



UNIVERSIDAD DEL ISTMO
Saber para servir

ANALISIS JURIDICO DE ARBITRAJES FORZOSOS

ANABELLA ALBUREZ AJA

GUATEMALA, VEINTITRES DE MARZO 2,009.



UNIVERSIDAD DEL ISTMO
Saber para servir

ANALISIS JURIDICO DE ARBITRAJES FORZOSOS

TESIS

PRESENTADA AL CONSEJO DE FACULTAD DE DERECHO DE LA
UNIVERSIDAD DEL ISTMO

POR

ANABELLA ALBUREZ AJA

AL CONFERÍSELE EL GRADO ACADÉMICO DE

LICENCIADA EN DERECHO

Y LOS TÍTULOS PROFESIONALES DE

ABOGADA Y NOTARIA

GUATEMALA, VEINTITRES DE MARZO 2,009.



UNIVERSIDAD DEL ISTMO
Saber para servir

ANALISIS JURIDICO DE ARBITRAJES FORZOSOS

POR

ANABELLA ALBUREZ AJA

ASESOR

ALVARO CASTELLANOS HOWELL

GUATEMALA, VEINTITRES DE MARZO 2,009.

Guatemala
16 de marzo del 2009

Señores
Consejo Directivo de Facultad
Facultad de Derecho
Universidad del Istmo.

Estimados Señores:

Por este medio tengo el honor de dirigirme a ustedes en mí calidad de Asesor Designado por esa honorable Facultad, sobre el trabajo de tesis de la señorita Anabella Alburez Aja, titulado **"ANÁLISIS JURIDICO DE ABRITRAJES FORZOSOS"**.

Me permito informarles que luego de varias reuniones en donde tuvimos la oportunidad de intercambiar criterios e información y de varias revisiones efectuadas a los borradores del trabajo de tesis antes mencionado, finalmente considero que el mismo ha sido debidamente concluido.

Aprovecho para mencionar que la alumna Anabella Alburez Aja, trabajó con plena dedicación y seriedad y que el resultado es un trabajo de tesis muy puntual en el cual hace un análisis sobre cuatro aspectos o casos encontrados en la legislación guatemalteca, que se refieren a arbitrajes forzosos y si los mismos son o no son viables desde una perspectiva constitucional.

Me parece que la estudiante hace un aporte serio en la discusión de un tema tan importante como el antes mencionado.

Por lo tanto y salvo mejor criterio del Consejo Directivo de tan prestigiosa Facultad, me permito recomendar ampliamente la aprobación de dicho trabajo de tesis como requisito previo para la graduación profesional de la señorita Anabella Alburez Aja.

Quedo a sus respetables ordenes para cualquier ampliación o aclaración de lo anterior.

Muy atentamente,


Lic. Alvaro R. Castellanos Howell

www.consortiumlegal.com

GUATEMALA
Diagonal 6 10-01 zona 10
Centro Gerencial
Las Margaritas
Torre II, Oficina 1101,
Guatemala

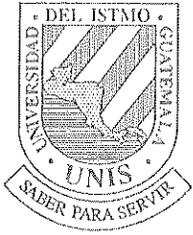
EL SALVADOR
67 Avenida Sur, Pasaje 2
#26, Colonia Escalón,
San Salvador

HONDURAS
Colonia Palmira,
Ave. Rep. de Argentina
#2017,
Tegucigalpa

NICARAGUA
Del Hospital Militar,
1 cuadro al Lago,
Managua

COSTA RICA
Apartado 792-1000,
Calle 21 y 25, Avenida 6
San José





UNIVERSIDAD
DEL ISTMO

FACULTAD DE
DERECHO

Ciudad de Guatemala, lunes 23 de marzo de 2009

Consejo de Facultad de Derecho

Universidad del Istmo

Estimados Miembros del Consejo de Facultad:

De acuerdo con el nombramiento que se me hicieron para evaluar de forma integral el trabajo de tesis de la alumna ANABELLA ALBUREZ AJA, titulado "**ANÁLISIS JURÍDICO DE ARBITRAJES FORZOSOS**" y luego de revisar el mismo, por este medio doy por aprobado dicho trabajo de graduación, para los efectos correspondientes, de acuerdo con el Reglamento que para el efecto sea aplicable.

Sin otro particular, atentamente,


FERNANDO VILLAMIZAR LAMUS



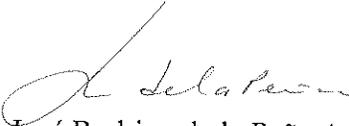
FACULTAD DE
DERECHO
UNIVERSIDAD DEL ISTMO

ORDEN DE IMPRESIÓN DE TESIS

LA SECRETARÍA DE CONSEJO DE FACULTAD DE DERECHO TRANSCRIBE LA RESOLUCIÓN DE LA DECANATURA DE FECHA VEINTITRÉS DE MARZO DE DOS MIL NUEVE QUE LITERALMENTE DICE:

“En la ciudad de Guatemala, a los veintitrés días del mes de marzo del año dos mil nueve, en la oficina de la Decanatura de la Facultad de Derecho de la Universidad del Istmo, el Decano de Facultad, Licenciado Guido Doménico Ricci Muadi resuelve:

PUNTO ÚNICO: De conformidad con el informe rendido por la Secretaría de esta unidad Académica de fecha veintitrés de marzo de dos mil nueve y habiéndose cumplido con todos los requisitos establecidos para el efecto, se autoriza la impresión de la tesis titulada “**ANÁLISIS JURÍDICO DE ARBITRAJES FORZOSOS**”, elaborada por la alumna Anabella Alburez Aja, carné novecientos ochenta y cinco guión cero dos (985-02).


Lic. José Rodrigo de la Peña Aguilar
Secretario de Consejo



AGRADECIMIENTOS

Quisiera agradecerle especialmente al Licenciado Alvaro Castellanos como una muestra de cariño por toda la ayuda, comprensión y apoyo en el desarrollo del presente trabajo de investigación, así como la transmisión de su gama conocimientos, y sobre todo el amor al Derecho, que me estimula a seguir cultivando, enriqueciendo y ampliando mis conocimientos en esta ciencia.

INDICE

INTRODUCCION	1
Capítulo I	4
I.1 El arbitraje	4
I.1.1 Historia del arbitraje	4
I.1.2 Concepto doctrinario	8
I.1.3 Concepto legal	11
I.1.4 Fundamento constitucional	12
I.1.5 Naturaleza jurídica del arbitraje	14
I.1.5.1 Corriente procesalista	15
I.1.5.2 Corriente contractualista	15
I.1.5.3 Teoría mixta	16
I.1.6 Fuente del arbitraje	18
Capítulo II	23
II.1 Clases de arbitraje	23
Capítulo III	29
III.1 Normas que contienen arbitrajes forzosos y análisis de las mismas	29

Capítulo IV	41
IV.1 Supremacía constitucional	41
IV.2 Derechos constitucionales	45
IV.3 Los derechos individuales según la parte dogmática de la Constitución Política de la República de Guatemala, los fallos de la Corte de Constitucionalidad y las normas que contienen arbitrajes forzosos en la legislación guatemalteca.	49
Capítulo V	59
V.1 La Comisión Nacional de Energía Eléctrica como tribunal arbitral y el planteamiento de inconstitucionalidades en caso concreto.	59
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	68
REFERENCIAS	70
GLOSARIO	74
ANEXO	75

RESUMEN O *ABSTRACT*

El arbitraje es un método alternativo a la justicia ordinaria de solución de controversias presentes o futuras, esta institución nace del acuerdo de la voluntad de las partes.

La clasificación de arbitrajes más importante en esta investigación son los voluntarios que nacen de la autonomía de la voluntad de las partes, y el forzoso que nace de la voluntad del legislador.

El objetivo del presente trabajo de investigación es determinar y analizar la existencia de arbitrajes forzosos y su constitucionalidad o inconstitucionalidad, evidenciando la misma con base a la naturaleza jurídica y la evolución del arbitraje a través de la historia y sus orígenes, y al mismo tiempo la necesidad de resolver la problemática de la aplicación o inaplicación que llevan implícitas las normas que contienen arbitrajes forzosos.

INTRODUCCIÓN

El arbitraje es un método alternativo de solución de controversias por medio del cual, las partes deciden someter a uno o más árbitros, mediante un acuerdo arbitral, la solución de sus controversias presentes o futuros.

En la doctrina y la legislación guatemalteca, y otras existen, varios tipos de arbitrajes entre los cuales está el arbitraje forzoso, que se puede decir que tiene su fuente en la ley y no mediante acuerdo arbitral. Es decir que una norma imperativa obliga a las partes a someter sus controversias a arbitraje.

¿Son constitucionalmente válidos los arbitrajes establecidos por la ley, a la luz del artículo 29 de la Constitución Política de la República de Guatemala?

Lo que pretende la presente tesis es determinar la existencia de arbitrajes forzosos en la legislación guatemalteca, así como establecer si dichos arbitrajes contravienen lo establecido en el artículo 29 de la Constitución Política de la República de Guatemala, el cual dice literalmente: "Artículo 29.- Libre acceso a tribunales y dependencias del Estado. Toda persona tiene libre acceso a los tribunales, dependencias y oficinas del Estado, para ejercer sus acciones y hacer valer sus derechos de conformidad con la ley.

Los extranjeros únicamente podrán acudir a la vía diplomática en caso de denegación de justicia.

No se califica como tal, el solo hecho de que el fallo sea contrario a sus intereses y en todo caso, deben haberse agotado los recursos legales que establecen las leyes

guatemaltecas.¹; y al mismo tiempo analizar la necesidad de resolver la problemática de la aplicación que llevan implícitas las normas que contienen arbitrajes forzosos en su caso.

Así también desarrollar algunos objetivos específicos tales como determinar la fuente válida para que se desarrolle un arbitraje, desarrollar la institución del arbitraje y su naturaleza, entre otros.

Se puede decir entonces que el contexto conceptual de la presente tesis es en cuanto a las normas que podrían contener arbitrajes forzosos en la legislación guatemalteca y la discusión o análisis sobre la constitucionalidad de dichas normas. El contexto temporal es actual pues es un tema del día a día para la resolución de conflictos y en el contexto espacial se analizarán las normas jurídicas nacionales que posiblemente contengan arbitrajes forzosos así como la legislación comparada.

El aporte al ámbito académico es de suma importancia ya que por medio de un informe descriptivo y comparativo, se buscará determinar la verdadera naturaleza jurídica del arbitraje, su origen y determinar la facultad que tienen las personas de someter sus controversia ya sea a los tribunales del Organismo Judicial o a conocimiento de tribunales arbitrales, para que alguno de éstos determine a quien de las partes dentro de una controversia le asiste el derecho. Incluso el tema del arbitraje forzoso no ha sido ampliamente desarrollado por la mayoría autores sino que estos lo hacen de manera limitada y no hacen relación alguna en cuanto a su constitucionalidad; por lo anterior se puede prever que este tema conlleva una aportación al campo académico ya que casi no se han

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

realizado análisis de normas dentro del ordenamiento jurídico guatemalteco que posiblemente contengan arbitrajes forzosos y su constitucionalidad.

Las unidades a analizar en esta tesis serán:

1. El artículo 117 del decreto 11-2006, Ley de Implementación del Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos, que para efectos del presente estudio también se le podrá denominar "Conflictos internacionales derivados de contrataciones civiles y mercantiles".
2. El artículo 4 inciso d) de la Ley General de Electricidad, que se denominará "Conflictos derivados de contratos entre agentes del sector subeléctrico".
3. El artículo 69 de la Ley de Mercado de Valores y Mercancías, que se le denominará en el presente estudio "Conflictos derivados de contratos de bolsa".
4. Artículo 291 del Código de Comercio, se denominará "Conflictos entre agentes de comercio".

Finalmente se analizará el control constitucional de los tribunales arbitrales en caso de un arbitraje forzoso.

Capítulo I.

I. 1 EL ARBITRAJE

I.1.1 HISTORIA DEL ARBITRAJE

En los Estados modernos, según el libro del doctor Rafael Bernal Gutiérrez, tanto las legislaciones consuetudinarias como las escritas reconocen a los particulares el derecho de sustraer del conocimiento de los tribunales del Estado el juzgamiento de ciertos asuntos para ser entregados al conocimiento de particulares, que estos mismos elegían por su libertad y confianza. Sin embargo esta sustracción de que los tribunales ordinarios conocieran de ciertos asuntos no significaba en ese entonces su desvinculación total de la resolución del conflicto sino que siempre existía una intervención de los jueces como un medio de control.²

En Francia, indica el autor citado en el párrafo anterior que, dentro de las ordenanzas de 1560 y 1673, el arbitraje era obligatorio para asuntos entre familiares y socios en sociedades mercantiles.

La revolución francesa es de suma importancia para el desarrollo de la institución del arbitraje: "Al decir de Patricio Aylwin, se le "mira como un remedio contra los abusos, lentitudes y gastos de la justicia y se lo estima muy de acuerdo con los principios republicanos y liberales que, fundamentados en la

² Bernal Gutierrez, Rafael. El Arbitraje en Guatemala, Apoyo a la Justicia. Editorial Serviprensa, C.A. Guatemala. Página 23.

idea del contrato social, preconizan la libre elección por los ciudadanos de todos los funcionarios del Estado."³

Partiendo de este criterio, la Asamblea Constituyente en épocas de la revolución francesa declara el arbitraje como el medio más razonable de terminar los litigios entre ciudadanos y lo eleva a principio constitucional, estableciéndolo como un derecho de los ciudadanos para terminar definitivamente sus litigios por la vía del arbitraje.⁴

Se puede apreciar que a partir de la revolución francesa, el arbitraje es considerado como un método para solucionar controversias, que ayuda a descongestionar a los demás tribunales que imparten justicia.

Asimismo en España en el año 1,812 se le da al arbitraje un rango de derecho fundamental, indicando la Constitución española que el arbitraje es un derecho de todo individuo a terminar sus diferencias por medio de jueces árbitros, fundamentado en el principio de la libertad.⁵

En la época contemporánea, dice Bernal Gutiérrez, el Derecho internacional toma auge y el tema del arbitraje no queda fuera pues existen convenciones como la de Ginebra, Nueva York de 1958⁶ y Panamá de 1975⁷, que son una muestra de que el arbitraje es de suma importancia para los estados contemporáneos en sus relaciones comerciales.

³ Ibid. Página 24.

⁴ Loc.Cit.

⁵ Loc.Cit.

⁶ Convención sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras.

⁷ Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional.

De allí mismo muchos estados modernos han elaborado una normativa jurídica de acuerdo a la Ley Modelo de Uncitral.⁸

Guatemala ya regulaba en el Código de Enjuiciamiento Civil y Mercantil de 1,934 la vía ejecutiva para el incumplimiento del compromiso arbitral. Por esas épocas en Guatemala el arbitraje era poco factible, pues a pesar de que el proceso era lento y costoso, faltaba una normativa legal que lo regulara y eso no permitía que las personas quisieran someter sus conflictos al conocimiento de tribunales arbitrales.

En el Código Procesal Civil y Mercantil de 1,963 se modificó dicho trámite a un proceso incidental convirtiéndose el mismo en un gran avance, sin embargo en ese entonces era poco recomendable pues siempre hacía falta el cuerpo legal correspondiente.

En dicho Código Procesal Civil y Mercantil, decreto número 107, se encontraba regulado el proceso arbitral como un proceso de conocimiento, mismo que quedó derogado con la entrada en vigencia de la Ley de Arbitraje, decreto 67-95.

En este proceso arbitral debía haber una cláusula compromisoria y una formalización judicial del compromiso, era un proceso más de cognición en el Código Procesal Civil y Mercantil.⁹

⁸ La Ley Modelo de Uncitral: Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1.985 está formulada para ayudar a los Estados a reformar y modernizar sus leyes sobre el procedimiento arbitral a fin de que tengan en cuenta los rasgos peculiares y las necesidades del arbitraje comercial internacional. Regula todas las etapas del procedimiento arbitral, desde el acuerdo de arbitraje, pasando por la composición y competencia del tribunal arbitral y el alcance de la intervención del tribunal, hasta el reconocimiento y la ejecución del laudo arbitral. Refleja un consenso mundial sobre los aspectos más importantes de la práctica del arbitraje internacional aceptados por Estados de todas las regiones y los diferentes ordenamientos jurídicos o sistemas económicos del mundo.

Bernal Gutiérrez comenta en su libro, que la anterior Constitución de Colombia, de 1,886, contenía un artículo¹⁰ redactado de una manera similar al artículo 203 de la actual Constitución de Guatemala, y respecto a dicho artículo dice Bernal Gutiérrez que la Corte Suprema de Justicia de ese país decía: "El arbitramiento es una de las instituciones más sólidas establecidas en el derecho (sic), no sólo porque siempre se le ha considerado como una forma eficaz de dirimir conflictos, sino que no se opone a ningún principio de la ciencia jurídica, además porque tiene evidentes ventajas prácticas para quienes lo utilizan y para el orden social mismo, en cuyo mantenimiento o restablecimiento colaboran los árbitros a veces más oportuna y más objetivamente que los jueces propiamente dichos. ... (Part.3ª tit.IV, Ley XXVI).".¹¹

Con el paso del tiempo se adoptaron nuevas regulaciones internacionales como la Convención sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras, más conocida como la Convención de Nueva York, suscrita en Nueva York el 10 de junio de 1,958; y la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional, más conocida como la Convención de Panamá, suscrita en la República de Panamá el 31 de enero de 1,975.

