



ARBITRAJE PARA PEQUEÑAS Y MEDIANAS EMPRESAS

CINDY EUGENIA MARTÍNEZ CORDÓN

Guatemala, marzo de 2018



ARBITRAJE PARA PEQUEÑAS Y MEDIANAS EMPRESAS

TESIS

Presentada al Consejo de la Facultad de Derecho de la Universidad del Istmo

por

CINDY EUGENIA MARTÍNEZ CORDÓN

Para optar al grado académico de:

LICENCIADA EN DERECHO

Y los títulos profesionales de

ABOGADA Y NOTARIA

Asesor

Mgtr. Alvaro Castellanos Howell

Guatemala, marzo 2018

Guatemala, 29 de Enero de 2018

Señores
Facultad de Derecho
Universidad del Istmo.
Presentes.-

RE: Trabajo de Tesis, Alumna CINDY EUGENIA MARTÍNEZ CORDÓN

Estimados Señores:

Tengo el honor de dirigirme a ustedes, como Asesor del Trabajo de Tesis de la alumna **Cindy Eugenia Martínez Cordón**, titulado “**Arbitraje para Pequeñas y Medianas Empresas**”.

La señorita Martínez Cordón cumplió con presentarme primero un ante proyecto de su trabajo, que efectivamente sirvió para poder orientarlo con el enfoque que ella deseaba darle.

Discutimos algunos aspectos muy relevantes relativos al procedimiento arbitral que no pueden ser modificados o sustituidos, independientemente si los usuarios de dicho procedimiento son o no pequeñas o medianas empresas.

Luego, tuve la oportunidad de ir revisando las diferentes versiones que produjo la autora, y en ese proceso pude ir apreciando cómo fue evolucionando en su cada vez mayor y mejor conocimiento de los temas principales de su trabajo de investigación.

También pude darme cuenta en el interés de ella en incidir con un aporte concreto que pudiera redundar en la implementación efectiva de procedimientos arbitrales abreviados para las pequeñas y medianas empresas de Guatemala.

La Srita. Martínez Cordón demostró en todo momento mucha responsabilidad en el desarrollo de su investigación y mucha apertura en cuanto a las pocas modificaciones que se le fueron sugiriendo en el proceso.

Por ello, me permito informar que he concluido mi labor como asesor, al considerar que el trabajo de investigación ha llegado a su forma final, sin perjuicio, por supuesto, de cualquier revisión o consideración posterior que deba realizarse conforme la normativa aplicable a este tipo de trabajos en esa prestigiosa institución académica.

El trabajo de tesis “Arbitraje para Pequeñas y Medianas Empresas” de la Cindy Eugenia Martínez Cordón me parece un aporte concreto que puede redundar en beneficio de dichos sujetos económicos.



Me permito sugerir que este trabajo, realizado con dedicación y esfuerzo por parte de su autora, sea aprobado por las autoridades respectivas de la Facultad de Derecho como requisito de graduación de su autora.

Aprovecho para agradecer la confianza que ha significado el que se me haya nombrado como asesor del trabajo de tesis en referencia.

Sinceramente,



Álvaro R. Castellanos Howell

Guatemala, 13 de marzo de 2018

Señores
Consejo de la Facultad de Derecho
Universidad del Istmo
Ciudad

Estimados Señores:

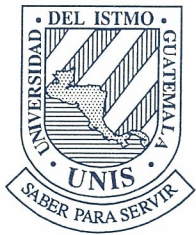
En cumplimiento a la designación recaída en mi persona como revisor de fondo del trabajo de tesis presentado por la alumna **Cindy Eugenia Martínez Cordón**, número de carné **20080007**, titulado ARBITRAJE PARA PEQUEÑAS Y MEDIANAS EMPRESAS, se procedió conforme al artículo 25 del Reglamento de Tesis de la Facultad de Derecho. Por medio de la presente carta presento mi aprobación al trabajo de tesis ya identificado, pues la alumna **Cindy Eugenia Martínez Cordón** atendió las observaciones que oportunamente le fueron formuladas.

Sin otro particular me suscribo de ustedes.

Atentamente,



Licda. Estela Saenz de Colorado



UNIVERSIDAD
DEL ISTMO

FACULTAD DE
DERECHO

FDER 95-18

ORDEN DE IMPRESIÓN DE TESIS

En el municipio de Fraijanes del Departamento de Guatemala, el veinte de marzo de dos mil dieciocho, la infrascrita Secretaria del Consejo de la Facultad de Derecho de la Universidad del Istmo,

CERTIFICA:

PUNTO ÚNICO: Haber tenido a la vista el libro de actas del Consejo de la Facultad de Derecho de la Universidad del Istmo correspondiente al año dos mil dieciocho, en el que se contiene el acta número seis diagonal dieciocho (6/18), correspondiente a la sesión celebrada por el Consejo de Facultad el jueves 15 de marzo de dos mil dieciocho.

Consta en el punto tercero de dicha acta la resolución que, en su parte conducente, dice textualmente:

“El Consejo de Facultad conoció la propuesta de autorización de impresión del trabajo de tesis de la alumna Cindy Eugenia Martínez Cordón, con el título **“Arbitraje para pequeñas y medianas empresas”**. Estudiado el punto, y considerando que se ha cumplido con todos los requisitos exigidos por el Reglamento de Tesis respectivo, el Consejo de Facultad resolvió:

- a. Autorizar la impresión del trabajo de tesis de la alumna Cindy Eugenia Martínez Cordón, con el título **“Arbitraje para pequeñas y medianas empresas”**”.

No habiendo más que hacer constar, se finaliza la presente, firmando la misma la Secretaria del Consejo de la Facultad de Derecho de la Universidad del Istmo, quien da fe.

