defensa de las partes, así como, la arbitrabilidad y orden público. Sin embargo, se menciona en la doctrina, que ni el árbitro más consiente del mundo podría asegurar que

¹⁰³ Redfern, Alan y otros, Op.cit., Pág. 591.

¹⁰⁴ Algunos reglamentos de arbitraje lo establecen expresamente, por ejemplo, el Reglamento de Arbitraje de la CCI, artículo 35.

un laudo sea ejecutable en cualquier país del mundo;¹⁰⁵ muy probablemente por la variación en cada país de los últimos causales de anulación.

Aunque, claro está que, una de las ventajas del arbitraje comercial internacional es que la ejecución del laudo puede llevarse a cabo en diferentes países, mucho tiene que ver en ello la Convención de Nueva York, pero también, la jurisdicción Estatal. Puesto que “Son los jueces quienes, finalmente, tienen la posibilidad de desarrollar a través de sus decisiones, el alcance y la efectividad de la Convención (refiriéndose a la Convención de Nueva York), desde el punto de vista práctico”.¹⁰⁶ Debido a que la parte vencedora deberá, si no cumple la parte vencida con la decisión arbitral, acudir a un juzgado Estatal para hacer valer un derecho y por consiguiente que se reconozca el laudo arbitral.

2.9.1 Lugar del reconocimiento y ejecución

El lugar del reconocimiento y ejecución del laudo. Se debe de determinar, en primera instancia, en el Estado de donde se presume que es la otra parte o de donde ella realizó la relación contractual. Pues es allí, en donde se cree que la parte posee la mayor cantidad de bienes, que alcancen para cubrir la obligación. En segunda instancia, se puede realizar una investigación minuciosa para saber en qué Estados la parte vencida tiene o puede tener bienes para satisfacer la obligación. Para así poder recurrir a uno de dichos Estados.

Un aspecto importante, es el juzgado competente. El artículo 3 de la Convención de Nueva York clarifica que: “Cada uno de los Estados Contratantes reconocerá la autoridad de la sentencia arbitral y concederá su ejecución de conformidad con las normas de procedimiento vigentes en el territorio donde la sentencia sea invocada...”

Los procedimientos a seguir así como el juzgado competente, varían en cada caso según el país y el tribunal nacional. En Guatemala, a modo de ejemplo, el tribunal

¹⁰⁵ Redfer, Alan, Op.cit., Pág. 594.

¹⁰⁶ McLean Magaly, Jaime, Moreno-Valles (Comps.), Arbitraje Comercial Internacional, Reconocimiento y Ejecución de Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros, Estados Unidos, Organization of American States, 2015, pág. 69.

competente es el Juzgado de Ejecución de lo Civil o Mercantil con competencia territorial en el lugar de domicilio de la persona contra quien se intenta ejecutar el laudo.¹⁰⁷

2.9.2 Denegación del laudo arbitral

Un Estado no se encuentra obligado a reconocer o ejecutar un laudo arbitral. La Convención de Nueva York, en su artículo V. Establece las siguientes causales, por las cuales un Estado puede denegar un laudo arbitral.

Existen dos tipos de causales estipuladas en la Convención de Nueva York, unos que deben de ser alegados y probados y los otros que pueden ser alegados y declarados de oficio¹⁰⁸ (el énfasis es propio):

2.9.2.1 Causas que deben de ser probadas

Las presentes causales son las que deberán de ser alegadas y especialmente probadas por la parte que pide la denegación del laudo ante el juzgado competente:

- a) Que las partes en el acuerdo a que se refiere el artículo II estaban sujetas a alguna incapacidad en virtud de la ley que es aplicable o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiera indicado a este respecto, en virtud de la ley del país en que se haya dictado la sentencia; o
- b) Que la parte contra la cual se invoca la sentencia arbitral no ha sido debidamente notificada de la designación del árbitro o del procedimiento de arbitraje o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus medios de defensa; o
- c) Que la sentencia se refiere a una diferencia no prevista en el compromiso o no comprendida en las disposiciones de la cláusula compromisoria, o contiene decisiones que exceden de los términos del compromiso o de la cláusula compromisoria; no obstante, si las disposiciones de la sentencia que se refieren a las cuestiones sometidas al arbitraje pueden separarse de las que no han sido sometidas al arbitraje, se podrá dar reconocimiento y ejecución a las primeras; o

¹⁰⁷ Art. 46. Ley de arbitraje de Guatemala.

¹⁰⁸ McLean Magaly, Jaime, Moreno-Valles, Op.cit., Pág. 72.

d) Que la constitución del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo celebrado entre las partes o, en defecto de tal acuerdo, que la constitución del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado a la ley del país donde se ha efectuado el arbitraje; o

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

2.9.2.2 Causas que pueden ser declaradas de oficio

“Estas causales buscan proteger la soberanía del Estado en donde se quiere obtener el reconocimiento”.¹⁰⁹

Cuando: a) Según la ley de ese país, el objeto de la diferencia no es susceptible de solución por vía de arbitraje; o b) Que el reconocimiento o la ejecución de la sentencia sean contrarios al orden público de ese país.¹¹⁰

Las anteriores dos causales, en ocasiones, no necesariamente pueden ser probadas, puesto que el juez, en base al principio *lura Novit Curia*, y por consiguiente, deberá de velar por que el objeto de la controversia sea materia arbitral y que su ejecución o reconocimiento no sea contrario al orden público, del país en donde se pide la ejecución. Sin embargo, no es ningún secreto, que ciertas veces, el Juez Estatal, no conoce mucho sobre la materia arbitral ni mucho menos el orden público.

¹⁰⁹ Ibid., Pág. 76.

¹¹⁰ En este mismo sentido se regula la denegación del laudo arbitral en la Convención de Panamá, art. 5. Así mismo como en la Ley de Arbitraje de Guatemala, art. 47.

CAPÍTULO III

MATERIA OBJETO DE ARBITRAJE

3.1 Generalidades

A lo largo del presente trabajo, ha quedado claro que en el arbitraje, uno de los pilares fundamentales se encuentra en la autonomía de voluntad de las partes, que se puede ver reflejada, por citar algunos ejemplos, en la renuncia a la jurisdicción Estatal para someterse a arbitraje, en la elección del tipo, así como, la clase del arbitraje, la legislación a utilizar en la parte procesal, de la misma manera, el derecho aplicable a la parte de fondo y por último si una controversia entre las partes, ya sea anterior o futura, sea sometida a arbitraje o no.

Sin embargo, hay que tener claro que la autonomía de voluntad no es ilimitada. En la materia objeto de arbitraje, por ejemplo, es la legislación quien la establece así como estipula los límites de las cuestiones arbitrables. En este sentido se señala por Matheus y Matheus que “el arbitraje es una institución jurídica consistente en un ámbito heterocompositivo de resolución de ‘cuestiones litigiosas disponibles’, el mismo que tiene su basamento en la autonomía de la persona entendida como el poder para gobernarse a sí mismo en la esfera jurídica”.¹¹¹

En este orden de ideas, la materia arbitral siempre será delimitada por las distintas legislaciones que regulan el arbitraje, en un país en específico. Generalmente dependerá también de la clase de arbitraje así como en donde es que las partes eligieron que se llevara a cabo la sede del arbitraje, pues es allí en donde se determinará cuál será la *lex arbitri*, que regulará, entre otros aspectos, todo lo relativo a la materia objeto de arbitraje o la también llamada, por la doctrina, arbitrabilidad.

¹¹¹ Matheus, López, Julio Cesar, Carlos Alberto, Matheus López, El arbitraje en materia de signos distintivos empresariales en el sistema jurídico peruano, México, Universidad de Guanajuato, 2009, pág. 23.

3.2 Arbitrabilidad

Es importante señalar que no todo asunto o hecho que le dio origen a un conflicto en el ámbito del comercio internacional puede ser dirimido por arbitraje. En este sentido se señala, que “para determinar cuáles de estos temas pueden ser resueltos por los árbitros se ha configurado la Arbitrabilidad, la cual es definida como ‘la calidad del litigio que permite a los árbitros asumir la competencia para resolver el conflicto sometidos a ellos a través del pacto arbitral.’ O como ‘la posibilidad de someter a árbitros una determinada controversia’”.¹¹²

En la legislación guatemalteca, a esto, se le denomina como la materia objeto de arbitraje,¹¹³ no obstante la doctrina le ha llamado arbitrabilidad. Un sector de la doctrina señala que la arbitrabilidad depende únicamente de aquellos asuntos susceptibles de arbitraje, que tienen como base el principio de autonomía de voluntad y como límite lo que establece la *lex arbitri* (arbitrabilidad objetiva). El otro sector señala que dependerá de las normas de ámbito procesal o normas dispositivas (arbitrabilidad subjetiva). A continuación se especificaran cada una de ellas.

3.2.1 Arbitrabilidad subjetiva

Para algunos autores la arbitrabilidad subjetiva se encuentra íntimamente relacionada con las normas dispositivas, que es definida como aquella norma que “los particulares la pueden aplicar acogiéndose a ella o pueden sustituirla por convenio entre los interesados”.¹¹⁴ Sin embargo en el desarrollo de la presente teoría se entiende como la disposición, de un derecho, que poseen las partes, para realizar una relación contractual.

Teniendo en cuenta lo anterior, la arbitrabilidad subjetiva ha sido considerada como aquella capacidad que tiene la persona para ser parte de un contrato y por

¹¹² Restrepo-Soto, Daniel, “La arbitrabilidad objetiva en el derecho de arbitraje”, *Journal of International Law*, Volumen 5.01, ISSN: 2216-0965, Colombia, junio 2014, Universidad EAFIT, pág. 67.

¹¹³ La materia objeto de arbitraje se contempla en el art. 3 de la Ley de Arbitraje de Guatemala, Decreto 67-95.

¹¹⁴ Norma dispositiva, Enciclopedia jurídica virtual, disponible en: <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/norma-dispositiva/norma-dispositiva.htm>, fecha de consulta: 31/03/2016.

consiguiente, también, para someterse a arbitraje. En cuanto a ello se establece por parte de la doctrina que “no podría pensarse en que quien no tiene disposición sobre un derecho decida someterlo al arbitraje. En tal sentido, y partiendo del arbitraje como un negocio jurídico, se desprende la necesidad de analizar los elementos de validez del contrato de arbitraje, especialmente la capacidad, estableciendo cuáles sujetos son incapaces de remitir las controversias al arbitraje”.¹¹⁵

En esta línea, claro está que mucho tiene que ver la teoría contractual del arbitraje, así como por consiguiente la teoría mixta o ecléctica. Que ya fueron abordadas respectivamente, en donde se estableció que bajo esta doctrina se deben de tener en cuenta los principios y normas del negocio jurídico, por lo que el objeto del mismo debe ser lícito, determinable y posible. Así mismo la manifestación de voluntad debe de estar clara y libre de vicios del consentimiento, por último, se deben de considerar las limitaciones que establece cada legislación estatal, (así como en los dos puntos anteriores) sobre el negocio jurídico.

En este mismo sentido como bien lo conceptualiza el doctrinario Contreras Ortiz, al señalar que un negocio jurídico debe de estar conformado por: “Un acuerdo pleno, genuino, consciente y libre al que se le reconoce categoría de atadura lícita, exigible y eficaz. Por eso se dice que las partes son libres para atar su voluntad (nadie puede obligarlas a consentir), pero una vez atadas, no depende de su voluntad unilateral desligarse del convenio o pacto. Debe ser consciente, es decir, las partes deben comprender exacta y fielmente a que se están obligando, y es por eso que se exigen que sean personas capaces. Debe ser genuino, esto es, verdadero. No deben las partes fingir que consienten, sino consentir realmente. Ha de ser libre, por cuanto nadie debe ser obligado a consentir, y si lo fuere, su consentimiento estaría viciado de violencia; y por último debe ser pleno. Es decir, el acuerdo de voluntades debe comprender todos los aspectos de negociación”.¹¹⁶

¹¹⁵ Restrepo-Soto, Daniel, *Op.cit.*, Pág. 68.

¹¹⁶ Contreras Ortiz, Rubén Alberto, *Obligaciones y negocios jurídicos civiles (parte general)*, Guatemala, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Rafael Landívar, 2004, págs. 211 y 212.

Todo ello conforma las normas y principios de un negocio jurídico, incluida la de capacidad, a las cuales las partes tienen disposición para formar parte de una relación contractual así como para someter a arbitraje cualquier controversia surgida o por surgir.

Por lo que la presente teoría establece quienes pueden formar parte de un proceso arbitral y si ellas poseen pleno derecho sobre las normas dispositivas, que deberán de cumplir con principios y limitaciones del negocio jurídico, que de no reunirse, señala la doctrina, que no será arbitrable el conflicto que las partes remiten a un árbitro o tribunal arbitral.

3.2.2 Arbitrabilidad objetiva

La arbitrabilidad objetiva, es aquella que “se refiere a las controversias, que según el legislador, pueden ser sometidas a solución mediante arbitraje, estableciendo así las materias en controversia que las partes deciden sean sometidas, conocidas y resueltas por los árbitros, es decir la arbitrabilidad objetiva responde a la pregunta ¿Qué puede someterse a arbitraje?”¹¹⁷ Así mismo, se le debe de agregar, las limitaciones que establece el legislador para someter ciertas controversias a un procedimiento arbitral.

La arbitrabilidad objetiva influye directamente en la validez del laudo arbitral, teniendo en cuenta que los árbitros resuelven un problema que no es arbitrable o que posee una limitación, el laudo no podrá surtir efectos sobre las partes. Se sigue este criterio al señalarse que “la validez de un laudo puede ser cuestionada cuando en él se ventilen controversias que no sean susceptibles de ser resueltas por medio de arbitraje. Que materias pueden ser arbitradas es una cuestión dependiente del derecho aplicable. De nuevo, y como en el caso del orden público, la arbitrabilidad refleja sensibilidades locales, lo cual hace que el panorama mundial se asemeje al arte Oaxaqueño”.¹¹⁸

¹¹⁷ Arbitraje Comercial Internacional, Vásquez Palma, María Fernanda, “Arbitrabilidad Objetiva: delimitación e importancia”, Colombia, Sitio Web Editorial Legis, disponible en: http://www.arbitrajecomercial.com/BancoConocimiento/A/arbitrabilidad_objetiva_delimitacion_e_importancia/arbitrabilidad_objetiva_delimitacion_e_importancia.asp, fecha de consulta 31/03/2016.

¹¹⁸ Gonzales de Cossio Abogados S,C, “Orden Público y Arbitrabilidad: Dúo dinámico del arbitraje”, México, disponible en:

Sin perjuicio a equivocarse, sobre la alusión al arte Oaxaqueño. La arbitrabilidad es tan diversa y contrastante, de país en país, como lo son los numerosos colores que conforman el arte Oaxaqueño, como lo es, también en el hermoso arte y cultura guatemalteca.

No obstante lo anterior, un objetivo del presente trabajo de investigación es conocer que tan colorido es el panorama iberoamericano en cuanto a la arbitrabilidad o la también llamada materia objeto de arbitraje.

3.3 Que comprende la arbitrabilidad

Si bien es cierto el horizonte, en cuanto a las materias que ha decidido el legislador sean arbitrables, puede ser bastante colorido, pueden también existir los colores primarios repetitivos o bien denominadores comunes que comprenden generalidades de la arbitrabilidad en ciertos países. Que nos podrían servir para saber cuáles son los elementos que posee la materia objeto de arbitraje alrededor de distintos países.

A continuación se contemplará, como se regula la arbitrabilidad en países en donde se tiene mayor acceso y desarrollo del arbitraje en Iberoamérica, lo cual se encuentra redactado por varios doctrinarios del derecho de arbitraje, en donde la mayoría se encuentra sustraídos del libro “El Arbitraje Comercial Internacional en Iberoamérica, Marco legal y jurisprudencial”.¹¹⁹

3.3.1 Brasil

Según el jurista Walter Widderowitz Neto, en Brasil el arbitraje se encuentra regulado por la Ley No. 9.307/1996, (en lo subsiguiente Ley de Arbitraje). En cuanto a la arbitrabilidad subjetiva, se señala que el artículo 1 de la Ley de Arbitraje establece que “las personas capaces de contratar podrán recurrir al arbitraje...”. En primer análisis se deberá de verificar la capacidad de las partes contratantes. No obstante se señala que

<http://www.gdca.com.mx/PDF/arbitraje/ORDEN%20PUBLICO%20Y%20ARBITRABILIDAD.pdf>, fecha de consulta: 31/3/2016.

¹¹⁹ Coordinadores: Conejero Roos, Cristian, Hierro Hernandez-Mora, Antonio, Maccia, Valeria, Soto Coaguila, Carlos, El Arbitraje Comercial Internacional en Iberoamérica, Marco legal y jurisprudencial, España, Wolters Kluwer, S.A., 2009.

una empresa Estatal podrá valerse del arbitraje siempre que este celebrando un contrato referente a su actividad económica en sentido estricto. Así mismo un Estado brasileño también puede ser parte de un procedimiento arbitral, en la medida que la misma verse sobre actos en la esfera privada.

En cuanto a la arbitrabilidad objetiva la ley impone dos pruebas; la primera se refiere a si el derecho en disputa es patrimonial o no; y la segunda si el mismo es disponible o no. De esta forma, quedan excluidas, por ejemplo, cuestiones de familia referentes al estado civil, filiación y adopción. En la misma línea también quedarán excluidas las cuestiones de derecho administrativo, las referidas al ejercicio del poder público, cuestiones ambientales entre otras. Una vez determinado que es un derecho patrimonial, habrá que determinar si es un derecho disponible.

3.3.2 Colombia

Luis Alfredo Barragán Arango e Irma Isabel Rivera Martínez, manifiestan que La Ley 315 de 1996 es la que regula el arbitraje internacional en Colombia.

La arbitrabilidad subjetiva se entiende teniendo en cuenta que el acuerdo arbitral es un negocio jurídico como cualquier otro, quienes lo suscriben deben de tener plena capacidad legal para celebrarlo, de acuerdo a lo dispuesto por la legislación colombiana en materia de capacidad, así con relación a las personas naturales serán incapaces absolutos los dementes, impúberes y los sordos mudos que no pueden darse a entender por escrito. Igualmente serán incapaces relativos, los menores adultos y los interdictos por disipación. En cuanto a las personas jurídicas, habría que determinar, en primer lugar, si la persona que pacta tiene capacidad para celebrar pactos arbitrales y, en segundo lugar, si la persona tiene facultades para pactar bajo algún tipo de autorización. Por último, en cuanto a los Estados, el estatuto de Contratación Pública (Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007) prevé que pueden someterse a arbitraje los conflictos derivados de contratos entre el Estado y particulares, persona jurídica e inversionistas extranjeros.

Por otro lado con lo referente a la arbitrabilidad objetiva, de conformidad con el Decreto 1818 de 1998 puede ser sometido a arbitraje únicamente un conflicto de carácter transigible. De acuerdo con la ley colombiana no son materia transigible: El estado civil de las personas, el derecho de alimentos, los derechos de contenido personal, algunos asuntos de conocimiento de jueces penales, los derechos ajenos, los derechos inexistentes, entre otras. Así solo se pueden someter a arbitraje aquellos asuntos sobre las partes tienen facultad dispositiva.

3.3.3 Chile

Gonzalo Fernández Ruiz clarifica que en Chile se regula todo lo referente al arbitraje en La ley de Arbitraje Comercial Internacional, Número 19,971 del año 2004 en cuanto a la arbitrabilidad subjetiva, la mencionada ley no da reglas ni pautas acerca del tipo de personas naturales o jurídicas por lo que se deben de aplicar principios generales del derecho civil. Siendo la más importante la capacidad legal. En cuanto al Estado el Decreto Ley número 2349 del año 1978 establece las normas sobre contratos internacionales para el sector público, en el cual se le permite al Estado como a sus órganos u empresas pactar contratos internacionales con entidades extranjeras o internacionales.

La arbitrabilidad objetiva contemplan las disputas comerciales, cualquiera que fuera su naturaleza, son susceptibles de un acuerdo arbitral sin embargo dicha regla tiene excepciones en ciertas materias en las cuales el arbitraje es prohibido y pactándose de dicho acuerdo podrá adolecer de nulidad absoluta. Dichas materias son: Controversias relacionados con derechos de alimentos, disputas sobre liquidación y partición de la comunidad que existe entre conyugues, todas las materias penales y litigios que deban ser llevados ante los juzgados de policía legal, todo caso que deba ser escuchado por el ministerio público, materias relacionados con libre competencia o legislación anti monopolios, acciones de intereses colectivo sobre protección al derecho de los consumidores.

Así mismo en cuanto a la comercialidad de las disputas la ley de arbitraje ha seguido a la Ley modelo de UNCITRAL (por sus siglas en inglés, o más conocida como CNUDMI por sus siglas en español), de este modo el artículo 3 inciso g) señala que la expresión comercial debe de interpretarse en un sentido amplio para que abarque todas las cuestiones que se plantean en las relaciones de esta índole contractuales o no.

3.3.4 Perú

Carlos Alberto Soto Coaguila, contempla que en la Ley Peruana el arbitraje se encuentra regulada en el Decreto Legislativo número 1071 del año 2008, es una de las leyes más modernas de todo el mundo, como lo han manifestado expertos peruanos como de todo el mundo.

La arbitrabilidad subjetiva es la capacidad de las personas jurídicas o naturales, está determinada por la capacidad de contratar, la cual se adquiere a los 18 años de edad. Respecto a las personas jurídicas éstas deben tener personería jurídica, y salvo pacto en contrario, el gerente general o el administrador equivalente de una persona jurídica están facultados por su nombramiento para celebrar convenios arbitrales. En cuanto al Estado peruano se sostiene que se puede someter a arbitraje internacional, dentro y fuera del país, las controversias derivadas de los contratos que celebre con nacionales o extranjeros no domiciliados en el país, todo esto de conformidad con los artículos 4.4 y 4.5.

Lo referente a la arbitrabilidad objetiva es que en principio pueden someterse a arbitraje las controversias que sean de libre disposición de las partes. Además en el art 1.1 se establece que podrá someterse a arbitraje aquellas controversias que sean autorizadas por la ley, tratado o acuerdo internacional vigente. Con este precepto queda abierta la posibilidad de someter a arbitraje materias que no son de libre disposición.

3.3.5 Uruguay

Sandra Gómez afirma que en Uruguay el arbitraje internacional se rige esencialmente por las convenciones y tratados ratificados por el país. No hay una ley nacional de

arbitraje. Las normas de derecho interno sobre el proceso arbitral regulan el arbitraje doméstico y no son de aplicación al internacional.

En cuanto a la arbitrabilidad subjetiva, continua manifestando que, en la medida que el acuerdo arbitral es un convenio entre partes, debe cumplir con los requisitos de todo contrato: Capacidad, consentimiento objeto y causa.

Lo relevante a la arbitrabilidad objetiva, es conforme a lo que contempla la Convención de Nueva York que autoriza denegar la ejecución de un laudo internacional si el objeto de la disputa no es arbitrable bajo la ley del país en el que se pretende la ejecución (Artículo V.2.a). Así mismo, la ley procesal interna dispone que los Tribunales uruguayos deben asegurarse que el laudo internacional no viola el orden público internacional uruguayo para admitir su ejecución en el país (artículo 539.1.8 del Código General del Proceso de Uruguay). En este orden de ideas la Suprema Corte ha examinado la arbitrabilidad en forma independiente y, en otros casos, junto con el orden público. En donde se clarifico que las cuestiones que pueden ser transadas también pueden ser sometidas a arbitraje.