Ambas convenciones no solo distanciaban la doctrina de la legislación interna sino que propiciaron discusiones doctrinales sobre la derogatoria de diversos preceptos internos a partir de la puesta en vigencia de estos textos.¹²

A partir de 1,995 Guatemala toma un giro distinto e incluye dentro de la normativa interna del Estado, basándose en la Ley Modelo de Uncitral, la Ley de

⁹ Aguirre Godoy, Mario. Derecho Procesal Civil. Tomo II Volumen 1. C.E. Vile. 2006. Guatemala. Página 129 a la 132.

¹⁰ Artículo 58. La Corte Suprema, los Tribunales Superiores de Distrito y demás tribunales y juzgados que establezca la ley, administran justicia.

¹¹ Bernal Gutiérrez, Rafael. Op.Cit. Página 38.

¹² Ibid. Página 27.

Arbitraje, decreto 67-95 que es un notable avance para la institución del arbitraje tanto a nivel nacional como internacional.

I.1.2 CONCEPTO DOCTRINARIO

El arbitraje ha sido definido por varios autores, algunos de una manera más amplia y otros un tanto escueta. A continuación algunas de las distintas definiciones.

"El arbitraje es un procedimiento por el cual se somete una controversia, por acuerdo de las partes, a un árbitro o a un tribunal de varios árbitros que dicta una decisión sobre la controversia que es obligatoria para las partes. Al escoger el arbitraje, las partes optan por un procedimiento privado de solución de controversias en lugar de acudir ante los tribunales."¹³

"Arbitration is a legal arrangement whereby both parties to a civil (commercial) dispute reach an agreement to voluntarily submit the case to a third party to adjudicate in accordance with specified procedures and rules and following the principle of impartiality, and whereby both parties are bound to enforce the ruling."¹⁴

"**arbitration** n. a mini-trial, which may be for a lawsuit ready to go to trial, held in an attempt to avoid a court trial and conducted by a person or a panel of people who are not judges. The arbitration may be agreed to by the parties, may be required by a provision in a contract for settling disputes, or may be

¹³ Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. <http://www.wipo.int/amc/es/arbitration/what-is-arb.html>

¹⁴ China Internet Information Center. <http://lanzhou.china.com.cn/english/Judiciary/31276.htm>. Arbitraje es un arreglo legal en donde ambas partes de una disputa civil (comercial) llegan a un acuerdo de someter voluntariamente el caso a una tercera parte para juzgar de acuerdo a procedimientos y reglas específicas y siguiendo el principio de imparcialidad en donde ambas partes están obligadas a cumplir las reglas. (La traducción es propia).

provided for under statute. To avoid clogged court calendars the parties often agree to have the matter determined by a panel such as one provided by the American Arbitration Association (which has a specific set of rules), a retired judge, some other respected lawyer, or some organization that provides these services. Usually contract-required arbitration may be converted into a legal judgment on petition to the court, unless some party has protested that there has been a gross injustice, collusion or fraud. Many states provide for mandatory arbitration of cases on a non-binding basis in the hope that these "mini-trials" (proceedings) conducted by experienced attorneys will give the parties a clearer picture of the probable result and lead to acceptance of the arbitrator's decision."¹⁵

"Arbitrar Proceder libremente, usando de su facultad y arbitrio. Resolver, de manera pacífica, un conflicto entre partes."¹⁶

Para Oswaldo Alfredo Gozaíni el arbitraje es: "un método o técnica por el cual se trata de resolver extrajudicialmente las diferencias que intercedan en las

¹⁵ Hill, Gerald and Kathleen. <http://dictionary.law.com/default2.asp?selected=2429&bold=>. Arbitraje es un mini juicio (proceso) que quizás por una demanda esta lista para juicio, intentando evitar un juicio en la Corte y conducido por una persona o un panel de personas que no son jueces. El arbitraje debe ser acordado por las partes y requerido en un contrato para arreglar disputas o provisto (por) bajo estatuto (decreto).

Para evitar horarios apretados de las cortes, las partes frecuentemente aceptan tener el asunto determinado por un panel como si fuera provisto por la asociación americana de arbitraje, la que tiene reglas específicamente establecidas, un juez retirado, algún otro abogado respetable o alguna organización que provea los servicios. Usualmente el requerimiento del contrato es que el arbitraje se convierta en un juicio legal o petición en la corte, a menos que una de las partes proteste que hubo una gran injusticia, colusión o fraude.

Muchos estados por mandato arbitral de casos sobre bases de incumplimiento, con el deseo que estos mini juicios (procedimientos) conducidos por experimentados abogados les den a las partes una clara visión del probable resultado y la guía para aceptar la decisión del arbitro. (La traducción es propia).

¹⁶ Real Academia Española. LA 22.^a EDICIÓN (2001) Diccionario de la Real Academia Española <http://buscon.rae.es/draeI/>.

relaciones entre dos o más partes, a cuyo fin se acuerda la intervención de un tercero (o tribunal) para que los resuelva.”¹⁷

Harold Lantan dice que el arbitraje es un proceso en virtud del cual un tercero, dirime una controversia dictando una resolución final que en general es de carácter vinculante. Esta resolución podría fundamentarse en el derecho, en la noción de justicia y equidad del arbitro o en los conocimientos de una ciencia, arte u oficio de este dependiendo de la clase de arbitraje.¹⁸

Para Antonio Guillermo Rivera Neutze es: “un juicio de conocimiento, derivado de una relación jurídica contractual mediante el cual, cuando hay controversias, entre dos o más personas, empresas o estados, éstos recurren a personas no vinculadas con el poder judicial, sino a particulares, o a una institución para que los designe, a las que reconocer autoridad y prestigio, a fin de que después de apreciar los argumentos, pruebas y alegatos de las partes emitan un veredicto conviniendo previamente y en forma libre, a acatar el fallo, con características y efectos idénticos a una sentencia judicial denominada laudo arbitral.”¹⁹

Es importante resaltar que a la luz de la naturaleza del arbitraje y de conformidad con la Ley de Arbitraje, decreto 67-95, el arbitraje puede ser contractual o extracontractual, no como indica Rivera Neutze, que es únicamente de origen contractual.²⁰

Juan José Pérez-Rosas Pons indica: “... el arbitraje es un medio de solución de controversias mediante el cual las partes otorgan facultades a un tercero

¹⁷ Gozaíni, Oswaldo Alfredo. Formas Alternativas Para la Resolución de Conflictos. Ediciones Palma. Buenos Aires. 1995. Página 17.

¹⁸ Lantan, Harold. Op. Cit. Página 14.

¹⁹ Rivera Neutze, Antonio Guillermo. Arbitraje y Conciliación: alternativas extrajudiciales de solución de conflictos. Impresos Robelo. Guatemala. 2001. Página 12.

²⁰ Congreso de la República de Guatemala. Ley de Arbitraje. Decreto 67-95. Guatemala. Artículo 4, inciso 1.

imparcial para que éste resuelva de manera definitiva la controversia, comprometiéndose a cumplir lo que este tercero decida.”²¹

Para Domingo Bello Janeiro el arbitraje es: “... en un medio de resolución de conflictos o de litigios al margen de las vías judiciales; es decir, el proceso se caracteriza porque no interviene un órgano del Estado para resolver un conflicto, este órgano ha de ser imparcial e independiente y además puede ejecutar sus propias decisiones.”²²

Consecuencia de lo anterior podemos decir que doctrinariamente el arbitraje es un verdadero proceso mediante el cual las partes dentro de un conflicto o previendo un conflicto futuro o ya sea el propio legislador deciden someter al conocimiento de un tercero, uno o varios árbitros, la controversia que ha surgido entre las mismas, para que dicho tribunal arbitral emita el laudo correspondiente, poniéndole fin al conflicto.

I.1.3 CONCEPTO LEGAL

La Ley de Arbitraje define el arbitraje como un medio alternativo de resolución de conflictos en donde las partes por medio de un acuerdo arbitral deciden someter a la jurisdicción de un tribunal arbitral la solución de sus controversias presentes o futuras.²³

Es ésta definición la que más se adapta al desarrollo del presente trabajo de tesis pues contiene cada uno de los elementos indispensables del arbitraje:

²¹ Pérez-Rosas Pons, Juan José. Enemigos Íntimos: Código Procesal Civil VS. Ley General de Arbitraje, a propósito del debido proceso. Ponencias del Congreso Internacional de Arbitraje 2007. Segunda Parte. Perú. 2008. Página 79.

²² Bello Janeiro, Domingo. Principios del Contrato de Arbitraje. El Arbitraje Internacional. Ponencias del Congreso Internacional de Arbitraje 2007. Primera Parte. Perú. 2008. Página 497.

²³ Congreso de la República de Guatemala. Ley de Arbitraje. Guatemala. 1995. Artículo 3, 4 y 10.

primero, que es éste un método alternativo a la justicia ordinaria; segundo, que existe un acuerdo arbitral previo o se pacta cuando ya ha surgido el conflicto para resolver a través de un tribunal arbitral; y tercero, con la finalidad que este decida a quien le asiste el derecho.

I.1.4 FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL

En diversos países de Centroamérica, el arbitraje es reconocido como un derecho individual inherente a la persona. Ese reconocimiento en dichos países consta de forma expresa en sus propias Constituciones.

En el caso de El Salvador, el artículo 23 indica: "**ARTICULO 23.-** Se garantiza la libertad de contratar conforme a las leyes. Ninguna persona que tenga la libre administración de sus bienes puede ser privada del derecho de terminar sus asuntos civiles o comerciales por transacción o arbitramento. En cuanto a las que no tengan esa libre administración, la ley determinará los casos en que puedan hacerlo y los requisitos exigibles."²⁴

En Costa Rica por su parte, la Constitución Política de la República enuncia: "**ARTÍCULO 43.-** Toda persona tiene derecho a terminar sus diferencias patrimoniales por medio de árbitros, aún habiendo litigio pendiente."²⁵

En Guatemala el artículo 203 de la Constitución Política de la República de Guatemala deja abierta la puerta tanto a los tribunales de justicia del Organismo Judicial como a otros que las demás leyes establezcan.

²⁴ Asamblea Constituyente. DECRETO NUMERO 38. El Salvador. Artículo 23.

²⁵ Asamblea Nacional Constituyente. Constitución Política de la República de Costa Rica. Costa Rica. 1949. Artículo 43.

Vale la pena consignar como la Ley del Organismo Judicial con relación y adecuándose con la Constitución Política de la República de Guatemala, reitera en el artículo 57, que la justicia se imparte en el país de conformidad con la Constitución Política de la República de Guatemala y las demás leyes que integran el ordenamiento jurídico del país, dejando en claro que la función jurisdiccional se ejerce por la Corte Suprema de Justicia y los demás tribunales establecidos en la ley para lo cual y dentro de la jurisdicción incluye a estos últimos en el literal j del artículo 58.

Ricardo Alfonso Umaña Aragón, Abogado y Notario, citado por Rafael Bernal Gutierrez indicó: "En esa oportunidad se escucharon las opiniones de distinguidos colegas y, en general, hubo un consenso en que el artículo 203 de la Constitución actual, más amplio que el artículo 240 de la Constitución anterior, no circunscribe la facultad jurisdiccional a los tribunales o tribunales del Estado, sino que incluye a los Tribunales establecidos por las leyes del país, dentro de los cuales están los arbitrales ...".²⁶

Álvaro Castellanos Howell en su artículo "Fundamentación Jurídica del Arbitraje Agrario" confirma que el artículo 203 de la Constitución Política de la República de Guatemala ha sido usualmente referido como el fundamento que muchos autores y expertos locales en la materia han utilizado, sin embargo indica el autor, que este es un fundamento indirecto.²⁷

En contraste con este reconocimiento indirecto, señala el autor citado en el párrafo anterior, El Salvador, Honduras y Costa Rica²⁸, si contemplan en sus ordenamientos jurídicos un reconocimiento expreso del derecho individual de

²⁶ Bernal Gutierrez Rafael. Op. Cit. Página 37.

²⁷ Castellanos Howell, Álvaro. Fundamentación Jurídica del Arbitraje Agrario. Arbitraje Agrario una alternativa para la Paz. Secretaría de Asuntos Agrarios. Guatemala. 2007. Página 20.

²⁸ Dichos artículos han sido citados por la autora anteriormente.

someter sus controversias al conocimiento de un tribunal arbitral.²⁹ Es entonces, que a la luz de estas tres Constituciones (El Salvador, Honduras y Costa Rica), el fundamento que utilizamos en Guatemala se ve opacado.

Sin embargo el artículo 44 de la Constitución Política de la República de Guatemala reconoce todos aquellos derechos inherentes a la persona individual, aunque no estén expresamente plasmados en la misma, como el resto de derechos individuales.³⁰

Es en el artículo 44 de la Constitución de Guatemala, en donde la institución del arbitraje encuentra el verdadero fundamento.

El Licenciado Castellanos Howell dice: "Por ende, fundamentar puntualmente en el artículo 203 de la Constitución Política de Guatemala, la "base" constitucional del arbitraje (pues en la mediación, conciliación y otros medios alternativos de resolución de conflictos no hay "tribunales que la ley establezca") debe entenderse como un razonamiento secundario o de apoyo al principal razonamiento y justificación constitucional que, como ya se dijo hasta la saciedad, el derecho a utilizar los MARC³¹ es un derecho humano implícitamente reconocido en nuestro sistema u ordenamiento jurídico como tal."³²

I.1.5 NATURALEZA JURÍDICA DEL ARBITRAJE

A través de los tiempos, el arbitraje se ha ido perfilando dentro de una u otra postura para determinar la naturaleza jurídica de la misma institución. A continuación se desarrollan algunas de las distintas teorías.

²⁹ Castellanos Howell, Álvaro. Op.Cit. Página 20.

³⁰ Artículo 44.: "Derechos inherentes a la persona humana. Los derechos y garantías que otorga la Constitución no excluyen otros que, aunque no figuren expresamente en ella, son inherentes a la persona humana."

³¹ MARC: Métodos Alternos de Resolución de Conflictos.

³² Castellanos Howell, Álvaro. Op. Cit. Página 24.

I.1.5.1 CORRIENTE PROCESALISTA

Según Rafael Bernal Gutiérrez ésta teoría se refiere a que el arbitraje es una institución de derecho público procesal, pues tienden a equiparar al árbitro con el juez, con funciones delegadas o como funcionario público temporal, al procedimiento arbitral convencional con el procesado que rige las actuaciones judiciales y al laudo con la sentencia.³³

I.1.5.2 CORRIENTE CONTRACTUALISTA

Cesar Landa Arroyo indica que la teoría contractualista sostiene que el arbitraje se encuentra dentro del ámbito del derecho contractual y el efecto vinculante del laudo arbitral tiene como fundamento el principio de pacta sunt servanda.³⁴

El autor Rafael Bernal Gutiérrez indica que esta teoría hace referencia a la primacía de la autonomía de la voluntad las partes, en la cual éstas (las partes) acuerdan someter sus controversias al conocimiento de un tribunal arbitral, obligándose a aceptar las decisiones del mismo tribunal arbitral, mientras no se lleguen a vulnerar intereses, el orden público y los derechos de terceras personas. Por la propia autonomía de la voluntad afirma el autor que no se permite la publicidad en dichos procesos.³⁵

Para Domingo Bello Janeiro la circunstancia de que responda a la autonomía de la voluntad y que se dote a la decisión de los efectos de cosa juzgada ha producido que se inclinen por esta naturaleza contractual, y allí se pueden encontrar con más detalle sus argumentos, Gioventa, Guasp, Herza y Ogayar,

³³ Bernal Gutiérrez, Rafael. Op.Cit. Página 29 a la 31.

³⁴ Landa Arroyo, César. El arbitraje en la Constitución de 1993 y en la Jurisprudencia del tribunal constitucional. Ponencias del Congreso Internacional de Arbitraje 2007. Primera Parte. Perú. 2008. Página 109..

³⁵ Bernal Gutiérrez, Rafael. Op. Cit. Página 31.

que mantienen que el árbitro no es juez ni forma parte de la jurisdicción y no está facultado para ejecutar sus propias decisiones.³⁶

I.1.5.3 TEORIA MIXTA

Según Carnacini, citado por Guillermo Rivera Neutze, indica que la composición de la litis obtenida mediante el arbitraje no tiene carácter público, aunque puede adquirirlo mediante el decreto de ejecutoriedad del laudo pronunciado por el pretor; por eso el arbitraje se considera aquí como un subrogado procesal.

De tal manera que ésta doctrina señala que el arbitraje es una institución que se encuentra dentro del derecho jurisdiccional, pero deriva de una relación contractual.³⁷

“La nueva regulación del arbitraje consagra como el principio más importante que gobierna esta institución el principio de autonomía de la voluntad, verdadera piedra angular en que descansa toda la institución arbitral.”³⁸

Son las partes las que tienen todo el poder en sus manos para determinar cómo debe desarrollar el árbitro sus funciones decisorias, tanto creando las normas que debe aplicar para sustanciar el procedimiento, como creando o determinando las normas sustantivas a que debe sujetarse el laudo o la falta de ellas cuando se acude al arbitraje de equidad.