Lcda. Leticia Andrea Morales Díaz
Secretaria de Consejo de Facultad



DEDICATORIA

A Dios.

A mi familia.

RESUMEN

Comprender la inclusión de las pequeñas y medianas empresas en la economía, conlleva al reconocimiento del rol tan elemental que juegan en la actualidad. Requiere remontarse a sus orígenes, los cuales no datan de muchos años atrás. El punto de partida es la emblemática crisis fordista, la cual abrió la brecha al interés internacional hacia las pequeñas y medianas empresas.

Es indiscutible la relación estrecha que existe entre el crecimiento económico de un país y la certeza jurídica, puesto que la preexistencia de esta última puede catalogarse como un elemento esencial que impulsa la inversión. Partiendo de la afirmación previa, cabe señalar que la ausencia de una justicia pronta y cumplida no es más que la materialización de obstáculos para el desarrollo de un país, en especial al colocar en dicho escenario a los pequeños y medianos empresarios, quienes ante el mismo tenderán a operar de forma arcaica, cuyo único resultado es la retrotracción de la inversión.

Ante escenarios como el previamente descrito es que el arbitraje es un coadyuvante de la justicia ordinaria legitimado por la jurisdicción estatal, el cual tiene como primordial pretensión el complementarla, resultando ser no solamente una alternativa a la desjudicialización, sino también una institución que permite una práctica mucho más expedita, lo cual contribuye directamente a eliminar barreras de accesibilidad en cuanto justicia pronta y cumplida se refiere.

Aunque si bien es cierto, los inicios del arbitraje se fundan en el interés principal de coadyuvar a la jurisdicción ordinaria a través de conocer y resolver en términos razonables, en los últimos años la institución recibió críticas res-

pecto a los altos costos, así como los largos tiempos transcurridos previo a la emisión del laudo por parte del Tribunal Arbitral, lo cual hizo cuestionar la esencia el porqué de su origen. En calidad de replanteamiento de la institución surgió el *fast track arbitration*, con el interés de recobrar uno de los elementos intrínsecos del arbitraje, la celeridad, lo cual motivó a la inclusión de plazos expeditos dentro del procedimiento, reconsiderando a su vez los posibles formalismos innecesarios acogidos por la institución a lo largo de su desarrollo.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO I: PEQUEÑAS Y MEDIANAS EMPRESAS EN GUATEMALA	4
1.¿Qué es una pequeña y mediana empresa?	4
2.Rol e importancia de las pequeñas y medianas empresas en la economía del país.....	8
3.Relación certeza jurídica y el efecto del desincentivo al crecimiento de las pequeñas y medianas empresas	11
CAPÍTULO II: EL ARBITRAJE COMO MÉTODO ALTERNO DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS.....	17
1.Orígenes del arbitraje	17
2.Concepto de arbitraje.....	21
2.1.Diferencia del Arbitraje con mediación y conciliación	23
3.Naturaleza jurídica	24
3.1.Teoría jurisdiccional o publicista	25
3.2.Teoría contractual o privatista.....	26
3.3.Teoría mixta o híbrida.....	27
3.4.Postura de legislación guatemalteca	28
4.Clasificación del arbitraje	29
4.1.Arbitraje voluntario y forzoso:	29
4.1.1.Arbitraje voluntario:.....	29
4.1.2.Arbitraje forzoso	30
4.2.Arbitraje de derecho y de equidad:	35
4.2.1.Arbitraje de derecho:	35
4.2.2.Arbitraje de equidad (ex aequo et bono):.....	35
4.3.Arbitraje institucional y ad hoc:	37
4.3.1.Arbitraje institucional:.....	37
4.3.2.Arbitraje ad hoc:	39
5.Ventajas y desventajas del arbitraje	40

5.1.Ventajas:.....	41
5.1.1.Celeridad:	41
5.1.2.Inmediación:	41
5.1.3.Confidencialidad:	42
5.1.4.Economía:	44
5.1.5.Especialización:.....	44
5.2.Desventajas:	45
5.2.1.Costos altos:.....	45
5.2.2.Falta de Experiencia de la Instituciones:	45
5.2.3.Desconocimiento del procedimiento de arbitraje por las partes y los abogados:.....	46
CAPÍTULO III: EL ARBITRAJE COMO PARTE DE LA REALIDAD GUATEMALTECA.....	47
1.Fundamento constitucional y legal.....	47
2.Materia arbitrable	49
2.1.Criterio excluyente:	51
2.2.Criterio positivo:	52
2.3.Criterio negativo:.....	52
2.4.Criterio de conexión:.....	53
3.Pacto arbitral.....	53
3.1.Concepto	53
3.2.Requisitos esenciales	54
4. Modalidades del pacto arbitral	55
4.1.Cláusula compromisoria	55
4.2.Compromiso arbitral	55
5.Importancia de la redacción de cláusula compromisoria y compromiso arbitral.....	56
6. El árbitro	57
6.1.Relevancia	57
6.2.Naturaleza	59
7.Generalidades del arbitraje de conformidad a los reglamentos de las instituciones arbitrales guatemaltecas	59

CAPÍTULO IV: ARBITRAJE FAST TRACK PARA PEQUEÑAS Y MEDIANAS EMPRESAS 62

1.Arbitraje Fast track..... 62

2.Importancia 67

3.Arbitraje “Fast Track” en el Derecho comparado (Colombia)..... 68

4.Propuesta de puntos a desarrollar dentro de los reglamentos institucionales para la implementación del “Fast track” o vía rápida de arbitraje para aplicación concreta a pequeñas o medianas empresas 72

CONCLUSIONES 79

REFERENCIAS 83

INTRODUCCIÓN

El propósito de la presente tesis es proponer puntos legales con el fin de dar solución a un inconveniente que se presenta frecuentemente en el ámbito del comercio, y el cual afecta concretamente al grupo empresarial de los pequeños y medianos empresarios, este es, la falta de acceso a una justicia pronta y eficaz, hecho que se genera principalmente por los recursos económicos limitados bajo los cuales éstas operan y la realidad carente de certeza jurídica.