3.3.6 España

Rafael Inojosa Segovia y Antonio Hierro Hernández-Mora clarifican que el arbitraje se encuentra regulado por la ley 60/2003, llamada La Ley Nacional de Arbitraje.

La arbitrabilidad subjetiva, la definen como aquella aptitud legal para poder comprometer, ejercer derechos y concluir actos jurídicos, así como la aptitud jurídica para disponer del objeto de la controversia.

Lo referente a la arbitrabilidad objetiva se contempla, por Peláez Sanz, Francisco y otros que no hay un catálogo de materias que puedan ser sometidas a arbitraje, el artículo 2 prefiere utilizar una fórmula abierta por la cual podrán someterse a arbitraje todas aquellas materias que sean de libre disposición conforme a derecho. En los supuestos de arbitrajes internacionales si una de las partes que suscribe el convenio

arbitral es un Estado no puede sustraerse a las normas pactadas en el convenio aludiendo a prerrogativas legales, de ese modo en el arbitraje internacional Estados y particulares se encuentran en plano de igualdad.¹²⁰

3.3.7 México

Samuel Garcia-Cuellar Santa Cruz y Miguel Ángel Rocha Romero estipulan que el arbitraje se regula a través del Código de Comercio, en su libro V título IV regula lo aplicable a todos los procedimientos arbitrales comerciales, nacionales o internacionales, que tengan como lugar de arbitraje el territorio mexicano.

Lo pertinente a la arbitrabilidad subjetiva se señala que las partes deben de contar con la autorización o la facultad de someter sus controversias a arbitraje. Por lo tanto no poseen capacidad: a) personas físicas: Menores de edad o incapaces. b) tratándose de personas morales de carácter privado: Si el individuo que celebre el acuerdo arbitral no cuenta con los poderes suficientes para hacerlo. c) personas morales de carácter público: aquellas que no estén expresamente autorizadas por sus leyes orgánicas o decretos constitutivos para celebrar acuerdos arbitrales.

La arbitrabilidad objetiva, según el doctrinario Gonzales de Cossio, "...en México la regla puede ser resumida en que todas las controversias que (1) no estén expresamente excluidas, (2) no versen sobre una materia de interés público, o (3) no perjudiquen derechos de tercero, podrán ser resueltas por virtud del arbitraje. En términos generales, las controversias que involucran derechos pecuniarios son arbitrables".¹²¹

3.3.8 Costa Rica

Rolando Lacré Zúñiga y Fabián Fernández Faith señalan que el arbitraje en Costa Rica se regula por la Ley Sobre Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social Número 7727. En su artículo 2, se regula de manera detallada su aplicación y establece que toda persona tiene el derecho de recurrir al dialogo, la negociación, la

¹²⁰ Peláez Sanz, Francisco y otros, Op.cit., Pág. 147.

¹²¹ Gonzáles de Cossío, Francisco, Arbitraje, México, Editorial Porrúa, 2004, pág. 97.

mediación, la conciliación y el arbitraje y otras técnicas similares para solucionar sus diferencias patrimoniales de naturaleza disponible.

En cuanto a la arbitrabilidad subjetiva, que se refiere a la capacidad de las personas, que si bien la citada ley no regula específicamente dicha capacidad se debe de remitir al Código Civil de Costa Rica, que regula en su artículo 1373 “solo pueden transigir los que tienen la libre facultad de enajenar sus bienes y derechos” de esto se infiere las personas mayores de 18 años con capacidad volitiva y cognoscitiva. En lo referente a las personas jurídicas pueden someterse a arbitraje aun cuando los estatutos sociales no lo indiquen, debiendo el representante legal con poderes suficientes suscribir un acuerdo arbitral en nombre de la empresa representada. En cuanto a las Instituciones de Estado, según la mencionada ley, en su art 18 manifiesta que todo sujeto de derecho público incluyendo el Estado podrá someter sus controversias a arbitraje, como se regula en la presente ley y en la ley general de administración pública: El acuerdo arbitral debe de ser suscrito por el Ministro del ramo junto con el Presidente de la República.

La arbitrabilidad objetiva se encuentra en el artículo 43 de la Constitución Política establece que toda persona tiene derecho a terminar sus diferencias patrimoniales por medio de árbitros aun habiendo litigios pendientes. Así mismo el artículo 18 de la ley de arbitraje, establece que podrán someterse a arbitraje las controversias de orden patrimonial, presentes o futuras pendientes o no ante los tribunales comunes, fundadas en derecho respecto de los cuales las partes tengan plena disposición y sea posible excluir la jurisdicción de los tribunales comunes. La jurisprudencia también ha reconocido que el objeto sujeto a arbitraje tiene que ser disponible y de naturaleza patrimonial.¹²²

3.3.9 Panamá

Katherine Gonzalez Arrocha y Liliana Sánchez Ortega estipulan que el arbitraje comercial internacional se encuentra regulado por el Decreto Ley número 5 del 8 de julio de 1999.

¹²² Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, No. 000430-c-06, del 19 de julio 2006.

Señalan que en cuanto a la arbitrabilidad subjetiva se regula en el artículo 7 del mencionado Decreto, en donde se contempla que “es válida la sumisión a arbitraje acordada por Estado, por entidades autónomas y semiautónomas, así como por la Autoridad del Canal de Panamá, respecto a los contratos que suscriban en el presente o en lo sucesivo”.

La arbitrabilidad objetiva se encuentra regulada en el artículo 2 en donde se establece que podrán ser sometidas a arbitraje las controversias que surjan de materias que sean de libre disposición de las partes, es decir, toda materia civil o comercial susceptible de transacción.

3.3.10 Guatemala

Álvaro Rodrigo Castellanos Howell en cuanto a la arbitrabilidad subjetiva y objetiva señala lo siguiente:

Si se entiende, a la arbitrabilidad subjetiva, como aquellas disputas que pueden ser resueltas por medio del arbitraje dependiendo de los sujetos que participen o sean parte de dicha disputa, puede entonces decirse sencillamente que son aquellas en que ambas partes tengan capacidad legal y además que tengan libre disposición conforme a derecho (art. 1 numeral 3, Ley de Arbitraje). Esta expresión de tener libre disposición se refiere, que un titular de un derecho o de una prestación, pueda renunciar total o parcialmente de ellos. En la Ley del Organismo Judicial se prescribe una interesante disposición en relación al tema de renuncia de derechos: “Se puede renunciar a los derechos otorgados por la ley, siempre que tal renuncia no sea contraria al interés social, al orden público o perjudicial a tercero, ni esté prohibido por las leyes”. (artículo 19).

En cuanto a la capacidad del Estado, la Ley de Arbitraje de Guatemala lo contempla en el artículo 51 en donde se establece expresamente que: “Una vez que el Estado, las entidades estatales descentralizadas, autónomas y semiautónomas, unidades ejecutorias, las municipalidades y las empresas públicas estatales o municipal, hayan celebrado un convenio arbitral valido 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”. Así mismo en la Ley de Contrataciones del Estado, en el artículo 103, contempla la posibilidad que el Estado y entidades públicas puedan incluir cláusula o acuerdo arbitral en los contratos administrativos.

En lo referente a la arbitrabilidad objetiva, se señala que para este tema hay que referirse directamente al artículo 3 de la Ley de arbitraje. Podría decirse que, como una derivación de la arbitrabilidad subjetiva, si la materia objeto de controversia es renunciable, por ende es arbitrable. Así mismo en el segundo párrafo del artículo referido, establece que otras leyes también pueden permitir que el arbitraje como mecanismo de solución de controversias.

En este punto es muy importante resaltar, entonces, que la Ley de Protección al consumidor (Decreto 06-2003), la Ley General de Telecomunicaciones (Decreto 94-96); la Ley General de Electricidad (Decreto 93-96); la Ley de Propiedad Industrial (Decreto 57-2000); la Ley de Derechos de Autor y Derechos conexos (Decreto 33-98); la Ley del Mercado de Valores y Mercancías (Decreto 34-96) y la Ley de Garantías Mobiliarias (Decreto 52-2007), permiten expresamente la utilización de métodos alternativos de resolución de conflictos incluidos el arbitraje, por supuesto siempre y cuando se llene el requisito general de arbitrabilidad (libre disposición o renunciabilidad en su caso, de derechos o de facultades o bienes).

Continua manifestando el ilustre doctrinario que en el resto del artículo 3, únicamente trae criterios negativos o excluyentes de cuando no puede considerarse un conflicto como arbitrable. De los tres supuestos que están contemplados en dicho artículo, definitivamente el que se ha convertido eventualmente en un obstáculo es el que establece que no puede ser objeto de arbitraje un caso, asunto o controversia en relación a la cual la ley señale un procedimiento especial para su resolución.

Ante lo anteriormente manifestado por el doctrinario Castellanos, cabe contemplar literalmente lo que establece la ley de arbitraje de Guatemala en su artículo 3, numeral 3: “No podrán ser objeto de arbitraje:”... “c) Cuando la ley prohíba expresamente o señale un procedimiento especial para determinados casos” (el énfasis es propio). Por lo que el legislador Guatemalteco ha considerado que todo aquello que tenga un procedimiento especial, se debe de tornar inarbitrable.

Ante esta premisa, son múltiples los doctrinarios nacionales que comentan y critican, el “candado”, que ha puesto el legislador, para someter a arbitraje cuestiones que por su naturaleza son perfectamente arbitrables. En consecuencia, surgen las interrogantes de ¿Qué puede entenderse por procedimientos especiales? Encuadran, como lo refieren algunos autores ¿los procedimientos de conocimiento regulados en el Código Procesal Civil y Mercantil Guatemalteco?

Ante lo anterior, es necesario definir el “procedimiento” y “especial”, de forma separada. En el diccionario jurídico de Ossorio Manuel se define el “procedimiento” como las: “Normas reguladoras para la actuación ante los organismos jurisdiccionales, ya sean civiles, laborales, penales, contenciosos administrativos etc.”. Así mismo el autor cita al jurista Capitán, quien lo define como: “La rama del Derecho que sirve para determinar las reglas de organización judicial, competencia, trámite de los juicios y ejecución de las decisiones de la justicia, lo que constituye el contenido del Derecho Procesal y de los códigos procesales”; Así como a Guillent y Vicent cuando afirman “que el procedimiento es el conjunto de formalidades que deben ser guiadas para someter a una pretensión a la justicia”; y al mismo tiempo se cita al doctrinario Couture estipulando que “es, entre otras cosas, el método o estilo propios para la actuación ante los tribunales de cualquier orden”.¹²³

En el mismo sentido el Autor Palladares, Eduardo afirma que “para Guasp el procedimiento consiste en el orden de proceder, en la especial tramitación que fija la

¹²³ Procedimiento, Diccionario de Ciencias Jurídicas y Sociales, Manuel Ossorio, Argentina, Editorial Heliasta S.R.L, 1981, pág. 518.

ley, mientras que el proceso es el conjunto de actos verificados en el tiempo, según se ha definido”.¹²⁴

Por otro lado el Diccionario de la Real Academia Española define “Especial” como: “Singular o particular, que se diferencia de lo común o genera”.¹²⁵

A la luz de lo antes expuesto es de considerar que el proceso civil o mercantil, se regula de manera general en el Código Procesal Civil y Mercantil de Guatemala y de forma especial o singular se regulan los procedimientos de conocimiento, como lo son el juicio oral y sumario. Lo que conlleva, una prohibición sobre las materias que según dichos procedimientos se deben de llevar estrictamente sobre ellos.

Se sigue el mismo criterio, al señalarse que “el ámbito de aplicación de la ley de arbitraje.... respecto de que no habrá materia objeto de arbitraje cuando la ley señale un procedimiento especial para determinados casos. Se puede interpretar que abarca los asuntos que las partes tengan libre disposición conforme a derecho y que no se tramiten en juicio oral, en juicio sumario y también que no se tramiten por intermedio de los procesos especiales regulados en el Libro IV del Código Procesal Civil y Mercantil...”¹²⁶ Por lo que en este orden de ideas, se podrían resaltar algunas materias reguladas en los citados procedimientos, que siendo, por sus características, perfectamente arbitrables, podrían encontrar alguna limitación a la autonomía de voluntad.

Por citar algunos ejemplos. La división de la cosa común y las diferencias que surgieren entre los copropietarios en relación a la misma, que se encuentra contemplado en el juicio oral. De igual manera los arrendamientos y en especial la rescisión de contratos, que se encuentran establecidos en el juicio sumario. La rescisión de contratos es algo

¹²⁴ Palladares, Eduardo, Derecho Procesal Civil, México, Editorial Porrúa, S.A., 1979, pág. 100.

¹²⁵ Especial, Diccionario electrónico de la Real Academia Española, <http://lema.rae.es/drae/?val=especial>, fecha de consulta 13/06/15.

¹²⁶ Otoniel Eduardo Fernández Mendoza, “Análisis del ámbito de aplicación del arbitraje, según el artículo 3, inciso 3, literal c) del Decreto número 67-95 del Congreso de la Republica”, Universidad Francisco Marroquín, 1998, pág. 95.

muy común en los comerciantes, y al ser, el arbitraje, la vía de solución de controversias más recurrida de ellos, es lógico pensar que, el legislador está limitando la autonomía de voluntad, ya plasmada de forma correcta en la cláusula arbitral, para poder rescindir un contrato mediante arbitraje o someter alguna controversia relacionada a los ejemplos antes citados.

No obstante lo anterior, se manifiesta por el jurista Rivera Neutze que, con conocimiento de causa el proyecto de ley no incluía la criticada prohibición. Por lo que siguiendo los lineamientos de la hermenéutica jurídica establecidos en el artículo 10 de la Ley del Organismo Judicial, en lo referente a la interpretación de pasajes oscuros de la ley, se establece, entre otros, que se podrá estudiar la historia fidedigna de la institución.

Por lo que la historia fidedigna es que, esta disposición no se contempló en el proyecto (lo cual se podría comprobar documentalmente). Adicionalmente el referido artículo de la Ley del Organismo Judicial da otra forma de interpretar los pasajes oscuros de ley que es a través de su finalidad y espíritu. En ese orden de ideas ninguno de los autores que participamos en la elaboración del proyecto tuvimos la intención de excluir el procedimiento arbitral a la aplicación de juicios de conocimiento tales como: El juicio oral y sumario. Por ultimo concluye el citado autor que las materias que pueden o deben someterse a juicio sumario u oral no debería de existir ningún obstáculo para someterlo a un procedimiento de arbitraje.¹²⁷

Es complicado, aseverar que las cuestiones o materias que poseen un procedimiento especial en la legislación guatemalteca puedan someterse a un proceso arbitral, cuando la ley de arbitraje lo prohíbe expresamente. Algunos jueces podrían considerar que, lejos de ser un pasaje oscuro, como lo manifiesta el recién citado autor, es un mandato que contemplo el legislador (erróneamente).

¹²⁷ Rivera Neutze, Antonio Guillermo, Arbitraje..., Op.cit., Págs. 85 y 86.

En consecuencia se podría denegar el reconocimiento y ejecución del laudo arbitral, cuando la materia tenga un procedimiento específico regulado en la legislación guatemalteca; en primer lugar por la prohibición señalada con anterioridad y en segundo lugar porque así se establece expresamente tanto en la misma ley de arbitraje de Guatemala en donde se regula que: “Solo se podrá denegar el reconocimiento o la ejecución de un laudo arbitral cuando: ... a) Que según el ordenamiento jurídico guatemalteco, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje”.¹²⁸ Así como en la Convención de Nueva York y Convención de Panamá.¹²⁹

3.3.10.1 Proyecto de reforma de ley

En este orden de ideas, es evidente que se necesitan algunas reformas a la Ley de Arbitraje de Guatemala. Actualmente existe en el Congreso de la Republica una iniciativa de ley para la reforma a la Ley de Arbitraje de Guatemala, que tras 21 años de existencia se hace necesaria la modificación de algunos puntos, entre ellos, claro, los más controversiales; la prohibición de la materia objeto de arbitraje y la recusación del laudo arbitral. Que se encuentran modificados por el artículo 3 y 9, respectivamente, de la iniciativa con número de registro 4802, del 30 de enero de 2014.¹³⁰

Por lo que el artículo 3, numeral 3, literal c), que regula la prohibición para someter a arbitraje, quedaría de la siguiente manera: 3) “No podrán ser objeto de arbitraje: ... c) Cuando la ley lo prohíba expresamente”. De esta manera queda excluida la frase “...o señale un procedimiento especial para determinados casos”. Eliminando así cualquier posibilidad de que no sean sometidas a arbitraje las cuestiones que se especifican de forma especial o por procedimiento específico en el Código Procesal Civil y Mercantil o en la legislación guatemalteca (en el que las partes tengan libre disposición conforme a derecho). Por consiguiente la arbitrabilidad objetiva guatemalteca, se limitaría, de forma correcta, a las materias en que las partes tengan libre disposición conforme a derecho.

¹²⁸ Art.47, literal b, inciso i), Ley de Arbitraje de Guatemala.

¹²⁹ En ambas convenciones se contempla de forma prácticamente idéntica, así mismo en ambas se regula en el artículo V.2.a.

¹³⁰ Ver anexo 2.

Sin que exista alguna posibilidad de que las cuestiones que tengan una vía o procedimiento especial sean o no arbitrables.

Ya se señaló anteriormente, en el desarrollo del presente trabajo (en la nota al pie no. 95), que un punto también controvertido sobre la ley de arbitraje, es el artículo 45 que regula la recusación del laudo arbitral. A diferencia de la Ley Modelo que señala que es el recurso de nulidad y que se debe de plantear ante el órgano jurisdiccional que tiene a bien las funciones de asistencia, en el caso de Guatemala sería los juzgados de primera instancia. En Guatemala, sin embargo, se regula actualmente que el recurso contra el laudo es el de revisión y debe de ser planteado ante la Sala de Corte de Apelaciones.

Es positivo que sea una Sala de apelaciones sea la encargada de conocer la recusación de un laudo arbitral, sin embargo lo más delicado de este recurso, es que por su naturaleza, puede atentar a lo resuelto por el tribunal y por consiguiente a la voluntad de las partes. Al estipularse, en el mismo artículo 45, que: "... La resolución del recurso de revisión deberá confirmar, revocar o modificar el laudo arbitral..." (el énfasis es propio). Por ende, al tener la facultad la Sala de poder modificar un laudo arbitral, se puede quebrantar dos principios que forman parte fundamental de la columna vertebral del arbitraje; la autonomía del tribunal arbitral y el principio de voluntad de las partes. La primera, debido a que el tribunal posee plena independencia de resolver como se considere la forma más adecuada y por ende su laudo tiene la característica de "cosa juzgada". Y la segunda, por ser las partes quienes, con plena voluntad deciden que sean los árbitros quienes deben de resolver la controversia y no un órgano jurisdiccional, en este caso, la Sala de Apelaciones.

A raíz de lo antes expuesto, la reforma incluye este precepto, modificándose de forma parcial el artículo 43 y sus numerales, así como el epígrafe del mismo.

El epígrafe queda de la siguiente manera: "Art. 43 El recurso de Nulidad como único recurso contra el laudo arbitral". De esta manera se modifica el recurso de revisión, como el único recurso ante el laudo, por el de nulidad.

En cuanto al literal 1 de dicho artículo, en donde se contempla actualmente la jurisdicción de la Sala en cuanto a la recusación del laudo y la facultad de confirmar, revocar o modificar el laudo. Quedaría de la siguiente manera: “Contra un laudo arbitral sólo podrá recurrirse ante una Sala de la Corte de Apelaciones con competencia territorial sobre el lugar donde se hubiere dictado el laudo, mediante un recurso de nulidad.... La resolución del recurso de nulidad se limitará a confirmar o anular el laudo arbitral” (el énfasis es propio).

Llama la atención que se mantiene, como órgano competente para recurrir el laudo, a la Sala de la Corte de Apelaciones. Posiblemente por ser un órgano de categoría superior¹³¹ y que según su competencia es exclusiva sobre los recursos e impugnaciones generales. Lo que, como se mencionó anteriormente, es un ámbito positivo para el proceso arbitral. Así mismo la reforma corrige el ámbito de modificación del laudo, regulando así que la resolución del recurso debe de limitarse únicamente a confirmar o anular el laudo arbitral.

3.4 Denominadores comunes; la libre disposición, la asuntos de propiedad, transacción

Luego del bosquejo sobre la arbitrabilidad subjetiva y objetiva. Pareciera que la arbitrabilidad subjetiva contempla que los sujetos de arbitraje deben de tener plena capacidad legal, así como que el Estado y entes públicos pueden ser partes en un arbitraje. Por otro lado, en cuanto a la arbitrabilidad objetiva existen tres denominadores comunes; la libre disposición, los asuntos de propiedad y la transacción. Ninguna es excluyente a la otra, todo lo contrario, pareciera que se complementan una a la otra. Para algunos autores, muy acertadamente, incluso la libre disponibilidad y los asuntos de propiedad se pueden ver reflejados en la transacción.

¹³¹ Superior sobre los juzgados de primera instancia, que según la ley modelo son quienes tienen a cargo la recusación del laudo arbitral. En el art. 58 de la ley del Organismo Judicial (Decreto 2-89) se establece las jurisdicciones y categorías de los tribunales estatales. Estando naturalmente la Sala de Apelaciones en un orden superior jerárquico a los juzgados de primera instancia.

Se sigue el mismo criterio, al señalarse que “dentro de la definición de las materias que son arbitrables o susceptibles de someterse válidamente a arbitraje, hay un grupo de legislaciones que siguiendo el modelo del derecho francés, ha utilizado la noción de <materias de libre disposición>, en tanto que otras han apuntado al criterio económico de <derechos patrimoniales>... aunque algunos de ellos (refiriéndose a ambos grupos de legislaciones) utilizan como concepto clave el de cuestiones que puedan ser objeto de transacción”.¹³² Con respecto a lo presente, se hace necesaria la delimitación de las mismas.

3.4.1 La disponibilidad

En cuanto a lo que se refiere a la disponibilidad en la arbitrabilidad objetiva, se define como: “El poder de disposición que sobre dicha materia han de tener las personas concretas que deciden acudir a la institución arbitral”.¹³³

En este sentido se señala también que “la alusión a la disponibilidad busca significar que no es posible realizar un arbitraje respecto de aquellas materias que han sido declaradas indisponibles o irrenunciables conforme a derecho”.¹³⁴

Por otro lado, se contempla así mismo que “las partes pueden disponer de todo aquello que concierna a su exclusivo interés; aquellas cuestiones que trasciendan la órbita de sus intereses particulares, al afectar interés público o a terceros ajenos al litigio, resulta indisponible y, por tanto, inarbitrable”.¹³⁵

Por lo que en este orden de ideas, se puede concretizar que el término de disponibilidad, en cuanto a materia arbitral objetiva se refiere, contempla, en primera instancia, la disponibilidad legal que poseen las partes sobre los bienes o productos que son objeto de una relación contractual sometida a arbitraje. En segunda instancia el poder de disposición que posean las partes sobre la materia, es decir lo que ha

¹³²Conejero Roos, Cristian y otros, Op.cit., Pág. 74.

¹³³ Ibid., Pág. 384.

¹³⁴ Matheus López, Julio Cesar y Carlos Alberto, Matheus López, Op.cit., Pág. 23.