³⁶ Bello Janeiro, Domingo. Op.Cit. Página 501.

³⁷ Rivera Neutze, Guillermo. Op.Cit. Página 20 y 21.

³⁸ Xiol Ríos, Juan Antonio. El arbitraje y los tribunales de justicia Presidente de la Sala Primera del Tribunal Supremo Barcelona. Febrero 2007. Página 27.

El arbitraje supone una renuncia a la intervención de los tribunales en cuanto la misma no sea absolutamente indispensable, y de ahí la formulación del principio de exclusión de la intervención judicial: si el mismo no se aceptara no tendría razón de ser el arbitraje comercial internacional, pues los inconvenientes que puede plantear la renuncia a la jurisdicción ordinaria no quedarían compensados por los beneficios de la rapidez y flexibilidad en el orden procedimental y sustantivo que constituyen la razón de ser del arbitraje.

“La propia esencia del arbitraje y el fundamento de la exclusión judicial radica en el convenio arbitral, en cuanto expresa la voluntad de las partes de sustraerse a la actuación del poder judicial.”³⁹

El arbitraje radica en la autonomía de la voluntad de las partes, y es por el propio acuerdo que el laudo arbitral se encuentra investido de efectos vinculantes para las partes. Sin embargo por no formar parte de la jurisdicción ni ser juez, el árbitro no está facultado para ejecutar el propio laudo arbitral que ha dictado. Es allí donde necesita la intervención del órgano jurisdiccional.

Asimismo el artículo 29 de la citada Carta Magna indica que toda persona puede acudir libremente a los tribunales, entendiéndose estos los establecidos por la ley. Por lo anteriormente expuesto la teoría que más se adecua, a criterio del escritor es la teoría contractual, pues de conformidad con la legislación guatemalteca, y la naturaleza jurídica del arbitraje, el mismo no debería darse si no emana de la voluntad de las partes que desean someter sus controversias presentes o futuras al conocimiento de los árbitros. Sin embargo como se

³⁹ Juan Antonio Xiol Ríos. Op.Cit. Página 27.

indica en el párrafo anterior, el propio tribunal arbitral necesita de la intervención del órgano jurisdiccional para ejecutar el laudo arbitral, si las partes no cumplen con lo ordenado en el mismo de una manera voluntaria.

Es por lo expuesto que Bernardo M. Cremades indica: "Para que la autonomía de la partes resulte una doctrina efectiva, deberá ser apoyada no sólo por árbitros e instituciones arbitrales sino también por jueces nacionales."⁴⁰. Esto quiere decir que el Organismo Judicial debe facilitar el ejercicio de la autonomía de la voluntad de las partes en la formación de procedimientos arbitrales que permita las personas resolver sus controversias de una forma pacífica, privada y libre, cuando la materia del proceso sea arbitrable.

I.1.6 FUENTE DEL ARBITRAJE

Guillermo Rivera Neutze indica que el arbitraje tiene su origen en la voluntad de las partes, que mediante un convenio arbitral, confían la solución de un litigio a un árbitro, tercero imparcial. Y como consecuencia indica el citado autor, las partes someten la controversia a un órgano no judicial, la conclusión (fin) de una relación contractual con éste (tribunal arbitral) y la aceptación por las partes de la decisión obligatoria mediante la cual se pone fin a la controversia.⁴¹

Rafael Bernal Gutiérrez por su parte indica que la fuente básica del arbitraje es el acuerdo de las partes, es decir a partir de un acto de naturaleza eminentemente convencional y en ejercicio de la autonomía de la voluntad, las

⁴⁰ Cremades, Bernardo M. y Cairns, David J.A.. El Arbitraje en la Encrucijada entre la Globalización y sus Detractores. La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía. 2002. España.

⁴¹ Rivera Neutze, Guillermo. Op. Cit. Página 21.

partes resuelven sustraer su controversia del conocimiento del juez ordinario y acudir, en su lugar a la vía arbitral.⁴²

Asimismo el autor citado en el párrafo anterior enuncia que la fuente del arbitraje VOLUNTARIO es una convención de arbitraje. Es decir al acuerdo de voluntades, que en todo arbitraje voluntario, debe producirse precisamente entre las partes, acuerdo por el cual sustraen determinado asunto contencioso a las jurisdicciones ordinarias y determinan la competencia de los árbitros.⁴³

La Ley de Arbitraje de Guatemala define el acuerdo de arbitraje como aquel por virtud del cual las partes deciden someter a arbitraje, todas o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual.⁴⁴

Don Juan Carlos I, Rey de España al sancionar la ley de arbitraje vigente hasta el 26 de marzo de 2004, de España y refiriéndose a la misma, indicaba que: "El Título II introduce como novedades el principio de libertad formal en el convenio arbitral, la consagración legislativa del principio de separabilidad del convenio arbitral accesorio de un negocio jurídico principal y, sobre todo, la posibilidad de que las partes defieran a un tercero del nombramiento de los árbitros e, incluso, la organización del sistema arbitral. Se dota de un amplio margen de actuación al principio de autonomía de la voluntad, pero se adoptan las cautelas lógicas frente a las posibles situaciones de desigualdad contractual en las que puedan encontrarse las partes. Así, se declara nulo el convenio que coloque a una de las

⁴² Bernal Gutiérrez, Rafael. Op.Cit. Página 22.

⁴³ Ibid. Página 22.

⁴⁴ Congreso de la República de Guatemala. Ley de Arbitraje. Guatemala. 1995. Artículo 4, inciso 1.

partes en situación de privilegio en relación con la designación de los árbitros, se contempla el supuesto de convenio arbitral como cláusula accesoria de un contrato de adhesión y se dispone que los reglamentos arbitrales que establezcan las asociaciones y entidades sin ánimo de lucro y corporaciones de derecho público a quienes se permite que las partes encomienden la organización y administración de servicios arbitrales se protocolicen notarialmente a fin de dotarles de la necesaria fijeza.”⁴⁵

Respecto a la forma del acuerdo arbitral, la Ley de Arbitraje de Guatemala dice en el artículo 10, que el mismo debe constar por escrito, en una cláusula incluida en un contrato, o en un acuerdo independiente.⁴⁶

Quizá lo más importante que se debe resaltar en este artículo 10, es el caso del acuerdo de arbitraje que se incorpora en los contratos mediante formularios o mediante pólizas. La ley dice que deberán incorporar dicha cláusula en caracteres destacados, claros y precisos que además diga: “ESTE CONTRATO INCLUYE UN ACUERDO DE ARBITRAJE”.

Me parece que la intención del legislador fue hasta cierto punto salvar la existencia de un arbitraje forzoso, tema que será tratado en el siguiente capítulo, en contratos formulario o mediante póliza, que son contratos en donde no existe negociación alguna respecto a las condiciones que se consignan en los mismos, por lo que con la intención de que dichos contratos no fueran atacados de inconstitucionalidad, el legislador pensó que era una buena idea para que la parte contratada supiera al cien por ciento, de la existencia del acuerdo arbitral

⁴⁵ Juan Carlos I. http://noticias.juridicas.com/base_datos/Derogadas/r1-l36-1988.html.

⁴⁶ Congreso de la República de Guatemala. Ley de Arbitraje. Guatemala. 1995. Artículo 10.

y posterior sometimiento de los conflictos a conocimiento de uno o varios árbitros.

En cuanto a este tema existen algunos artículos relacionados en el Código de Comercio que dicen: "Artículo 673. Contratos mediante pólizas. En los contratos cuyo medio de prueba consista en una póliza, factura, orden, pedido o cualquier otro documento similar suscrito por una de las partes, si la otra encuentra que dicho documento no concuerda con su solicitud, deberá pedir la rectificación correspondiente por escrito, dentro de los quince días que sigan a aquél en que lo recibió, y se considerarán aceptadas las estipulaciones de ésta, si no se solicita la mencionada rectificación.

Si dentro de los quince días siguientes, el contratante que expide el documento no declara al que solicitó la rectificación, que no puede proceder a ésta, se entenderá aceptada en sus términos la solicitud de este último. ...".⁴⁷

Para dichos contratos son también aplicables las normas de los contratos mediante formulario, en dicho artículo se indica que si existe alguna renuncia de derechos debe hacerse mediante caracteres que sobresalgan del resto del texto.⁴⁸

Algunos consideran que la inserción de este tipo de acuerdos arbitrales en los contratos mediante pólizas es inconstitucional, pues no existe ningún tipo de negociación de la misma entre las partes contratantes, violando por lo tanto el artículo 29 de la Constitución Política de la República de Guatemala. Este tema se arribará a detalle en los siguientes capítulos.

⁴⁷ Congreso de la República de Guatemala. Código de Comercio. Guatemala. Artículo 673.

⁴⁸ Ibid. Artículo 672.

Sin embargo a criterio de la escritora dichos acuerdos arbitrales dentro de ambos contratos son constitucionales, pues aunque en la mayoría de contrataciones civiles y mercantiles, las estipulaciones y condiciones son pre redactadas por una de las partes contratantes, no se debe olvidar que en el derecho civil y mercantil prevalece la autonomía de la voluntad, y las propios contratantes tienen la opción de celebrar con una o con otra persona los contratos que deseen, o si fuera el caso, que se considera poco factible, de negociar las cláusulas insertas en dichos contratos (formulario o pólizas).

Por lo expuesto se puede concluir que por un lado la naturaleza jurídica del arbitraje no permite que el arbitraje nazca de una fuente distinta a la propia autonomía de la voluntad ya sea a través de un acuerdo arbitral, compromiso o cláusula compromisoria, pues como Rafael Bernal Gutiérrez indica específicamente, que el arbitraje voluntario si nace de la voluntad de las partes. ¿Pueden entonces existir arbitrajes forzosos?. Más adelante se analiza si esta clase de arbitraje, contraviene la propia naturaleza jurídica del arbitraje que como indican los autores citados tiene su origen en la voluntad de las partes, y si es afín o no a la Constitución Política de la República de Guatemala.

Capítulo II

II.1 CLASES DE ARBITRAJE

Bernal Gutiérrez clasifica el arbitraje en nacional e internacional, de derecho y de equidad, institucional y ad-hoc, y voluntario y forzoso.

Rivera Neutze además de las clasificaciones enunciadas por Bernal Gutiérrez, clasifica el arbitraje como de derecho público y de derecho privado.

Sin embargo para efectos de la presente investigación nos interesa el arbitraje voluntario y forzoso.

El Doctor Bernal Gutiérrez dice que no existe una normativa en Guatemala sobre esta clase de arbitrajes, refiriéndose al voluntario y forzoso, sin embargo, con base al artículo 4 de la Ley de Arbitraje se puede deducir que la vocación del sistema legal es la del arbitraje voluntario.⁴⁹

Asimismo indica que si partimos de la base de que al arbitraje se llega por la vía del acuerdo de arbitraje y que para los efectos de la ley, éste es aquel por virtud del cual las partes deciden someter a arbitraje todas o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica contractual o no contractual, es claro que por principio estamos hablando de un arbitraje eminentemente voluntario en cuanto media la determinación de las partes que, de no existir, llevará la solución de la controversia al conocimiento de la justicia ordinaria.⁵⁰

⁴⁹ Bernal Gutiérrez, Rafael. Op.Cit. Página 47.

⁵⁰ Ibid. Página 47.

Por otra parte indica el citado autor que a través de la ley se aprecian diversos y muy importantes eventos en donde es evidente la facultad de la voluntad de las partes y la generosidad con la cual el legislador ha respaldado el ejercicio de la autonomía de la voluntad. Tales son los casos del artículo 4 numeral 1, artículo 4 numeral 3, artículo 6, artículo 11, artículo 13, 15, 17, 24, 25, 27, 29, 32, 36, 39⁵¹; en donde claramente el legislador no solo escogió el arbitraje voluntario como medio para la utilización de esta figura sino que, en su diseño, privilegió, a lo largo y ancho del mismo, la autonomía de la voluntad, principio que habrá de guiar constantemente a las partes, a los árbitros y a las mismas instituciones arbitrales, como guía fundamental en el diseño, manejo y administración del arbitraje.⁵²

Es importante señalar lo que Bernal Gutiérrez indica en su libro, pues a su criterio la naturaleza de la Ley de Arbitraje de Guatemala tiende a enfatizar que el arbitraje debe ser voluntario.

Guillermo Rivera Neutze indica que el arbitraje voluntario deriva únicamente de la voluntad de las partes y se manifiesta al otorgar el compromiso arbitral. Anteriormente a él, no existe ninguna convención por lo que cualquier parte puede exigirlo.⁵³

Lo que quiso indicar el autor citado en el párrafo anterior es que el arbitraje nace de la voluntad de las partes que pactan el mismo en un compromiso o acuerdo arbitral, y si no existe este compromiso o acuerdo celebrado previamente a que surja la controversia, ninguna de las partes podría exigir que se inicie el proceso arbitral. Esto es contradictorio con nuestra legislación pues

⁵¹ Todos artículos de la Ley de Arbitraje.

⁵² Bernal Gutiérrez, Rafael. Op.Cit. Página 47, 48 y 49.

⁵³ Rivera Neutze, Guillermo. Op.Cit. Página 43.

tal el es caso que el acuerdo puede ser contractual o extracontractual, antes de que surja la controversia o cuando ya ha surgido la misma.⁵⁴

Además se opone el arbitraje forzoso al voluntario, indica Rivera Neutze, pues se hace obligatorio cuando la ley lo impone como un medio para solucionar un conflicto, o cuando las partes pueden exigirlo con base a un convenio anterior.⁵⁵

En este párrafo Rivera Neutze hace énfasis en dos cuestiones sumamente importantes: la primera es que el arbitraje es obligatorio cuando la ley lo impone como medio para solucionar controversias; y la segunda es la obligatoriedad del acuerdo arbitral, mismo que al haber sido pactado es exigible y se vuelve de cumplimiento obligatorio, para las partes.

El sometimiento al que se alude, y la exigibilidad de lo decidido, que es su consecuencia, no siempre derivan de la misma fuente. En ciertos casos, la justicia ordinaria o el arbitraje forzoso, proviene de la ley que impone determinada jurisdicción, en otros, el arbitraje convencional o voluntario, de la voluntad de las mismas partes que se comprometieron a acatar la decisión de un tercero. Sin embargo la ley le da un marco a esta opción sin restringir las facultades de las partes.

El arbitraje forzoso es obligatorio pues ha sido impuesto por el legislador, quien decide quitar determinados litigios del ámbito de competencia de los jueces

⁵⁴ Congreso de la República de Guatemala. Ley de Arbitraje. Guatemala. 1995. Artículo 2 y 4, inciso 1.

⁵⁵ Ibid. Página 43.

estatales, atribuyéndosela a los árbitros con carácter excluyente. La legislación se ha encargado de legislar esta modalidad.⁵⁶

El arbitraje voluntario se deriva exclusivamente de la voluntad de las partes, sin que antes exista una convención en base al cual las partes podrían exigir su cumplimiento. El arbitraje forzoso proviene de la ley, ya que dependiendo de la determinada materia las partes deberán someterlo arbitraje.⁵⁷

Sergio Artavia indica que el arbitraje forzoso no se origina de un acuerdo de voluntad de las partes, no existe un acuerdo arbitral, sino que es el legislador quien lo crea. En este caso, precisamente indica el autor, que queda excluida la jurisdicción ordinaria.⁵⁸

El arbitraje voluntario es entonces el medio de resolución alterna de conflictos por el que las partes deciden bajo el ejercicio de la autonomía de la voluntad someter sus conflictos presentes o futuros a un tribunal arbitral para que resuelva sobre los mismos.

El arbitraje forzoso es el medio obligatorio de resolución alterna de conflictos para las partes, que tiene como fuente la ley, es decir que por decisión del legislador, la ley impone como medio para resolver determinado conflicto un arbitraje sin que medie un acuerdo entre las partes, previamente o cuando ya ha surgido la controversia.

⁵⁶ Saravia, Jorge Andrés.
http://www.servilex.com.pe/arbitraje/colaboraciones/sistema_nacional_arbitraje_consumo_argentina.php

⁵⁷ <http://www.pucp.edu.pe/consensos/?preguntas.htm#15>

⁵⁸ Artavia Barrantes, Sergio. El proceso Arbitral en Costa Rica Tomo 1. Editorial Jurídica Dupas. 1996. San José, Costa Rica. Página 89.

Adicionalmente a la clasificación más importante dentro de este trabajo, que es el arbitraje voluntario y forzoso, es necesario hacer énfasis en un tipo de arbitraje forzoso, que mal denominado entre el gremio de abogados se le conoce como "cuasi-forzoso". Doctrinariamente este tipo de arbitraje no existe, y hay que cuestionarse si realmente si se tratan de arbitrajes forzosos en la práctica.

Tal es el caso del artículo 69 de la Ley de Mercado de Valores y Mercancías⁵⁹, que la propia ley obliga a las partes a someter sus conflictos a un arbitraje, pero la misma norma deja abierta la puerta a que haya un pacto en contrario del sometimiento de los conflictos a arbitraje, es por eso que mal los denominamos cuasi-forzosos.