La experiencia dicta que el tiempo para litigar un proceso judicial ante los órganos jurisdiccionales guatemaltecos, resulta ser largo y agotante. La extensa duración de los procesos, que conllevan consigo sumas exorbitantes respecto a los servicios profesionales de los abogados, puede verse traducido en una pérdida de tiempo, afectando así el ejercicio de un derecho tan fundamental como lo es el libre acceso a la justicia. La alternativa a un proceso judicial de años se encuentra en el arbitraje, pero hoy por hoy los costos de honorarios de árbitros, más los gastos que se generan del uso de los servicios de los centros de arbitraje, torna difícil el escenario respecto al uso del arbitraje para los comerciantes con un capital limitado.

En vista de la problemática previamente expuesta, este trabajo se realiza con motivo de encontrar una solución. A través del mismo, se trata de exponer la importancia que tienen en la actualidad las pequeñas y medianas empresas en la economía mundial, y específicamente en Guatemala. Se explora además la relación estrecha entre el desarrollo económico y la certeza jurídica, como se podrá ver más adelante.

Posteriormente, se realiza una breve, pero concisa exposición doctrinaria sobre la institución del arbitraje. Esta exposición tiene como razón de ser, adentra al

lector en la institución del arbitraje, para entender la función y aplicación goza en día, ello desde los diferentes escenarios y conflictos que se pueden dar dentro del ámbito comercial.

Se presenta un apartado específico que trata sobre el arbitraje como parte de la realidad guatemalteca, respecto al cual se realiza un análisis constitucional y legal de la institución dentro del ordenamiento jurídico guatemalteco, así como de sus elementos principales y a su vez una breve reseña en relación al desarrollo del arbitraje institucional y su operación actual en el país, ello con el propósito de abordar las generalidades respecto al desarrollo normativo interno que dicta la estructura de procedimiento arbitral.

Por último, se desarrolla la parte toral, el *fast track arbitration* o arbitraje expedito, para pequeñas y medianas empresas, el cual tiene como propósito la determinación de dicho procedimiento y el rol tan importante que ha llegado a desempeñar en el ámbito de comercial, tomando para ello como referencia la inclusión de dicha institución dentro del marco regulatorio de Bogotá, Colombia a través del Reglamento del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, presentando por último una propuesta respecto a temas susceptibles de inclusión en caso se pretenda implementar en el Guatemala un arbitraje expedito a razón de apoyo de las pequeñas y medianas empresas en el sector justicia, cuyo fin último pretende la estimulación de la economía guatemalteca.

El tema de la presente tesis fue elegido debido a la cercanía con la materia y la posibilidad de identificar de primera mano las bondades y beneficios del arbitraje, pero así también las limitantes que la figura tiene en relación a un gran número de empresas que normalmente no pueden costear los gastos que se producen dentro de procedimiento arbitral.

El principal objetivo del presente trabajo es proponer una solución práctica para que las empresas puedan tener acceso a la justicia a cambio de un bajo costo y en un tiempo beneficioso para las partes dentro de con el ánimo de resolver las controversias suscitadas, ello considerando que, es a través del acceso de la justicia, se puede incentivar el crecimiento de las relaciones de comercio empresariales y así incrementar el número de transacciones y reducir así los costos de transacción.

Realizar este trabajo conllevó meses de investigación, en los cuales se hizo una aproximación del tema desde un punto doctrinario, a través de diferentes autores que tratan el tema como una novedad, pero también se realizó la investigación desde el punto de vista práctico, en el cual se pudo corroborar que los principales centros de arbitraje del mundo tienen una tendencia a regular este tipo de arbitraje y a incentivar el uso del mismo.

En virtud de lo anteriormente expuesto, con el presente trabajo de investigación, se pretende plantear una reformulación del arbitraje institucional en Guatemala, a través de la inclusión del *fast track arbitration* y como consecuencia de ello, las pequeñas y medianas empresas puedan tener acceso a fallos de la justicia de forma más expedita y a un bajo costo.

CAPÍTULO I: PEQUEÑAS Y MEDIANAS EMPRESAS EN GUATEMALA

1. ¿Qué es una pequeña y mediana empresa?

El poder definir que es una pequeña o mediana empresa (PYME¹), no consiste en una conceptualización doctrinaria per se. La razón de ello es porque la concepción de estas versa principalmente en indicadores de carácter dinámico, cuyo sustento no es más que la economía. Consecuencia de lo anterior, es “un punto de constante discusión a nivel internacional, pues resulta difícil y complejo, dada la diversidad y heterogeneidad de las empresas que componen el sector, el lograr una definición única utilizando los mismos criterios”².

El determinar la dinamicidad de la composición de las pequeñas y medianas empresas ha permitido dilucidar con claridad la ausencia de una definición tipo propiamente, lo que ha conllevado al establecimiento de criterios, cuya funcionalidad es la de confeccionar definiciones a la medida de cada realidad económica.

Los criterios se sustentan en aspectos cualitativos y cuantitativos, ello con la finalidad de poder encuadrar y agrupar a través de parámetros a las pequeñas y medianas empresas. Entre el espectro de variables que generalmente se utilizan, se encuentran: el número de trabajadores de las empresas, volumen de producción o venta, capital invertido, grado de especialización, gestión de la empresa, entre otros.