¹³⁵ Lacruz Mantecón, Miguel, La Impugnación del Arbitraje, España, Editorial Reus, 2011, pág. 183.

decidido el legislador que sea arbitrable, así como lo que ha sido declarado inarbitrable e indisponible. Y en última instancia se puede considerar arbitrable, a todo aquello que trascienda a los intereses particulares. Todo lo contrario sucede cuando se involucran los intereses de terceros o afectar el interés público.

3.4.2 Los asuntos de propiedad

La doctrina y las legislaciones señalan que los asuntos de propiedad, son perfectamente arbitrables, así por ejemplo, se estipula por parte de la doctrina que por norma general se consideran arbitrables todos los asuntos de propiedad y los asuntos de responsabilidad extracontractual (civil wrong-tort), siempre y cuando no vayan en contra de las normas de orden público u ofendan las nociones más básicas de la moralidad y la justicia del país.¹³⁶ Así mismo, se manifiesta por parte de Hinojosa Segovia y Hernández-Mora que en cuanto a cuales son las materias arbitrables “es necesario recoger criterios doctrinales de carácter general... Según Guasp va unido al carácter patrimonial y no personal del objeto del compromiso...”¹³⁷

Para definir que es la propiedad, es necesario, remitirse al Código Civil Guatemalteco, que contempla en su artículo 464, que: “La propiedad es el derecho de gozar y disponer de los bienes dentro de los límites y con la observancia de las obligaciones que establecen las leyes”. Así mismo es menester señalar que la propiedad está catalogada como un derecho inherente y fundamental de la persona humana. Siguiendo este criterio, se establece por parte de la carta magna Guatemalteca que: “Se garantiza la propiedad privada como un derecho inherente a la persona humana. Toda persona puede disponer libremente de sus bienes de acuerdo con la ley”.¹³⁸ En este sentido se establece también en la Convención Americana sobre Derechos Humanos que: “Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes...”¹³⁹ (Ambos énfasis son propios). En este orden de ideas, al estipularse que toda persona puede “disponer libremente de sus bienes de acuerdo con la ley” así como el “derecho al uso y goce de sus bienes” se

¹³⁶ Rodríguez Roblero, María Inmaculada y María Teresa, Martínez Martínez, Op.cit., Pág. 608.

¹³⁷ Conejero Roos, Cristian y otros, Op.cit., Pág. 384.

¹³⁸ Asamblea Nacional Constituyente, art. 39 de la Constitución Política de la República de Guatemala.

¹³⁹ Organización de los Estados Americanos, art. 21, Convención Americana sobre Derechos Humanos.

entiende que, más allá de disponer legalmente de los mismos para establecer una relación contractual con ellos, le asiste a la persona humana, o en este caso a las partes, disponer que los bienes que son parte de una relación contractual y que se encuentran en disputa, que los mismos puedan ser sometidos a arbitraje.

3.4.3 La transacción

Son varios los autores que señalan que puede ser arbitrable todo aquello que puede ser resuelto a través de un contrato de transacción. Ante esta premisa es necesario definirla, el Código Civil Guatemalteco establece que es: “Un contrato por el cual las partes, mediante concesiones recíprocas, deciden de común acuerdo algún punto dudoso o litigioso, evitan el pleito que podría promoverse o terminan el que está principiando”.¹⁴⁰

El Código Civil Guatemalteco, también señala los requisitos que debe de reunir una transacción, en las cuales se encuentran: 1) Que las partes tengan capacidad para disponer de lo que sea objeto de transacción; 2) que las cosas o cuestiones sobre las cuales se transige, sean dudosas o litigiosas; 3) que las partes se prometan, cedan o den algo recíprocamente. Y; 4) que cuando se celebre por medio de mandatario, este tenga facultad especial, no solo para transigir, sino para los actos y contratos derivados de la transacción que necesiten facultad especial.¹⁴¹ Ante estos requisitos que debe de reunir la transacción, pareciera que la mayoría de ellos se acoplan perfectamente a los requisitos que debe de reunir el arbitraje, atendiendo también a todos aquellos que se establecen en una relación contractual, de acuerdo a la naturaleza contractual o bien mixta del arbitraje.

Por otro lado el mismo Código, regula lo que no se puede transigir: 1) Sobre el estado civil de las personas; 2) sobre la validez o nulidad del matrimonio o divorcio; 3) sobre la responsabilidad penal en los delitos que dan lugar a procedimiento de oficio; pero puede transigirse sobre la responsabilidad civil proveniente del delito; 4) sobre el derecho a ser alimentado; pero no sobre el monto de los alimentos y sobre alimentos

¹⁴⁰ Jefe de Gobierno de la República de Guatemala, Decreto-Ley número 106, art. 2151, Código Civil.

¹⁴¹ Jefe de Gobierno de la República de Guatemala, Decreto-Ley número 106, art.2152, Código Civil.

pretéritos; 5) sobre lo que se deja por disposición de última voluntad, mientras viva el testador o donante.¹⁴² Sin duda estas materias tampoco pueden ser consideradas arbitrables, puesto que las partes no poseen plena disponibilidad sobre las citadas materias.

Sin embargo, Colin y Capitant, clarifican que las definiciones que brindan los distintos códigos se hacen insuficientes, “puesto que otras muchísimas operaciones comparten con la transacción ese efecto de prevenir un litigio o de dar fin de él, como sucede, por ejemplo, con el desistimiento, la confirmación, el compromiso en árbitros, la delegación de juramento, etc.”.¹⁴³ (El énfasis es propio) Por lo tanto, cabe la distinción entre ambas:

Ante la evidente semejanza del contrato de transacción con el arbitraje, se señala por parte de la doctrina que: “el arbitraje y la transacción tienen en común un fin: La resolución de una controversia sin la intervención de un juez. Pero se diferencian en que la transacción comporta la eliminación instantánea de la Litis por obra de las partes haciéndose concesiones recíprocas, sin que exista una decisión de carácter jurisdiccional motivada, ni un vencedor ni un vencido. En cambio, en el arbitraje el problema es resuelto por un tercero imparcial a través de un procedimiento específico”.¹⁴⁴

En esta misma línea se contempla, en cuanto a sus distinciones que: a) el carácter contractual de la transacción es durante todo su proceso biológico, mientras que el arbitraje, es contractual en su origen y alcanza el rango jurisdiccional al dar solución al litigio; b) El ejercicio que hacen las partes de sus derechos es distinto: En la transacción existe un real y efectivo abandono recíproco de derechos. Al contrario, el laudo arbitral que puede recoger íntegramente los derechos y pretensiones de alguna de las partes, sin que exista merma o menoscabo alguno de tales derechos; c) Atendiendo a la

¹⁴² Jefe de Gobierno de la República de Guatemala, Decreto-Ley número 106, art.2158, Código Civil.

¹⁴³ Colin, Ambrosio y Henri, Capitant, Curso Elemental de Derecho Civil, Tomo IV, España, Reus, S.A., 1981, págs. 986 y 987.

¹⁴⁴ Rodríguez Roblero, María Inmaculada, y María Teresa, Martínez Martínez, Op.cit., Págs. 96 y 97.

eficacia que otorga cada figura. Como contrato la transacción no es ejecutiva por sí misma, se deberá de comprobar su eficacia ante la jurisdicción competente y posteriormente su ejecución. A la inversa, la sentencia arbitral.¹⁴⁵ Debido a que el laudo arbitral, tiene característica de cosa juzgada.

Ante esta premisa, se propone por parte de los autores Colin y Capitant, la siguiente definición de transacción: “Se encamina a sustituir una relación jurídica cierta, puesta en litigio o susceptible de serlo, por otra relación no dudosa, por lo que en cuantos supuestos un contrato de transacción se caracteriza por la concesión recíproca consistente en que uno de los contratantes desista de las pretensiones formuladas en los pleitos que había promovido para obtener, como prestación equivalente, el reconocimiento o cesión de derecho que, a su favor, haga el otro contratante, puede recaer esa última prestación sobre sobre los mismos bienes que estaban en litigio o sobre bienes diferentes”.¹⁴⁶

En consecuencia y ante la similitud entre las presentes materias, es evidente que en ambas, es decir la transacción y el arbitraje, predomina y es parte fundamental de sus propios pilares; la autonomía de voluntad, sin embargo dicha autonomía va direccionada de forma diferente. En la transacción, la autonomía de voluntad se dirige a la resolución de una controversia por motivación de ambas partes, contrario a ello, en el arbitraje, existe la motivación de resolver la controversia, no por ellas mismas, sino que a través de un tercero imparcial o bien un tribunal arbitral.

3.5 Conclusión del presente capítulo

Parafraseando a Gonzáles de Cossío, haciendo referencia a la arbitrabilidad parecida al arte Oaxaqueño y a la luz de todo lo antes expuesto, queda claro, que sí existen colores primarios, al menos en Iberoamérica, que definen o le dan forma a la arbitrabilidad, siendo estos colores, los siguientes: La libre disposición, los asuntos de propiedad y la transacción. En esto ha contribuido de gran forma la Ley Modelo que ha sido el punto de partida para la modernización de las distintas leyes de arbitraje de los países de

¹⁴⁵ Chillón Medina, José y José, Merino Merchán, Op.cit., P. 56.

¹⁴⁶ Colin, Ambrosio, y Henri, Capitant, Op.cit., págs. 997 y 998.

Iberoamérica y del mundo. No obstante la situación, parece complicarse, en las modificaciones que hace el legislador sobre su propia ley de arbitraje, como se ha mencionado en la doctrina: “Conviene precisar que el rechazo al arbitraje no se debe a la intrínseca indisponibilidad del derecho, sino a la decisión expresa del legislador”.¹⁴⁷ De manera que, en ocasiones, el legislador prohíbe, materias que tienen, aparentemente, todas las condiciones para ser materia objeto de arbitraje.

¹⁴⁷ Ledesma Narváez, Marianella, Op, cit., pág. 188.

CAPÍTULO IV

EL ORDEN PÚBLICO

La legislación nacional así como convenios y leyes modelo, han clarificado que un laudo arbitral no podrá ser reconocido en un país si es contrario al orden público.¹⁴⁸

En este mismo sentido se manifiesta que una de las razones por la cual un tribunal arbitral no puede conocer un caso sería “por razones de orden público, los ordenamientos jurídicos nacionales e internacionales pueden considerar más adecuado que la controversia la resuelvan los tribunales del Estado”.¹⁴⁹ Debido a que al tratarse de materia de orden público, la controversia que se quiere sea resuelta por arbitraje, trasciende las fronteras de los intereses de las partes y por consiguiente afecta a terceros, por lo que se considera más conveniente que sea un órgano jurisdiccional Estatal quien resuelva dicho conflicto.

Por lo anterior se clarifica que cuando se versa “...sobre un problema íntimamente ligado al orden público la inarbitrabilidad de una materia no hace defectuoso el convenio de arbitraje que sobre ella verse, sino radicalmente nulo”.¹⁵⁰ En consecuencia, estas corrientes arrojan a la conclusión de que cuando existe materia de orden público en el convenio arbitral, esta se convierte absolutamente nula y no podrá surtir efectos jurídicos, por lo que un tribunal arbitral no podrá declararse competente para conocer y resolver dicha controversia.

En este sentido se expresa que la disponibilidad en el arbitraje “tiene como límite general el de las normas de orden público, limite que varía en el tiempo y en el espacio según las necesidades de los países o de las concepciones jurídicas en las que se ha

¹⁴⁸ En la ley de arbitraje de Guatemala: Art. 47.b).2; Convención de Nueva York: Art. V.2.b; Convención de Panamá: Art. 5.2.b; Ley Modelo: Art. 36.1.b).2.

¹⁴⁹ Redfern, Alan y otros, Op.cit., Pág. 518.

¹⁵⁰ Fernández Rosas, José Carlos y otros, Derecho de los Negocios Internacionales, España, Sociedad Anónima de Fotocomposición Talisio, 2007, Pág. 649.

inspirado los legisladores”.¹⁵¹ Lo que significa que para cada país, al igual que en la arbitrabilidad, existe un concepto diferente de lo que es orden público, según sus necesidades.

A la luz de lo antes expuesto, se hace sumamente necesario el estudio de lo que es el orden público, y determinar si en verdad es un límite de la arbitrabilidad.

4.1 Generalidades

En vinculaciones mercantiles transfronterizas campea —al menos en gran parte del mundo civilizado— el principio de la autonomía de la voluntad o libertad de las partes para elegir el derecho que regirá sus contratos y en su caso la jurisdicción, judicial o arbitral, que entenderá ante una eventual contienda. Sin embargo, en los distintos sistemas pueden encontrarse importantes límites a dicha autonomía en el llamado “orden público”.¹⁵²

Ante esta premisa es evidente que tanto legisladores, doctrinarios, árbitros, jueces, profesionales del derecho, se encuentran en total acuerdo de que el límite del arbitraje es y/o debe de ser la violación del orden público. No obstante el verdadero debate, en donde se han derramado ríos de tinta, se desarrolla en torno a que es y que comprende el orden público como causal de nulidad y no reconocimiento de un laudo arbitral nacional o extranjero. Aunado a ello, existe debate también en si el orden público es un límite de la arbitrabilidad.

El consenso se encuentra, nuevamente, al señalarse la gran dificultad de poder establecer, delimitar y definir qué es y que no es orden público. En este sentido se contempla que “el gran desafío constituye, pues aclarar la terminología, delimitar apropiadamente el principio y dejar circunscritas pautas específicas de aplicación del mismo y de sus distintas derivaciones, atendiendo regulaciones preponderantes

¹⁵¹ Conejero Roos, Cristian y otros, Op.cit., Pág. 384.

¹⁵² Oviedo Albán, Jorge y otros, Derecho Comercial en el siglo XXI, Colombia, Editorial Temis S.A., 2008, pág. 199.

existentes en el mundo, fallos y laudos emblemáticos y las tendencias doctrinarias prevalecientes”.¹⁵³

Dentro de la doctrina se encuentran plasmadas varias famosas sentencias, que califican al orden público como “un caballo difícil de domar”. Es así como lo contempló un tribunal al señalar que “...el orden público es un caballo difícil de domar: aun logrando montarlo, no sabe uno a donde lo va a conducir. Puede alejar de buen derecho. Nunca es argumentado más que cuando los demás puntos fallan”.¹⁵⁴ Posteriormente otro tribunal señaló que: “Canalizado de manera correcta, este caballo rebelde podría ser mantenido bajo control”.¹⁵⁵ Por otro lado, la doctrina también le ha llamado como un “camaleón empedernido” que constantemente cambia de apariencia¹⁵⁶ o como un “niño rebelde”.¹⁵⁷

Y es que debido a los contornos vagos e imprecisos, ha sido utilizado como una “válvula de escape” para introducir justicia “por la parte de atrás” cuando las reglas estrictas del sistema conflictualista llevarían un resultado injusto en el caso en particular.¹⁵⁸ En este mismo sentido se establece por otro tribunal la dificultad de definir el presente concepto: “El carácter fluido del orden público es inherente al concepto dada su generalidad excesiva; el gran número de opiniones proferidas al respecto tienden a probarlo... todos los intentos de resolver las numerosas y recurrentes preguntas generadas por la interpretación de dicho concepto simplemente han resultado en generar preguntas más espinosas o polémicas...”¹⁵⁹

¹⁵³ Legis: Arbitraje comercial internacional, Moreno Rodríguez, José Antonio, Orden público en el arbitraje: Algunos llamativos pronunciamientos en Europa y Mercosur, Perú, 2007, http://www.arbitrajecomercial.com/BancoConocimiento/O/orden_publico_y_arbitraje/orden_publico_y_arbitraje.asp, pág. 4, fecha de consulta: 20/05/2016.

¹⁵⁴ Por Burroughs J, en Richardson vrs. Mellish, 1824.

¹⁵⁵ Por Lord Denning, en Enderby Town Football Club Ltd vrs. The football Association Ltd, 1971.

¹⁵⁶ Arfazadeh, Homayoon, “In the Shadow of the Unruly Hourse: International Arbitration and the Public Policy Exception”, The American Review of International Arbitration, Vol. 13, Estados Unidos, 2002, Juris Publishing, Inc, pág. 43.

¹⁵⁷ O. Kahn-Freund, General Problems of International Law, A.W. Sijthoff – Leyden, 1974, pág. 29, citado por Moreno Rodríguez, Jose Antonio, Op. cit., Pág.1.

¹⁵⁸ Ibid., Pág. 4.

¹⁵⁹ Tribunal Federal Suizo, Tensaccia S.P.A vrs. Freyssinet Terra Armata R.L, 8 de marzo de 2006.

En consecuencia, en relación a lo antes plasmado, en el presente capítulo lo que se pretende, lejos de encontrarle una respuesta a todas las preguntas que existen con relación al orden público (cosa que sería totalmente imposible), es plasmar lo que han estipulado distintas cortes y doctrinarios sobre este tema tan complejo y llegar a tener una referencia de lo que lo comprende, posteriormente delimitar hasta qué punto es considerado el orden público como un límite a la arbitrabilidad.

4.2 El orden público en el derecho internacional privado

Previamente a poder plasmar lo mencionado por algunos doctrinarios y cortes, se hace necesaria establecer la función del orden público dentro del derecho internacional privado, que tienden a relacionarse.

En este contexto, cabe definir el derecho internacional privado según como lo describe Antonio Sánchez de Bustamante: “El conjunto de principios que determinan los límites en el espacio de la competencia legislativa de los Estados cuando ha de aplicarse a relaciones jurídicas que puedan estar sometidas a más de una legislación”.¹⁶⁰ Es decir que su función primordial es establecer cuál es la legislación aplicable o la más conveniente cuando existe una relación contractual en la que se ven involucradas más de dos legislaciones de distintos Estados.

Por lo que ¿cuál sería la función del orden público en la presente materia? Nuevamente los doctrinarios de la materia coinciden en que es imposible delimitar tajantemente el contenido del orden público en la presente, sin embargo se clarifica por Contreras Vaca Francisco José, que: “Sin embargo es claro que la función es impedir la aplicación de la norma extraña que se considera perjudicial para la colectividad y utilizar, en sustitución de ella, los ordenamientos jurídicos nacionales. De lo anterior se desprende que la extensión del orden público, depende de la mayor o menor posibilidad de aplicar el derecho extraño”.¹⁶¹

¹⁶⁰ Citado por: Larios Ochaíta, Carlos, Op.cit., Pág. 21.

¹⁶¹ Contreras Vaca, Francisco José, Derecho Internacional Privado, parte general, tercera edición, México, Diseño Editorial, S.A. de C.V. Bismarck No. 20, 1998, pág. 177.

Por otro lado se establece que el carácter restrictivo del orden público significa que él operará solo y exclusivamente cuando sea estrictamente necesario para proteger la organización moral y económica de una sociedad y solo en la medida en que sea preciso para ella.¹⁶² Es decir que el orden público en el derecho internacional privado, sirve para no aplicar una legislación extranjera porque la misma va en contra de los principios de justicia, de moralidad, económicos, políticos y religiosos de una sociedad y por consiguiente se traduce en los principios en los que se formó su propia sociedad y legislación, en forma similar funciona el orden público en el arbitraje.

4.3 El orden público en el arbitraje

La violación de orden público en el arbitraje, puede catalogarse como una limitación a la autonomía de la voluntad de las partes para someter a arbitraje sus conflictos, de manera que cuando un laudo viole la materia de orden público este no podrá ser reconocido ni ejecutado.¹⁶³ Se sigue el mismo criterio mencionando que “se le considera un límite necesario e imprescindible a la autonomía de la voluntad a fin de garantizar la efectividad de los derechos constitucionales de los ciudadanos, el funcionamiento de las instituciones y la protección de los conceptos y valores inspiradores del sistema de democracia social constitucionalmente consagrado: límite que se impone también al árbitro y que éste no puede traspasar, constituyendo este motivo de nulidad precisamente un control jurisdiccional de ese límite a fin de asegurar que las decisiones arbitrales respetan ese conjunto de valores y derechos disponibles...”¹⁶⁴ De manera que el espectro del orden público no solo interesa a las partes, sino también al árbitro o tribunal arbitral.

De igual forma se contempla que: “...el principio de la autonomía de la voluntad o libertad de las partes para elegir el derecho que regirá sus contratos y en su caso la jurisdicción, judicial o arbitral, que entenderá ante una eventual contienda... pueden

¹⁶² Calvo Caravaca, Alfonso-Luis, Javier, Carrascosa González, Derecho Internacional Privado, undécima edición, volumen I, España, Editorial Comares, 2010, pág.364.

¹⁶³ Así se contempla en la ley de arbitraje de Guatemala: Art. 47.b).2; Convención de Nueva York: Art. V.2.b; Convención de Panamá: Art. 5.2.b; Ley Modelo: Art. 36.1.b).2.

¹⁶⁴ Barona Villar, en comentarios a la Ley de Arbitraje de España. Citado por: Mellandrich Miret, Nuria, Medidas Cautelares y Arbitraje, España, Editorial Atelier, 2010, pág. 171.

encontrarse importantes límites a dicha autonomía en el llamado “orden público”¹⁶⁵. Es por ello que se asemeja al contemplado en la doctrina del Derecho Internacional privado, en virtud de que ambos buscan un mismo fin; protegen sus mismos principios y sus mismas instituciones. En el derecho internacional privado al no aplicarse una legislación extranjera y en el arbitraje al no reconocer y ejecutar un laudo arbitral.

No obstante lo anterior, la doctrina y la jurisprudencia desalientan, al inicio de cada documento o intervención, la definición y delimitación del orden público en el arbitraje. Sin embargo siempre se llegan a conclusiones acertadas, que sirven para poder fortalecer aún más la institución de arbitraje como el mejor método de solución de conflictos comerciales internacionales.

Así el autor Ossa manifiesta, como se mencionó con anterioridad, que “... la causal más socorrida para obtener la declaración de nulidad de los laudos o resistir su ejecución es la contravención del orden público; probablemente porque se trata de un concepto abierto, de contornos imprecisos, que admite diversas interpretaciones y que varía de un Estado a otro y de una época a otra”¹⁶⁶ (el énfasis es propio). De forma parecida se contempla que: “El orden público como causal de nulidad o no reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales ha probado ser tan interesantes como problemáticas. Interesante pues se nutre de sensibilidades locales, lo cual lo hace variopinta. Problemática, pues admite interpretaciones no sólo distintas, sino contradictorias e inclusive peligrosas. Y su contenido está en constante movimiento”.¹⁶⁷ Por lo que, lo complicado del orden público, no solo se encuentra en las diversas interpretaciones que le dan las jurisdicciones y doctrinarios, sino también en la característica que posee el concepto de variar en el tiempo y además de país en país.

¹⁶⁵ Oviedo Albán, Jorge (comp.) y otros, Derecho Comercial en el siglo XXI, Colombia, Editorial Temis, 2008, pág. 199.

¹⁶⁶ McLean, Magaly, Jaime, Moreno-Valle, Op.cit., Pág. 332.

¹⁶⁷ Gonzáles de Cossío Abogados, Gonzales de Cossío, Francisco, “Orden Público en México”, México, 2013, disponible en: <http://www.gdca.com.mx/PDF/arbitraje/ORDEN%20PUBLICO%20EN%20MEXICO.pdf> , pág. 2, fecha de consulta: 20/05/2016.