Esto mismo sucede en el Código de Comercio dentro de la regulación de los contratos de agencia, artículo 291⁶⁰, norma que se incluyó en el ordenamiento jurídico guatemalteco por la entrada en vigencia del DR-CAFTA⁶¹ al país. Por lo que se puede entender que si no se pacta de forma expresa la resolución de controversias por la vía sumaria judicial u otra vía judicial se comprende que las mismas se resolverán mediante el desarrollo de un arbitraje.

⁵⁹ Artículo 69 de la Ley de Mercado de Valores y Mercancías: "Los conflictos entre las partes, derivados de un contrato de bolsa, entre los agentes y las partes, los agentes entre sí, o entre los agentes y las bolsas de comercio, deberán ser resueltos, salvo pacto en contrario, por arbitraje de equidad, el cual, si las partes en conflicto no dispusieron otra cosa, se sustanciará conforme a las reglas o normas del Centro de Dictamen, Conciliación y Arbitraje (CDCA). El laudo podrá dictarse en rebeldía de la parte que no comparezca dentro del proceso arbitral."

⁶⁰ Artículo 291. Controversias: " ... En el contrato respectivo, las partes también pueden optar por el arbitraje o por la vía judicial en proceso sumario, para resolver cualquier clase de controversia derivada de dicho contrato. Para el efecto se entenderá, salvo pacto en contrario, que las partes han optado por el arbitraje si no establecen de manera expresa que la controversia debe dirimirse en la vía sumaria judicial."

⁶¹ El DR-CAFTA (Dominican Republic-Central America Free Trade Agreement, en inglés), o TLC (Tratado de Libre Comercio entre República Dominicana, Centroamérica y Estados Unidos de América, en español), es un tratado que busca la creación de una zona de libre comercio entre los países firmantes.

Las dos normas antes indicadas son eminentemente mercantiles. Sin embargo, el artículo 1,039⁶² del Código de Comercio faculta a las partes a convenir si así lo desean como vía de solución de controversias el arbitraje. El espíritu del artículo 1,039 es que cualquier controversia que surja entre las partes derivada de una relación mercantil pueda ser resuelta en una vía rápida, el juicio sumario si no pactan alguna otra vía, y asimismo faculta a las partes para que pacten foros de arbitraje. En contraposición de esta norma se encuentran tanto el artículo de los "Conflictos derivados de contratos de bolsa" y el artículo de los "Conflictos derivados entre agentes de comercio" que obligan a las partes a irse a un arbitraje si no pactan otra vía de solución de controversias.

A la luz de la norma general mercantil, el artículo 1,039 del Código de Comercio faculta a las partes de una relación mercantil a elegir un foro de arbitraje para la solución de las controversias que surjan, mientras que los dos artículos aludidos en los párrafos anteriores obligan a las partes a irse a arbitraje sino pactan en contrario de dichas normas imperativas.

⁶² "Artículo 1,039. Vía Procesal: "A menos que se estipule lo contrario de este Código, todas las acciones a que dé lugar su aplicación, se ventilarán, en juicio sumario, salvo que las partes hayan convenido en someter sus diferencias a arbitraje. ...".

Capítulo III.

III.1 NORMAS QUE CONTIENEN ARBITRAJES FORZOSOS Y ANÁLISIS DE LAS MISMAS.

Ahora cabe analizar las unidades de la presente tesis las cuales son:

1. Artículo 2 de la Ley de Arbitraje, referente a "Conflictos internacionales derivados de contrataciones civiles y mercantiles", el cual dice así: "Las controversias que surjan derivadas de la aplicación, interpretación y ejecución de las contrataciones internacionales entre privados, se resolverán de acuerdo a las normas contenidas en el Reglamento de Arbitraje de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, salvo que las partes acuerden expresamente el sometimiento a otros foros de arbitraje."⁶³

La norma enunciada en el párrafo anterior evidencia de conformidad con los conceptos relacionados en el capítulo II, que se está frente a un arbitraje forzoso pues la interpretación de la norma con base a lo indicado en la Ley del Organismo Judicial para la interpretación de normas es que las contiendas o controversias internacionales que surjan entre personas, entendiéndose naturales y jurídicas, con ocasión de cualquier relación de derecho privado, se deben resolver a través de arbitraje de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, a menos que pacten otro arbitraje.

Es notorio que priva a las personas, tanto individuales como jurídicas del ejercicio de la autonomía de la voluntad, pues únicamente pueden optar por la

⁶³ Congreso de la República de Guatemala. Ley de Arbitraje. Guatemala. 1995. Artículo 2.

vía del arbitraje para solucionar sus conflictos, no existiendo una salida en esta norma para someter controversias a los tribunales ordinarios de justicia, a menos que se planteara una inconstitucionalidad en caso concreto y/o en caso general, tema que se tratará en el último capítulo del presente trabajo de tesis.

Al analizar esta norma es necesario hacer énfasis en que la misma, contraviene el artículo 29 de la Constitución Política de la República de Guatemala, pues la misma no permite que personas, naturales o jurídicas, al surgir una controversia derivada de una contratación internacional de derecho privado, puedan solucionar sus controversias en los tribunales de justicia que deseen, inclusive se podría decir que va en contra de las propias contrataciones civiles internacionales, pues está demás hacer énfasis en que el derecho civil es una rama del derecho netamente privada, esto quiere decir que prevalece lo pactado entre las partes⁶⁴. Es aquí donde la propia norma marca los límites entre los cuales los privados pueden pactar, dando lugar únicamente a la solución de controversias civiles internacionales, a través del arbitraje.

Esta norma fue incluida a la legislación guatemalteca con ocasión de la entrada en vigencia del DR-CAFTA⁶⁵. La misma tiene alcances internacionales, pues aunque el arbitraje no ha nacido de un acuerdo arbitral, emanado de la autonomía de las partes, obliga a la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional a conocer sobre controversias derivadas de las contrataciones internacionales.

⁶⁴ Siempre y cuando no se transgredan derechos de terceras personas, que no contravenga la moral, el orden público y las buenas costumbres. Sin embargo el acuerdo para someter las controversias presentes o futuras, por ser derecho privado queda a libre disposición de las partes.

⁶⁵ El DR-CAFTA (Dominican Republic-Central America Free Trade Agreement, en inglés), o TLC (Tratado de Libre Comercio entre República Dominicana, Centroamérica y Estados Unidos de América, en español), es un tratado que busca la creación de una zona de libre comercio entre los países firmantes.

Incluso se podría decir que la aplicación de dicha norma puede acarrear consecuencias negativas para todo tipo de contratación internacional y civil, siempre y cuando, alguna de las partes contratantes sea una persona (natural o jurídica) guatemalteca, a la cual deba de aplicársele dicha norma.

2. Artículo 4 inciso d) de la Ley General de Electricidad, "Conflictos entre agentes del subsector eléctrico" que en su parte conducente dice: "Artículo 4. Se crea la Comisión Nacional de Energía Eléctrica, en adelante la Comisión, como un órgano técnico del Ministerio. La Comisión tendrá independencia funcional para el ejercicio de sus atribuciones y de las siguientes funciones:

- a) Cumplir y hacer cumplir la presente ley y sus reglamentos, en materia de su competencia, e imponer las sanciones a los infractores;
- b) Velar por el cumplimiento de las obligaciones de los adjudicatarios y concesionarios, proteger los derechos de los usuarios y prevenir conductas atentatorias contra la libre competencia, así como prácticas abusivas o discriminatorias;
- c) Definir las tarifas de transmisión y distribución, sujetas a regulación de acuerdo a la presente ley, así como la metodología para el cálculo de las mismas;
- d) Dirimir las controversias que surjan entre los agentes del subsector eléctrico, actuando como árbitro entre las partes cuando éstas no hayan llegado a un acuerdo.
- e) Emitir las normas técnicas relativas al subsector eléctrico y fiscalizar su cumplimiento en congruencia con prácticas internacionales aceptadas;

f) Emitir las disposiciones y normativas para garantizar el libre acceso y uso de las líneas de transmisión y redes de distribución, de acuerdo a lo dispuesto en esta ley y su reglamento.⁶⁶ (el subrayado es propio).

Es interesante analizar ésta norma, si se interpreta la misma como indica la Ley del Organismo Judicial conforme a su texto según el sentido propio de sus palabras, a su contexto y de acuerdo a las disposiciones constitucionales⁶⁷; si la interpretación la realizamos de esa manera, estamos evidentemente ante un arbitraje forzoso. La propia ley le está otorgando a un órgano administrativo facultades para dirimir conflictos, para impartir justicia, entre agentes del sector subeléctrico, en calidad de árbitro entre las mismas.

¿Qué sucede en la práctica? ¿Quiénes son los agentes del subsector eléctrico?

La propia Ley General de Electricidad indica en el artículo 6 quienes comprenden a los agentes del subsector eléctrico: "**Artículo 6.** Para los efectos de esta ley se establecen las siguientes definiciones que serán aplicables a los servicios, actividades y personas que desarrollen las actividades de producción o generación, transporte o transmisión, distribución y comercialización de electricidad.

... **Agentes del Mercado Mayorista:** Son los generadores, comercializadores, distribuidores, importadores, exportadores y transportistas cuyo tamaño supere el límite establecido en el reglamento de esta ley.

Generador: Es la persona, individual o jurídica, titular o poseedora de una central de generación de energía eléctrica, que comercializa total o parcialmente su producción de electricidad.

⁶⁶ Congreso de la República de Guatemala. Ley General de Electricidad. Guatemala. Artículo 4.

⁶⁷ Congreso de la República de Guatemala. Ley del Organismo Judicial. Guatemala. Artículo 10.

Distribuidor: Es la persona, individual o jurídica, titular o poseedora de instalaciones destinadas a distribuir comercialmente energía eléctrica.

Comercializador: Es la persona, individual o jurídica, cuya actividad consiste en comprar y vender bloques de energía eléctrica con carácter de intermediación y sin participación en la generación, transporte, distribución y consumo.

... **Gran Usuario:** Es aquel cuya demanda de potencia excede al límite estipulado en el reglamento de esta Ley.

... **Transportista:** Es la persona, individual o jurídica, poseedora de instalaciones destinadas a realizar la actividad de transmisión y transformación de electricidad. ...”.

El Licenciado Armando Sierra, abogado de la Comisión Nacional de Energía Eléctrica, comentó en la entrevista realizada el sábado 29 de noviembre de 2,008⁶⁸, que la finalidad de incluir esta norma dentro de la Ley General de Electricidad fue la de que los propios agentes del sector subeléctrico tuvieran la oportunidad de que personas con conocimientos técnicos⁶⁹, pudieran conocer y resolver las controversias que surgieran entre éstos.

Sin embargo comentaba el Licenciado Sierra que existen contratos entre los agentes del subsector eléctrico en los cuales hay un acuerdo arbitral previo al surgimiento de la controversia, que faculta a la Comisión para conocer del conflicto. Incluso surgido el conflicto si una de las partes no desea someter su conflicto a la decisión de la Comisión puede acudir a los tribunales del Organismo Judicial a sabiendas que la contraparte puede interponer una

⁶⁸ Entrevista realizada en el kilómetro 18.5 Carretera a El Salvador. “La Feria”.

⁶⁹ Cuestión que no sucede en los tribunales del Organismo Judicial.

excepción de incompetencia con base al acuerdo arbitral que consta en los contratos mencionados.

Es pues que si se analiza de conformidad con lo que sucede en la práctica los propios contratos son los facultan a la Comisión para conocer de las controversias, podría darse como indicaba el Licenciado Sierra, que las partes en lugar de que haya un acuerdo arbitral, acuerden resolver sus conflictos en los tribunales del Organismo Judicial. Pero los agentes del sector subeléctrico saben que en la conformación del tribunal arbitral (Comisión) habrá personas con conocimientos técnicos que no existen en el Organismo Judicial.

Asimismo comentaba el Licenciado Sierra, en la entrevista realizada, que la Comisión al resolver la controversia emite un laudo que puede ser objeto de revisión por parte del Organismo Judicial, y si precluye el plazo para interponer el recurso de revisión, se puede ejecutar el mismo en un proceso de ejecución en la vía de apremio.

Es necesario realizar una refutación respecto a lo indicado por el Licenciado Sierra, en los siguientes puntos:

- ✓ La ley le da el carácter de tribunal arbitral a un ente administrativo colegiado.
- ✓ Exista o no exista el acuerdo arbitral previo, la Comisión con base a la norma aducida está obligada a conocer sobre las controversias que surjan entre los agentes del sector subeléctrico.
- ✓ Tal y como indicaba el Licenciado Sierra, si en algún momento las partes dentro del proceso arbitral, o previo a que inicie éste desean acudir a los tribunales del Organismo Judicial, la Comisión da lugar para que las mismas acudan a dichos tribunales. Si esto en realidad sucede, la

Comisión estaría denegando la administración de justicia, derecho fundamental contenido en la Ley del Organismo Judicial.

- ✓ "El reglamento"⁷⁰ emitido por la propia Comisión tiene carácter de resolución administrativa, pues la Comisión no se encuentra facultada para emitir reglamentos. Si el caso hubiera sido la necesidad de implementar un reglamento para llevar a cabo dichos arbitrajes, el Ministro de Energía y Minas, hubiera tenido que suscribirlo con el Presidente de la República de Guatemala. Sin embargo considero que, la Ley de Arbitraje es la que debiera de aplicarse en dichos arbitrajes.
- ✓ La Comisión resuelve en la práctica dichos arbitrajes como resolución administrativa y no como laudo arbitral.
- ✓ La Comisión no puede emitir laudos arbitrales.

Se puede decir entonces que al aplicar esta norma en la práctica, es aplicar una norma inconstitucional, pues como indicaba anteriormente veda el libre acceso a los tribunales de justicia, obligando a los agentes del subsector eléctrico a someter sus conflictos a la solución de órgano administrativo, que la ley le da el carácter de tribunal arbitral.

3. En el mundo actual, se hace necesaria la solución de controversias de conformidad con las necesidades que se requieren, es incomprensible la existencia de normas para dicha solución de conflictos a través de la institución del arbitraje sin que medie la voluntad de las partes. Tales son algunos casos en la legislación comparada que cita Sergio Artavia en su libro *El proceso Arbitral en Costa Rica*:

⁷⁰ Ver anexo.

COSTA RICA: Anteriormente a la entrada en vigencia de la Ley Reguladora del Mercado de Seguros, en la normativa de este país existía el artículo 25 de la Ley de Monopolios del Instituto Nacional de Seguros⁷¹ según la cual toda cuestión de hecho o de derecho que surja entre el Instituto y el asegurado relativa al contrato-póliza, sería resuelto en juicio arbitral.⁷²

Actualmente la Ley Reguladora del Mercado de Seguros dice respecto a la resolución de controversias, "e) La resolución de controversias sobre contratos de seguros deberá observar, en su orden, la legislación especial vigente, lo dispuesto en el Código de Comercio, el Código Civil y el resto del ordenamiento y la jurisprudencia nacional aplicable, así como los principios técnicos, los usos, las costumbres y la jurisprudencia internacional compatibles con nuestro ordenamiento; privarán las disposiciones especiales sobre las generales."⁷³

Asimismo el artículo 88 del Código de Comercio de Costa Rica enuncia que en los casos de herederos o de legatarios de cuotista de una sociedad de responsabilidad limitada a los que no se les admita la incorporación a la sociedad, y en cuyo caso, se deberá acudir a un arbitraje.⁷⁴ (el subrayado en la palabra deberá es propio)

⁷¹ A pesar de la entrada en vigencia de DR-CAFTA a Costa Rica. Según correo electrónico enviado el 10 de enero de 2,009, el Doctor Artavia me indicaba que no ha entrado a operar en Costa Rica ninguna aseguradora.

⁷² Artavia Barrantes, Sergio. Op.Cit. Página 89.

⁷³ Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. Ley Reguladora del Mercado de Seguros. Costa Rica. Artículo 5.

En el capítulo II de la presente tesis se consignaron las normas relacionadas en la legislación guatemalteca respecto a los contratos mediante formulario y póliza.

⁷⁴ Ibid. Página 89. El artículo referido literalmente dice: "**Artículo 88.** Para la incorporación de herederos o legatarios del socio fallecido, se llenarán los mismos requisitos que en el caso de cesión de cuotas a terceros, salvo disposición contraria de la escritura. Los herederos o legatarios rechazados podrán recurrir a un tribunal que fallará en definitiva sobre la admisión, compuesto de tres miembros independientes de la

En cuanto a la anterior norma que contenía arbitraje forzoso en materia de seguros, la Sala Constitucional de Costa Rica, antes de la entrada en vigencia de la Ley Reguladora del Mercado de Seguros, consideró que el arbitraje en esos casos era forzoso, por ende inconstitucional si no se permite a la parte, la libertad de escoger entre la jurisdicción común y la arbitral. Esto por el monopolio que existía en materia de seguros y por ser ésta una institución estatal, por lo que el administrado tiene el derecho a escoger demandar en sede arbitral o en sede contenciosa administrativa. La crítica que subyace en el fondo del voto de la Sala Constitucional es que el arbitraje resulta oneroso para el asegurado, y la potestad de este mismo de acudir a una u otra vía ⁷⁵

CHILE: En Chile el arbitraje forzoso se da en los siguientes casos: Liquidación de una sociedad conyugal o de una sociedad colectiva o en comandita y la de las comunidades, la partición de bienes, las cuestiones que surjan de la presentación de la cuenta del gerente o del liquidador de las sociedades mercantiles y los demás sobre juicio de cuentas, las diferencias de los socios en una sociedad anónima o de una sociedad colectiva o en comandita comercial, o entre los asociados de una participación, en el caso del artículo 415 del Código de Comercio, y la liquidación de las sociedades civiles de responsabilidad limitada; las asociaciones o cuentas de participación. ⁷⁶

sociedad y de sus socios, nombrados, uno por la sociedad, otro por el interesado y el otro por la Cámara de Comercio.”