¹ PYME: Término que acuña la abreviación de Pequeña y Mediana Empresa.

² Centro de Investigaciones Económicas Nacionales, *Micro, pequeñas y medianas empresas en*

² Centro de Investigaciones Económicas Nacionales, *Micro, pequeñas y medianas empresas en Guatemala*, Centro de Investigaciones Económicas Nacionales, Guatemala, 2010, pp. 11.

Respecto a los criterios mencionados, se ha logrado determinar la existencia de un punto recurrente entre la mayoría de países, coincidiendo al respecto en la adopción del criterio de cuantificación de trabajadores que posee una empresa, es decir, han estipulado en su mayoría límites cuantitativos para lograr así la catalogación de una empresa como pequeña o mediana, esto con la finalidad primordial de formular políticas públicas. Sin embargo, debe aclararse que ello no implica que exista un criterio que prime y reine, puesto que sobre la base de la ausencia de una definición tipo, es importante hacer hincapié al hecho de que son variantes que dependen propiamente de cada país, o inclusive de cada institución.

Guatemala es uno de los países donde el criterio con mayor peso es de carácter cuantitativo. Al respecto cabe mencionar que años atrás no existía un criterio armonizado que permitiera la clasificación de dichas organizaciones, ello derivado del hecho que distintas instituciones dentro del sector público, privado e inclusive académico tenían perspectivas distintas en lo que respecta a los criterios para encuadrar como pequeñas o medianas a las empresas. A partir del Acuerdo Gubernativo del Ministerio de Economía número doscientos once guion dos mil quince (211-2015), los parámetros para poder llevar a cabo dicha clasificación se sustentan en las siguientes variables:

- “Pequeña empresa: toda unidad de producción, que realiza actividades de transformación, servicios o comercio, con un mínimo de once (11) trabajadores y un máximo de ochenta (80) con una generación en ventas anuales equivalentes de un mínimo de ciento noventa y uno (191) salarios mínimos a un máximo de tres mil se-

tecientos (3,700) salarios mínimos mensuales de actividades agrícolas”³.

- “Mediana empresa: Toda unidad de producción, que realiza actividades de transformación, servicios o comercio, con un mínimo de ochenta y uno (81) trabajadores y un máximo de doscientos (200) con una generación en ventas anuales equivalentes de un mínimo de tres mil setecientos uno (3,701) salarios mínimos a un máximo de quince mil cuatrocientos veinte (15,420) salarios mínimos mensuales de actividades no agrícolas”⁴.

Para aquellos casos que dentro de una empresa se encuadren variables de distintas categorías, el Acuerdo Gubernativo anterior esclarece de manera expresa que prevalecerá el criterio cuantitativo relativo a generación de ventas anuales. La adopción de dicho criterio permite dilucidar que en el país el número de empleados no necesariamente reflejan la capacidad económica de una empresa y por ende tampoco su clasificación.

Con el propósito de perfilar de manera más profunda a este tipo de entidades, se han logrado determinar ciertas peculiaridades que las caracterizan. Para el caso de las PYME en Centroamérica, un estudio llevado a cabo en 2011 por la Comisión Económica para Latinoamérica y el Caribe (CEPAL), logró precisar que existen “tres aspectos claves que las caracterizan: 1) la participación relativa de las PYME en la estructura industrial, tanto a nivel de ventas como de producción, no siempre es significativa; 2) la participación de las PYME en el empleo es mayor que en la produc-

³ Acuerdo Gubernativo Número 211-2015 pp. 2.

⁴ Loc. Cit.

ción; y, 3) las PYME manufactureras presentan una notable concentración en productos alimenticios, lo cual denota un patrón de especialización en sectores que hacen uso intensivo de mano de obra, se basan en ventajas comparativas naturales y operan con pequeñas economías de escala”⁵. El estudio previo, más allá de las características, revela el comportamiento que las pequeñas y medianas empresas suelen tener dentro del flujo de la actividad económica, es decir, se puede conocer a través de que ámbitos inciden en la economía de los países centroamericanos.

Tanto la definición acogida, como las características *per se* de las pequeñas y medianas empresas, tienen como propósito la catalogación de dichas organizaciones, partiendo principalmente del poder distinguirlas frente a una empresa grande. Esta tarea, como bien se ha mencionado, estará sujeta a la perspectiva que acuña a cada uno de los criterios y por ende a cada clasificación en concreto, lo cual representa un gran reto, principalmente en aquellos países donde no se ha acogido una única postura e inclusive existen variables interinstitucionales, ya que con ello se abre una brecha difícil de superar al momento de crear políticas públicas, las cuales representan el fin último de la catalogación, el conocer el segmento y motivar medidas que incentiven la inversión.

⁵ Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), *La PyME en Centroamérica y su vinculación con el sector externo*, Comisión Económica para América Latina y el Caribe Naciones Unidas, s/l, 1999, pp. 11.

2. Rol e importancia de las pequeñas y medianas empresas en la economía del país

Comprender su inclusión en la economía, así como el rol tan elemental que juegan las pequeñas y medianas empresas en la actualidad, requiere remontarse a sus orígenes, los cuales no datan de muchos años atrás. El punto de partida, es la emblemática crisis fordista, respecto a la cual vale la pena tener presente que, previo a los años setentas, el modelo de empresa a seguir se fundaba en la industrialización de los procesos (producción y organización), el cual era aplicado con exclusividad por las grandes empresas, esto principalmente por razones de capacidad económica, lo que implicaba en aquella época que cualquier otro sistema de producción, representaría la personificación de lo contrario a la eficiencia y el crecimiento económico; es decir, con el post-fordismo es que cobran auge las pequeñas y medianas empresas.