La concepción, definición y delimitación del orden público, tras lo contemplado anteriormente, se hace sumamente complicada. Mientras que para algunos es el punto débil del arbitraje; “Los doctrinarios han tratado de acercarnos al concepto de orden público. Pero es el talón de Aquiles del arbitraje comercial internacional”.¹⁶⁸ Para otros el arbitraje, ha contribuido en mucho para delimitarlo; “El monstruo del orden público se encuentra en fase de domesticación y en mucho ha contribuido para ello el arbitraje”.¹⁶⁹ Sin excluir ambas tesis, se puede decir que, una es consecuencia de la otra, es decir, en algún momento el orden público fue el punto débil del arbitraje, sin embargo tras él gran labor de cortes, árbitros y doctrinarios, se puede decir que, se ha podido controlar a dicho “monstruo”, que a lo largo del tiempo, naturalmente, continuará aterrando a propios y extraños.

4.3.1 Definición de orden público

Etimológicamente, la palabra “orden” viene del latín “ordo” que significa: “Concierto o buena disposición de las cosas entre sí”, o bien también “mandato que se debe de obedecer, observar y ejecutar”. Por otro lado “público” se entiende como lo que es común a todo el pueblo”. En la unión de ambos conceptos, se logra conceptualizar una noción básica de orden público como un conjunto de normas obligatorias relacionadas entre sí y comunes a un determinado número de personas.¹⁷⁰

No obstante, la muy buena conceptualización del orden público, se manifiesta también que el orden público (en el arbitraje) es lo que los griegos llaman una Hendiadys: Un conjunto de palabras que, unidas, significan algo distinto a su significado individual. No solo eso, es un concepto que ha probado ser difícil y problemático en diversas

¹⁶⁸ McLean, Magaly (comp.) y otros, Arbitraje Comercial Internacional: El Reconocimiento y la Ejecución de Sentencias y Laudos Extranjero, Estados Unidos, Derecho Internacional de la secretaria de asuntos jurídicos de la OEA, 2013, pág. 123.

¹⁶⁹ Temis, Arbitraje Comercial Internacional, Moreno Rodríguez, José Antonio, “Orden público en el arbitraje: algunos llamativos pronunciamientos en Europa y Mercosur”, Perú, 2007, disponible en: http://www.arbitrajecomercial.com/BancoConocimiento/O/orden_publico_y_arbitraje/orden_publico_y_a_rbitraje.asp , pág. 13, fecha de consulta: 20/5/2016, pág. 13.

¹⁷⁰ Márquez Granifo, Stephanie, El orden público y su función como límite a la eficacia, reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales internacionales en Chile, Tesis de Maestría de la Facultad de Derecho, Universidad de Chile, pág. 10.

jurisdicciones.¹⁷¹ Pese a la ya mencionada dificultad de definir el orden público se encuentran diversas definiciones a lo largo de la doctrina y jurisprudencia, resaltando y siendo las más acertadas las siguientes:

El doctrinario Giorgio Meo, contempla que el orden público es entendido como el conjunto de reglas y principios irrenunciables de las relaciones civiles en materia económica y contractual.¹⁷² Así mismo Para Perez Solft, Iván señala que “el orden público es el núcleo, el aspecto central y más sólido y perdurable, del orden social. Es el conjunto de aquellas características y valores de la convivencia que una sociedad considera como “no negociables”. Se le considera sinónimo de convivencia ordenada, segura, pacífica y equilibrada....”¹⁷³

En un caso estadounidense se contempló que: Una sentencia es inejecutable por ser violatoria del orden público en la medida en que “repugne las nociones fundamentales de lo que es decente y justo en el Estado donde se busca la ejecución.... El estándar es alto y rara vez alcanzado. Como lo fijo una corte “únicamente en casos evidentes debe de socorrer al demandado...” En su concepción clásica una sentencia que tienda claramente a menospreciar el interés público, la confianza pública en la administración de justicia o la seguridad de los derechos y libertad personal o propiedad privada es contraria al orden público.¹⁷⁴

En este orden de ideas se conceptualiza que: “El orden público es una institución que busca resguardar los principios más caros de un sistema jurídico. Como causal de nulidad o no reconocimiento y ejecución de laudos, es una medida dramática. Un último recurso que rara vez debe materializarse. Los motivos: desestabiliza los cimientos en los asuntos internacionales, mercantiles u complejos. Tanto el Derecho escrito como

¹⁷¹ Gonzales de Cossío, Francisco, Orden Público en México..., Op.cit., Pág. 2.

¹⁷² Soto Coaguila, Carlos Alberto (Comp.), Arbitraje Comercial y Arbitraje de Inversión: Convención de Nueva York de 1958 Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras, Perú, Instituto Peruano de Arbitraje, 2009, pág. 582.

¹⁷³ Pérez Solft, Iván, “¿Orden público internacional vs orden público interno y buenas costumbres?”, Revista de Investigación jurídica.IUS.02(4), Perú, 2012, Red Universidad Católica Santo Toribio de Mogrojo, pág. 5

¹⁷⁴ Corte de Apelaciones del distrito de Columbia, Estados Unidos, No. 06-7058, Termorio S.A. ESP. And LeaseCo Group, LLC vrs. Electranta S.P. 25 de mayo de 2007, págs. 18 y 19.

jurisprudencial va por buen camino. Casos recientes lo demuestran. Sin embargo, para continuar con el prurito sobre el tema, es necesario hacer más angosta y elevada la noción. Angosta, en que se reduzca su definición y radio de acción. Elevada, en que se debe enfatizar su carácter excepcional”.¹⁷⁵

Por otro lado, se sigue una distinta teoría al manifestarse que: “El orden público es aquel constituido por leyes que conciernen a la comunidad, y que aprovechan igualmente a todos, escritas en interés de todos y no en interés de cada uno”.¹⁷⁶

En ese mismo sentido, Ledezma Narváez establece que el orden público son “...el conjunto de normas imperativas a las que la autonomía de la voluntad no puede desacatar”. En contra posición se cita a un diferente autor, aludiendo que “...para Verger, el orden jurídico es el conjunto de «aquellos principios jurídicos, públicos y privados, políticos, económicos, morales e incluso religiosos, que son absolutamente obligatorios para la consecución del orden social para un pueblo y en una época determinada»”.¹⁷⁷ Más adelante, sustentándose la segunda teoría, se complementa que “... los motivos podrían parecer suficientes para concluir que, después de la reforma operada por la Ley 36/88, donde se dice —cuando el laudo fuese contrario al orden público (art. 45.5º de la L.A.), debe leerse «cuando el laudo infrinja normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia»”.¹⁷⁸ La legislación mencionada en el paréntesis se refiere a la ley de arbitraje de España, que sigue el criterio, casi obligatorio, que no se reconocerá un laudo arbitral si va en contra del orden público.

A la luz de las anteriores definiciones de orden público, se entiende que son aquellos principios, valores que forman parte de una sociedad. Sin embargo la mayoría de autores se refieren al orden público de diferentes maneras: Desde las normas imperativas; principios irrenunciables; conjunto de normas; valores y también se encuadra; como una institución. En consecuencia quedan dudas de ¿qué es lo que

¹⁷⁵ González de Cossío, Francisco, Orden Público en México..., Op.cit., Pág. 15.

¹⁷⁶ Pérez Solft, Iván, Op.cit., Pág. 9.

¹⁷⁷ Ledezma Narváez, Marianella, Op.cit., Pág. 187.

¹⁷⁸ Ibid., Pág. 162.

comprende en realidad el orden público? Para responder a esta cuestionante, primero y como parte de la respuesta (únicamente como parte, puesto que se aunara un poco más sobre lo que comprende el orden público, en el punto correspondiente) a dicha cuestionante, se contemplará el orden público interno e internacional.

4.3.2 El orden público interno e internacional

Para muchos autores, para poder definir al orden público se hace necesaria la delimitación y definición del orden público interno así como del orden público internacional; “El concepto de orden público en la materia tiene una connotación especial, por lo que es importante establecer la distinción entre orden público interno y el orden público internacional”.¹⁷⁹

Un estudio europeo relativo a propuestas de reforma en el ámbito contractual conocido como –el libro verde-, define el orden público interno, contemplándose como “...el conjunto de normas nacionales de carácter imperativo cuyo objeto es garantizar el orden social y económico de un Estado. Se trata de normas cuya aplicación las partes no pueden excluir por contrato...”¹⁸⁰

En cuanto al orden público internacional, se expresa que se encuentra conformado por tres componentes fundamentales, cuya correcta identificación permite guiar al tribunal en el análisis de la validez del auto, preservando el equilibrio entre la justicia y su inmutabilidad. Siguiendo este concepto, el orden público internacional incluiría únicamente los principios fundamentales de justicia y moralidad que el Estado pretende proteger aun cuando no se encuentre directamente involucrado, las reglas designadas para avanzar intereses esenciales de un Estado en materia política, social y económica, conocidas como “leyes de policía”; y la obligación del Estado de respetar sus obligaciones internacionales... La tercera forma en que se ha restringido el orden público como motivo para anular un laudo o denegar su cumplimiento es la prohibición de revisar los méritos del laudo al analizar dicha causal.¹⁸¹

¹⁷⁹ Contreras Vaca, Francisco José, Op.cit., Pág. 176.

¹⁸⁰ El Libro verde, citado por: Moreno Rodríguez, José Antonio, Op.cit., Pág. 4.

¹⁸¹ McLean, Magaly, Moreno-Valle, Jaime, Op.cit., Pág.335.

La recién definición de orden público internacional, forman parte de las recomendaciones de la International Law Association (en adelante ILA), para la definición el orden público internacional como causal para denegar un laudo arbitral, en el cual se señalan: i) Los principios fundamentales relativos a justicia y moralidad que el Estado desea proteger aun cuando no esté directamente involucrado; ii) las reglas designadas para servir los intereses políticos, sociales y económicos de dicho Estado, conocidos como leyes de policía; y iii) el deber del Estado de respetar sus obligaciones ante otros Estados u organismos internacionales.¹⁸² Esta definición ha sido adoptada por diversas cortes y doctrinarios reconocidos, que cada vez es recorrida y aceptada de mejor manera en el arbitraje internacional.

Pero, sin duda lo que comprende o no comprende el orden público internacional, dependerá del prisma con el que se mire. Es decir a que tesis se inclina quien contempla lo que conforma el orden público. Dichas tesis (maximalista y minimalista) serán abordadas posteriormente. Sin embargo las anteriores definiciones y los elementos que conforman el orden público internacional, sirven grandemente como punto de partida.

Al establecer lo que conforma el orden público internacional y sacar cada elemento de contexto. Pareciera ser que se busca proteger los principios, de justicia, moralidad, equidad, economía y política así como los intereses y obligaciones de cada Estado. En consecuencia cada Nación posee su propio orden público internacional. Que en el arbitraje funciona como una excepción para no poder ejecutar ni reconocer un laudo, porque va en contra de dichos principios.

Por consiguiente, nace de parte de la doctrina una teoría que expresa que en realidad el orden público internacional, al existir uno distinto en cada Estado con el fin de salvaguardar sus principios fundamentales de su sociedad, en realidad es nacional. En esta línea, "...el orden público internacional es en el fondo, nacional, no internacional, y

¹⁸² Recomendaciones de la International Law Association sobre la aplicación del orden público como motivo para denegar el reconocimiento y la ejecución de laudos arbitrales internacionales, 2012. Citado por: Gonzales de Cossío, Francisco, Orden Público y arbitrabilidad..., Op.cit., Pág. 5.

que la distinción resulta en consecuencia artificial...”¹⁸³ Del mismo criterio, es al clarificar que “la doctrina y la jurisprudencia internacional insisten en destacar que en la actualidad ha dejado de tener sentido el diferenciar el entendimiento del orden público interno del internacional en el control del laudo arbitral... La razón es que el orden público internacional se halla en el corazón del orden público interno”.¹⁸⁴

Sin embargo, a raíz de esta teoría nace otra que busca establecer el verdadero orden público internacional. Que busca constituir principios de justicia y moralidad universal común entre los Estados. Así se expresa, también, que esta teoría cada vez adquiere más fuerza: “... una noción más general del orden público, quizás supranacional, que pertenece a la más amplia comunidad regional o universal. De allí que se hable de un verdadero orden público internacional o transnacional, en lo que hace relación a los intereses más fundamentales de la humanidad, como la proscripción de la esclavitud o el respeto a derechos humanos, por citar ejemplos... Normalmente, estos interés se encuentra resguardados también por tratados internacionales...”¹⁸⁵

Es a raíz de la fuerza que va adquiriendo esta teoría, que se encuentran definiciones de orden público internacional: “Como aquel aceptado como tal por la comunidad internacional”.¹⁸⁶ De manera que existen jurisdicciones que se inclinan a un orden público único por cada Estado y otras que se inclinan a un orden público universal o común. Por ende, sin lugar a dudas, el debate sigue abierto.

La importancia de la distinción entre ambas teorías, radica en que al ser la violación del orden público una limitación del arbitraje, cuando se haya violado. Por establecerse así en las distintas convenciones, leyes modelo y leyes nacionales (ya se mencionaron reiteradamente los artículos, que contemplan dicha limitación). Por consiguiente, surge

¹⁸³ Moreno Rodríguez, José Antonio, Op.cit., Pág. 6.

¹⁸⁴ Gonzalo Quiroga, Marta, Las normas imperativas y el orden público en el arbitraje privado internacional, España, 2001, tesis doctoral de la facultad de Derecho departamento de Derecho Internacional Público, Universidad Complutense de Madrid, Págs. 622 y 623.

¹⁸⁵ Oviedo Albán, Jorge y otros, Op.cit., Pág. 223.

¹⁸⁶ Gonzáles de Cossío, Francisco, Orden Público y arbitrabilidad..., Op.cit., Pág. 4.

las siguientes interrogantes: ¿A qué orden público se refieren esas normas? ¿Al interno o al internacional?

Una corte de España señaló que: Para alcanzar la noción del orden público internacional se tendrá que recurrir a los arbitrajes de dicha categoría, por lo que en cuanto a la aplicación del orden público en esta sede, la mayor parte de los comentaristas opinan que tanto la Ley Modelo, como la Convención de Nueva York, se refieren al orden público del Estado sede del arbitraje. Sin embargo, teniendo en cuenta que, conforme a la Ley de Arbitraje, la sede en España no marca la nacionalidad del arbitraje, por lo que pueden celebrarse en España arbitrajes internacionales, entendemos que el juez a la hora de determinar el orden público relevante para sancionar de nulidad el laudo por inarbitrabilidad habrá de recurrir a su concepción de orden público nacional cuando el arbitraje sea interno, y al orden público internacional cuando se trate de un arbitraje internacional. En la misma línea la doctrina concreta que el orden público internacional tendría un ámbito más restringido que el del orden público interno, y alcanzaría únicamente a aquellos principios imperativos del ordenamiento jurídico español que deben mantenerse también en el tráfico jurídico con el extranjero.¹⁸⁷

En este sentido, en cuanto a los instrumentos internacionales, la Convención de Nueva York emplea la expresión orden público a secas. Sin embargo, se interpreta en varios países que cuando el artículo que se refiere al orden público, alude al orden público internacional. Igual interpretación suele esgrimirse con respecto a la Convención de Panamá. Entre tanto, todas las convenciones de La Haya tras la segunda guerra mundial incluyen la cláusula de orden público. Ahora, en tanto la de Viena de 1955 hablaba en el artículo 6º solo del orden público, ulteriores convenciones de La Haya incorporan la palabra “manifiesta” (para aludir a la contravención del orden público), con lo que implícitamente acogen la terminología de “orden público internacional”.¹⁸⁸

¹⁸⁷ Lacruz Mantecon, Miguel, La impugnación del arbitraje, España, Editorial Reus, 2001, Págs.172 y 173.

¹⁸⁸ Oviedo Alban, Jorge y otros, Op.cit., Pág. 214.

En la Guía de la ICCA para la interpretación de la Convención de Nueva York se clarifica que las cortes nacionales han adoptado el estándar de orden público internacional, aplicando normas sustantivas de fuentes internacionales. Así mismo se estipula que las recomendaciones de la ILA sobre orden público internacional¹⁸⁹ son consideradas cada vez más como un reflejo de las mejores prácticas internacionales.¹⁹⁰ En cuanto a la Ley Modelo se estipula que al contemplar normas sobre reconocimiento y ejecución que se sigue el modelo de las disposiciones pertinentes de la Convención de Nueva York, por consiguiente la Ley Modelo complementa el régimen de reconocimiento y ejecución creado por esa exitosa Convención sin entrar en conflicto con ella.¹⁹¹ Así mismo, habría que incluirse, en esta corriente, a la Convención de Panamá, la cual encuentra sus cimientos y evidente similitud en la Convención de Nueva York. De manera dichos tratados internacionales, parecen inclinarse a que se debe de entender que un laudo no puede ser ejecutado cuando vaya en contra del orden público internacional.

En conclusión, si se habla de la primera teoría, es decir, la teoría que establece que existe un solo orden público nacional. El debate de ah cual orden se refieren las convenciones internacionales, no tendría mucho sentido. En virtud de que ambos ordenes obedecen a un mismo fin; salvaguardar los principios más caros de su sociedad. Por lo que un laudo arbitral sin importar si es internacional, extranjero o nacional no se reconocería, en ese Estado, si van en contra de los principios de justicia, moralidad y religiosidad.

La situación se complica, al sucederse la segunda teoría que estipula que el orden público internacional debe de ser universal o común para los Estados. Que es la que parece han adoptado los tratados internacionales y jurisdicciones arbitrales. Sin embargo, a primera vista, pareciera que aunque sea la teoría universal aceptada por los

¹⁸⁹ Ya mencionadas en el punto de orden público interno e internacional.

¹⁹⁰ Guía de la International Council for Comercial Arbitration –ICCA- para la interpretación de la Convención de Nueva York, de 1958, con la asistencia de la Corte Permanente de Arbitraje de la Haya, Traducido por: Alexander Aizenstatd, International Council for Comercial Arbitration, 2013, pág. 111 y 112.

¹⁹¹ Nota explicativa de la secretaria de CNUDMI acerca de la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985 y su versión enmendada de 2006, pág. 40.

tratados se hace difícil asimilar, por ejemplo, que un tribunal jurisdiccional acepte principios de orden público internacional, que vayan en contra con los principios propios de su Estado.

Más sin embargo esta teoría no se hace imposible, pues las jurisdicciones y doctrina la han ido aceptando, si bien es cierto con principios que son comunes entre otros Estados y el propio, en virtud de que la globalización, los tratados internacionales, las propias jurisdicciones, legisladores y doctrinarios a lo largo del mundo, nos acercan cada vez más a un orden público internacional transnacional. Prueba de ello es el concepto de orden público internacional de la ILA, que parece ser el más aceptado y reconocido, que nos orienta que él mismo comprende los principios fundamentales de justicia y moralidad, las reglas sobre intereses políticos, sociales económicos conocidos como leyes de policía y el deber de cada Estado de respetar sus obligaciones hacia otros Estados u organizaciones internacionales.

En cuanto a este tema, el autor Bullard, Alfredo, en una comparación peculiar, contempla que el “orden público” viene siendo como los “actos impuros” (en alusión al sexto mandamiento). En donde de la misma manera en que uno se puede jugar la ida al infierno con una interpretación de que es acto impuro, un tribunal arbitral puede presenciar la muerte de su laudo por un criterio dispar sobre como leer un concepto como el de orden público.¹⁹² Así al hablar del orden público interno e internacional; en la nube internacional que se eleva sobre los Estados, y como ocurre cuando uno se va al cielo, las reglas son distintas. Son usualmente más permisivas y flexibles, y las reglas de orden público pierden el tono marcial que muchas tienen en sus países de origen. Los “actos impuros terrenales” no necesariamente tienen el mismo carácter que los “actos impuros celestiales”. Sin embargo, continua manifestando el doctrinario, que el problema es que las reglas celestiales tienen que bajar a la tierra y tocar piso.¹⁹³

¹⁹² Bullard González, Alfredo, “No cometerás actos impuros: el orden público y el control judicial del laudo arbitral”, Themis-Revista de Derecho, No. 63, Perú, 2013, Latindex, pág. 186.

¹⁹³ Ibid., Pág. 197.

Es decir que si un árbitro atendiendo al orden público internacional general, podría toparse con que el juez Estatal considere que dicho orden público internacional general contraría los principios más básicos de moralidad y justicia de su jurisdicción. Ante esta premisa, es importante entonces tratar de delimitar más a fondo que es lo que comprende y que no comprende el orden público internacional, teniendo como guía la definición de la ILA.

4.4 Qué comprende y qué no comprende el orden público internacional en el arbitraje

Ante el anterior acercamiento de un concepto universal de orden público internacional y para aproximarse aún más, es conveniente realizar la siguiente interrogante ¿qué es lo que comprende el orden público internacional dentro del arbitraje? Entendiéndose este como una causal para no reconocer ni ejecutar los laudos arbitrales, y por consiguiente como un límite, sí se es violado, a la materia arbitrable dentro del arbitraje comercial internacional y dentro del arbitraje en general. Para responder dicha pregunta, es necesario estudiar las distintas tesis del orden público, actualmente una ha adquirido mayor aceptación y protagonismo que la otra. No obstante, a continuación se exponen ambas tesis y lo que considera cada una de ellas como parte del orden público internacional.

4.4.1 La tesis maximalista y la tesis minimalista

Actualmente se está librando una contienda intelectual en diferentes jurisdicciones sobre lo que debe entenderse por 'orden público'. En consecuencia, existen dos bandos: Quienes abogan a favor de una tesis maximalista y quienes defienden una tesis minimalista.¹⁹⁴

En primera instancia, la tesis maximalista plantea una revisión exhaustiva de la jurisdicción o competencia estatal sobre el laudo arbitral. Lo contrario plantea una tesis minimalista:

La tesis maximalista se basa en la necesidad de que solo un estándar muy estricto de control judicial de los laudos arbitrales que traten temas de derecho de la competencia

¹⁹⁴ Gonzáles de Cossío, Francisco, Orden Público en México..., Op.cit., Pág. 8

puede evitar el desconocimiento de las políticas sobre la competencia. Por lo tanto, los maximalistas argumentan a favor de un control judicial exhaustivo de las conclusiones de hecho y de derecho de los laudos para verificar el impecable cumplimiento de las normas de derecho de la competencia, incluso ante una mera obligación de su violación. Esta postura extrae sus extremas conclusiones de la proposición de que el derecho de la competencia es parte del orden público, lo que se considera que implica una revisión exhaustiva del laudo a fin de verificar que las normas de derecho de la competencia hayan sido correctamente aplicadas por los árbitros.¹⁹⁵

La posición contraria postula que este objetivo puede lograrse de una manera más respetuosa de los principios generales de la materia de arbitraje y de la función de los tribunales en la revisión de los laudos arbitrales. Esta postura sostiene que también cuando se enfrentan con laudos que plantean cuestiones de legislación imperativa, los tribunales que llevan a cabo la revisión deben limitarse a comprobar que los árbitros las hayan abordado y que hayan emitido una decisión de manera competente. Los tribunales deberían abstenerse de revisar las conclusiones de hecho o de derecho de los árbitros y no deberían pretender determinar si las normas imperativas han sido aplicadas “correctamente”. La postura minimalista se basa en gran medida en la proposición de que se debe dar gran deferencia a la solución alcanzada por los árbitros y a la capacidad que estos tienen de aplicar las normas imperativas de manera competente.¹⁹⁶

En segunda instancia, la tesis maximalista contempla una definición de orden público internacional más amplia y abierta, por ello la revisión del laudo debe de ser más estricta e incluso puede considerarse que un tribunal arbitral no es competente únicamente por existir elementos del orden público internacional. Mientras que la tesis minimalista considera que aún en presencia de elementos del orden público internacional la capacidad de los árbitros para conocer cierta controversia sometida por las partes a su jurisdicción, deben de ser competentes e incluso aplicar los principios y elementos del orden público internacional.