⁷⁵ Ibid. Página 92 y 93.

En cuanto a este tema, el Doctor Artavia, me indicaba en correo electrónico enviado el 10 de enero de 2,009, que a pesar de la nueva regulación existente la opinión de la Sala, continuaría siendo que el arbitraje es oneroso para el asegurado y se veda el derecho de acudir a otras vías de solución de conflictos.

⁷⁶ Artavia Barrantes, Sergio. Op.Cit. Página 90.

ARGENTINA: Se tiene establecido el arbitraje para la solución de controversias en los casos de locación de servicio o de obras, cuando no se hubiere acordado el precio y el servicio o trabajo, cuestiones que se susciten sobre la inteligencia de las cartas de crédito o recomendación y las obligaciones que ella importe, en la ejecución de sentencias cuando las liquidaciones o cuentas sean complicadas o de lenta y difícil justificación o requieran conocimientos especiales y en la compraventa comercial concretada sobre muestras, si la cosa entregada no se ajusta a lo pactado.

BOLIVIA: Existen arbitrajes forzosos para cualquier disputa entre socios o herederos de sociedades comerciales, salvo acuerdo en contrario, según el artículo 1,480 del Código de Comercio, equivalente al caso de Guatemala de los "Conflictos derivados de contratos de bolsa".

4. Existe una discusión si los arbitrajes entre inversores y el Estado nacidos de un tratado bilateral o multilateral son o no una jurisdicción obligatoria.

Como se dijo el derecho a iniciar este tipo de arbitrajes proviene del propio tratado y la discusión según efectos prácticos radica en que si el tratado de donde nace el arbitraje, se considera un consentimiento válido para ejecutar el laudo arbitral, tal como lo prescribe la Convención de Nueva York.⁷⁷

Efectivamente esta clase de arbitraje nace de un acuerdo arbitral mediante el intercambio simultáneo de las partes (Estado-inversor) del sometimiento al arbitraje.

⁷⁷ Convención sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras.

“Un Estado que formalice un acuerdo para promoción y protección recíproca de inversiones de otro Estado. La aceptación por una parte del inversor de la oferta, y en consecuencia la formación del acuerdo de arbitraje, no se producirá hasta el momento en que el inversor comience el arbitraje.”⁷⁸

Por lo tanto hasta este momento, y haciendo referencia a la legislación guatemalteca, podríamos indicar que en la misma existen 2 normas que contienen arbitrajes forzosos, primero la norma adicionada a la Ley de Arbitraje con ocasión de la entrada en vigencia del DR-CAFTA y segundo la norma contenida en la Ley General de Electricidad, que faculta a la Comisión para conocer conflictos como árbitro.

Asimismo existen dentro de la legislación guatemalteca 2 normas que contienen los mal denominados “arbitrajes cuasi-forzosos”, que según lo que indicaba anteriormente se clasifican como arbitrajes forzosos en la doctrina, por un lado la norma contenida en la Ley del Mercado de Valores y Mercancías y por el otro la norma modificada en el Código de Comercio que hace referencia a la solución de controversias en los contratos de agencia.

Estas cuatro normas, como se analiza y propone más adelante, se consideran inconstitucionales por contravenir el artículo 29 de la Constitución Política de la República de Guatemala que se ha mencionado reiteradamente en el texto de esta tesis y será expuesto más a detalle en el capítulo IV, asimismo dichas

⁷⁸ Cremades, Bernardo M. y Cairns, David J.A. Op.Cit. Página 30.

A criterio de la escritora el consentimiento de las partes se da, para el Estado desde el momento que suscribe el tratado bilateral o multilateral y para el inversor desde el momento en que acepta la oferta, es hasta ese momento de aceptación en donde el inversor se obliga voluntariamente a someter los conflictos que se deriven al conocimiento de un tribunal arbitral.

normas se oponen a la propia naturaleza jurídica del arbitraje, pues no nacen de un acuerdo entre partes.

Capítulo IV.

IV.1 SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL

Bernardo Trujillo dice: "La palabra constitución proviene del latín *constitutio*, -*onis*, de la cual se desprenden varios significados, pero solo se hará mención a los que en este tema nos compete; forma o sistema de gobierno que tiene cada estado y ley fundamental de un estado que define el régimen básico de los derechos y libertades de los gobernados, división de poderes e instituciones de la organización política. En cuanto a la supremacía la real academia de la lengua (sic) sostiene que significa; preeminencia, superioridad jerárquica."⁷⁹

Asimismo continua diciendo el autor citado en el párrafo anterior: "... en la doctrina mexicana Ignacio Burgoa define la constitución como el ordenamiento jurídico que proclama los principios políticos, sociales, económicos, culturales y humanos que derivan del ser, del modo de ser y del querer ser de un pueblo en su devenir histórico mismo. Por otra parte Kelsen en su obra teoría pura del derecho (sic) se refiere a la constitución como la norma superior ya que esta regula la producción de otras normas, es decir, normas inferiores. También dice que el orden jurídico no es un sistema de normas de derecho situadas en un mismo plano, sino una construcción escalonada de diversos estratos de normas jurídicas. Entorno a lo anterior la Suprema Corte de la Nación⁸⁰ señala que la

⁷⁹ Trujillo Gastelum, Bernardo. <http://www.tuobra.unam.mx/publicadas/070626110600.html>.

⁸⁰ La Suprema Corte de la Nación de México es el Máximo Tribunal Constitucional del país y cabeza del Poder Judicial de la Federación. Tiene entre sus responsabilidades defender el orden establecido por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; mantener el equilibrio entre los distintos Poderes y ámbitos de gobierno, a través de las resoluciones judiciales que emite; además de solucionar, de manera

constitución es la norma fundamental que unifica y da validez a todas las demás leyes que constituyen un orden jurídico determinado, también dice que toda norma fundamental constituye un instrumento permanente de gobierno, cuyos preceptos aseguran la estabilidad y la certeza necesaria para la existencia del estado y del orden jurídico. De estos criterios se desprende la importancia que ha adquirido la consideración jurídico – positiva de la carta magna, fundamentada en la ya mencionada teoría de Kelsen.⁸¹

Es importante hacer énfasis en la Teoría Pura del Derecho de Hans Kelsen pues es en esta teoría en donde realmente se sientan las verdaderas bases de la supremacía constitucional, y es a este esquema formal con el cual calza el ordenamiento jurídico guatemalteco.

Eduardo García de Enterría explica las razones en que se fundamenta el principio de supremacía de la constitución: "... la Constitución define el sistema de fuentes formales del derecho de modo que solo por dictarse conforme a lo dispuesto por la Constitución (...) una Ley será válida o un Reglamento vinculante. En este sentido, es la primera de las "normas de producción", la norma normarum, la fuente de las fuentes⁸². Segundo, porque en la medida en que la Constitución es la expresión de una intención fundacional, configuradora de un sistema entero que en ella se basa, tiene una pretensión de permanencia (...) o duración (...), lo que parece asegurarle una superioridad sobre las normas

definitiva, asuntos que son de gran importancia para la sociedad. En esa virtud, y toda vez que imparte justicia en el más alto nivel, es decir, el constitucional, no existe en nuestro país autoridad que se encuentre por encima de ella o recurso legal que pueda ejercerse en contra de sus resoluciones.

⁸¹ Trujillo Gastelum, Bernardo. <http://www.tuobra.unam.mx/publicadas/070626110600.html>.

⁸² La Constitución en un ordenamiento jurídico es la fuente de fuentes, pues de ella se desprende todo el ordenamiento jurídico no existe una norma anterior o superior a esta. Las normas ordinarias, reglamentos, etc, se derivan de la propia Constitución y no es posible que éstas puedan contradecirla, porque si eso ocurriera devendrían nulas ipso iure.

ordinarias carentes de una intención total tan relevante y limitada a objetivos mucho más concretos, todos singulares dentro del marco globalizador y estructural que la Constitución ha establecido".⁸³

Luis Castillo Córdova dice que: "La Constitución debe ser considerada como norma fundamental, como norma primera, que funcional como base sobre la cual descansa todo el restante ordenamiento jurídico, de modo que inspire el concreto contenido de éste, a la vez que define su validez jurídica en tanto se ajuste o no a todas las disposiciones de la norma constitucional. En este contexto se puede afirmar que los derechos constitucionales informan y se irradian por todos los sectores del ordenamiento jurídico; y que la Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico – estatal y, como tal, la validez de todo los actos y normas expedidos por los poderes públicos depende de su conformidad con ella."⁸⁴

Continua manifestando Castillo Córdova que: "Si no se coloca la Constitución en la mencionada posición fundamental, entonces se abre la posibilidad que tanto el Parlamento como la Administración pública e incluso el mismo aparato Judicial, puedan actuar cualquiera de sus facultades de manera contraria a las exigencias constitucionales, de modo que quedan habilitados para contradecir la norma constitucional. Si esto ocurriera, evidentemente, se vaciaría de contenido y se desnaturalizaría a la Constitución en la medida que la finalidad de limitar el poder político se hace inalcanzable. En estos casos, sólo

⁸³ García De Enterría, Eduardo. La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional. 3ª. Edición. Madrid: Editorial Civitas. 1988. Página 49 a 55.
<http://huitoto.udea.edu.co/derecho/constitucion/fundamento.html>.

⁸⁴ Castillo Córdova, Luis. Los derechos constitucionales elementos para una teoría general. Palestra Editores. Lima, Perú. 2005. Página 191.

formalmente se puede estar ante una Constitución, pero en ningún caso materialmente.⁸⁵

La propia Constitución de Guatemala en los artículos 175 y 204 hacen referencia a la supremacía constitucional, aduciendo que al emitir cualquier resolución o sentencia se debe observar OBLIGADAMENTE que la Constitución prevalece sobre cualquier ley o tratado.⁸⁶

"... la ley o la norma reglamentaria deberán ajustarse a la Constitución si pretenden ser válidas y regir efectivamente. Ninguna norma con rango de ley ni mucho menos con rango de reglamento, podrán disponer de modo distinto a lo que dispone la Constitución como norma fundamental de modo que la ley – y consecuentemente, tampoco el reglamento puedan contraponérsele eficazmente – si es que se considera a la Constitución como una norma rígida. En palabras del Tribunal Constitucional⁸⁷, es indubitable que en un sistema jurídico que cuenta con una Constitución rígida, ninguna ley o norma con rango de ley (como las leyes orgánicas) tiene la capacidad para reformar, modificar o enmendar parte alguna de la Constitución."⁸⁸ (el subrayado es propio)

Asimismo la Constitución Política de la República de Guatemala enuncia que toda disposición que contravenga la Constitución Política de República de

⁸⁵ Ibid. Página 191 y 192.

⁸⁶ Asamblea Nacional Constituyente. Constitución Política de la República de Guatemala. Guatemala. 1985. Artículos 175 y 204.

⁸⁷ Tribunal Constitucional de la República de Perú es un organismo constitucional e independiente del Estado Peruano, interviene para restablecer el respeto a la Constitución en general y de los derechos constitucionales en particular. Se le conoce como el "legislador negativo". Es la última instancia en los procesos constitucionales.

⁸⁸ Asamblea Nacional Constituyente. Op.Cit. Página 192 y 193.

Guatemala es nula ipso iure, es decir es nula de pleno derecho y por ende no nace a la vida jurídica, no surte efectos jurídicos.⁸⁹

Por lo que conviene mencionar que la supremacía de la Constitución es el principio por medio del cual las normas jurídicas contenidas en la Carta Magna fundamentan las normas ordinarias y reglamentarias. Por lo tanto estas últimas no contravienen las de orden constitucional, sino que únicamente las desarrollan, ya que las normas constitucionales se derivan del poder constituyente, la Constitución es la norma de normas, la fuente de las fuentes no hay ninguna otra norma por encima de la misma, y si alguna disposición normativa la contraviniera devendría está inconstitucional.

IV.2 DERECHOS CONSTITUCIONALES

A la luz del artículo 44 de la Constitución Política de la República de Guatemala no son derechos fundamentales únicamente los derechos reconocidos por la propia Constitución, sino también son aquellos derechos que aunque no estén expresamente plasmados en el cuerpo normativo, son inherentes a la persona individual. Que estos derechos sean inherentes a la persona individual significa que están implícitos en la naturaleza del hombre y que le han sido dados por el hecho de ser persona, derivado de su propia dignidad.⁹⁰

Para Antonio Fernández-Galiano: "... Son derechos fundamentales aquellos que corresponden a todo hombre por el mero hecho de ser hombre. Reciben

⁸⁹ Asamblea Nacional Constituyente. Constitución Política de la República de Guatemala. Guatemala. 1985. Artículo 175.

⁹⁰ Artículo 44. Derechos inherentes a la persona humana. Los derechos y garantías que otorga la Constitución no excluyen otros que, aunque no figuren expresamente en ella, son inherentes a la persona humana.

diferentes denominaciones, si bien las más utilizadas son las de derechos fundamentales y derechos humanos ...".⁹¹

Continua manifestando Fernández-Galiano a referirse a las características de esos derechos individuales: "... la imprescriptibilidad, la inalienabilidad y la irrenunciabilidad. ... Para que un derecho fundamental sea eficaz el Estado no sólo debe reconocerlo, sino además garantizar su ejercicio."⁹²

Para Castillo Córdova los derechos inherentes a las personas son manifestaciones de valores y principios jurídicos que vienen exigidos necesariamente por la naturaleza humana, la dignidad, libertad e igualdad. Pero principalmente esos valores encuentran como mencionaba anteriormente su fundamento en la dignidad del hombre.⁹³

Es importante señalar como indica el autor Castillo Córdova en palabras de Luis Prieto Sanchís que los derechos asumen una cualidad legitimadora del poder, pues se erigen en reglas fundamentales para medir la justificación de las formas de organización política.

Pérez Luño, citado por el Doctor Castillo Córdova, afirma que los derechos fundamentales constituyen el acuerdo básico de las distintas fuerzas sociales, logrado a partir de relaciones de tensión y de los consiguientes esfuerzos de cooperación encaminados al logro de metas comunes. Por ello, corresponde a los derechos fundamentales un importante cometido legitimador de las formas

⁹¹ Fernández-Galiano, Antonio. <http://vlex.com/vid/269243>.

⁹² Fernández-Galiano, Antonio. Op.Cit. <http://vlex.com/vid/269243>.

⁹³ Ibid. Pagina 83 y 84.

constitucionales del estado de derecho, ya que constituyen los presupuestos del consenso sobre el que se debe edificar cualquier sociedad democrática.⁹⁴

Los derechos fundamentales finalmente son aquellos inherentes a la persona, implícitos en la naturaleza humana, independientes del acuerdo o consenso al que arriben las personas que ostenten el poder público, decidiendo las mismas reconocerlos o no reconocerlos en un ordenamiento jurídico.

Antonio-Carlos Pereira Menaut enuncia: "Los derechos constitucionales son pretensiones, facultades e inmunidades de las personas individuales, inherentes (al menos en su fundamentación) a su naturaleza humana y normalmente reconocidas por las principales constituciones, las cuales, empero, no las crean ni constituyen, sino que las reconocen o declaran⁹⁵, facilitando así su ulterior protección legal y jurisprudencial. Debe notarse que esta afirmación se refiere a los derechos constitucionales más básicos e importantes; en los niveles menos importantes es claro que las constituciones, e incluso las leyes, pueden crear derechos."⁹⁶

⁹⁴ Ibid. Página 85 y 86. La opinión emitida por Pérez Luño me parece desacertada en el sentido que los derechos individuales no son un consenso del poder, los derechos individuales encuentran su fundamento en la ley moral natural inherente en todo hombre, ley natural que es universal e inmutable. Por ejemplo el derecho a la vida era, es y será siempre el derecho a la vida, porque está impreso en la ley moral natural, implícita en la naturaleza del hombre, independiente del conceso de las personas que en determinado momento ostenten el poder público.

⁹⁵ Aclaro que los derechos constitucionales son aquellos derechos contenidos en una Constitución que han sido reconocidos o declarados por el poder público. Esto quiere decir que su existencia es anterior e independiente al reconocimiento o declaración que realice el poder público. Por otro lado los derechos fundamentales son aquellos derechos contenidos o no en una Constitución, declarados o no por quien ostenta el poder.

⁹⁶ Pereira Manaut, Antonio-Carlos. Lecciones de Teoría Constitucional. Segunda edición. Editorial COLEX. Madrid, España. 2006. Página 311.

Asimismo continua manifestando el autor citado en el párrafo anterior que los derechos deben ser exigibles ante un tribunal de justicia⁹⁷

En el caso propio de Guatemala, el artículo 204 de la Constitución, es clara la exigibilidad del reconocimiento de estos derechos fundamentales, pues el propio artículo obliga a los tribunales de justicia a resolver de conformidad con la Constitución y las demás leyes de la República.