Desde los inicio de su esplendor hasta la actualidad y en calidad de antítesis de las grandes empresas, las pequeñas y medianas organizaciones han dado revuelo a los argumentos de su participación y aportación en la economía, agrupando a aquellos que consideran a las grandes empresas como la raíz de la competitividad y por ende la auténtica materialización de la globalización, y por otro lado se encuentran quienes acreditan a las pequeñas y medianas empresas la estabilidad socioeconómica así como el ser una fuente directa la diversificación en la actividad privada. Aunque las confrontaciones continúan hasta la fecha, hoy en día resultan más certeras las afirmaciones respecto a las incidencias positivas que las pequeñas y medianas empresas tienen en la economía.

“Las PYME son un factor importante en la generación del Producto Interno Bruto (PIB) y del empleo. En los países para los cuales existen datos y/o encuestas sobre este tema, estas empresas representan una proporción importante del total de la economía de dichos países. Aunque a veces los estudios difieren en la estimación de la contribución de las PYME al PIB, se puede afirmar que, a grandes rasgos generaron más de 20% de éste; en algunos casos, esta contribución se sitúa en 50%. Dentro de este porcentaje, las actividades ligadas al comercio representan 20% de todas las ramas de actividad económica en las que participan las PYME. En términos de empleo se calcula que este tipo de empresas ocupa entre 20% y 25% de la población económicamente activa”⁶.

"En los últimos decenios, América Latina se ha convertido en una región con mucho interés, político e institucional por el tema de la pequeña y mediana empresa (pyme). Su elocuente importancia en los procesos de crecimiento económico de los distintos países y, en particular, de aquellos que conforman la región, es reconocida por la generación de puestos de trabajo. Según cifras de FUNDES (2011), en la región existen 716 mil pequeñas empresas y 145 mil medianas, las mismas que generan el 88% del total de empleos y siempre relacionado con el sector comercial. Todo ello frente a un 10% que avivan las grandes compañías”⁷.

“La Federación de la Pequeña y Mediana Empresa Guatemalteca calcula que la contribución de estas organizaciones equivalen al 40 por ciento del PIB y al 85 por ciento del empleo (2009)”⁸. Un informe respecto al impacto y participación que tienen las empresas de conformidad con su

⁶Loc. Cit.

⁷ GIL, Armando (et al), *El contexto económico global de la pyme*, Revista Académica e Institucional Páginas de la UCP, No. 95, Pereira, 2014, pp. 155-179.

⁸ Banco Mundial, *Desarrollo de Pymes en Guatemala*, Banco Mundial, s/l, 2010, pp. 3.

clasificación, realizado por el Ministerio de Economía en años recientes, logró determinar que respecto al “porcentual presencial, de un rubro de 372,799 empresas registradas y activas, el 11.56% equivale a pequeñas y medianas empresas, dato que se contraresta con un rubro de 0.43% de empresas grandes operando. La participación de los pequeños y medianos empresarios sobresale en rubros como exportaciones equivalen al 39.6% de los bienes y servicios que son enviados fuera del territorio nacional y en lo que respecta a importaciones, al 16.8% de bienes y servicios adquiridos en el extranjero para distribución nacional”⁹.

“En un país en el cual se estima que los trabajadores informales oscilan al 75 por ciento de la fuerza laboral, que las empresas informales representan en promedio, del 35 al 47 por ciento de la producción”,¹⁰ y en donde existe una fuerte tendencia a la participación de las pequeñas y medianas empresas como factor crucial a favor del producto interno bruto del país y a su vez como generador de empleo, resulta indispensable fijar la atención e invertir las fuerzas necesarias que permitan mejoras en el clima de negocios, ya que “mejorar su desempeño e incrementar la participación que tienen en los mercados locales y mundiales puede tener consecuencias enormes y positivas para a economía”¹¹.

⁹ Ministerio de Economía, *Sistema Nacional de Información MIPYME Guatemala*, Ministerio de Economía, Guatemala, 2015, pp. 5 y 12.

¹⁰ *Ibidem.*, pp. 17

¹¹ Banco Mundial, *Op. cit.*, pp. 3.

3. Relación certeza jurídica y el efecto del desincentivo al crecimiento de las pequeñas y medianas empresas

La relación estrecha que existe entre el crecimiento económico de un país y la certeza jurídica es indiscutible, puesto que la preexistencia de esta última puede catalogarse como un elemento esencial que impulsa la inversión. Partiendo de la afirmación previa, cabe señalar que la ausencia de una justicia pronta y cumplida no es más que la materialización de obstáculos para el desarrollo de un país.

En el mundo empresarial, la toma de decisiones en materia de inversión de capital requieren un análisis previo de carácter exhaustivo, primordialmente respecto al uso del dinero y su retorno a través de la ganancias, razón por la cual suele prestarse principal atención a aspectos tales como la seguridad jurídica o la ausencia de esta, para lo cual elementos como la predictibilidad, accesibilidad, eficiencia del tiempo y los recursos, así como efectividad en materia de cumplimiento de lo resuelto por parte de los órganos jurisdiccionales, cobran un peso exponencial, pudiendo la presencia de estos, motivar a una economía retrotraída a ser pujante, es decir, el empresario invertirá capital si considera que el marco jurídico es el adecuado y el ambiente de negocios propicia el cumplimiento de las negociaciones.