¹⁹⁵ Gaillard, Emmanuel y Diego P. Fernández Arroyo, Op.cit., Pág. 195.

¹⁹⁶ Ibid., 196 y 197.

La tesis maximalista postula una concepción más amplia del orden público internacional, que incluya todas las leyes de policía, así como un control profundo de los laudos a verificar que el orden público aplicable está siendo respetado, lo cual conlleva una revisión de fondo de los laudos; la minimalista considera que, aún en presencia de las leyes de policía o principios de orden público, el control del laudo por el juez de nulidad o ejecución debe ser mínimo y no puede anular o no ejecutar el mismo más que en casos excepcionales.¹⁹⁷

De manera que la tesis minimalista, respeta de mayor forma las exigencias, principios y naturaleza del arbitraje, pues confía en lo resuelto por el árbitro y que este actuó de manera correcta aplicando las normas imperativas, las leyes de la policía e incluso los principios de orden público y orden público internacional.

Las jurisdicciones más avanzadas sobre la materia se empiezan a inclinar por la tesis minimalista. Prueba de ello es un caso Francés que tuvo eco, en todo el mundo. En *Thales vrs Euromissile*¹⁹⁸ en donde la parte que buscaba evitar la ejecución del laudo argumentaba que el mismo era contrario al orden público francés. La Corte de Apelación Francesa rechazó el argumento. Sostuvo que la violación al orden público debe de ser “flagrante, efectiva y concreta”. La ilicitud para ser violatoria del orden público, debe “quemarle los ojos” al juez. Al hacerlo, adoptó la tesis minimalista del contenido de orden público. Esta sentencia es considerada por muchos como la victoria de la tesis minimalista.

No solo las jurisdicciones se están inclinando más hacia la tesis minimalista, también lo hacen los grandes doctrinarios de la materia, todos coinciden que se tiene más aceptación, debido el uso cotidiano y excesivo que se le da al concepto del orden público, por ser una definición abierta, dentro del proceso arbitral e incluso dentro de cualquier proceso en el derecho internacional privado.

¹⁹⁷ González de Cossío, Francisco, Orden Público y arbitrabilidad..., Op.cit., Pág. 8.

¹⁹⁸ Corte de apelación de Paris, 18 de noviembre de 2004, *Thales vrs Euromissile*.

En este contexto se expresa diciendo que: “Sin embargo, precisamente en razón del uso y abuso que se ha dado a esta causal, es que los tribunales la han aplicado en forma rigurosa, restringiendo y acotando el concepto de orden público en materia de arbitraje comercial internacional...” Por ello es pertinente aclarar que: “...así, aun cuando la excepción a la ejecución fundada en el orden público es la más usada, confiar en ella es riesgoso, por cuanto los tribunales la interpretan de manera estrecha y rechazan la ejecución solamente de aquellos laudos que violarían las nociones más básicas de la moralidad y la justicia”.¹⁹⁹ Sin duda, esto es una llamada de alerta a los profesionales del derecho, quienes aún creen en la aceptación del concepto amplio del orden público, como causal para denegar cierto laudo.

En este orden de ideas, se coincide al manifestarse que pareciera “...ser que la jurisprudencia y la doctrina se han inclinado a interpretar la causal de orden público de manera restrictiva, resultando aplicable únicamente si el laudo arbitral ofende los principios más básicos y explícitos de justicia y equidad del Estado o si existe evidencia ignorancia o corrupción intolerables por parte del tribunal arbitral”.²⁰⁰

Es por ello que el arbitraje no puede ser excluido por la simple presencia de una norma de este tipo. Ciertamente, ese era el caso en el pasado pero la doctrina y la jurisprudencia han evolucionado mucho. En tal sentido, desde la mitad del siglo XX la doctrina tomó conciencia que la inarbitrabilidad resultante de la presencia de una norma de orden público corre el riesgo de matar el arbitraje. En efecto, tal teoría conllevaría a la vez la imposibilidad de recurrir al arbitraje desde que la cuestión tratada es resuelta por una ley de orden público, y la nulidad de la sentencia, aun cuando la cuestión sea resuelta por el arbitraje de conformidad con la ley de orden público invocada.²⁰¹

¹⁹⁹ McLean, Magaly, Jaime, Moreno-Valle, Op.cit. Pág. 332.

²⁰⁰ CNUDMI, Compendio de la CNUDMI de jurisprudencia relativa a la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, 2012, pág. 183, nota al pie No. 1029.

²⁰¹ E. Mezger “L’arbitrage commercial et l’ordre public”, Traducción de: Edwin Chavajay, Francia, RTD, 1948, pág. 612.

En consecuencia, la tesis minimalista es la más aceptada actualmente; no solamente porque el orden público es una definición muy abierta y es excepción más utilizada para el no reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral, sino también porque el arbitraje ha demostrado ser, a lo largo del tiempo, una institución capaz de poder aplicar ciertas leyes y principios como las normas imperativas, las leyes de la policía así como principios de orden público. En virtud de que sus representantes, los árbitros, cada vez están más preparados. De manera que la tesis minimalista, no es más, que un voto de confianza que se le da al arbitraje, quien se lo ha ganado a pulso.

No obstante lo anterior, a continuación se expone algunos elementos que para ciertos autores forman parte del orden público internacional, para una mejor comprensión de las mismas, así como las posturas de ambas tesis en relación a cada una.

4.4.2 El orden público material y procesal

La doctrina ha resaltado al diferenciar entre el orden público material y el procesal. Básicamente el primero, lo forma parte aquellos principios, mencionados anteriormente, en donde se funda la equidad, la justicia, la moralidad, principios económicos y políticos e incluso la religiosidad de una determinada sociedad. Por lo que un laudo que contraríe dichos principios, no nacerá a la vida jurídica. Por otro lado, se encuentra el orden público procesal, que establece que son aquellos principios y derechos que le pertenecen a las partes dentro de un procedimiento, en este caso arbitral. Que si se incumplen de igual forma, no nacerá a la vida jurídica el laudo.

Se sigue el mismo criterio mencionándose que el orden público tendrá dos vertientes, una material y otra procesal. En la primera se incluirían los principios jurídicos, públicos y privados, políticos, morales y económicos que son absolutamente obligatorios para la conservación de la sociedad de un pueblo y en una época determinada; en la segunda, las formalidades y principios esenciales de nuestro ordenamiento jurídico procesal.²⁰²

En cuanto al orden público material, se contempla por parte del Comité de Arbitraje Internacional de la ILA unos ejemplos de principios sustantivos fundamentales: la

²⁰² Lacruz Mantecón, Miguel, Op.cit., Págs. 167 y 168.

prohibición de abuso de derecho, la buena fe, *pacta sunt servanda*, la prohibición de expropiación sin compensación, la prohibición de discriminación, la prohibición de actividades contra *bonos mores* como la piratería, el terrorismo, el genocidio, la esclavitud, el contrabando, el tráfico de drogas y la pedofilia.²⁰³ Sin duda estos ejemplos forman parte de los principios consagrados en una sociedad e incluso pueden formar parte de principios de un orden público internacional transnacional.

Así mismo se menciona que, conforme a la interpretación constitucional, éste debería referirse al conjunto de derechos fundamentales y libertades públicas de contenido material reconocidas en la constitución, quedarían también incluidas como pertenecientes al orden público aquellas normas de derecho necesario dictadas dentro del alcance de estos derechos y libertades.²⁰⁴ En el presente ejemplo, se habla de una interpretación constitucional, ésta se refiere a que el orden público, debe de incluir los principios y por consiguiente derechos plasmados en la Constitución. Esta teoría será abordada en el siguiente punto.

En otro orden de ideas, en cuanto al orden público procesal, se puede señalar la falta de imparcialidad de los árbitros, la confección por la institución arbitral de los contratos de adhesión que incorporan la cláusula arbitral, la concurrencia en uno de los árbitros de la condición de asesor de la parte que insta el procedimiento, o el ofrecimiento de la institución arbitral de sus servicios de mediación al demandado para solucionar la controversia sometida por la contraparte.²⁰⁵

Así como, se señalan los ejemplos de vulneraciones al orden público procesal indica la parcialidad del tribunal, la emisión del laudo por juez inducido o afectado por fraude o corrupción, el quebrantamiento de la justicia natural, la desigualdad de las partes en la elección del tribunal arbitral y la inconsistencia del laudo con otra decisión de un tribunal ordinario o arbitral que tiene efecto de *res judicata* en el foro de ejecución.²⁰⁶ De

²⁰³ Citado por: McLean, Magaly, Jaime, Moreno-Valle, Op.cit., Pág. 337.

²⁰⁴ Mallandrich Miret, Nuria, Op.cit., Pág. 72.

²⁰⁵ Lacruz Mantecón, Miguel, Op.cit., Pág. 168.

²⁰⁶ Mc Lean, Magaly, Jaime, Moreno-Valle, Op.cit., Pág. 338.

manera similar se contempla que pueden señalarse supuestos de vulneración del orden público procesal “la infracción de los principios de audiencia, contradicción e igualdad, de principios de orden público procesal como la utilización de pruebas ilícitas, falta o insuficiencia de motivación del laudo”.²⁰⁷

A pesar de su aplicación restrictiva, existe un consenso en la jurisprudencia en que la causal referida a orden público abarca tanto aspectos sustantivos como procesales.²⁰⁸ Y dichos aspectos o principios no pueden ser violados por sentencia arbitral, sea por procedimiento o, sea por si contenido sustantivo.²⁰⁹ El consenso, claramente no es solamente en la jurisprudencia sino que también en la doctrina, por lo que sin importar que se encuentre dentro de una postura maximalista o minimalista se considera que el orden público internacional lo conforman tanto aspectos materiales o sustantivos, es claro, pues se conforma por los principios de cada sociedad así como aspectos procesales entendidos básicamente en la equidad en la audiencia, el correcto desarrollo del proceso arbitral y los demás principios y derechos que conforman un proceso lícito y legal para las partes.

4.4.3 El orden público y principios constitucionales

En la doctrina, especialmente española, resalta la relación que tienen el orden público y los principios constitucionales, por ende los derechos humanos plasmados en ella. Así se manifiesta por Gonzalo Quiroga, Marta que “existe, pues, un cierto control parcial de naturaleza constitucional sobre el fondo del asunto limitado a los derechos fundamentales constitucionales...”²¹⁰

²⁰⁷ Lacruz, Mantecón, Miguel, Op.cit., Pág. 165.

²⁰⁸ Mc Lean, Magaly, Jaime, Moreno-Valle, Op.cit., Pág. 337.

²⁰⁹ Mezgravis, Andrés, III Congreso Internacional de Arbitraje, La convención de Nueva York 50 años después, “El orden público sustantivo, el orden público procesal y la arbitrabilidad como causales de denegación del laudo: especial referencia a Venezuela y otros países de América Latina”, Madrid, 29 de junio de 2008, págs. 19-20. Disponible en: <http://www.mezgravis.com/El-orden-pub-vf-rev-07-08.pdf>, fecha de consulta: 20/7/2016.

²¹⁰ Gonzalo Quiroga, Marta, Op.cit. Pág. 725.

En una Sentencia Española²¹¹ se dice que “el concepto de orden público se refiere al orden público constitucional y no al amplio del ordenamiento jurídico español”. En el mismo sentido se ha señalado por la doctrina española que desde la promulgación de la Constitución Española y de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional, el concepto de orden público ha adquirido un matiz constitucional. A partir de su sentencia 43/1986, de 15 de abril el Tribunal Constitucional ha identificado el orden público con los derechos fundamentales y libertades públicas reconocidos por la Constitución Española.²¹²

De igual forma se contempla diciéndose que hay que entender que hay vulneración del orden público cuando el laudo no cumple las garantías procesales fundamentales recogidas en la Constitución, debiendo ser también posible un orden público material que defienda las normas y principios constitucionales de carácter material.²¹³ En este sentido se consideró también en una sentencia española que “debe considerarse contrario al orden público, aquel laudo que vulnere los derechos y libertades fundamentales reconocidos en el Capítulo II Título I de la Constitución, garantizados a través de los dispuestos en términos de generalidad en el artículo 24 de la misma, incluyendo la arbitrariedad patente referida en art. 9.3 de la Constitución”.²¹⁴

Para cualquier jurisdicción, la no aplicación y apego en un procedimiento arbitral a los principios constitucionales de cada Estado así como el desconocimiento de los derechos plasmados en ella. Significaría, sin lugar a dudas, la no ejecución ni reconocimiento de un laudo arbitral. Por ende, sin importar si se pertenece a una tesis maximalista o minimalista, los principios constitucionales forman parte del orden público y orden público internacional, que encontrarían una referencia en los tratados internacionales sobre Derechos Humanos.

²¹¹ Sentencia de Audiencia provisional de Madrid, No. 255/2009, del 22 de junio de 177, citada por: Lacruz Mantecón, Miguel, Op.cit., Págs 166 y 167.

²¹² Malladrich, Miret, Nuria, Op.cit., Pág. 71

²¹³ Lacruz Mantecón, Miguel, Op.cit., Págs. 163 y 164.

²¹⁴ Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Civil y Penal, Resolución No. 58/2015, Madrid, Pág. 3, disponible en: <http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=AN&reference=7458407&links=arbitraje%20%2258%2F2015%22&optimize=20150903&publicinterface=true>, fecha de consulta: 4/7/2016.

4.4.4 Las normas imperativas

Las normas imperativas son un mínimo número de normas cuyo contenido considera de obligado cumplimiento y que vienen a limitar la autonomía de la voluntad de las partes. Si estas normas se analizan detalladamente puede observarse que en realidad se trata de concreciones de los principios que rigen el arbitraje.²¹⁵

Al seguir esta línea, al orden público se le atribuyen dos aspectos: Uno negativo; que constituye el correctivo a normas directas o de conflicto, en tanto ellas no podrán determinar la aplicación de otro derecho que viole los valores esenciales de la sociedad del foro en el cual se juzga la cuestión. El otro, positivo, está dado por las normas directas con que cuenta cada sistema jurídico, que no pueden ser dejadas de lado por las partes.²¹⁶

En el transcurso del presente trabajo se ha dejado claro que la autonomía de voluntad es la columna vertebral del arbitraje. Pues a través de ella, las partes tienen plena facultad para realizar ciertas acciones y adquirir derechos. Sin embargo, se ha expresado también, que esa autonomía no es ilimitada. Pues sino el arbitraje sería una especie de anarquía en donde las partes haría lo que quisieran; la autonomía de voluntad en el arbitraje, por citar un par de ejemplos, tiene como límite la arbitrabilidad de la materia (abordado en el capítulo anterior) y el, presente tema, orden público, cuando ha sido violado.

Las partes no pueden renunciar o dejar, a simple voluntad de ellas, que se les aplique las normas de carácter imperativo, dentro de un procedimiento arbitral. Es por ello que algunas corrientes han catalogado esta acción violatoria al orden público del Estado de donde se esté llevando a cabo el arbitraje.

Se sigue la misma línea mencionándose que las normas imperativas son la base fundamental de los ordenamientos jurídicos modernos, las que deben de ser rigurosamente cumplidas. El carácter fundamental de muchas normas imperativas

²¹⁵ Mellandrich Miret, Nueria, Op.cit., Pág. 68.

²¹⁶ Moreno Rodríguez, José Antonio., Op.cit., Pág. 10.

supone que las mismas sean casi unánimemente reconocidas como parte del orden público. La pregunta es, entonces, si el carácter imperativo y de orden público de tales normas impone un tipo de revisión del laudo que se extienda más allá del examen mínimo que normalmente se considera indispensable para salvaguardar la finalidad, en principio, de los laudos arbitrales.²¹⁷

La respuesta sería clara, si los que resolvieran son los jueces o si se tratara de un arbitraje nacional, pues ellos no pueden dejar de obviar las normas imperativas de su foro o de su Estado. Sin embargo ¿Qué pasa cuando se está ante un arbitraje internacional? ¿A qué normas imperativas se debe de regir el árbitro?

En relación a ello Julio César Rivera, expresa que para empezar, los árbitros no tienen foro, con lo cual para ellos todas las leyes imperativas, aun las del país sede, son Foreign mandatory rules (norma obligatoria extranjera). Pero los árbitros deben de aplicar las normas imperativas de la ley que las partes han elegido (la lex contractus), con la sola exigencias que ellas no contraríen el orden público internacional; los árbitros no estarían obligados a aplicar una norma del país cuya ley rige el contrato que estableciera un boicot contra otro país fundado en razones de animosidad religiosa o racial; En otras palabras, el árbitro estaría obligado a aplicar las reglas de orden público estatal, además de las que pueden calificarse de orden público transnacional.²¹⁸

Con respecto a lo antes planteado y siguiendo una tesis minimalista, se contempla que, del hecho de que las normas imperativas, o al menos sus objetivos básicos sean parte del orden público, no se sigue que cualquier supuesta violación de esas normas pueda resultar en la anulación o el rechazo de la ejecución del laudo en razón de la violación del orden público. Así mismo la aplicación errónea e incluso la falta de aplicación de esas normas por parte de los árbitros o el simple apartamiento de una decisión emitida por una autoridad de aplicación, no son en sí mismos suficientes para dar lugar a una violación de orden público. Los únicos incumplimientos capaces de calificar como

²¹⁷ Gaillard, Emmanuel y Diego P., Fernández Arroyo, Op.cit., Pág. 194

²¹⁸ Rivera, Julio César, "El orden público en el arbitraje", Revista Latinoamericana de Derecho, núm. 9-10, México, enero-diciembre de 2008, Institución de Investigaciones jurídicas de la UNAM, pág. 273.

violaciones al orden público y, por lo tanto, de tener como consecuencia la anulación o el rechazo de ejecución de un laudo son por consiguiente aquellos que hacen peligran seriamente los objetivos de las normas en cuestión.²¹⁹

En contraposición una tesis maximalista se opondría, en primera instancia a que las normas imperativas, sean arbitrables y por consiguiente conocidas por un árbitro. En segunda instancia, sería inconcebible que en la solución del árbitro se dejaran de aplicar ciertas normas imperativas, aunque no se vulnere los objetivos de dichas normas. Sin embargo, a lo largo del tiempo se le ha dado credibilidad y el mencionado voto de confianza a los árbitros, para que ellos puedan aplicar las normas imperativas y de cierta forma, al no tener un foro determinado, no aplicar con rigurosidad preceptos contemplados en otras normas imperativas, de un determinado Estado, siempre y cuando no se contraríen los principios por los cuales se rigieron dichas normas así como no se vulnere el orden público internacional.

4.4.5 Las leyes de policía

Para algunos autores, como se contempló en la definición de orden público internacional, las leyes de policía forman parte del orden público internacional, para abundar en el tema, se señala, en su concepción más aceptada, que el orden público internacional “puede tener un triple origen: por una parte están los principios básicos del ordenamiento que no pueden ser dejado de lado ni en situaciones internacionales; en segundo lugar, las denominadas leyes de policía; y por último, están las obligaciones internacionales de cada Estado”.²²⁰ (El énfasis es propio). Ante esta premisa, cabe definir las.

El origen de las mismas es en el Estado de Francia, quien lo reguló en su Código Civil desde 1804, a quien se les conoce como: “Loi de pólíce”, y son aquellas leyes cuya aplicación inmediata es necesaria para salvaguardar los intereses cruciales para la organización política, económica, y social de un país. Es una ley muy importante que el juez francés está obligado a aplicar.

²¹⁹ Gaillard, Emmanuel y Diego P., Fernández Arroyo, Op.cit., Págs. 204 y 205.

²²⁰ Rivera, Julio Cesar, Op.cit., Pág. 283.

En este sentido se contempla que, para los franceses las leyes de policía son las que se aplican inmediatamente, a diferencia de la figura del orden público, que constituye una excepción luego de que el mecanismo conflictual determine aplicable una ley extranjera. Se trata entonces de regulaciones concretas aplicables al caso, y no principios generales extraídos del sistema, como lo son del orden público como factor correctivo de las normas de conflicto.²²¹ De acuerdo con las mencionadas doctrinas, pareciera que las leyes de policía, son una forma diferente de llamar a las normas imperativas.

Se sigue este criterio al advertirse que el aspecto positivo que se le da al orden público internacional que está dado por las normas directas con que cuenta cada sistema jurídico, que no pueden ser dejadas de lado por la voluntad de las partes, coincide con la noción de “normas imperativas” del derecho internacional privado u otras expresiones.²²²

No obstante lo anterior, se clarifica que la diferencia entre las normas imperativas y las leyes de policía, es “que la expresión “normas de policía” se aplica a casos internacionales típicos; “norma coactiva o imperativa” se aplica a casos internos”.²²³; Y sus ámbitos son la protección de la competencia, la tutela de la parte más débil del contrato, ciertas normas de policía económica, como las reglas aduaneras o de control de cambios;²²⁴ En este sentido se estipula que son reglas sobre el control de cambios, como controles monetarios o sobre precios, protección ambiental, medidas de embargo, bloqueo, leyes tributarias y aun leyes para proteger a las partes débiles de la relación, como puede serlo el consumidor;²²⁵ De manera que protegen principios internacionales, como la salud pública, la protección del medio ambiente, las que combaten el lavado de

²²¹ Moreno Rodríguez, José Antonio, Op.cit., Pág. 10.

²²² Oviedo Albán, Jorge y otros, Op.cit., Pág. 228-229.

²²³ Boggiano, Antonio, Curso de derecho internacional privado, 4ª. Edición, Argentina, LexisNexos Abeledo-Perrot, 2004, pág. 278.

²²⁴ Rivera, Julio César, Op.cit., Pág. 285.

²²⁵ Cárdenas Mejía, Juan Pablo., “Las causales para denegar el reconocimiento de un laudo que pueden ser declaradas de oficio”, Revista Internacional de Arbitraje, núm. 6, Colombia, enero a junio de 2007, pág. 25.

dinero o la falsificación de moneda.²²⁶ Para citar algunos otros ejemplos; el control de cambios la prevención y sanción de conductas como corrupción, fraude, soborno, lavado de dinero, tráfico de personas y de partes del cuerpo humano, protección de sujetos típicamente débiles como trabajadores, consumidores menores.²²⁷

Por tanto las leyes de policía, son aquellos principios universales plasmados en normas imperativas, que por ser principios universales, pueden llamárseles o catalogárseles como normas internacionalmente imperativas. Así se contempla que en dichas normas internacionalmente imperativas “quedarían cubiertas bajo su mandato las normas de policía o normas de aplicación inmediata...”²²⁸. Y su aplicación debe de ser inmediata, porque le interesa a la colectividad de la humanidad.

El ejemplo más claro es el medio ambiente y la salud pública. Ahora bien, siguiendo desde luego una tesis minimalista, los árbitros internacionales se encuentran en la obligación de aplicar dichas leyes de policía y la jurisdicción estatal limitarse únicamente a la verificación mínima de que se aplicó de forma correcta las presentes normas.