Asimismo existen las garantías constitucionales creadas para proteger a las personas contra las amenazas de violaciones a sus derechos y la restauración de los mismos cuando la violación ha ocurrido, también para garantizar la libertad, y la supremacía constitucional.⁹⁸

Por lo tanto en un derecho individual existen como se mencionó en el párrafo anterior mecanismos de reconocimiento, protección y defensa de los derechos de los hombres, derechos inherentes en la naturaleza humana, fundamento de la dignidad. Dichos derechos pueden ser defendidos a través de los mecanismos establecidos en el derecho interno y en el derecho internacional.

⁹⁷ Ibid. Página 312.

⁹⁸ Asamblea Nacional Constituyente. Constitución Política de la República de Guatemala y Ley de Amparo, Exhibición Personal y Constitucionalidad. Guatemala. 1985 y 1986. Artículo 204, parte considerativa y artículo 8.

IV.3 LOS DERECHOS INDIVIDUALES SEGÚN LA PARTE DOGMÁTICA DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA, LOS FALLOS DE LA CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD Y LAS NORMAS QUE CONTIENEN ARBITRAJES FORZOSOS EN LA LEGISLACIÓN GUATEMALTECA.

Es importante en el presente estudio realizar una confrontación de las normas dentro del ordenamiento jurídico guatemalteco que contienen arbitrajes forzosos⁹⁹ y los derechos constitucionales, contenidos en la parte dogmatica de la Constitución que tienen relación y podrían contravenir dichos arbitrajes forzosos.

El libre acceso a tribunales en el cual la carta magna dice literalmente: "Artículo 29.- Libre acceso a tribunales y dependencias del Estado. Toda persona tiene libre acceso a los tribunales, dependencias y oficinas del Estado, para ejercer sus acciones y hacer valer sus derechos de conformidad con la ley.

Los extranjeros únicamente podrán acudir a la vía diplomática en caso de denegación de justicia.

No se califica como tal, el solo hecho de que el fallo sea contrario a sus intereses y en todo caso, deben haberse agotado los recursos legales que establecen las leyes guatemaltecas."¹⁰⁰ (el subrayado es propio)

La Corte de Constitucionalidad al respecto a indicado: "... libre acceso a tribunales, al que le es ínsito un derecho subjetivo público a la jurisdicción e impone la correlativa obligación al Estado, por conducto del Organismo Judicial, de emitir

⁹⁹ Entendiendo ahora que dentro de los forzosos incluimos los mal denominados cuasi-forzosos. Este tema fue analizado en el Capítulo II.

¹⁰⁰ Asamblea Nacional Constituyente. Constitución Política de la República de Guatemala. Guatemala. 1985.

decisiones fundadas en ley, que garanticen el derecho de defensa, en observancia del principio de prevalencia constitucional .. dando vigencia... a la justicia, enmarcada en ley, como fin esencial de la organización del Estado...".¹⁰¹

El libre acceso a tribunales es entonces:

1. Un derecho subjetivo público, que quiere decir que es inherente al hombre, y nadie se puede oponer a su ejercicio.
2. Existe la obligación por parte del Estado, a través del Organismo Judicial de emitir decisiones fundadas en ley. Es decir la propia Corte de Constitucionalidad está indicando que el Organismo Judicial debe velar porque resuélvanlas resoluciones se emitan de conformidad con la ley, asimismo que haya un derecho de defensa efectivo, etc.

Esta ha sido la interpretación que ha dado la Corte de Constitucionalidad al respecto, y a la luz de la Ley de Organismo Judicial para interpretación de las normas, el texto del artículo 29 es claro.

Yéndonos más al propio texto del artículo 29 de la Constitución, la verdadera violación que se da al conocer de un conflicto en arbitraje nacido de una norma que OBLIGA a las partes a irse al mismo, es la violación a la LIBERTAD de la persona a acceder a tribunales. Las normas que contienen arbitrajes forzosos obligan a las partes a someter sus conflictos a un tribunal arbitral, que si bien es cierto no se verá violado el acceder a un tribunal, no se le da la oportunidad de elegir a que tribunal quiere acceder, si a otro foro arbitral, si quiere someter el conflicto a conocimiento de un tribunal del Organismo Judicial.

¹⁰¹ Corte de Constitucionalidad. Gaceta No. 12, expediente No. 89-89, página No. 14, sentencia: 14-06-89.

Por otro lado el derecho de defensa en la Constitución Política de la República de Guatemala dice: "Artículo 12.- Derecho de defensa. La defensa de la persona y sus derechos son inviolables. Nadie podrá ser condenado, ni privado de sus derechos, sin haber sido citado, oído y vencido en proceso legal ante juez o tribunal competente y preestablecido.

Ninguna persona puede ser juzgada por Tribunales Especiales o secretos, ni por procedimientos que no estén preestablecidos legalmente."¹⁰²

La Corte de Constitucionalidad ha indicado en varias ocasiones: "...Tal garantía consiste en la observancia por parte del tribunal, de todas las normas relativas a la tramitación del juicio y el derecho de las partes de obtener un pronunciamiento que ponga término, del modo más rápido posible, a la situación de incertidumbre que entraña el procedimiento judicial. Implica la posibilidad efectiva de ocurrir ante el órgano jurisdiccional competente para procurar la obtención de la justicia, y de realizar ante el mismo todos los actos legales encaminados a la defensa de sus derechos en juicio, debiendo ser oído y dársele oportunidad de hacer valer sus medios de defensa, en la forma y con las solemnidades prescritas en las leyes respectivas. Se refiere concretamente, a la posibilidad efectiva de realizar todos los actos encaminados a la defensa de su persona o de sus derechos en juicio. Si al aplicar la ley procesal al caso concreto se priva a la persona de su derecho de accionar ante jueces competentes y preestablecidos, de defenderse, de ofrecer y aportar prueba, de presentar alegatos, de usar medios de impugnación contra resoluciones judiciales,

¹⁰² Asamblea Nacional Constituyente. Constitución Política de la República de Guatemala. Guatemala. 1985. Artículo 12.

entonces se estará ante una violación de la garantía constitucional del debido proceso...¹⁰³

De la anterior sentencia de la Corte de Constitucionalidad podemos deducir que para el cumplimiento del derecho de defensa se debe cumplir:

1. La observancia de todas las normas relativas a la tramitación del juicio.
2. El derecho de las partes de obtener un pronunciamiento que ponga término al conflicto.
3. Posibilidad efectiva de ocurrir ante el órgano jurisdiccional competente para procurar la obtención de la justicia.
4. Realizar ante el mismo todos los actos legales encaminados a la defensa de sus derechos en juicio, debiendo ser oído y dársele oportunidad de hacer valer sus medios de defensa, en la forma prescrita en la ley.
5. No privar a la persona de su derecho de accionar ante jueces competentes y preestablecidos, de defenderse, de ofrecer y aportar prueba, de presentar alegatos, de usar medios de impugnación contra resoluciones judiciales.

Con este desglose de lo que comprende el derecho de defensa se podría decir que no existe una violación a este derecho constitucional en un proceso arbitral. Pues es cierto, que un arbitraje llevado a cabalidad, de conformidad con los

¹⁰³ Corte de Constitucionalidad. Gaceta No. 54, expediente 105-99, página No. 49, sentencia: 16-12-99. Guatemala.

procedimientos establecidos para el mismo, se estaría cumpliendo con el derecho de defensa.

Por otro lado si el proceso arbitral nace de una norma que contiene un arbitraje forzoso, si se estaría violando el derecho de defensa pues como se indicó en el desglose anterior, el proceso debe conocerse por el órgano competente para llevar a cabo el mismo. Y si bien es cierto es competente porque la propia ley lo obliga a conocer del conflicto, nace de la voluntad del legislador y no de la voluntad de las partes.

Por lo que si el conocimiento del conflicto en arbitraje inicia de una manera contraria a la voluntad de las partes, que sería contrario a la propia institución del arbitraje, las fases procesales y los procedimientos establecidos se verían violados, pues desde un inicio existe un vicio en el procedimiento, da inicio de una forma incorrecta.

Por lo tanto, si el proceso arbitral nace de una manera contraria a la propia naturaleza del arbitraje y al libre acceso a tribunales de justicia ¿Se estará violando el debido proceso?, por supuesto que sí, pues no se desarrolla dicho proceso con base a un acuerdo arbitral, el proceso se vería viciado desde el inicio, por lo tanto el desarrollo de las fases procesales devendrían viciadas también.

Asimismo el derecho a la libertad se encuentra vedado al constituir un tribunal arbitral con base a una norma que contiene un arbitraje forzoso.

El artículo 4 de la Constitución Política de la República de Guatemala dice: "Artículo 4. Libertad e igualdad. En Guatemala todos los seres humanos son libres e iguales en dignidad y derechos. El hombre y la mujer, cualquiera que sea su estado civil, tienen iguales oportunidades y responsabilidades. Ninguna

persona puede ser sometida a servidumbre ni a otra condición que menoscabe su dignidad. Los seres humanos deben guardar conducta fraternal entre sí.”¹⁰⁴

Es importante que el Estado garantice la libertad, que es aplicable en el presente estudio, de la cual se deriva la facultad de la persona de elegir ante quien desee, entendiéndose al juez natural o legal, la resolución de sus conflictos para que los mismos concluyan con una manifestación por parte del tribunal elegido, conforme a las leyes aplicables al caso concreto.

Esto quiere decir que si la persona desea someter sus conflictos a un tribunal del Organismo Judicial, puede llevarlo a cabo, y si quiere someterlos al conocimiento de un tribunal arbitral, puede acordarlo de esa manera, siempre y cuando la materia sea arbitrable, de modo que el ejercicio de la libertad sea pleno, y ese derecho no transgreda los derechos de las demás personas, ya que este es el límite de los derechos, y en el caso de acordar un arbitraje, que la materia sea arbitrable.

Sergio Artavia Barrantes dice que el fundamento básico del derecho a la jurisdicción, al derecho de acción o a la tutela judicial efectiva, se encuentra en el hecho de que el Estado debe prohibir que las personas, por sus propios medios, satisfagan el conjunto de derecho y deberes de su patrimonio personal. El Estado, debe adoptar las medidas tendientes a una tutela heterocompuesta, eliminando la acción directa de los individuos, como forma de satisfacción de sus propias pretensiones, y creando entonces, mecanismos jurídicos donde el tercero imparcial, sustituya esa acción directa.

¹⁰⁴ Asamblea Nacional Constituyente. Constitución Política de la República de Guatemala. Guatemala. 1985. Artículo 4.

Artavia Barrantes opina que si el legislador opta por remitir a las partes a un arbitraje para solucionar una controversia determinada, estará cumpliendo y tutelando el derecho de la jurisdicción o tutela judicial efectiva, pues es la misma Constitución es la que le faculta para optar por este medio de solución de conflictos. Esta solución no sólo es posible con base en el artículo 43 de la Constitución de Costa Rica sino con base en el artículo 153 de la Constitución de Costa Rica que lo faculta para crear otras jurisdicciones que brinden los derechos mínimos de defensa e imparcialidad. El derecho a la tutela jurisdiccional, y en forma más concreta el derecho al juez natural, no se verán disminuidos por las diferentes modalidades que para su ejercicio prevean según la distinta estructura de los procedimientos singulares.

Asimismo dicho autor indica que a pesar de los argumentos expuestos, no ha faltado doctrina calificada que niegue la constitucionalidad de los arbitrajes obligatorios, con el argumento de que se rompe el principio de unidad, exclusividad y monopolio de la jurisdicción y el del principio de juez natural, o bien, que la imposición del arbitraje forzoso es una denegación de justicia, si en tales casos no será preferible acudir al juez oficial, si no comete el legislador abuso de poder tanto al impedir el arbitraje voluntario, como el convertirlo en forzoso o al aceptar un pacto obligatorio previo.¹⁰⁵

Luego de la explicación del autor Artavia Barrantes cabe hacer una pregunta, ¿Corresponde al órgano legislativo velar por la tutela judicial o jurisdiccional?. En cuanto a este tema Pereira Menaut indica que la fiscalización, control,

¹⁰⁵ Artavia Barrantes, Sergio. Op.Cit. Página 30 a 38.

examen o revisión de las leyes para comprobar si son conformes con la Constitución es una función en principio diferente del aplicar el derecho al caso concreto.¹⁰⁶

"... la revisión, control, fiscalización o examen de la constitucionalidad de las leyes se debe a que la soberanía reside en la Constitución y no el parlamento. Si el soberano es el parlamento – bien en teoría como en Inglaterra, bien en la práctica como en la III República francesa-, sus leyes no podrán verse sometidas a control ulterior alguno. Si, al contrario, la soberanía está en la Constitución, será lógico que se ajusten a ella todas las leyes inferiores. Que se le ajusten es natural en todo caso, incluso bajo una Constitución flexible – de lo contrario, ¿para qué se hace una Constitución?--; lo que llama la atención es que se cree un mecanismo cuasi-judicial y fuera del parlamento para comprobar si las leyes de ese parlamento se ajustan a la magna carta.

La revisión de la constitucionalidad, por tanto, no es otra cosa que comprobar si las normas con rango de ley son acordes con la Constitución: a) bien porque se derivan de ella, b) bien porque no se derivan pero no van contra ella (las dos posibilidades no son exactamente iguales). Por razones obvias, es más probable con una constitución escrita - pues, de lo contrario, no será fácil determinar qué es exactamente lo que ha de servir de contraste- y rígida – pues, de lo contrario, todas las leyes son del mismo rango y en caso de conflicto bastaría aplicar el criterio *lex posterior derogat priori*-. No por casualidad toda constitución soberana ha de ser, en principio escrita y rígida."¹⁰⁷

¹⁰⁶ Pereira Manaut, Antonio-Carlos. Op.Cit. Página 247.

¹⁰⁷ Ibid. Página 269 y 70.

Es pues importante para el presente estudio de tesis la exposición del autor Pereira Menaut, pues si bien es cierto que el Organismo Legislativo debe velar por que las normas jurídicas, emitidas por este Organismo, no contravengan la Constitución Política de la República, debe existir un control ulterior a este, por si existiere normativa contraria a la Carta Magna. Es de aquí donde se deriva la tutela judicial efectiva, que corresponde al Organismo Judicial, y asimismo se puede mencionar que otro control de la constitucionalidad de las leyes corresponde al tribunal constitucional, en el caso de Guatemala a la Corte de Constitucionalidad.

Es por lo anteriormente expuesto que puedo concluir lo siguiente:

1. Los arbitrajes forzosos nacen de la voluntad del legislador.
2. La naturaleza del arbitraje como método alternativo de solución de conflictos es eminentemente contractual.
3. Los arbitrajes forzosos violan el derecho constitucional de libre acceso a tribunales, toda vez que vedan la facultad del sujeto de elección del tribunal al que quieren someter la solución de la controversia surgida.
4. Los arbitrajes forzosos asimismo vedan el debido proceso toda vez que dicho proceso inicia por la propia voluntad del legislador y no de la voluntad de las partes, por lo que si el procedimiento se viola desde el inicio del arbitraje el resto de fases procesales y demás procedimientos establecidos no tendrían ningún efecto, por haber surgido el propio proceso de una norma netamente inconstitucional y contraria a la naturaleza del arbitraje.
5. Los arbitrajes forzosos violan la libertad, derecho constitucional reconocido en la Constitución, pues como se indicó, no permiten los

arbitrajes forzosos, que las partes decidan a que tribunal competente quieren someter a decisión su controversia.

6. El control de constitucionalidad de las normas es una facultad propia de los tribunales de justicia y la Corte de Constitucionalidad toda vez que dicha facultad le ha sido otorgada por la propia Constitución a estos.

Capítulo V.

V.1 LA COMISIÓN NACIONAL DE ENERGÍA ELÉCTRICA COMO TRIBUNAL ARBITRAL Y EL PLANTEAMIENTO DE INCONSTITUCIONALIDADES EN CASO CONCRETO.

La Ley General de Electricidad como se mencionó en el capítulo 2 del presente trabajo faculta a la Comisión Nacional de Energía Eléctrica para dirimir las controversias que surjan entre los agentes del subsector eléctrico, actuando como árbitro entre las partes cuando éstas no hayan llegado a un acuerdo.

¿Que sucedería si surge un problema entre los agentes del subsector eléctrico y la Comisión Nacional de Energía Eléctrica se constituye como un tribunal arbitral, y las partes o alguna de estas, plantean ante tal tribunal la inconstitucionalidad en caso concreto, de la norma que faculta a la Comisión para conocer de la controversia que se somete a su conocimiento?, ¿Será competente la Comisión Nacional de Energía Eléctrica para conocer dicha inconstitucionalidad?, ¿Cuál debería de ser la actuación de la Comisión ante tal planteamiento?, ¿Qué pasaría si la norma que se plantea como inconstitucional en el caso concreto es la propia norma que faculta a la Comisión para resolver como tribunal arbitral el conflicto?

José Arturo Sierra González dice en su libro de derecho constitucional guatemalteco que: "Aproximadamente en los años siguientes de la Primera Guerra Mundial, usualmente denominado como el período de la primera postguerra, se inició la formación de una tendencia doctrinaria (sic) que impulsaba la necesidad del establecimiento de un sistema de revisión Judicial de

la constitucionalidad de la leyes. De acuerdo a esta corriente, los diferentes tribunales tendrían la facultad de examinar y declarar la conformidad o no de las normas de origen legislativo con las normas fundamentales de la Constitución. Como consecuencia también surgen los instrumentos relativos al control de la constitucionalidad de las leyes."¹⁰⁸

El mismo Sierra González indica que existen sistemas para el control de la constitucionalidad que son el sistema americano o difuso y el sistema continental europeo o concentrado.