“Un marco institucional adecuado es aquel que está compuesto de reglas que favorecen el desarrollo de las actividades económicas, en vez de obstaculizarlas”,¹² ello implica normas claras que impulsen el crecimiento de un mercado dinámico, y a su vez instituciones, principalmente del sec-

¹² Instituto Apoyo. *Poder judicial: impacto en decisiones de empresa peruana*, Instituto Apoyo, Lima, s/f, pp. 1.

tor justicia, que den fiel cumplimiento a lo estipulado en las normas y contratos, apoyándose en caso de dudas en los criterios de interpretación que la ley estipula. La razón de ello, es porque “la legislación de un país no puede mantenerse por sí misma, no importa cuán buena sea”.¹³ “Así para hacerlas efectivas y garantizar su cumplimiento, las leyes deben sostenerse en un sistema a través del cual se resuelvan las disputas de manera eficiente”,¹⁴ ya que en caso contrario solo se estará trabajando en la construcción de desincentivos de inversión, o peor aún, promoviendo de forma indirecta el incumplimiento de obligaciones, ello considerando la incapacidad de los órganos en el ejercicio del *ius imperium*.

“Para lograr el crecimiento económico sostenido, se requiere de reglas de juego que faciliten el desarrollo de actividades económicas y las transacciones”,¹⁵ ya que en caso contrario, sumado a cuestiones de desincentivo de inversión o incumplimiento de obligaciones, se motiva a la toma de decisiones empresariales arcaicas, en donde el empresario se limita, entre otros, a entablar relaciones comerciales con proveedores y/o clientes conocidos, reduciendo drásticamente su número de transacciones, u opte por perder nuevas oportunidades de negocios, todo ello, por operar bajo un sistema de reducción de riesgos.

Se ha mencionado previamente algunos de los puntos que hacen a un sistema ineficiente, pero en caso contrario, ¿que correspondería o debería considerarse para el desarrollo de un poder judicial eficiente? Esta respuesta corresponde a una materia dogmática con puntos de inflexibilidad. “Se puede decir que un poder judicial es eficiente si cumple con ga-

¹³ Ibidem, pp. 4.

¹⁴ Loc. Cit.

¹⁵ Ibidem, pp.1.

garantizar el cumplimiento de las leyes o castigar su incumplimiento, con las siguientes características:

- realizar los procesos y ejecutar las sentencias con eficiencia, a costos justos y de manera rápida.
- Llevar los procesos de manera justa y transparente.
- Tener resoluciones predecibles.
- Asegurar el acceso a la justicia para todos los agentes.

Así mismo, y a partir de lo anterior, es posible presentar ciertas características que descubren las ineficacias del poder judicial:

- Los procesos judiciales son ineficientes (altos costos y lentitud en los procesos).
- Los procesos son corruptos.
- Las decisiones judiciales son inciertas
- El acceso al servicio es desigual”¹⁶.

Características como las previamente mencionadas, en relación a la ineficiencia judicial, representan a la larga ser motivos de abstención para recurrir ante los órganos jurisdiccionales por parte del sector empresarial, en especial para el caso de la pequeñas y medianas empresas, tomando en consideración las limitantes que afrontan en cuanto a capacidad económica se refiere, lo cual frena el dinamismo que requiere la economía, ya que se recurrirán a toma de decisiones de negocio, con la mayor cautela y cantidad de precauciones posibles, todo ello para evitar el incumplimiento de las obligaciones contractuales.

¹⁶ Ibídem, pp. 5.

De igual forma, “el hecho de que los resultados de un proceso judicial resulten inciertos, puede estar mostrando, por un lado, inconsistencias en la legislación vigente. Por otro lado, al margen de que las leyes están bien definidas, la incertidumbre puede mostrar la incapacidad del poder judicial”¹⁷. Lo anterior conlleva a que se vea afectado el ambiente empresarial por el sector justicia, desalentando así la toma de acciones judiciales por parte de los pequeños y medianos empresarios en aquellos casos donde se han visto afectados por incumplimientos contractuales o de carácter negocial, puesto que el riesgo que estarían asumiendo al ejercer su derecho de acceder a los órganos jurisdiccionales tendrían altas posibilidades de materializarse en pérdidas cuantiosas tomando en cuenta la capacidad económica que poseen, limitándose a exigir una reparación.

“Se deduce de esto que el problema es que el hecho que contar con un sistema ineficiente tiene implicaciones sobre la desigualdad en la distribución del ingreso, pues existe una incapacidad por parte de los agentes de menores ingresos de defender y/o hacer efectivos sus derechos económicos”¹⁸. “El funcionamiento del poder judicial como factor de decisión en la realización de mayores niveles de negocios y contratación de terceros resulta importante, puesto que estos dependen de la calidad de las interacciones (cumplimiento de acuerdos) entre los agentes económicos y las expectativas que se tienen sobre ellas”¹⁹. Ante la falta de una institución que cumpla con eficiencia la tarea de hacer respetar los contratos, y consecuentemente castigar a aquellos que no cumplen con lo pactado,

¹⁷ *Ibíd*em, pp. 8.

¹⁸ *Ibíd*em, pp. 11.

¹⁹ *Ibíd*em, pp. 30.

“los empresarios se ven forzados a adoptar distintas medidas a fin de mitigar el riesgo de incumplimiento”²⁰.