4.4.6 Obligaciones internacionales del Estado

Siguiendo el concepto, más aceptado, del orden público internacional, el cual informa que él mismo se encuentra conformado por “... las obligaciones internacionales de cada Estado”. De manera que ello, alude a los compromisos que el Estado ha asumido como miembro de la comunidad internacional a través de todo tipo de tratados, convenciones u otras fuentes de compromisos internacionales. De manera que el Estado que hubiera suscripto las convenciones sobre limitación de armas química, biológicas o nucleares

²²⁶ Rivera, Julio César, Op.cit., Pág. 286.

²²⁷ Albornoz, María Mercedes, “La tendencia a favorecer el desarrollo del arbitraje comercial internacional mediante el debilitamiento de las normas internacionalmente imperativas”, Boletín de Derecho Comparado, núm. 139, enero-abril de 2014, pág. 19.

²²⁸ Kessedjian, Catherine., “Mandatory Rules of Law in International Arbitration: What are Mandatory Rules, American Review of International Arbitration, núm. 18, 2007, pág. 147.

no debería dar ejecución a una laudo que importara, por ejemplo el reconocimiento de la eficacia de un contrato relativo a ellas.²²⁹

4.4.7 Las leyes de orden público

Si bien las “leyes de orden público” pueden llegarse a confundir, naturalmente, con el “orden público” puesto que su denominación es casi que la misma, sin embargo su significado y alcance dentro del derecho internacional privado y dentro del arbitraje, es radicalmente distinto. Es por ello que la mayoría de doctrinarios y jurisdicciones coinciden en que estas no son lo mismo.

El legislador nos ha puesto en un acertijo. Existen literalmente centenares de leyes que se autoproclaman de ‘orden público’ o utilizan la noción de ‘orden público’ con fines diversos. ¿Quiere ello decir que todas esas referencias actualizan la causal de nulidad o no ejecución de un laudo arbitral por ‘orden público’? La respuesta es un tajante ‘no’.²³⁰

El término orden público puede encontrarse en diversas leyes. Sin embargo ello no implica que toda caracterización de una ley como ‘orden público’ la torne inarbitrable. Para que una ley de ‘orden público’ o ‘interés social’ se eleve a rango de orden público como causal de invalidez de un laudo tiene que tratarse de una ‘noción básica de moralidad y justicia’ del sistema jurídico relevante.²³¹

Por lo tanto, concluyen la mayoría de autores que el hecho de que una materia sometida a arbitraje, se encuentre regulada por una ley de orden público no escapa del radio del arbitraje. Para ello, la materia o “los derechos involucrados sean disponibles para las partes; para estar excluida debería caer dentro de algunas prohibiciones

²²⁹ Rivera, Julio César, Op.cit., Pág. 287.

²³⁰ Gonzáles de Cossío Abogados, Gonzáles de Cossío, Francisco, Lo Lúdico del Orden Público, México, 2013, pág. 2, disponible en: <http://www.gdca.com.mx/PDF/arbitraje/LO%20LUDICO%20DEL%20ORDEN%20PUBLICO.pdf>, fecha de consulta: 20/05/2016.

²³¹ Gonzales de Cossío, Francisco, Orden Público y Arbitrabilidad..., Op.cit., Págs. 6 y 7.

expresamente establecidas en la ley”.²³² Así como, aunque suene ambiguo, que la materia no vaya en contra del orden público internacional.

4.4.8 Conclusión de lo que comprende el orden público internacional en el arbitraje

De lo anterior se concluye que distintas cortes y corrientes doctrinales, consideran que el orden público internacional se encuentra constituido por los elementos: a) material o sustantivo: Que comprenden todos aquellos principios en los que se ha fundado una sociedad, en estos principios también se encuentran los plasmados en la Constitución y los Derechos inherentes a la persona humana, así como, el elemento procesal, que no busca más que darle un trato equitativo y velar por un proceso justo e igualitario entre las partes. b) las leyes de policía; y c) Las obligaciones asumidas por el Estado: A través de tratados o convenios internacionales.

Quedando descartadas, lo que considera una tesis maximalista dentro del concepto de orden público, los siguientes elementos: 1) las normas imperativas: que si bien no se descartan del todo, pero la practica internacional ha demostrado que en un arbitraje internacional pueden ser un tanto flexibles al no aplicarse siempre y cuando no se vulnere el fin primordial de dicha norma y siempre y cuando se encuentre ante un tribunal arbitral internacional, claro está que si es un arbitraje nacional no cabría esta posibilidad y hasta es posible que sí se considere parte del orden público nacional . 2) las leyes de orden público: Que por el solo hecho de llevar el nombre ‘orden público’ no quiere decir que recaiga sobre la categoría de causal para denegación de reconocimiento de un laudo, dependerá más que todo que la materia que regule dicha ley sea arbitrable.

Ante esta conclusión, es necesaria la consideración, nuevamente, de la recomendación de la ILA en cuanto a la definición de orden público internacional como causal para

²³² Legis, Arbitraje Comercial Internacional, Rivera, Julio César, El Orden Público en el Arbitraje, Uruguay, 2010, disponible en: http://www.arbitrajecomercial.com/BancoConocimiento/E/el_orden_publico_en_el_arbitraje/el_orden_publico_en_el_arbitraje.asp , fecha de consulta: 20/05/2016.

denegación de un laudo arbitral que nos informa que la misma se encuentra conformado por los “i) Los principios fundamentales relativos a justicia y moralidad que el Estado desea proteger aun cuando no esté directamente involucrado (numeral (a), del primer párrafo del presente punto); ii) las reglas designadas para servir los intereses políticos, sociales y económicos de dicho Estado, conocidos como leyes de policía. (Numeral (b)); y iii) el deber del Estado de respetar sus obligaciones ante otros Estados u organismos internacionales” (numeral (c)). De manera que dicha recomendación a englobado idealmente, siguiendo una postura minimalista, lo que se debe de considerar como un orden público internacional de acuerdo a lo que dicta la jurisprudencia y doctrina.

4.5 La denegación de reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral por causal de orden público

Ahora bien, descartando del primer plano una tesis maximalista, que en el ámbito internacional arbitral así como en jurisdicciones estatales avanzadas en cuanto al arbitraje, ha dejado de tener relevancia, que no le permitiría a un tribunal arbitral conocer sobre una controversia cuando exista materia de orden público y por consiguiente el laudo arbitral que emitiría dicho tribunal no podría ser reconocido ni ejecutado. Y teniendo, como protagonista, a una tesis minimalista que le permite al árbitro tener plena competencia para resolver un litigio al cual las partes le han encomendado su resolución y en donde se encuentra aparejada una cuestión de orden público. Así como, con una aproximación más real de lo que se considera como orden público internacional (contemplada en los puntos anteriores). Surge la duda ¿Cuándo es que se debe de denegar un laudo arbitral?

La mayoría, por no decir todas, las convenciones, tratados y legislaciones²³³ que regulan el arbitraje establecen que “se podrá denegar el reconocimiento y ejecución de una sentencia arbitral si se comprueba que: ... la sentencia sean contrarios al orden

²³³ A excepción del Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y naciones de otros Estados (Convenio de CIADI), que no contempla la arbitrabilidad ni el orden público como causal de denegación del laudo. La respuesta a ¿si es conveniente o no? deberá ser propia del lector.

público...” De manera que la respuesta podría ser tan sencilla al decir que un laudo no puede ser reconocido ni ejecutado cuando se contraríen y se desvirtúen los elementos y principios que conforman la definición de orden público internacional.

No obstante, teniendo en cuenta que el Juez Estatal es el que tiene la facultad de denegar un laudo arbitral por razón de orden público y si para contestar a la pregunta hecha al principio de este punto, tendríamos que remitirnos a cada juez competente en la materia, cada quien tendría un criterio y se inclinarían hacia una tesis determinada, debido a que en ocasiones no todos los jueces poseen una aproximación, como la recomendación de la ILA, sobre lo que comprende el orden público internacional.

Por lo que, como señala el Magistrado Román Solís, se entiende que el orden público será lo que el Juez dice que es. Sea el juez nacional o el internacional. Por ello, la concepción de orden público parte de la necesidad que la interpretación jurisprudencial se haga de manera estructurada apoyándose en lo mejor de la doctrina. Eventualmente podrían darse apreciaciones equivocadas sobre lo que es orden público; a lo mejor lo que es orden público para el juez no lo es para la sociedad.²³⁴

En el mismo sentido: “Existe en materia de arbitraje un concepto que puede transformarse, por paradójico que ahora pueda resultar, en la llave que defina el éxito o el fracaso de este valioso instrumento de solución de controversias en Iberoamérica. Este concepto es el orden público. El éxito o fracaso dependerá de la aplicación que los tribunales nacionales hagan del mismo”.²³⁵

En conclusión la denegación del reconocimiento y/o ejecución de un laudo arbitral internacional dependerá de que criterio que sigue la jurisdicción estatal, respecto a lo que se considera, lo que comprende el orden público. Sin embargo como se ha

²³⁴ McLean, Magaly, Op.cit, Pág. 124.

²³⁵ Marín González, Juan Carlos y Rolando, García Mirón, “El concepto de orden público como causal de nulidad de un laudo tratándose de un arbitraje comercial internacional”, Revista de Derecho (Valdivia), Vol. No. XXIV, No.1, Chile, Julio 2011, Universidad Austral de Chile, pág. 118.

contemplado por la doctrina no se puede permitir que el orden público pueda “ser esencialmente variable, a conveniencia subjetiva del juzgador o interprete de turno”.²³⁶

En consecuencia, se mencionan tres principios, como una síntesis de lo anteriormente establecido, que resuenan en la doctrina, que debería de servir como guía a los Tribunales Estatales en los casos en los que se solicite la nulidad de un laudo por ser contrario al orden público; la excepcionalidad, interpretación restrictiva y la evidencia.

El principio de excepcionalidad se refiere a que se debe de respetar el principio de cosa juzgada que poseen los laudos arbitrales, por tanto la jurisdicción estatal no está llamada a pronunciarse nuevamente sobre el fondo de la controversia, únicamente se encuentra llamado a evaluar si el laudo se opone a los principios más elementales de moralidad y justicia de un determinado sistema jurídico. El principio de interpretación restrictiva informa que ante el amplio concepto de orden público, es fundamental que los tribunales mantengan una gran disciplina interpretativa y eviten incorporar nuevas categorías al concepto de orden público, para evitar esto lo recomendable es interpretarlos y construirlos de forma restrictiva. Por último el principio de evidencia se refiere a que la revisión emprendida por el juzgador debe de ser mínima. La ilegalidad debe de saltar a la vista del juzgador. Si es necesario emprender un análisis forzado, exhaustivo, que admite una argumentación alternativa que evadiría la actualización de la causal, no se está en presencia de un auténtico orden público.²³⁷

En base a esto es necesario que una jurisdicción estatal, tenga una unificación de criterio en cuanto a que tesis se debe seguir, una maximalista o una minimalista, claro está que según la práctica internacional, la más recomendable es seguir la segunda tesis. Que respeta más los principios y funciones que la institución del arbitraje posee, así como, respeta la autonomía de voluntad que poseen las partes al someter sus conflictos a un tribunal arbitral al cual le tienen plena confianza como el mejor método de resolución de sus conflictos. Por otro lado al seguirse la mencionada tesis, y tener en cuenta la recomendación de la ILA sobre lo que es orden público internacional, no solo se fortalece el arbitraje sino que también permitiría tener laudos más unificados en

²³⁶ Pérez, Solft, Iván, Op. cit., Pág. 14.

²³⁷ Marín Gonzáles, Juan Carlos y Rolando, García Mirón, Op.cit., Pags.127-130.

cuanto a una denegación o ratificación de sentencias arbitrales por causal de orden público.

4.6 Orden público y materia de arbitraje

Como una consecuencia de todo lo contemplado en este trabajo y a manera de síntesis; ¿el orden público es un límite de la arbitrabilidad? Por lo anteriormente mencionado, claro está que cuando se ha violado el orden público por las partes un tribunal arbitral no puede ser competente para resolver determinada competencia, pero que sucede cuando se está involucrado el orden público, es decir cuando no ha sido violado. Es en realidad una causal válida para denegar un laudo arbitral y por consiguiente afectar la arbitrabilidad de una materia, simplemente cuando sea una materia de orden público. Nuevamente y como se manifestó en el punto en específico, depende de la tesis maximalista o minimalista en que se encuentre.

Una tesis maximalista expresaría que claramente, cuando se encuentra involucrado el orden público en una controversia, que debe de ser resuelta por arbitraje, los árbitros deberían de declararse incompetentes. Muchos reconocidos doctrinarios creen que así debe de ser, por ejemplo, se manifiesta que “por razones de orden público, los ordenamientos jurídicos nacionales e internacionales pueden considerar más adecuado que la controversia la resuelvan los tribunales del Estado”.²³⁸

Y una tesis minimalista seguiría el siguiente criterio: “...decir que todo lo que no es arbitrable es orden público resulta un poco extremo. Sería conveniente adoptar una postura limitada que sólo queden comprendidos dentro del orden público los principios fundamentales de justicia moral y los intereses esenciales del Estado. La violación del orden público debe de ser tal que “queme” los ojos del juez. Así lo decía la corte de casación francesa. Y yo quisiera que éste fuera el estándar. La violación debe ser tan flagrante, tan evidente, que el juez no tenga que buscar más allá. Debe serlo on its face”.²³⁹ La presente tesis, ha quedado demostrado, en todos sus aspectos, ha sido la

²³⁸ Redfern, Alan y otros, Op.cit., Pág. 518.

²³⁹ Mclean, Magaly y otros, Op.cit., Págs. 123 y 124.

que ha tomado mejores adeptos y la que tiene mejor aceptación actualmente en el arbitraje internacional.

Actualmente en el ámbito internacional, decir que el orden público no es un límite de la arbitrabilidad, más que una tesis maximalista o minimalista, es un proceso de evolución que ha ido tomando el arbitraje. Es decir, los tribunales arbitrales internacionales, ciertamente con ayuda e incentivo de cortes Estatales, se han posicionado o han tenido un proceso de evolución pasando de una tesis maximalista a una minimalista.

Así se contempla por Caivano Roque, enfatizando que la opinión prevaleciente de los tribunales hasta mediados de siglo XX fue que no eran arbitrables las disputas que “involucran” el orden público, el acuerdo arbitral no es nulo porque la controversia simplemente “roce” cuestiones de orden público, sino solamente cuando el orden público haya sido efectivamente violado, ah esto se le ha denominado por el autor como un proceso de evolución.²⁴⁰

Hay quien asimila la arbitrabilidad al orden público como resultado de lo cercano de ambos conceptos. Ello es un error. Es cierto que hay cierto traslape. Sin embargo, la hipótesis es diversa. Existen temas de orden público que son arbitrables, materias que no son arbitrables por ser de orden público, y materias que son tanto de orden público como inarbitrables. El que existan variables diversas necesariamente implica que no son lo mismo. Ello es no solo lógico, sino que no sostenerlo así violaría una regla de hermenéutica jurídica: dejaría sin contenido a una de las causales. Las buenas leyes no son tautológicas.²⁴¹

Así las cosas, la tendencia actual es distinguir entre lo que constituye las materias no arbitrables y los casos en que debe de aplicarse el orden público. En el fondo, cuando una controversia no es arbitrable deriva que el Estado ha querido reservar la solución del conflicto a los jueces estatales, dados los intereses en juego. El hecho de que deba

²⁴⁰ Caivano, Roque, “Arbitrabilidad y orden público”, Foro Jurídico: Revista de Derecho, Vol. No. 12, Perú, 2013, editorial Pontificia Universidad Católica de Perú, pág. 68.

²⁴¹ Gonzáles de Cossío, Francisco, Orden público y Arbitrabilidad, Op.cit., Pág. 15.

aplicarse una norma de orden público no afecta la arbitrabilidad, pues el árbitro la debe de aplicar.²⁴²

El orden público y la arbitrabilidad o materia arbitrable, ha quedado demostrado, son dos conceptos íntimamente relacionados, “son el dúo dinámico, del arbitraje”, en palabras de Francisco Gonzáles de Cossío²⁴³, sin embargo, para la doctrina y jurisprudencia arbitral y estatal²⁴⁴, el orden público no puede ser un límite de la arbitrabilidad, refieren los anteriores doctrinarios y como se mencionó en su momento, que incluso el árbitro se encuentra en la posibilidad de poder aplicar normas de orden público, bajo un control mínimo de la jurisdicción estatal y hasta incluso debilitar o no aplicar estrictamente ciertas normas imperativas, por lo que en conclusión, el orden público internacional no debe de ser un límite del arbitraje o de la arbitrabilidad, solamente es considerado como un límite, cuando este ha sido violado por las partes o bien por el árbitro.

4.7 Consideraciones finales

El orden público en general, ha demostrado ser un tema muy espinoso, por ser subjetivo y complejo a la vez. Es subjetivo debido a que puede diferir de Estado a Estado así como de Juzgador a Juzgador, no solo eso, también es complejo debido a que lo conforman muchos elementos que en ocasiones son difíciles de delimitar, en parte debido también a su característica subjetiva. Ha sido considerado por la doctrina y jurisprudencia como un “caballo rebelde”, un “niño terrible”, un “monstruo” e incluso comparado con el sexto mandamiento que reza: “No cometerás actos impuros”. Aunque se menciona, posteriormente, bajo algunos de estos calificativos, que el caballo puede ser controlado y canalizado de forma correcta así como que el monstruo se encuentra en fase de domesticación. En esto ha contribuido de gran manera el trabajo arduo y en conjunto que realiza el arbitraje, la doctrina, así como la jurisdicción estatal.

²⁴² Cárdenas Mejía, Juan Pablo, Op.cit., Págs 6 y 8.

²⁴³ En la obra, ya citada: “Orden público y Arbitrabilidad”, pág. 16.

²⁴⁴ Por citar algunos ejemplos: Corte de apelación de París, 15/06/1956, Sigma vrs Bezard; Corte de Casación de Francia, 29/11/1950, Tissot vrs Neff, Corte Suprema de Estados Unidos 8/06/87, American Express Inc vrs McMahon; Corte Suprema de Estados Unidos 2/07/85, Mitsubishi Motors vrs Soles Chrysler- Plymouth Inc.

La denegación o reconocimiento de un laudo arbitral por parte de una jurisdicción estatal, mucho tiene que ver con lo amigable que es dicha jurisdicción y el Estado con el arbitraje así como la cultura arbitral de cualquier Estado. No es un secreto que donde mayor se encuentra desarrollado el arbitraje es en parte por el respeto y admiración que le tiene la jurisdicción Estatal a los árbitros y a al arbitraje en general.

En la práctica arbitral internacional se le permite a un árbitro conocer una controversia que se encuentre relacionada con el orden público, siempre y cuando sea bajo un mínimo control judicial al momento del reconocimiento y ejecución del laudo. En donde se debe de verificar que se aplicaron de forma correcta las normas de orden público así como que no van en contra de los principios que rigen el mismo.

En este orden de ideas, la arbitrabilidad de una materia no dependería, necesariamente, si se está en presencia de una norma o principios de orden público, siempre y cuando se apliquen de forma correcta por el árbitro. En consecuencia la arbitrabilidad se debe de ponderar en el interés que tiene el legislador de reservar a los jueces estatales la exclusividad del conocimiento de un conflicto entre las partes así como de confiarle a los árbitros las materias que él establece que debe de conocer una jurisdicción arbitral. Como se contempló en el capítulo tercero de la presente investigación, dicha arbitrabilidad se puede traducir, generalmente, en los derechos disponibles, los asuntos de propiedad y todo lo que se puede llevar a cabo a través del contrato de transacción.

En base a ello, si se ha considerado por parte del legislador que la jurisdicción arbitral tiene capacidad para conocer una materia por ser un derecho disponible de las partes así como es voluntad, de las mismas, que se resuelva un conflicto a través de esta vía, aunque se encuentre involucrado el orden público. No se ve porque no se deba de permitir la arbitrabilidad en la materia o bien que no se ejecute un laudo, si fue aplicado de forma correcta la norma de orden público y no se vaya en contra de los principios, o bien, se viole el orden público.

En consecuencia ¿se le debe de considerar al orden público como un límite a la materia objeto de arbitraje o llamada también arbitrabilidad dentro del arbitraje comercial internacional? Siguiendo la tendencia actual en el arbitraje internacional, de una tesis minimalista, y todo lo anteriormente mencionado, la respuesta sería un contundente “No”. Puesto que lejos de ser un límite, se ha demostrado que al paso del tiempo ha fortalecido a la institución de arbitraje y les da la confianza necesaria a las partes de que puedan resolver sus controversias arbitrables aunque se encuentre relacionado el orden público.

Sin embargo, como se mencionó al principio, lo anterior, dependerá del grado de cultura arbitral que posean los Estados, puesto que el orden público encuentra, dentro de sus espectros problemáticos, que si se pide el reconocimiento o ejecución en un país que no es amigable con el arbitraje, el Juez Estatal podría interpretar erróneamente el concepto de orden público. Esta problemática, ha ido apaciguándose por la gran labor que realizan los doctrinarios y jurisdicciones tanto estatales como arbitrales. Empero, en el presente tema y en especial en jurisdicciones con poca actividad arbitral, le queda mucho por recorrer al arbitraje comercial internacional, que, no obstante, ha demostrado moverse a pasos agigantados.

CONCLUSIONES

- 1) El arbitraje es un método de solución de controversias, cuya importancia radica, así como, encuentra su fuente de poder en la voluntad de las partes quienes deciden que no sean los órganos estatales quienes resuelvan sus disputas sino una jurisdicción arbitral.
- 2) El arbitraje comercial internacional se ha consagrado paulatinamente pero firmemente como un método eficaz para resolver controversias de esa índole. Cada vez es utilizado de mayor forma en arbitrajes de distintas índoles. Tras la consagración del arbitraje en sus distintas clases hay que considerársele como un método de solución en pie de igualdad a la jurisdicción estatal, puesto que, se ha demostrado, que los árbitros son capaces de resolver los conflictos de las partes, igual o en ocasiones mejor que los órganos jurisdiccionales.
- 3) Para que el arbitraje triunfe como un método eficaz para resolver controversias, se necesita que la jurisdicción estatal sea cooperadora y amigable con él, así como, se respete tanto la autonomía de las partes y los principios de la institución arbitral.
- 4) Las cuestiones arbitrables o materias de arbitraje son establecidas por el legislador de cada Estado, por lo que varían de nación en nación. No obstante la arbitrabilidad se puede encontrar, según el consenso internacional, en los asuntos de propiedad, la libre disposición y todo aquello que pueda ser llevado a través de un contrato de transacción.
- 5) Un laudo arbitral puede ser denegado cuando se viole evidentemente o flagrantemente el orden público internacional, por las partes o bien por los árbitros.
- 6) Se debe de tener como parámetro la definición de orden público internacional, como causal para la denegación de un laudo arbitral, recomendada por la International Law Association, según la cual, el orden público internacional comprende: “i) Los

principios fundamentales relativos a justicia y moralidad que el Estado desea proteger aun cuando no esté directamente involucrado; ii) las reglas designadas para servir los intereses políticos, sociales y económicos de dicho Estado, conocidos como leyes de policía; y iii) el deber del Estado de respetar sus obligaciones ante otros Estados u organismos internacionales”.