El sistema americano o difuso dice Sierra lo es porque el control constitucional puede ser ejercido por cualquier juez o tribunal siempre que conozca de un caso concreto.¹⁰⁹ En Guatemala se ejerce el control difuso al plantearse y resolverse las inconstitucionalidades en caso concreto.

El sistema europeo o concentrado, crea un sistema de control mediante el conocimiento de la constitucionalidad de las leyes a través de un tribunal constitucional que se convierte en un legislador negativo. Se monopoliza dice Sierra el conocimiento y resolución de los asuntos relativos a la constitucionalidad de la leyes.¹¹⁰ Se da este caso en Guatemala cuando se conoce acerca de las inconstitucionalidades en caso general.

En el caso de Guatemala el sistema es mixto, es el que se acopla al ordenamiento jurídico, pues hay parte del sistema difuso y parte del concentrado, porque tanto conocen sobre la constitucionalidad de las leyes los

¹⁰⁸ Sierra González, Jose Arturo. Derecho Constitucional Guatemalteco. Editorial estudiantil FENIX. Guatemala. 2007. Página 185.

¹⁰⁹ Ibid. Página 187.

¹¹⁰ Loc. Cit.

tribunales ordinarios de justicia como el tribunal constitucional, Corte de Constitucionalidad.

La Constitución Política de la República de Guatemala en el artículo 203 dice que la justicia se imparte de conformidad con la Constitución y las leyes de la República.¹¹¹

Por su parte la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, normativa de orden constitucional indica en el artículo 116: "... En casos concretos, en todo proceso de cualquier competencia o jurisdicción, en cualquier instancia y en casación, hasta antes de dictarse sentencia, las partes podrán plantear como acción, excepción o incidente, la inconstitucionalidad total o parcial de una ley a efecto de que se declare su inaplicabilidad. El tribunal deberá pronunciarse al respecto." (el subrayado es propio)¹¹²

La Corte de Constitucionalidad indicó que la finalidad del planteamiento de una inconstitucionalidad en caso concreto es: "... se autoriza la promoción de inconstitucionalidad de ley en casos concretos, siempre que se haya citado como apoyo de Derecho en la demanda, en la contestación o que, de cualquier otro modo resulte del trámite del juicio; su finalidad es la de inaplicarla, si la tesis es acogida. Tal posibilidad se explica por el deber que tienen los jueces de dictar sus fallos de conformidad con las leyes aplicables a cada caso concreto, pero, en primer lugar, de atender el artículo 116 de la Ley de la materia requiere: a) que la ley que se impugne, total o parcialmente, sea aplicable al caso que el tribunal debe decidir; b) que el fallo a dictarse dependa de la validez

¹¹¹ Asamblea Nacional Constituyente. Constitución Política de la República de Guatemala. Guatemala. 1985. Artículo 203.

¹¹² Asamblea Nacional Constituyente. Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad. Guatemala. 1986. Artículo 116.

o falta de validez de la ley o norma cuya cuestionada; c) el razonamiento suficiente de la relación entre la ley o norma atacada y el eventual fallo que evidencie que su aplicación puede transgredir la disposición constitucional que el interesado señale, debiendo ser, por ello, inaplicable.”¹¹³

Por lo que la finalidad de plantear una inconstitucionalidad en caso concreto es la búsqueda de la supremacía constitucional y por consiguiente la inaplicación de una norma a un caso concreto, por contravenir ésta, la Constitución. En esta hipótesis que planteo la inaplicación de la norma que le da origen al arbitraje, o la inaplicación de otra norma que deviene inconstitucional al caso concreto.

Luis Felipe Saenz Suarez dice: “La ley antes citada, a la que insistimos, nominaremos Ley de la Corte, atribuye la competencia para conocer de la inconstitucionalidad en casos concreto a los tribunales del orden común “... que corresponda según la materia (artículo 120), asumiendo en tales eventos “carácter de tribunal constitucional”, exceptuando a los juzgados menores que, por carecer de esa potestad, deben inhibirse inmediatamente de conocer cuando un asunto tal les sea planteado directamente, y enviar los autos al superior jerárquico para que tome su conocimiento. Ello indica que, salvo lo último, para conocer de esta clase de inconstitucionalidad la competencia está atribuida a los tribunales de la jurisdicción ordinaria – unipersonales y colegiados-, siempre que en ellos se tramite el proceso en le que se pretenda la declaración de inaplicación de leyes. Acá resulta patente la recepción del sistema de “control difuso”, desde luego que la facultad para conocer se extiende a tales tribunales, aunque entendiendo en carácter y materia exclusivamente constitucional, abriéndose paso así al fenómeno de adquirir, en

¹¹³ Sentencia de la Corte de Constitucionalidad. 15 de febrero de 2000. Gaceta 55.

esos casos, la condición de tribunales constitucionales de primer grado y, en dicha función, quedar sometidos jerárquicamente a la Corte de Constitucionalidad (CC), bajo cuya ley y procedimiento habrán de tramitarse y decidirse, siendo sus pronunciamientos susceptibles de apelación que, de interponerse, pasa a conocimiento de la Corte, como lo prevé el artículo 127 de su Ley, revirtiendo el asunto al "control concentrado".¹¹⁴

Según Saenz Juárez deben de existir algunos presupuestos para el planteamiento de una inconstitucionalidad en caso concreto, las cuales son:

1. La existencia de un litigio a decidirse por un órgano de la jurisdicción ordinaria.
2. Que la inconstitucionalidad se plantee hasta antes de dictarse sentencia.
3. Individualización de la norma o normas jurídicas cuestionables o inaplicables.
4. Cita de la disposición constitucional que resulte infringida.
5. Razonamiento que muestre la relación entre la inaplicación de la norma y el objeto del proceso.¹¹⁵

Es obvio que la inconstitucionalidad en caso general es competencia exclusiva de la Corte de Constitucional, por lo que ningún tribunal arbitral estaría facultado para conocer sobre dichas inconstitucionalidades, pues bajo ninguna circunstancia podrían expulsar del ordenamiento jurídico una norma por ser esta inconstitucional. Caso diferente es que los tribunales arbitrales, actuando como tales, estén obligados a inaplicar las normas que contravengan la Constitución en casos concretos.

¹¹⁴ Saenz Juárez, Luis Felipe. Op. Cit. Página 74.

¹¹⁵ Ibid. Página 77 y 78.

Ricardo Luque Gamero dice respecto al control constitucional por parte de los tribunales arbitrales: "... las propias partes están impedidas de establecer en el convenio arbitral la imposibilidad o prohibición de que los árbitros puedan conocer de los planteamientos de inconstitucionalidad de las normas, ya que ello implicaría contradecir el deber de cumplir y defender la Constitución que la norma constitucional les impone y el establecer una limitación a los árbitros con el fin que de darse el caso fallen contra de ésta. Así pues, si un árbitro en el ejercicio de su función jurisdiccional concluye en que una norma resulta inaplicable al caso concreto por ser inconstitucional, debe así declararlo, ya que de lo contrario estaría incumpliendo con el mandato de la propia Constitución y no solamente ello sino que además no estaría cumpliendo cabalmente con su función."¹¹⁶

Ahora bien luego de las anteriores explicaciones sobre la inconstitucionalidad en caso concreto y en caso general, se puede decir que la Comisión Nacional de Energía Eléctrica constituida como tribunal arbitral, con base al artículo 4 de la Ley General de Electricidad, no se encuentra facultada para conocer inconstitucionalidades en caso concreto, pues como anteriormente se indicó dicha norma es inconstitucional por lo que todo el proceso arbitral, si así puede llamarse, ha nacido de una forma inadecuada, incorrecta y viciada.

Sin embargo si alguna de las partes quisiera plantear la inconstitucionalidad de la norma que faculta a la Comisión para constituirse como tribunal arbitral, la solución jurídica en este caso concreto, sería plantear un incidente en cuerda separada, ante un tribunal del Organismo Judicial, para que resuelva y se pronuncie sobre la misma.

¹¹⁶ Luque Gamero, Ricardo. El arbitraje y el control de la constitucionalidad. Revista peruana de arbitraje. Magna. 2007. Página 133 y 134.

Pues el incidente es toda cuestión accesoria que sobrevenga a la tramitación de un proceso y que no tenga señalada ninguna vía.¹¹⁷

Todo lo contrario sucedería si en un proceso arbitral nacional, en donde se aplica la ley sustantiva y procesal nacional, un arbitraje pactado mediante un acuerdo arbitral, es decir un arbitraje nacido de la autonomía de la voluntad de las partes y de conformidad con la naturaleza jurídica de dicha institución.

Con base al anterior planteamiento el criterio de la autora es que si una de las partes plantea una inconstitucionalidad en caso concreto ante dicho tribunal arbitral, el propio tribunal arbitral estaría obligado a conocer y resolver la misma, a efecto de que aplique o inaplique la norma aducida. Se encuentra facultado para tal cuestión por el propio artículo 116 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y Constitucionalidad¹¹⁸, asimismo repito lo que Ricardo Luque Gamero dice respecto al control constitucional por parte de los tribunales arbitrales: "... las propias partes están impedidas de establecer en el convenio arbitral la imposibilidad o prohibición de que los árbitros puedan conocer de los planteamientos de inconstitucionalidad de las normas, ya que ello implicaría contradecir el deber de cumplir y defender la Constitución que la norma constitucional les impone y el establecer una limitación a los árbitros con el fin que de darse el caso fallen contra de ésta. Así pues, si un árbitro en el ejercicio de su función jurisdiccional concluye en que una norma resulta inaplicable al caso concreto por ser inconstitucional, debe así declararlo, ya que de lo

¹¹⁷ Congreso de la República de Guatemala. Ley del Organismo Judicial. Guatemala. 1989. Artículo 135. Es importante recordar que el artículo 1 de la Ley del Organismo Judicial dice que los preceptos fundamentales de esta ley son las normas generales de aplicación, interpretación e integración del ordenamiento guatemalteco.

¹¹⁸ "... en todo proceso de cualquier competencia o jurisdicción, en cualquier instancia y en casación, hasta antes de dictarse sentencia, las partes podrán plantear como acción, excepción o incidente, la inconstitucionalidad total o parcial de una ley a efecto de que se declare su inaplicabilidad. El tribunal deberá pronunciarse al respecto"

contrario estaría incumpliendo con el mandato de la propia Constitución y no solamente ello sino que además no estaría cumpliendo cabalmente con su función.”¹¹⁹

No puede un tribunal arbitral, ni algún otro tribunal que administre justicia bajo ninguna circunstancia obviar y aplicar una norma que sea inconstitucional al caso concreto, pues de esa cuenta contravendría el artículo 203 de la Constitución¹²⁰ y su propia función como árbitro(s) de impartir justicia de conformidad con la Constitución y demás leyes aplicables al caso.

Y termino esta exposición con dos ideas de Ernesto Jinema, la primera: “La Constitución permea todos los estratos jerárquicos del ordenamiento jurídico (principio kelseniano de la regularidad jurídica), además de constituir el fundamento o factor aglutinante del entero sistema jurídico, por lo que el juez ordinario, al momento de interpretar y aplicar cualquier norma o acto, no puede marginar los preceptos, valores y principios constitucionales. ...”¹²¹

La segunda, “La existencia de una jurisdicción constitucional, no supone *per se*, la ausencia de competencia de la jurisdicción ordinaria en materia constitucional, dado que, todo órgano jurisdiccional común tiene, según lo precedentemente apuntado, el deber de garantizar la observancia aplicación de

¹¹⁹ Luque Gamero, Ricardo. Op.Cit. Página 133 y 134.

¹²⁰ “Artículo 203.- ... La justicia se imparte de conformidad con la Constitución y las leyes de la República....”

¹²¹ Jinema L, Ernesto. “Relaciones entre jurisdicción ordinaria y justicia constitucional”. Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Montevideo, Fundación Konrad Adenauer, 13er. año, Tomo I, 2007. <http://www.ernestojinema.com/>

la Constitución, pues su función es asegurar la supremacía del Derecho y la preservación del ordenamiento jurídico.”¹²²

Esto quiere decir que si el criterio de algunos es que un tribunal arbitral no puede conocer de una inconstitucionalidad en caso concreto, bajo ninguna circunstancia dicho tribunal arbitral podría aplicar normas que sean inconstitucionales en el caso concreto que está conociendo, por ende y lógicamente se encuentra obligado a velar por la supremacía constitucional.

¹²² Jinesta L. Ernesto. Op Cit.

Es importante resaltar que en Costa Rica el sistema de control constitucional es concentrado y que el autor citado es de nacionalidad costarricense.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

- 1.** A través de los sucesos históricos relacionados con el arbitraje, se puede deducir, que las necesidades del mundo actual claman la necesidad de la resolución alterna de conflictos, con la finalidad de llegar a la solución del caso concreto de manera pronta, privada y accesible.
- 2.** El arbitraje es el método alternativo de solución de controversias a través del cual las partes deciden someter sus controversias presentes o futuras a la decisión de un tercero imparcial, siempre y cuando la materia sometida sea arbitrable según la ley.
- 3.** La naturaleza jurídica del arbitraje se deriva del acuerdo de las partes, de la propia autonomía de la voluntad.
- 4.** Arbitraje forzoso es el sometimiento a la decisión de uno o varios árbitros, cuando ha surgido determinado conflicto, por decisión del legislador.
- 5.** En Guatemala existen varias normas jurídicas que contienen arbitrajes forzosos, mismos que devienen inconstitucionales por contravenir el artículo 4, 5, 12 y 29 de la Constitución Política de la República de Guatemala.
- 6.** Los tribunales arbitrales que apliquen la ley sustantiva y procesal de Guatemala, están obligados a inaplicar las normas que devienen inconstitucionales en los procesos que se encuentren bajo su conocimiento.

- 7.** Los tribunales legalmente constituidos en Guatemala están obligados a inaplicar las normas dentro del ordenamiento jurídico guatemalteco que sean contrarias a la Constitución, con el fin de velar por la supremacía constitucional.
- 8.** Se recomienda el planteamiento de inconstitucionalidades generales para la expulsión del ordenamiento jurídico de las normas que contienen arbitrajes forzosos, pues se convierten en una amenaza y posible violación a los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, de las personas a las que se les puedan aplicar los arbitrajes forzosos.
- 9.** Se recomienda el ejercicio del derecho a accionar por parte de las personas para que ante la vulneración de algún derecho fundamental, nacida dicha violación de los arbitrajes forzosos que contiene la legislación local, soliciten la suspensión de los actos cuando lo que se causa es una amenaza o la reparación del daño cuando el daño ha sido causado.
- 10.** Se recomienda al Organismo Legislativo el estudio y análisis de las normas y redacción de las mismas, para que las mismas no sean contrarias a la Constitución Política de la República de Guatemala.
- 11.** Se recomienda a los tribunales que tienen a su cargo la administración de justicia velar por la inaplicación de las normas que devienen inconstitucionales al caso concreto, pues a estos les compete el control constitucional.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

1. Aguirre Godoy, Mario. Derecho Procesal Civil. Tomo II Volumen 1. C.E. Vile. 2006. Guatemala.
2. Artavia Barrantes, Sergio. El proceso Arbitral en Costa Rica Tomo 1. Editorial Jurídica Dupas. 1996. San José, Costa Rica.
3. Bello Janeiro, Domingo. Principios del Contrato de Arbitraje. El Arbitraje Internacional. Ponencias del Congreso Internacional de Arbitraje 2007. Primera Parte. Perú. 2008.
4. Bernal Gutierrez, Rafael. El Arbitraje en Guatemala, Apoyo a la Justicia. Editorial Serviprensa, C.A. Guatemala
5. Castellanos Howell, Álvaro. Fundamentación Jurídica del Arbitraje Agrario. Arbitraje Agrario una alternativa para la Paz. Secretaria de Asuntos Agrarios. Guatemala. 2007.
6. Castillo Córdova, Luis. Los derechos constitucionales elementos para una teoría general. Palestra Editores. Lima, Perú. 2005.
7. Cremades, Bernardo M. y Cairns, David J.A.. El Arbitraje en la Encrucijada entre la Globalización y sus Detractores. La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía. España. 2002.
8. García De Enterría, Eduardo. La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional. 3ª. Edición. Madrid: Editorial Civitas. 1988. Página 49 a 55.
9. Gozaíni, Oswaldo Alfredo. Formas Alternativas Para la Resolución de Conflictos. Ediciones Palma. Buenos Aires. 1995.
10. Jinesta L, Ernesto. Relaciones entre jurisdicción ordinaria y justicia constitucional. Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano. Fundación Konrad Adenauer. Montevideo. 13er. año, Tomo I, 2007.