Tomando como referencia la duración de los procesos ante una vía ordinaria, un estudio, realizado años atrás, logró cuantificar el valor del tiempo invertido por los empresarios frente a los órganos jurisdiccionales para poder resolver una disputa, los datos reflejados fueron los siguientes:

Guatemala - Costos de los conflictos (en US\$)

Costo	Pequeñas	Medianas	Grandes
Costo promedio tiempo perdido	4,920	16,674	29,859
" " (incluyendo prestaciones)	7,380	25,011	44,788
Costo de oportunidad promedio	6,967	20,463	30,903
" " (con colchón de seguridad 50%)	10,450	30,694	46,354
Costo legal promedio	9,368	28,169	42,334
" " (con colchón de seguridad 50%)	14,052	42,253	63,501

Fuente: HERRERO, Álvaro (et al), *La conflictividad en las empresas de América Latina*, Revista de análisis de coyuntura, Vol. XIII, No. 1, 2007, Venezuela.

Si bien es cierto que no existe una única forma de agrupar las empresas para su catalogación como pequeña o mediana, si puede establecerse una declaración respecto a un elemento que las distingue con las grandes empresas, siendo ésta la capacidad económica que caracteriza a estas últimas, lo que repercute en la tomas de decisiones empresariales, principalmente en las operaciones del día a día, es decir de forma individual a cada empresa, en las operaciones y transacciones que estas manejan, ya que las mismas se sujetarán a procesos y métodos arcaicos, entre ellos:

- “Delimitar el giro y transacciones con personas (físicas o jurídicas) con las que ya han consolidado relaciones previamente, es decir,

²⁰ HERRERO, Álvaro (et al). *La conflictividad en las empresas de América Latina*, Revista de análisis de coyuntura, Vol. XIII, No. 1, 2007, Venezuela, pp. 30.

no hay una expansión en la cartera de clientes y/o proveedores. Lo que conlleva a casos de desconocimiento de nuevas organizaciones, teniendo por resultado que tengan clientes y/o proveedores que no necesariamente satisfacen en un mayor porcentaje las necesidades de costo, calidad o diversificación de los productos o servicios requeridos.

- Requerimiento de garantías a clientes, las cuales pueden tratarse desde de depósitos iniciales hasta garantías de terceros, en negociaciones que no necesariamente lo requieren;
- Delimitar la expansión presencial en distintos territorios²¹.

Los métodos anteriores son una barrera de gran envergadura para la materialización de operaciones de gran valor para la economía del país.

²¹ *Ibíd*em, pp. 31.

CAPÍTULO II: EL ARBITRAJE COMO MÉTODO ALTERNO DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS

1. Orígenes del arbitraje

Conocer el origen del arbitraje, es desentrañar la justificación histórica que tiene esta institución, la cual en la actualidad funge un rol alternativo a la justicia ordinaria en materia de resolución de conflictos, es decir, es un coadyuvante del Estado.

Los inicios del arbitraje se ubican en Roma con el rol del *pater familias*, quien en su calidad de “figura central al interior del esquema familiar romano”²², era el encargado de intervenir y solventar todas las disputas que pudieran dirimirse dentro de los parámetros del hogar y entre todas aquellas personas que se encontraban a su cargo. Si bien es cierto, el rol fungido no era propiamente la de un árbitro, sino más bien la de un conciliador, la figura en conjunto con el rol fue la antesala del árbitro, quien eventualmente llegó a ser designado por las partes, quienes voluntariamente sometían sus controversias a este tercero; es por ello que se considera al arbitraje como “la forma más antigua utilizada por el hombre para solucionar pacíficamente un conflicto”²³.

En la edad media existe un traslape de ámbito en la figura del arbitraje, y por ende del árbitro. Este se desarrolla y comienza a consolidarse en el ámbito comercial, esto derivado principalmente del crecimiento del imperio romano, lo que conlleva la expansión de sus transacciones comercia-

²² AMUNÁTEGUI, Carlos, *El origen de los poderes del Paterfamilias I: El Paterfamilias y la Patria Potestas*, Revista de Estudios Histórico-Jurídicos, No. 28, Escuela de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile, 2006, pp. 52.

²³ *Ibidem*, pp. 29.

les y a su vez la necesidad de la celeridad al solventar los conflictos de-
venidos. Dicha época culmina con “la práctica de la homologación del
procedimiento ante el juez, quien provee la sentencia arbitral de la fórmu-
la ejecutiva. Surge además la diferencia entre árbitro que declara el de-
recho y amigable componedor que no está sujeto a ninguna regla de
procedimiento ni de derecho”²⁴.

Debido al rol tan crucial que comenzó a desempeñar el arbitraje dentro
de la praxis diaria de transacciones comerciales, esta figura fue ganando
territorio hasta su consolidación y reconocimiento propiamente dentro de
la legislación comercial. Estos primeros pasos se reflejan con la “Ley de
arbitraje de 1698 en Inglaterra”²⁵, logrando así, que para “la revolución
francesa, el arbitraje fuese considerado como una institución del ámbito
voluntario, a la cual se le atribuyó la calidad de *droit natural*, por cuanto
se le consideró un mecanismo o antídoto adecuado contra los abusos,
los costos y la parsimonia de la justicia del Estado”²⁶.

Los antecedentes son los que llevan a que el arbitraje se ubique dentro
del foco comercial internacional, es decir, el uso de esta figura llega a
superar los usos solamente dentro de un país y pasan al plano interna-
cional través de su desempeño en acuerdos comerciales entre distintos
países. El primer rastro de lo que se considera el debut del arbitraje mo-
derno en el derecho internacional, se encuentra en el Tratado de Jay,
conocido también como el Tratado de Londres de 1794, firmado entre In-

²⁴ VILLALBA, Juan Carlos, *Orígenes y Panorama Actual del Arbitraje*, Revista Prolegómenos
Derechos y Valores, Vol. XI, Número 22, Universidad Militar Nueva Granada, Bogotá, 2008, pp.
144.

²⁵ *Ibidem*, pp. 147.