- 7) Tras la consagración de la tesis minimalista en el ámbito internacional, no se le debe de considerar al orden público como un límite a la arbitrabilidad o materia objeto de arbitraje en un arbitraje comercial internacional. Puesto que al ser la controversia una materia arbitrable, por consagrarse así por el legislador, así como, por ser voluntad de las partes que su controversia sea resuelta por una determinada jurisdicción arbitral, y por último, tras una revisión mínima de la jurisdicción estatal de que se aplicó de manera correcta las normas y principios de orden público y que el laudo dictado no vaya en contra de dichas normas y principios, se hace evidente que, tras estas premisas, no se le debería de considerar al orden público como una limitante a la jurisdicción arbitral.

- 8) El límite de la jurisdicción arbitral, deben de ser todas aquellas materias que el legislador lo haya contemplado como tal en algún cuerpo normativo, reservándole el conocimiento y resolución de dichas materias únicamente y exclusivamente a la jurisdicción estatal. No obstante lo anterior, por desconocimiento o equivocación, el legislador puede considerar inarbitrable una materia cuando sus características la hagan totalmente arbitrable. Tal es el caso de la legislación guatemalteca que prohíbe a las partes someter sus controversias sobre “todo aquello que tenga un procedimiento establecido”, por lo que se pueden encontrar varias materias arbitrables dentro de los procedimientos del Código Procesal Civil y Mercantil.

RECOMENDACIONES

- 1) Es de sugerir que los organismos judicial y legislativo de cualquier Estado, reconozcan la eficacia del arbitraje y le brinden cada vez más un voto de confianza. El arbitraje ha demostrado ser un mecanismo útil para la resolución de controversias no solo mercantiles e internacionales, sino también de problemas sociales serios.
- 2) Que las partes dentro de un contrato internacional, no consideren al arbitraje como un método de solución de controversias en donde se pueden evitar ciertos principios fundamentales de una sociedad o normas de orden público, puesto que el árbitro internacional se encuentra más que capacitado para darse cuenta y aplicar de forma correcta dichos principios y aplicar correctamente las normas de orden público.
- 3) No se le debe de considerar al orden público como un límite a la jurisdicción arbitral, siempre y cuando se estén aplicando de forma correcta, por los árbitros, los elementos que lo comprenden así mismo sí no se va en contra de lo que dicta el orden público internacional.
- 4) Los Estados deben de adoptar o realizar cambios mínimos a la Ley Modelo de CNUDMI Sobre Arbitraje Comercial Internacional así como a la Convención de Nueva York, para que en verdad exista una verdadera unificación de derecho en cuanto al arbitraje comercial internacional y el reconocimiento del convenio arbitral, la ejecución del laudo y todo lo que se contempla en ellas.
- 5) Debe de existir un concepto universal o transnacional sobre lo que se entiende del orden público internacional como causal para la denegación del reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral. El sugerido por la ILA, es un muy buen parámetro.
- 6) Que los Estados y órganos jurisdiccionales respeten la autonomía de las partes, al querer remitir sus controversias presentes o futuras hacia una jurisdicción arbitral aunque se encuentre aparejado una situación de orden público. Siempre y cuando la

arbitrabilidad de la materia lo permita y el árbitro haya aplicado de forma correcta los principios y elementos que conforma el orden público internacional.

- 7) Es de sugerir, que los Estados adopten, sin mayor temor, una tesis minimalista en cuanto al orden público internacional. Puesto que los árbitros han demostrado ser tan capaces como cualquier otro juez de aplicar y respetar el orden público internacional. De esta manera se estaría fomentando el arbitraje comercial internacional en el Estado y cada vez más existirían mayor recepción de procesos arbitrales y la ejecución del laudo no tendría mayor complicación.
- 8) Al necesitarse de la cooperación y asistencia de parte de los órganos jurisdiccionales estatales hacia una jurisdicción arbitral, se hace necesaria la recomendación de implementarse programas y capacitaciones judiciales de manera que se incremente el conocimiento, de parte de los jueces y sus asistentes legales, de los principios y elementos del arbitraje, de las materias arbitrables, las medidas cautelares y demás preceptos de un procedimiento arbitral, pero en especial, de un concepto universal de orden público internacional como causal de el no reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral.
- 9) Se debe de potenciar y recomendar a las instituciones de arbitraje nacionales e internacionales, para que la población los utilice con mayor frecuencia y confíen cada vez más en un método de solución de controversias que a lo largo del tiempo ha demostrado ser eficaz.
- 10) Se recomienda, al Congreso de la República de Guatemala, que se haga de la manera más pronta la aprobación del proyecto de reforma número 4802 a la ley de Arbitraje de Guatemala que lleva varado alrededor de 2 años, para que se puedan recomponer aspectos contemplados de mal forma en la mencionada legislación.

REFERENCIAS

Bibliográficas

Aizenstatd, Najman Alexander, Derecho Internacional en Guatemala. Documentos básicos, Guatemala, Editorial Magna Terra, 2014

Aizenstatd, Alexander, “Cláusulas Asimétricas del Arbitraje”, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Francisco Marroquín, número 25, Guatemala, Junio de 2007, Editorial Serviprensa

Boggiano, Antonio, Curso de derecho internacional privado, 4^a. Edición, Argentina, LexisNexos Abeledo-Perrot, 2004

Caivano, Roque, Arbitraje, Argentina, editorial Ad hoc S.E.L & Villeda Editor, 2000

Calamandrei, Piero, Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares, Argentina, Editorial Gráfica, 1945

Calvo Caravaca, Alfonso-Luis, Javier, Carrascosa González, Derecho Internacional Privado, undécima edición, volumen I, España, Editorial Comares, 2010

Castellanos Howell, Alvaro Rodrigo, “Los Árbitros y el Ius Imperium. ¿Compatibles o Incompatibles?”, Auctoritas Precedentium Virtual Magazine, segunda edición, Guatemala, febrero, Universidad del Istmo

Chillón Medina, José y José, Merino Marchán, Tratado de Arbitraje Privado Interno e Internacinoal, España, Editorial Civitas, S.A., 1978

Colin, Ambrosio y Henri, Capitant, Curso Elemental de Derecho Civil, Tomo IV, España, Reus, S.A., 1981

Conejero Roos, Cristian, Hierro Hernandez-Mora, Antonio, Maccia, Valeria, Soto Coaguila, Carlos, El Arbitraje Comercial Internacional en Iberoamérica, Marco legal y jurisprudencial, España, Wolters Kluwer, S.A., 2009

Contreras Ortiz, Rubén Alberto, Obligaciones y negocios jurídicos civiles (parte general), Guatemala, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Rafael Landívar, 2004

Contreras Vaca, Francisco José, Derecho Internacional Privado, parte general, tercera edición, México, Diseño Editorial, S.A. de C.V. Bismarck No. 20, 1998

Cremades, Bernardo, Prólogo en Seminario sobre Regimen Jurídico de las Tecnicas Bancarias, España, Estudios Comerciales Ministerio de Economía y Comercio, 1979

E. Mezger “L´arbitrage commercial et l´ordre public”, Traducción de: Edwin Chavajay, Francia, RTD, 1948

Feldstein de Cárdenas, Sara Lidia, Arbitraje e inversiones extranjeras, Argentina, Centro Argentino de Estudios Internacionales –CAEI-, 2010

Fernández Rosas, José Carlos y otros, Derecho de los Negocios Internacionales, España, Sociedad Anónima de Fotocomposición Talisio, 2007

Ferrari, Franco, Stefan, Kröll, Conflict of Laws in International Arbitration, Alemania, European law publishers Gmbh, 2011

Gaillard, Emmanuel y Diego P., Fernández Arroyo, Cuestiones claves del Arbitraje Internacional, Colombia, Editorial Universal del Rosario, 2013

Gaillard, Emanuel, John, Savage, International Commercial Arbitration, Francia, Kluwe Law International, 1999

Herrmann, Gerold, ICCA Bahrain Arbitration Conference, Estados Unidos, Kluwer Law and Taxation publishers, 1993

Gil Echeverry, Jorge Herman, Nuevo Régimen de Arbitramiento, Manual Práctico, Colombia, Editorial Cámara de Comercio de Bogotá, 1999

Goldman, Berthold, Contemporary Problems in Internacional Arbitration, Inglaterra, M. Nijhoff Boston, 1987

Gonzáles de Cossío, Francisco, Arbitraje, México, Editorial Porrúa, 2004

Kröll, Stefan y otros, International Arbitration and International Commercial Law: Synergy, Convergence and Evolution, Estados Unidos, Kluwer Law International, 2011

Lacruz Mantecón, Miguel, La Impugnación del Arbitraje, España, Editorial Reus, 2011

Larios Ochaíta, Carlos, Derecho Internacional Privado, octava edición, Guatemala, Editorial Estudiantil Fénix, 2013

Ledezma Naváez Marianella, Jurisdicción y Arbitraje, Perú, Fondo Editorial de la Pontifica Universidad Católica de Perú, 2010

Mallandrich Miret, Nuria, Medidas cautelares y arbitraje, España, Editorial Atelier, 2010

Matheus López, Carlos Alberto, El árbitro en el derecho peruano, Perú, Red International Law, 2009

Matheus, López, Julio Cesar y Carlos Alberto, Matheus López, El arbitraje en materia de signos distintivos empresariales en el sistema jurídico peruano, México, Universidad de Guanajuato, 2009

McLean, Magaly (comp.) y otros, Arbitraje Comercial Internacional: El Reconocimiento y la Ejecución de Sentencias y Laudos Extranjero, Estados Unidos, Derecho Internacional de la secretaria de asuntos jurídicos de la OEA, 2013

McLean Magaly, Jaime, Moreno-Valles (Comps.), Arbitraje Comercial Internacional, Reconocimiento y Ejecución de Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros, Estados Unidos, Organization of American States, 2015

O. Kahn-Freund, General Problems of International Law, A.W. Sijthoff – Leyden, 1974

Ossorio, Manuel, Diccionario de Ciencias Jurídicas y Sociales, Manuel Ossorio, Argentina, Editorial Heliasta S.R.L, 1981

Oviedo Albán, Jorge y otros, Derecho Comercial en el siglo XXI, Colombia, Editorial Temis S.A., 2008

Palladares, Eduardo, Derecho Procesal Civil, Editorial Porrúa, S.A., México, 1979

Peláez Sanz, Francisco y otros, El arbitraje internacional: cuestiones de actualidad, España, J.M. Bosh Editor, 2009

Pereznieto Castro, Leonel, Jorge Alberto, Silva Silva, Derecho Internacional Privado, Parte especial, México, Impresora Castillo Hermanos, S.A., 2000

Redfern, Alan y otros, Teoría y práctica del Arbitraje Comercial Internacional, España, Editorial Arazandi, SA, cuarta edición, 2006

Rivera Neutze, Antonio Guillermo, Arbitraje y Conciliación Alternativas extrajudiciales de Solución de Conflictos, Guatemala, Editorial Impresos Robedo, 2001

Rivera Neutze, Antonio Guillermo, El Proceso Practico Arbitral, Guatemala, Imprenta y Fotograbado Llerena, S.A., 1996

Rodriguez Roblero, María Inmaculada, María Teresa, Martínez Martínez, Impugnación de acuerdo Sociales y Arbitraje, Universidad Complutense de Madrid, 2011

Santos Belandro, Ruben, Seis lecciones sobre Arbitraje Privado (Interno e Internacional), Uruguay, Montevideo: Asociación de Escribanos del Uruguay, 2002

Soto Coaguila, Carlos Alberto (Comp.), Arbitraje Comercial y Arbitraje de Inversión: Convención de Nueva York de 1958 Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras, Perú, Instituto Peruano de Arbitraje, 2009

Várady, Tibor y otros, International Commercial Arbitration. A transnational perspective, United States of America, Thomson Reuters, 2009, cuarta edición

Villegas Lara, Rene Arturo, Derecho Mercantil Guatemalteco, Guatemala, Editorial Universitaria San Carlos de Guatemala, Séptima edición, 2009

William Searle Holdsworth y otros, History of English Law, volumen 14, Inglaterra, Mathuen & Company Limited, 1964

Zuleta, Eduardo, El Concepto del Laudo Arbitral, Colombia, 2012, Editorial Universidad del Rosario

Normativas

Asamblea Nacional Constituyente, Constitución Política de la República de Guatemala

Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica, Ley Sobre Resolución Alterna de Conflictos y Promoción de la Paz Social, Ley No. 7727

Asamblea Legislativa de Panamá, Ley de Arbitraje de Conciliación y de la Mediación, Decreto Ley número 5 del 8 de julio de 1999

Asociación del Comercio de Granos y Alimentos (por sus siglas en ingles GAFTA), Reglamento de Arbitraje de GAFTA

Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, Código de Comercio de México

Convención de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, 1958

Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y naciones de otros Estados (Convenio de CIADI) y su Reglamento de Arbitraje

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, La Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías de 1980

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985 y enmiendas aprobadas en 2006

Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Ley Modelo de la CNUDMI de firmas electrónicas

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, con la enmienda de 2013

Comisión de Resolución de Conflictos de la Cámara de Industria de Guatemala – CRECIG-, Reglamento de Arbitraje de CRECIG

Congreso de la República de Guatemala, Aprobación de la Convención sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, Decreto Ley No. 9-84

Congreso de la República de Guatemala, Código de Comercio, Decreto No.2-70

Congreso de la República de Guatemala, Ley de Arbitraje de Guatemala, Decreto No. 65-95

Congreso de la República de Guatemala, Ley del Organismo Judicial, Decreto No. 2-89

Congreso de la República de Guatemala, Reformas Legales para la Implementación del Tratado de Libre Comercio República Dominicana-Centroamérica-Estados Unidos de América, Decreto 11-2006

Congreso de Colombia, Ley de Arbitraje de Colombia, Ley 315 de 1996

Congreso de la República de Perú, Decreto Legislativo que norma el Arbitraje, Decreto Legislativo número 1071 del año 2008

Congreso Nacional de Chile, Ley sobre Arbitraje Comercial Internacional de Chile, Número 19,971 del año 2004

Congreso Nacional de Brasil, Ley de Arbitraje de Brasil, Ley No. 9.307/1996

Congreso sudamericano de Derecho Internacional Privado, Tratado de Derecho Procesal Internacional, Montevideo 1989. Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Internacional Privado, Los Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales de 2010

Corte de Arbitraje Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, Reglamento de Arbitraje de CCI de 2012

International Institute for the Unification of Private Law, Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales, 2010

Jefatura de Estado de España, Ley Nacional de Arbitraje, Ley 60/2003

Jefe del Gobierno de la República de Guatemala, Código Civil, Decreto-Ley 106

Jefe del Gobierno de la República de Guatemala, Código Procesal Civil y Mercantil, Decreto-Ley 107

Organización de los Estados Americanos, Convención Americana sobre Derechos Humanos

Organización de los Estados Americanos, Convención sobre Arbitraje Comercial Internacional, 1975

Sociedad de las Naciones, Protocolo sobre Cláusulas de Arbitraje, Ginebra de 1923

Sociedad de las Naciones, La Convención para la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1927

Electrónicas

American Arbitration Association,

https://www.adr.org/aaa/faces/home?_afLoop=662876192553628&_afWindowMode=0&_afWindowId=sx264ut8r_1#%40%3F_afWindowId%3Dsx264ut8r_1%26_afLoop%3D662876192553628%26_afWindowMode%3D0%26_adf.ctrl-state%3Dsx264ut8r_55 ,

fecha de consulta: 12/02/2016.

Bordachar, Rodrigo, Pontificia Universidad Católica de Chile - Facultad de Derecho, Arbitraje forzoso y acceso a la justicia, Chile, disponible en:

<http://derecho.uc.cl/Derecho-UC-en-los-medios/profesor-rodrigo-bordachar-arbitraje-forzoso-y-acceso-a-la-justicia.html> , fecha de consulta: 28/01/2016

Cámara de Comercio Internacional, <http://www.iccwbo.org/> , fecha de consulta: 12/02/2016.

Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Guatemala, <http://www.cenac.com.gt/> , fecha de consulta: 12/02/2016.

Comisión de Resolución de Conflictos de la Cámara de Industria de Guatemala, <http://crecig.com.gt/> , fecha de consulta: 12/02/2016.

Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial, <http://www.ciac-iacac.org/portal/default.aspx> , fecha de consulta: 12/02/2016.

Diccionario electrónico de la Real Academia Española, <http://lema.rae.es/drae/?val=especial>, fecha de consulta 13/06/15

Enciclopedia jurídica virtual, disponible en: <http://www.encyclopediaturidica.biz14.com/d/norma-dispositiva/norma-dispositiva.htm>, fecha de consulta: 31/03/2016

González de Cossío, Francisco, González de Cossío Abogados, Lo Lúdico del Orden Público, México, 2013, disponible en: <http://www.gdca.com.mx/PDF/arbitraje/LO%20LUDICO%20DEL%20ORDEN%20PUBLICO.pdf>, fecha de consulta: 20/05/2016

González de Cossío, Francisco, Gonzales de Cossío Abogados, S.C., Sobre la Naturaleza Jurídica del Arbitraje, México, disponible en: <http://www.gdca.com.mx/PDF/arbitraje/SOBRE%20LA%20NAT%20JDCA%20ARBITRAJE%20Hom%20%20Raul%20Medina.pdf>, fecha de consulta 19 de enero 2016

González de Cossío, Francisco, Gonzales de Cossío Abogados S,C, Orden Público y Arbitrabilidad: Dúo dinámico del arbitraje, México, disponible en: <http://www.gdca.com.mx/PDF/arbitraje/ORDEN%20PUBLICO%20Y%20ARBITRABILIDAD.pdf>, fecha de consulta: 31/3/2016

González de Cossío, Francisco, González de Cossío Abogados, Orden Público en México, México, 2013, disponible en: <http://www.gdca.com.mx/PDF/arbitraje/ORDEN%20PUBLICO%20EN%20MEXICO.pdf> , fecha de consulta: 20/05/2016

Internacional Chamber of Commerce, Standard ICC Arbitration Clauses, acceso en: <http://www.iccwbo.org/products-and-services/arbitration-and-adr/arbitration/standard-icc-arbitration-clauses/> , fecha de consulta: 30/01/2016

London Court of International Arbitration, <http://www.lcia.org/> , fecha de consulta: 12/02/2016.

Mezgravis, Andrés, III Congreso Internacional de Arbitraje, La convención de Nueva York 50 años después, El orden público sustantivo, el orden público procesal y la arbitrabilidad como causales de denegación del laudo: especial referencia a Venezuela

y otros países de América Latina, Madrid, 29 de junio de 2008, págs. 19-20. Disponible en: <http://www.mezgravis.com/El-orden-pub-vf-rev-07-08.pdf>, fecha de consulta: 20/7/2016

Moreno Rodríguez, José Antonio, Legis: Arbitraje comercial internacional, Orden público en el arbitraje: Algunos llamativos pronunciamientos en Europa y Mercosur, Perú, 2007, disponible en: http://www.arbitrajecomercial.com/BancoConocimiento/O/orden_publico_y_arbitraje/orden_publico_y_arbitraje.asp , fecha de consulta: 20/05/2016

Real Academia Española, disponible en: <http://dle.rae.es/?id=LvcJGq6> , fecha de consulta 9/02/16

Rivera, Julio César, Legis, Arbitraje Comercial Internacional, El Orden Público en el Arbitraje, Uruguay, 2010, disponible en: http://www.arbitrajecomercial.com/BancoConocimiento/E/el_orden_publico_en_el_arbitraje/el_orden_publico_en_el_arbitraje.asp , fecha de consulta: 20/05/2016

Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Civil y Penal, Resolución No. 58/2015, Madrid, disponible en: <http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=AN&reference=7458407&links=arbitraje%20%2258%2F2015%22&optimize=20150903&publicinterface=true>, fecha de consulta: 4/7/2016.

Vásquez Palma, María Fernanda, Arbitraje Comercial Internacional, Arbitrabilidad Objetiva: delimitación e importancia, Colombia, Sitio Web Editorial Legis, disponible en: http://www.arbitrajecomercial.com/BancoConocimiento/A/arbitralidad_objetiva_delimitacion_e_importancia/arbitralidad_objetiva_delimitacion_e_importancia.asp, fecha de consulta 31/03/2016

Otras

Albornoz, María Mercedes, “La tendencia a favorecer el desarrollo del arbitraje comercial internacional mediante el debilitamiento de las normas internacionalmente imperativas”, Boletín de Derecho Comparado, núm. 139, enero-abril de 2014

Arfazadeh, Homayoon, "In the Shadow of the Unruly House: International Arbitration and the Public Policy Exception", *The American Review of International Arbitration*, Vol. 13, Estados Unidos, 2002, Juris Publishing, Inc

Bullard González, Alfredo, "No cometerás actos impuros: el orden público y el control judicial del laudo arbitral", *Themis-Revista de Derecho*, No. 63, Perú, 2013, Latindex
Burroughs J, en *Richardson vrs. Mellish*, 1984, *In the Court of Common Pleas*, 2 Bing. 229

Caivano, Roque, "Arbitrabilidad y orden público", *Foro Jurídico: Revista de Derecho*, Vol. No. 12, Perú, 2013, editorial Pontificia Universidad Católica de Perú, pág. 68

Cárdenas Mejía, Juan Pablo., "Las causales para denegar el reconocimiento de un laudo que pueden ser declaradas de oficio", *Revista Internacional de Arbitraje*, núm. 6, Colombia, enero a junio de 2007

Compendio de la CNUDMI de jurisprudencia relativa a la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, 2012

Congreso de la República de Guatemala, Proyecto de Reforma de Ley a la Ley de Arbitraje de Guatemala Decreto No. 67-95, No. 4802 de 2014

Corte de Apelaciones del distrito de Columbia, Estados Unidos, No. 06-7058, *Termorio S.A. ESP. And LeaseCo Group, LLC vrs. Electranta S.P.* 25 de mayo de 2007

Corte de Apelación de Paris, 18 de noviembre de 2004, *Thales vrs Euromissile*.