11. Landa Arroyo, César. El arbitraje en la Constitución de 1993 y en la Jurisprudencia del tribunal constitucional. Ponencias del Congreso Internacional de Arbitraje 2007. Primera Parte. Perú. 2008.
12. Luque Gamero, Ricardo. El arbitraje y el control de la constitucionalidad. Revista peruana de arbitraje. Magna. 2007.
13. Pereira Manaut, Antonio-Carlos. Lecciones de Teoría Constitucional. Segunda edición. Editorial COLEX. Madrid, España. 2006.
14. Pérez-Rosas Pons, Juan José. Enemigos Íntimos: Código Procesal Civil VS. Ley General de Arbitraje, a propósito del debido proceso. Ponencias del Congreso Internacional de Arbitraje 2007. Segunda Parte. Perú. 2008.
15. Rivera Neutze, Antonio Guillermo. Arbitraje y Conciliación: alternativas extrajudiciales de solución de conflictos. Impresos Robelo. Guatemala. 2001.
16. Sierra González, Jose Arturo. Derecho Constitucional Guatemalteco. Editorial estudiantil FENIX. Guatemala. 2007.
17. Xiol Ríos, Juan Antonio. El arbitraje y los tribunales de justicia Presidente de la Sala Primera del Tribunal Supremo Barcelona. Febrero 2007.

ELECTRONICAS

1. China Internet Information Center.
<http://lanzhou.china.com.cn/english/Judiciary/31276.htm>.
2. Fernández-Galiano, Antonio. <http://vlex.com/vid/269243>.
3. Hill, Gerald and Kathleen.
<http://dictionary.law.com/default2.asp?selected=2429&bold=>.

4. Juan Carlos I. http://noticias.juridicas.com/base_datos/Derogadas/r1-l36-1988.html.
5. Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. <http://www.wipo.int/amc/es/arbitration/what-is-arb.html>
6. Real Academia Española. LA 22.^a EDICIÓN (2001) Diccionario de la Real Academia Española <http://buscon.rae.es/draeI/>.
7. Saravia, Jorge Andrés. http://www.servilex.com.pe/arbitraje/colaboraciones/sistema_nacional_arbitraje_consumo_argentina.php
8. Trujillo Gastelum, Bernardo. <http://www.tuobra.unam.mx/publicadas/070626110600.html>.

NORMATIVAS

1. Asamblea Constituyente. Decreto Número 38. El Salvador. Artículo 23.
2. Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. Ley Reguladora del Mercado de Seguros. Costa Rica.
3. Asamblea Nacional Constituyente. Ley de Amparo, Exhibición Personal y Constitucionalidad. Guatemala. 1986.
4. Asamblea Nacional Constituyente. Constitución Política de la República de Guatemala. Guatemala. 1985.
5. Asamblea Nacional Constituyente. Constitución Política de la República de Costa Rica. Costa Rica. 1949.
6. Congreso de la República de Guatemala. Código de Comercio. Guatemala.
7. Congreso de la República de Guatemala. Convención sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras. Guatemala.

- 8.** Congreso de la República de Guatemala. Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional. Guatemala.
- 9.** Congreso de la República de Guatemala. Ley de Arbitraje. Decreto 67-95. Guatemala. 1995.
- 10.** Congreso de la República de Guatemala. Ley del Organismo Judicial. Guatemala. 1989.
- 11.** Congreso de la República de Guatemala. Ley General de Electricidad. Guatemala.
- 12.** Dominican Republic-Central America Free Trade Agreement o Tratado de Libre Comercio entre República Dominicana, Centroamérica y Estados Unidos de América.

GLOSARIO

1. **Comisión:** Comisión Nacional de Energía Eléctrica.
2. **Conflictos derivados de contratos de bolsa:** El artículo 69 de la Ley de Mercado de Valores y Mercancías.
3. **Conflictos derivados de contratos entre agentes del sector subeléctrico:** El artículo 4 inciso d) de la Ley General de Electricidad.
4. **Conflictos entre agentes de comercio:** Artículo 291 del Código de Comercio.
5. **Conflictos internacionales derivados de contrataciones civiles y mercantiles:** El artículo 117 del decreto 11-2006, Ley de Implementación del Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos.
6. **Constitución:** Constitución Política de la República de Guatemala.
7. **DR-CAFTA:** Dominican Republic-Central America Free Trade Agreement o Tratado de Libre Comercio entre República Dominicana, Centroamérica y Estados Unidos de América
8. **MARC:** Métodos Alternos de Solución de Controversias.

ANEXO

COMISION NACIONAL DE ENERGIA ELECTRICA

Se deroga, la Resolución número CNEE-17-98 de fecha 29 de julio de 1998, y se emite la Resolución No. CNEE-31-98, de fecha 2 de diciembre de 1998, relacionado con el Reglamento para Dirimir Conflictos entre los Agentes del Subsector Eléctrico.

RESOLUCION No. CNEE-31-98

LA COMISION NACIONAL DE ENERGIA ELECTRICA

CONSIDERANDO:

Que el Decreto 93-96 del Congreso de la República de Guatemala, Ley General de Electricidad, establece que la Comisión Nacional de Energía Eléctrica goza de independencia funcional para el ejercicio de sus atribuciones.

CONSIDERANDO:

Que el Decreto 93-96 del Congreso de la República de Guatemala, en su artículo 4 inciso d) establece como función de la Comisión Nacional de Energía Eléctrica, el dirimir las controversias que surjan entre los agentes del subsector eléctrico, actuando como árbitro entre las partes.

CONSIDERANDO:

Que la Ley General de Electricidad impone a los Agentes del subsector eléctrico que las controversias que surjan entre ellos y que pueden ser objeto de arbitraje deberán de ser conocidas y resueltas por la Comisión Nacional de Energía Eléctrica en calidad de arbitro o de Institución Arbitral Permanente.

POR TANTO:

Con base en lo considerado y en el ejercicio de las funciones que le confiere la Ley General de Electricidad y su Reglamento,

RESUELVE:

Emitir el siguiente,

**REGLAMENTO PARA DIRIMIR CONFLICTOS
ENTRE LOS AGENTES DEL SUBSECTOR ELECTRICO**

SECCION I

OBJETO Y COMPETENCIA

Artículo 1. OBJETO. El presente reglamento tiene por objeto establecer el procedimiento por medio del cual se diriman los conflictos que surjan entre los agentes del subsector eléctrico.

Artículo 2. COMPETENCIA. Es competencia de la Comisión Nacional de Energía Eléctrica, en su calidad de Institución Arbitral Permanente, el conocimiento de todos los conflictos que surjan entre los Agentes del Subsector Eléctrico, de conformidad con lo establecido en la Ley y sus reglamentos. Es facultad de la Comisión establecer el ámbito de su competencia. Para los efectos de este artículo, se entiende por Agentes del Subsector Eléctrico a Distribuidores, Generadores, Transportistas, Comercializadores y Grandes Usuarios.

Artículo 3. FUNCIONES ADMINISTRATIVAS DE LA COMISION NACIONAL DE ENERGIA ELECTRICA. La Comisión Nacional de Energía Eléctrica asumirá las funciones secretariales de apoyo para el Tribunal, suministrando todo el soporte técnico y logístico para poder cumplir con tal cometido.

Los servicios secretariales podrán realizarse utilizando cualquier medio que refleje fielmente lo actuado en las audiencias.

Artículo 4. SECRETARIO. La función de Secretario del Tribunal la asumirá la persona que al efecto designe la Comisión Nacional de Energía Eléctrica, quien tendrá su respectivo suplente. Dentro de sus funciones podrá certificar actas y actuaciones del Tribunal Arbitral, así como todo aquello que le solicite el Tribunal Arbitral.

SECCION II

DEL TRIBUNAL ARBITRAL

Artículo 5. INTEGRACION DEL TRIBUNAL ARBITRAL. La Comisión Nacional de Energía Eléctrica, después de recibido el memorial inicial a que se refiere este Reglamento, y dentro de los cinco días siguientes, nombrará a la(s) persona(s) que integrará(n) el tribunal arbitral, que dará(n) seguimiento al Proceso en todas sus etapas. La citada Comisión nombrará, además, a suplente(s), para la sustitución temporal o definitiva del(os) árbitro(s) nombrado(s).

Artículo 6. RECUSACION DE LOS ARBITROS. Cuando un árbitro ha sido recusado por una parte, la otra parte podrá aceptar la recusación. El árbitro también podrá, después de la recusación, renunciar al cargo. En ningún

caso se entenderá que esto implica aceptación de la validez de las razones en que se funda la recusación. En todo caso se aplicara íntegramente el procedimiento previsto para el nombramiento del árbitro sustituto de conformidad con este Reglamento.

La Comisión Nacional de Energía Eléctrica tiene la potestad de decidir, en última instancia, si acepta o no la recusación planteada.

Artículo 7. CAUSAS DE RECUSACION. El (los) arbitro(s) nombrado(s) podrá ser recusado(s) si existen circunstancias de tal naturaleza que den lugar a dudas justificadas respecto de su objetividad o imparcialidad.

Artículo 8. PROCEDIMIENTO DE LA RECUSACION. La parte que desee recusar a un árbitro, deberá comunicarlo por escrito a la Comisión Nacional de Energía Eléctrica, indicando los motivos de la recusación dentro del día siguiente a la notificación que se haga sobre el nombramiento.

Artículo 9. NOTIFICACION DE LA RECUSACION. La solicitud de recusación será notificada por la Comisión Nacional de Energía Eléctrica a la otra parte, dentro del día siguiente de recibida.

Artículo 10. SUBSTANCIACION DEL PROCESO ARBITRAL. En lo concerniente a las actuaciones no contempladas en el presente Reglamento, el Tribunal Arbitral podrá dirigir el arbitraje del modo que considere apropiado, siempre que se trate a las partes con igualdad y que, en cada etapa del procedimiento, se dé a cada una de las partes plena oportunidad de hacer valer sus derechos.

Artículo 11. AUDIENCIA DE INSTALACION. Una vez nombrado(s) el (los) integrante(s) del tribunal arbitral y resueltas las recusaciones que se hubieren presentado, la Comisión Nacional de Energía Eléctrica, en audiencia a la que se citarán a las partes, hará la entrega del expediente al Tribunal Arbitral.

SECCION III

REQUISITOS A CUMPLIR EN LOS DOCUMENTOS QUE CONFORMAN EL PROCESO

Artículo 12. MEMORIAL INICIAL. El planteamiento del conflicto debe hacerse por escrito y el memorial deberá de cumplir con los siguientes requisitos:

- A. Nombre del solicitante o solicitantes, edad, estado civil, profesión, nacionalidad, número de cédula de vecindad o pasaporte, representación o calidad con la que actúa, debiendo en todo caso acompañar el documento con el que comprueba la misma.
- B. Lugar para recibir notificaciones, dentro del perímetro del Municipio de Guatemala. Se señalará también el lugar para notificar a la persona, individual o jurídica, contra quien se plantea el conflicto.
- C. Relación detallada de los hechos.
- D. Proposición de Medios de Prueba.

Debe adjuntarse tres copias del memorial y documentos que se acompañen al mismo.

Artículo 13. NOTIFICACIONES. Toda resolución que se emita, dentro del expediente, debe notificarse a las partes. De toda notificación debe quedar constancia de asiento en el expediente que para el efecto lleve el Tribunal Arbitral. El Tribunal Arbitral podrá utilizar el medio que considere necesario para que la notificación sea realizada.

Artículo 14. DEL NOTIFICADOR. El Tribunal Arbitral designará, si este fuera el medio escogido, para cada asunto, quien deberá de realizar las notificaciones a las partes, pudiendo dentro del trámite variar la designación.

Artículo 15. DILIGENCIAMIENTO DE LAS AUDIENCIAS. En caso de celebrarse una audiencia, el Tribunal arbitral dará aviso a las partes, con tres días de anticipación a su fecha, hora y lugar.

Artículo 16. REQUISITOS DEL LAUDO. Este deberá cumplir con los siguientes requisitos:

- A. Lugar y fecha.
- B. Resumen de todo lo actuado en el proceso.
- C. Aplicación de las normas pertinentes al caso concreto.
- D. Por tanto, que contendrá la parte resolutive.

SECCION IV

DEL PROCESO

Artículo 17. PLANTEAMIENTO DEL CONFLICTO. Cualquier persona individual o jurídica, agente del subsector eléctrico, podrá plantear ante la Comisión Nacional de Energía Eléctrica el conflicto que surja con otro u otros agentes del subsector, a través de memorial.

Artículo 18. RESOLUCION DE TRAMITE. Al haberse resuelto las recusaciones que se hubieren presentado, el Tribunal Arbitral emitirá la primera resolución la que, entre otras cosas, contendrá lo siguiente:

- A. Solicitar a quien plantea el conflicto la aclaración o ampliación acerca de los hechos que lo motivan o que el tribunal considere necesario para contar con más elementos de juicio, y una vez cumplido con esto se procederá de conformidad con lo estipulado a continuación.
- B. Fijar un plazo, a partir de la notificación, de cuatro días para que, en contra de quien se plantea el conflicto, fije su posición y proponga las pruebas de la misma. Dependiendo de la distancia, el tribunal podrá ampliar el plazo.
- C. Fijar un plazo no mayor de diez días para la realización de la o las audiencias.
- D. Emitir las medidas preventivas que considere pertinentes.

Artículo 19. OMISION DE UNA DE LAS PARTES. Cuando sin invocar causa justificada:

- a) El demandante no presente su demanda con arreglo al artículo 12 del presente Reglamento, el tribunal arbitral le pedirá lo haga de conformidad, en caso negativo dará por terminadas las actuaciones.
- b) El demandado, estando debidamente notificado, no presente su contestación con arreglo al artículo 12 del presente Reglamento, el Tribunal Arbitral continuará las actuaciones, sin que esa omisión se considere por sí misma como una aceptación de las alegaciones del demandante.
- c) Una de las partes no comparezca a una audiencia o no presente pruebas documentales, el tribunal arbitral podrá continuar las actuaciones y dictar el laudo basándose en las pruebas de que disponga.
- d) Una vez notificada debidamente la demanda, la inactividad de cualquiera de las partes no impedirá que se dicte el laudo ni lo privará de eficacia.

Artículo 20. ASISTENCIA A LA AUDIENCIA. Las partes involucradas en el conflicto planteado deberán asistir a la o las audiencias que fije el tribunal; éste podrá reunirse, con las partes involucradas conjunta o separadamente, según lo estime conveniente.

El tribunal podrá fijar cuantas audiencias sean necesarias, con el objeto de dirimir en la mejor forma posible el conflicto planteado.

El tribunal podrá, a su criterio y mediante resolución, dar por terminada la fase de audiencias conciliatorias si considerare que es irreconciliable la posición de las partes en conflicto.

Artículo 21. CARGA DE LA PRUEBA. Cada parte deberá asumir la carga de la prueba de los hechos en que se base para fundar sus acciones o defensas. El Tribunal Arbitral podrá, si lo considera pertinente, requerir que una parte entregue al tribunal y a la otra parte dentro del plazo que el Tribunal Arbitral decida, un resumen de los documentos y otras pruebas que esa parte vaya a presentar en apoyo de los hechos en litigio expuestos en su escrito de demanda o contestación.

En cualquier momento de las actuaciones, el Tribunal Arbitral podrá exigir, dentro del plazo que determine, que las partes presenten documentos adicionales y otras pruebas.

Artículo 22. EXCUSA. La parte que no pueda asistir a la audiencia fijada, podrá excusarse, hasta antes de la realización de ésta. Es potestad del tribunal aceptar o no la excusa.

Artículo 23. ARREGLO. Si las partes llegaran a un arreglo, éste no deberá de contradecir la Ley General de Electricidad, sus reglamentos, normas o aspectos técnicos y en todo caso el tribunal deberá aprobarlo o improbarlo.

Artículo 24. NO CONCILIACION. En el caso de no lograrse la conciliación, debe dictarse la resolución respectiva y fijar un plazo de diez días a las partes para que presenten las pruebas que respalden sus posiciones.

El plazo fijado con anterioridad podrá ampliarse a juicio de el tribunal hasta un máximo de diez días más.

Artículo 25. ACTUACION DE OFICIO. El tribunal podrá, en el plazo fijado con anterioridad, reunir prueba e información que juzgue conveniente y la incorporará al proceso.

En todas las etapas del proceso el tribunal podrá actuar de oficio, cuando a su criterio sea necesario.

Artículo 26. LAUDO. Vencido el plazo para la recepción de prueba, el tribunal, dentro de los diez días siguientes, en pleno y mediante Laudo dirimirá la controversia.

Artículo 27. RECURSOS. Contra el Laudo que dicte el tribunal cabrá el recurso a que se refiere el artículo 43 de la Ley de Arbitraje.

Artículo 28. PRESCRIPCION DEL DERECHO A OBJETAR. Se considera que la parte que siga adelante con el arbitraje sabiendo que no

se ha cumplido alguna disposición o requisito del presente Reglamento, sin expresar dentro del plazo de tres días a partir de que tenga conocimiento del mismo, su objeción a tal incumplimiento, renunciará a su derecho de objetar.

Artículo 29. ASUNTOS NO PREVISTOS. Cualquier asunto no previsto será resuelto en lo que fuere aplicable de conformidad con lo establecido en el Decreto 67-95 del Congreso de la República, Ley de Arbitraje, y por la Comisión Nacional de Energía Eléctrica en la forma que considere conveniente.

Artículo 30. DEROGATORIA. Se deroga la Resolución número CNEE-17-98 de fecha 29 de julio de 1998.

Artículo 31. VIGENCIA. El presente Reglamento entrará en vigencia un día después de su publicación en el Diario Oficial.