Corte de Constitucionalidad de Guatemala, expediente número: 387-2010, sentencia del 7 de Julio de 2011, Inconstitucionalidad planteada por: Luis Fernando Bermejo Quiñonez, Julio Roberto Bermejo Quiñonez, Luis Pedro Bermejo Quiñonez, Magistrado presidente: Alejandro Maldonado Aguirre

Gonzáles de Cossío, Francisco, "La nueva forma del acuerdo arbitral. Aun otra victoria del consensualismo", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, num. 120, México, septiembre-diciembre de 2007, Instituto de Investigaciones de la UNAM

Gonzalo Quiroga, Marta, *Las normas imperativas y el orden público en el arbitraje privado internacional*, España, 2001, tesis doctoral de la facultad de Derecho departamento de Derecho Internacional Público, Universidad Complutense de Madrid

Guía de la International Council for Commercial Arbitration –ICCA- para la interpretación de la Convención de Nueva York, de 1958, con la asistencia de la Corte Permanente de

Arbitraje de la Haya, Traducido por: Alexander Aizenstatd, International Council for Commercial Arbitration, 2013

Kessedjian, Catherine., “Mandatory Rules of Law in International Arbitration: What are Mandatory Rules, American Review of International Arbitration, núm. 18, 2007

Lord Denning, en Enderby Town Football Club Ltd vrs. The football Association Ltd, 1971

Marín González, Juan Carlos y Rolando, García Mirón, “El concepto de orden público como causal de nulidad de un laudo tratándose de un arbitraje comercial internacional”, Revista de Derecho (Valdivia), Vol. No. XXIV, No.1, Chile, Julio 2011, Universidad Austral de Chile

Márquez Granifo, Stephanie, El orden público y su función como límite a la eficacia, reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales internacionales en Chile, Tesis de Maestría de la Facultad de Derecho, Universidad de Chile

M. Kinnear, J. Garcia Represa, A. Ceja Moura, C. Valderrama, D. Jiménez, (octubre de 2015) “Confidencialidad y Transparencia en el arbitraje: Nuevas fronteras”, Cuarto simposio Internacional de Arbitraje, simposio llevado a cabo en la ciudad de Lima, Perú
Nota explicativa de la secretaria de CNUDMI acerca de la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985 y su versión enmendada de 2006

Otoniel Eduardo Fernández Mendoza, “Análisis del ámbito de aplicación del arbitraje, según el artículo 3, inciso 3, literal c) del Decreto número 67-95 del Congreso de la Republica”, Tesis de Licenciatura de la Facultad de Derecho, Universidad Francisco Marroquín, 1998

Pérez Solft, Iván, “¿Orden público internacional vs orden público interno y buenas costumbres?”, Revista de Investigación jurídica.IUS.02(4), Perú, 2012, Red Universidad Católica Santo Toribio de Mogrojo

Proyecto de reforma de ley a la Ley de Arbitraje de Guatemala Decreto No. 65-95, Iniciativa número 4802, de fecha 30 de enero de 2014, Congreso de la República de Guatemala

Recomendaciones de la International Law Association sobre la aplicación del orden público como motivo para denegar el reconocimiento y la ejecución de laudos arbitrales internacionales, 2012

Restrepo-Soto, Daniel, “La arbitrabilidad objetiva en el derecho de arbitraje”, Journal of International Law, Volumen 5.01, ISSN: 2216-0965, Colombia, junio 2014, Universidad EAFIT

Rivera, Julio César, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Rivera, Julio César, “El orden público en el arbitraje”, Revista Latinoamericana de Derecho, núm. 9-10, México, enero-diciembre de 2008, Institución de Investigaciones jurídicas de la UNAM

Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, No. 000430-c-06, del 19 de julio 2006

Sentencia de Audiencia provisional de Madrid, No. 255/2009, del 22 de junio de 177

The International Solution to International Business Disputes –ICC, publicación No. 301 (1977)

Tribunal Federal Suizo, Tensaccia S.P.A vrs. Freyssinet Terra Armata R.L, 8 de marzo de 2006

ANEXOS

Anexo 1

Corte Suprema de Justicia

CÁMARA CIVIL

CIRCULAR No. 7-2012

A: Jueces de Primera Instancia Civil de toda la República
De: Cámara Civil de la Corte Suprema de Justicia
Asunto: Funciones de asistencia y supervisión, que los jueces deben realizar durante el arbitraje.
Fecha: Guatemala, 28 de agosto de 2012

De manera atenta nos dirigimos a ustedes, para solicitarles que conforme a lo establecido en el artículo 9 de la Ley de Arbitraje, Decreto No. 67-95 del Congreso de la República, ejerzan las funciones de asistencia y supervisión, que durante los procedimientos de arbitraje se les requieran.

Es importante resaltar que en cuanto al plazo para resolver lo requerido por el tribunal arbitral o alguna de las partes, el numeral 1) del artículo 35 de la relacionada Ley, establece que el órgano jurisdiccional "...resolverá dicha solicitud en un plazo máximo de siete días, sin formar artículo...".

Asimismo debe tomarse en cuenta lo estipulado en el numeral 2), del artículo 35 de la relacionada Ley, que literalmente dice: "A menos que la medida probatoria o ejecutoria solicitada sea manifiestamente contraria al orden público o a leyes prohibitivas expresas, el tribunal jurisdiccional competente se limitará a cumplir con la solicitud de asistencia pedida por el tribunal arbitral, sin entrar a juzgar acerca de su procedencia y sin admitir oposición o recurso alguno contra cualquier resolución que para el efecto emita."

Sin otro particular,

Atentamente,



Lic. Rogelio Zarceño Gaitán
MAGISTRADO VOCAL SEXTO
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Anexo 2

00001

CONGRESO DE LA REPUBLICA
GUATEMALA, C. A.

DIRECCIÓN LEGISLATIVA
- CONTROL DE INICIATIVAS -

NUMERO DE REGISTRO

4802

FECHA QUE CONOCIO EL PLENO: 30 DE ENERO DE 2014.

INICIATIVA DE LEY PRESENTADA POR LOS REPRESENTANTES NINETH VARENCA MONTENEGRO COTTOM, HECTOR LEONEL LIRA MONTENEGRO Y LUIS PEDRO ÁLVAREZ MORALES.

ASUNTO:
INICIATIVA QUE DISPONE APROBAR REFORMAS AL DECRETO NÚMERO 67-95 DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA, LEY DE ARBITRAJE.

TRÁMITE: PASE A LA COMISIÓN DE LEGISLACIÓN Y PUNTOS CONSTITUCIONALES PARA SU ESTUDIO Y DICTAMEN CORRESPONDIENTE.



00000002

*Congreso de la República
Guatemala, C.A.*

Guatemala, 04 de diciembre de 2013



Señor
Marvin Alvarado
Encargado de Despacho
Dirección Legislativa
Congreso de la República
Su Despacho.

Estimado Señor Alvarado:

De manera atenta me dirijo a Usted y de conformidad con lo regulado en el artículo 174 de la Constitución Política de la República, me permito remitirle la iniciativa de ley denominada "**Reformas a la Ley de Arbitraje Decreto 67-95 del Congreso de la República**", solicitándole se sirva efectuar los procedimientos respectivos para que la misma sea incorporada a la agenda legislativa para ser conocida por el Honorable Pleno.

Atentamente,

Lic. Luis Pedro Álvarez Morales
Diputado
Bancada "Encuentro por Guatemala"
Congreso de la República



Cc/Archivo

Anexo, 7ma. Ave. 10 Calle 6-81 Zona 1, Edificio 7 y 10 Oficina 506, 5° nivel

00000003

1

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

HONORABLE PLENO

La Ley de Arbitraje, Decreto 67-95 del Congreso de la República, fue aprobada el 3 de octubre del año 1995. A partir de su vigencia el 25 de noviembre del año 1995, constituyó una normativa que regula lo relativo a la materia de arbitraje y además se reconocieron como métodos alternativos para la resolución de conflictos el arbitraje y la conciliación, otorgando los mecanismos necesarios para implementar dichos métodos alternativos en el país con el objetivo de descongestionar el sistema de justicia estatal y contar con jueces expertos en materias específicas.

La Ley de Arbitraje, Decreto 67-95 del Congreso de la República, se basó en la Ley Modelo de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI o UNCITRAL por sus siglas en inglés) sobre Arbitraje Comercial Internacional, promulgada en 1985. Si bien es cierto, en su oportunidad se trató de homologar la Ley de Arbitraje con la Ley Modelo del CNUDMI pero en su momento el legislador incluyó algunos resabios del Código Procesal Civil y



Mercantil Decreto-Ley 107 de la República de Guatemala, haciendo que en la actualidad la ley en esta materia no sea congruente en algunos aspectos importantes con la ley modelo referida. Además, con las reformas a la Ley Modelo promulgada por la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil – CNUDMI- en el año 2006 es necesario que a su vez, sea actualizada la Ley de Arbitraje Decreto 67-95 del Congreso de la República, para mantenerse a la vanguardia internacional en esta materia.

Es por ello que es necesaria la revisión de la Ley en referencia, para adaptarla en cuanto a varios aspectos que la experiencia acumulada justifica plenamente, con el fin de restaurar la Ley de Arbitraje a una situación internacionalmente, competitiva y con ello fortalecer el clima de inversión, tanto local como extranjero, basado en certeza y seguridad jurídica.

De esa cuenta se somete a ese Honorable Pleno, la Iniciativa de Ley que propone reformas a la Ley de Arbitraje, que consta de un total de 14 artículos, un artículo derogatorio y el último sobre su vigencia. Del artículo 1 al 12 son reformas que proponen adecuar la actual Ley de Arbitraje a un modelo que cumpla con

00000005

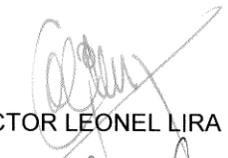
estándares internacionales, que coadyuvan a una interpretación armónica y homogénea con las mejores prácticas internacionales y nacionales de arbitraje.

Diputados Ponentes:



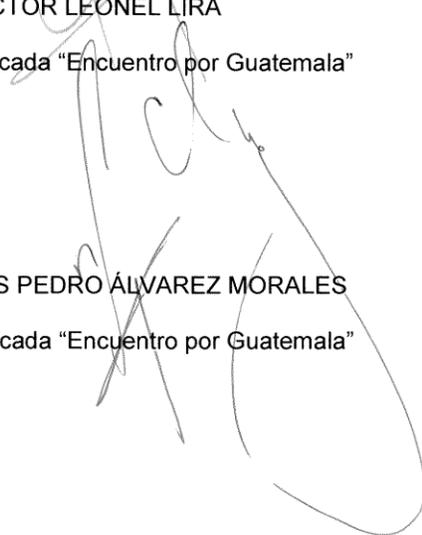
NINETH VARENCA MONTENEGRO COTTOM

Bancada "Encuentro por Guatemala"



HECTOR LEONEL LIRA

Bancada "Encuentro por Guatemala"



LUIS PEDRO ÁLVAREZ MORALES

Bancada "Encuentro por Guatemala"

00000006

DECRETO NÚMERO ___-2,013
EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA

CONSIDERANDO:

Que la Ley de Arbitraje, contenida en el Decreto 67-95 del Congreso de la República, ha permitido el desarrollo de una mayor actividad tendente a la resolución de conflictos de manera alternativa, tanto por la vía del arbitraje en sí mismo como por la vía de la conciliación que también está regulada de manera general en la citada ley;

CONSIDERANDO:

Que con el transcurso de los años desde que entrò en vigencia la mencionada ley se hace necesario introducir algunas modificaciones que, derivadas de la práctica y experiencia acumuladas, podrán facilitar aún más la utilización de dichos mecanismos alternativos de resolución de conflictos en apoyo a la administración de una justicia pronta y cumplida.

CONSIDERANDO:



00000007

Que algunas de las modificaciones que ahora se introducen en la Ley de Arbitraje obedecen también a eliminar o modificar disposiciones que no están acordes con el espíritu original que inspiró dicha Ley, el cual, como es sabido, está contenido en el Modelo de Ley de Arbitraje Comercial Internacional de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI o UNCITRAL, por sus siglas en inglés), Modelo de Ley que además, fue modificado en el año 2006 por dicha Comisión para actualizar nuevas regulaciones, conforme principios internacionalmente aceptados en materia arbitral.

POR TANTO:

En ejercicio de las atribuciones que le confiere el inciso a) del Artículo 171 de la Constitución Política de la República,

DECRETA:

Las siguientes:

**REFORMAS A LA LEY DE ARBITRAJE, DECRETO 67-95 DEL
CONGRESO DE LA REPÚBLICA.**

ARTÍCULO 1. Se reforma el TÍTULO GENERAL del Decreto 67-95 del Congreso de la República, el cual queda así:

“Ley de Arbitraje y Conciliación”.

00000008

ARTÍCULO 2. Se reforma el numeral 2 del Artículo 1, de la Ley de Arbitraje Decreto 67-95 del Congreso de la República, el cual queda así:

“2. Las normas contenidas en los Artículos 11, 12, 22, 35, 45, 46, 47 y 48 de la presente ley, se aplicarán aún cuando el lugar del arbitraje se encuentre fuera del territorio nacional”

ARTÍCULO 3. Se reforma, por supresión parcial, el Artículo 3, numeral 3, incisos “c” y “d”, de la Ley de Arbitraje Decreto 67-95 del Congreso de la República, el cual queda así:

“b) Las materias inseparablemente unidas a otras sobre las que las partes no tengan libre disposición.

c) Cuando la ley lo prohíba expresamente.”

ARTÍCULO 4. Se adiciona al Artículo 5, de la Ley de Arbitraje Decreto 67-95 del Congreso de la República, los numerales 4 y 5, el cual queda así:

“4) En la interpretación de la presente ley habrán de tenerse en cuenta su origen internacional y la necesidad de promover la uniformidad de su aplicación y la observancia de la buena fe.

00000009

5) Las cuestiones relativas a las materias que se rigen por la presente ley que no estén expresamente resueltas en ella, se dirimirán de conformidad con los principios generales en que se basa la presente ley.”

ARTÍCULO 5. Se reforma el Artículo 7, numeral 2, de la Ley de Arbitraje Decreto 67-95 del Congreso de la República, el cual queda así:

“2) La parte que no haya ejercido su derecho de impugnar conforme al párrafo anterior, no podrá solicitar posteriormente la anulación del laudo u oponerse al reconocimiento o ejecución del laudo, fundado en ese motivo.”

ARTÍCULO 6. Se reforma el Artículo 11, numerales 1 y 2, de la Ley de Arbitraje Decreto 67-95 del Congreso de la República, en consecuencia el artículo 11 queda así:

“Artículo 11. Excepción de Incompetencia Fundada en el Acuerdo de Arbitraje.

1) El acuerdo arbitral obliga a las partes a respetar y cumplir lo estipulado. El acuerdo arbitral impedirá a los jueces y tribunales conocer de las acciones que les planteen, originadas por controversias sometidas a dicho acuerdo arbitral. Para tal efecto, la

00000010

parte de dicho acuerdo que sea demandada ante un tribunal podrá requerir que el tribunal, de oficio, por existir dicho acuerdo arbitral, declare su incompetencia, bajo pena de nulidad de todo lo actuado y la responsabilidad de dicho tribunal. También podrá plantear dicha parte la excepción de incompetencia del tribunal en caso de no acoger de oficio su incompetencia. Se entenderá que las partes renuncian al arbitraje y se tendrá por prorrogada la competencia de los tribunales, cuando el demandado omita plantear el requerimiento o la excepción antes aludidas.

- 2) Si se ha entablado la acción a que se refiere el párrafo 1) del presente Artículo, habiéndose hecho valer el requerimiento de declaratoria de incompetencia o la excepción de incompetencia, se podrá, no obstante, iniciar o proseguir las actuaciones arbitrales y dictar un laudo mientras la cuestión está pendiente ante el tribunal.”

ARTÍCULO 7. Se reforma el Artículo 21, numeral 4, de la Ley de Arbitraje Decreto 67-95 del Congreso de la República, el cual queda así:

“4) Tanto en los arbitrajes de derecho como en los arbitrajes de equidad, una vez constituido el tribunal arbitral, se entienden sometidas a él, todas

00000011

las cuestiones conexas con la principal que surjan en el curso del mismo y que sean materia arbitrable conforme el Artículo 3 de esta ley. Si surgiere alguna cuestión de orden penal, los árbitros lo pondrán en conocimiento del juez competente, a quien remitirán certificación de las constancias respectivas, sin perjuicio que continúen las cuestiones arbitrales.”

ARTÍCULO 8. Se modifica el numeral 2, del Artículo 35, de la Ley de Arbitraje Decreto 67-95 del Congreso de la República, el cual queda así:

“2. A menos que la asistencia judicial solicitada conforme el numeral anterior sea manifiestamente contraria al orden público o a leyes prohibitivas expresas, el tribunal jurisdiccional competente se limitará a cumplir con la solicitud de asistencia pedida por el tribunal arbitral, sin entrar a juzgar acerca de su procedencia y sin admitir oposición o recurso alguno contra cualquier resolución que para el efecto emita.”

ARTÍCULO 9. Se reforma de forma parcial, el epígrafe o título del Artículo 43 y los numerales 1, 2, 3 y 4 del Artículo 43, de la Ley de Arbitraje Decreto 67-95 del Congreso de la República; en consecuencia, el Artículo 43 queda así:

“**ARTÍCULO 43.** El Recurso de Nulidad como Único Recurso contra un Laudo Arbitral.

00000012

- 1) Contra un laudo arbitral sólo podrá recurrirse ante una Sala de la Corte de Apelaciones con competencia territorial sobre el lugar donde se hubiere dictado el laudo, mediante un recurso de nulidad, conforme los párrafos 2), 3) y 4) del presente Artículo. Dicha nulidad se tramitará conforme lo establecido en este capítulo y el auto correspondiente no será susceptible de ser impugnado mediante ningún tipo de recurso o remedio procesal alguno. La resolución del recurso de nulidad se limitará a confirmar o anular el laudo arbitral.
- 2) El laudo arbitral sólo podrá ser anulado por la Sala de la Corte de Apelaciones respectiva, cuando:
 - a) La parte que interpone la petición pruebe:
 - i) Que una de las partes en el acuerdo de arbitraje a que se refiere el Artículo 10, estaba afectada por alguna incapacidad, o que dicho acuerdo es nulo en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiera indicado a este respecto, en virtud de la ley guatemalteca;
 - ii) Que no ha sido notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales; o

00000013

- iii) Que el laudo se refiere a una controversia no prevista en el acuerdo de arbitraje o contiene decisiones que exceden los términos del acuerdo de arbitraje; no obstante, si las disposiciones del laudo que se refieren a las cuestiones sometidas al arbitraje pueden separarse de las que no lo están, sólo se podrán anular estas últimas; o
 - iv) Que la composición del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo celebrado entre las partes o, a falta de dicho acuerdo, que no se han ajustado a esta Ley, o
- b) La Sala de la Corte de Apelaciones compruebe:
- i) Que, según el ordenamiento jurídico guatemalteco, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje; o
 - ii) Que el laudo es contrario al orden público del Estado de Guatemala.
- 3) El recurso de nulidad no podrá formularse después de transcurrido un mes contado desde la fecha de la recepción del laudo, o si la petición se ha hecho con arreglo al Artículo 42, desde la fecha en que esa petición haya sido resuelta por el tribunal arbitral.

00000014

- 4) La parte recurrente que durante el procedimiento arbitral omitiere plantear una protesta u objeción oportuna, de acuerdo al Artículo 7 de esta ley y que tenga relación con respecto de las causales señaladas en el numeral 2) del presente Artículo, no podrá invocar posteriormente la misma causal en el recurso de nulidad.”

ARTÍCULO 10. Se reforma, por modificaciones parciales los numerales del 1 al 5, del Artículo 44 de la Ley de Arbitraje Decreto 67-95 del Congreso de la República, Artículo que en consecuencia, queda así:

“ARTÍCULO 44. Trámite de la Nulidad.

1. Promovida la nulidad en contra del laudo, se dará audiencia a los otros interesados, por el plazo común de dos días.
2. Si la nulidad se refiere a cuestiones que deban ser probadas y fuere necesaria por ende la apertura a prueba, las partes deben ofrecer las pruebas individualizándolas al promover dicho recurso o al evacuar la audiencia. En tal caso, se abrirá a prueba el recurso de nulidad por el plazo máximo de diez días.
3. La Sala de la Corte de Apelaciones resolverá la nulidad planteada, sin más trámite, dentro de los tres días de transcurrido el plazo de la audiencia

00000015

y si hubiere abierto a prueba, la resolución se dictará dentro de igual plazo, después de concluido el de prueba.

4. Contra las resoluciones de trámite o de fondo que emita la Sala de la Corte de Apelaciones en la substanciación del recurso de nulidad, no cabe recurso alguno.

5. La Sala de la Corte de Apelaciones, cuando se le solicite una nulidad de un laudo, podrá suspender las actuaciones de nulidad, cuando corresponda y así lo solicite una de las partes, por un plazo que determine la Sala a fin de dar al tribunal arbitral la oportunidad de reanudar las actuaciones arbitrales o de adoptar cualquier medida que a juicio del tribunal arbitral elimine los motivos para el recurso de nulidad. En este caso, se aplicarán, en lo que sea compatible, las normas contenidas en el Artículo 42”.

ARTÍCULO 11. Se modifica el epígrafe ó título del artículo 47, y se adiciona el literal “c”, al Artículo 47 de la Ley de Arbitraje Decreto 67-95 del Congreso de la República, en consecuencia el artículo 47 queda así:

“Artículo 47. Motivos para denegar el reconocimiento o la ejecución del laudo arbitral nacional o extranjero

00000016

Sólo podrá denegar el reconocimiento o la ejecución de un laudo arbitral, cualquiera que sea el país en que se haya dictado, en los siguientes casos:

a) A instancia de la parte contra la cual se invoca, cuando esta parte pruebe ante el tribunal competente del país en que se pide el reconocimiento o la ejecución:

i) Que una de las partes en el acuerdo de arbitraje a que se refiere el artículo 10 estaba afectada por alguna incapacidad, o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiera indicado a este respecto, en virtud de la ley del país en que se haya dictado el laudo; o

ii) Que la parte contra la cual se invoca el laudo no ha sido debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales; o

iii) Que el laudo se refiera a una controversia no prevista en el acuerdo de arbitraje o contiene decisiones que excedan los términos del acuerdo de arbitraje; no obstante, si las disposiciones del laudo que se refieren a las cuestiones sometidas al arbitraje pueden separarse de las que no lo están, se podrá dar reconocimiento y ejecución a las primeras; o

iv) Que la composición del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo celebrado entre las partes o, en defecto de tal



00000017

acuerdo, que no se han ajustado a la ley del país donde se efectuó el arbitraje; o

v) Que el laudo no es aún obligatorio para las partes o ha sido anulado o suspendido por un tribunal del país en que, o conforme a cuyo derecho, ha sido dictado ese laudo; o

b) Cuando el tribunal compruebe:

i) Que, según el ordenamiento jurídico guatemalteco, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje; o

ii) Que el reconocimiento o la ejecución del laudo serían contrarios al orden público del Estado de Guatemala

c) Si previamente a la solicitud de reconocimiento o ejecución se hubiera tramitado en recurso de nulidad contra el mismo laudo, no podrán invocarse por el ejecutado como causales para la denegación del reconocimiento o ejecución del laudo, las que ya se hubieran planteado durante dicho recurso de nulidad y que fueron rechazadas por la Sala de la Corte de Apelaciones respectiva.”

ARTÍCULO 12. Se modifica el Artículo 5º, de la Ley de Arbitraje Decreto 67-95 del Congreso de la República, el cual queda así:

00000018

“ARTÍCULO 50. Substanciación de la Conciliación.

La intervención de un tercero en el proceso de conciliación podrá ser administrada por entidades establecidas para dichos propósitos, tales como los centros de arbitraje y conciliación u otras entidades similares. Si las partes llegan a un acuerdo por el que se resuelva la controversia, dicho acuerdo será vinculante y susceptible de ejecución. Para tal efecto la transacción deberá redactarse por escrito, sea en escritura pública o en documento privado con firmas legalizadas por notario y en ambos casos será título ejecutivo suficiente para los efectos de iniciar proceso de ejecución en la vía de apremio”.

ARTÍCULO 13. DEROGATORIO. Se deroga el Artículo 290 del Código Procesal Civil y Mercantil, Decreto – Ley 107.

ARTÍCULO 14. VIGENCIA. El presente decreto fue aprobado con el voto favorable de más de las dos terceras partes de los diputados que integran el Congreso de la República y entrará en vigencia ocho días después de su publicación en el diario oficial.

00000019

PASE AL ORGANISMO EJECUTIVO PARA SU SANCIÓN PUBLICACIÓN

DADO EN EL PALACIO DE ORGANISMO LEGISLATIVO, EN LA CIUDAD DE
GUATEMALA. EL DÍA ___ DEL MES ____ DE DE DOS MIL TRECE

A handwritten signature in black ink, consisting of several stylized, overlapping strokes that form an illegible name or set of initials.