²⁶ ZAPALLA, Francesco, *Universalismo Histórico del Arbitraje*, Universitas No. 121, Bogotá,
2010, pp. 209.

glaterra y Estados Unidos, el cual dio “origen al arbitraje por Comisiones Mixtas compuestas por representantes de las partes en igual número”²⁷.

No obstante, cabe mencionar que la institucionalización internacional se originó años después, ello con las Conferencias de Paz de la Haya, con las cuales nace la Corte Permanente de Arbitraje, la cual trajo consigo un reglamento para regir tanto el proceso, así como la conformación del tribunal arbitral. El ámbito de aplicación de dicho reglamento versó en la resolución pacífica de conflictos internacionales que pudieran surgir entre los Estados parte.

La comunidad empresarial de Estados Unidos y Europa, en aras de instituir normas uniformes que rigieran el comercio internacional, estableció la Cámara de Comercio Internacional en 1919, organización empresarial que en 1923 dio vida a la Corte Internacional de Arbitraje, con la misión de “proveer el marco para un sistema arbitral independiente y neutral que resolviera controversias comerciales entre partes de diferentes países”²⁸, lo cual logró por primera vez en 1923 a través del Protocolo de Ginebra sobre cláusulas de arbitraje, el cual pasó a ser complementado en 1927 con la Convención de Ginebra sobre la Ejecución de Laudos Arbitrales. Aunque el reto fue superado con creces y la armonización de normas internacionales fue concretándose poco a poco, surgió un obstáculo no previsto, que es el doble exequatur, es decir, que el “laudo arbitral para su ejecución nacional requería que se demostrará que el laudo tenía el carácter de final en el país donde fue emitido”²⁹.

²⁷ INFANTE, María, *La Solución Judicial de Controversias entre Estados*, Derecho PUCP, Revista de la Facultad de Derecho No. 41, Perú, 1987, pp. 61.

²⁸ *Ibíd.*, pp. 4.

²⁹ GONZÁLEZ, Francisco, *Arbitraje*, Editorial Porrúa, Tercera Edición, Ciudad de México, 2011, pp. 6.

Derivado de las vicisitudes en materia de reconocimiento y ejecución del laudo arbitral, en 1958 la Cámara de Comercio Internacional promovió la Convención de Nueva York, la cual, tomando como base los errores y aciertos de las normas precursoras, sustituyó e implementó nuevos parámetros internacionales. En la actualidad “la Convención de Nueva York constituye la piedra angular del arbitraje comercial internacional”³⁰.

Otra gran aportación con carácter de instrumento internacional ha sido el Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, que, si bien es cierto, sus orígenes se sustentan principalmente en arbitrajes *ad hoc*, ha resultado indiscutible su invaluable contribución, más allá de dicho enfoque. Esto debido a que presenta criterios comunes, los cuales han logrado servir como referencia directa para la creación e implementación, de normativas locales institucionales respecto a varios países.

Existiendo como antecedentes la Convención de Nueva York y el Reglamento de Arbitraje, estos instrumentos hicieron notoria la necesidad de pulir el marco normativo del arbitraje internacional y como continuación de la armonización progresiva, surge la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional en 1985, cuyas aportaciones más relevantes son: 1. El principio minimalista, el cual considera que la intervención estatal en el procedimiento arbitral debe tener el carácter de excepcional; y 2. principio de autonomía de la voluntad, en calidad de pre requisito para la aplicación y desarrollo del arbitraje.

³⁰ Loc. Cit.

En el 2006 varias disposiciones de la Ley Modelo fueron reformadas en atención a la globalización de las relaciones comerciales, así como de la praxis dinámica que representa la institución del arbitraje para el comercio internacional. Desde un análisis generalizado, es posible sintetizar las enmiendas esencialmente entorno a los siguientes puntos: “a) la aplicación de las disposiciones de la Ley; b) origen internacional y principios generales; c) definición y forma del acuerdo de arbitraje; d) medidas cautelares y órdenes preliminares, y e) reconocimiento y ejecución de laudos pronunciados en otro país”³¹. Las reformas per se son una representación clara de la armonización progresiva que se requiere en este ámbito, implementado de la mano de una merecida actualización en atención a las variables comerciales detenidas de la evolución del comercio internacional actual.

2. Concepto de arbitraje

“Etimológicamente, arbitraje viene del latín *arbiter inter*, que significa el que puede decidir o hacer una cosa sin depender de otros y que luego se convirtió en arbitraje que se define como *proceder libremente usando su facultad y arbitrio*”³². Considerando la historia de la institución, se entiende que el nombre de la misma cobre vida de atribución, puesto que sus raíces se remontan al papel del árbitro y el poder otorgado a este.

³¹ SIQUEIROS, José, *La CNUDMI modifica su Ley Modelo sobre arbitraje comercial internacional*, Revista de Derecho Privado, Nueva Época, año VII, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, Ciudad de México, pp. 127.

³² RIVERA, Antonio, *Curso Práctico de Arbitraje Globalizado*, Editorial Oscar de León Palacios, Primera Edición, Guatemala, 2010, pp. 22.

A consideración de Eugenia Sessarego, el arbitraje es “un medio privado de solución de controversias mediante la intervención y decisión de terceros, también privados, a quienes las partes, de manera voluntaria, han decidido someter su controversia, aceptando de antemano su decisión. Es un proceso en el cual las partes delegan en un tercero la solución definitiva de la controversia a través de una decisión llamada laudo que es de cumplimiento obligatorio y que generalmente es inapelable. Este tercero neutral no auxilia a las partes para que éstas arriben a un acuerdo, sino que decide e impone una solución, mediante el dictado de un laudo que tiene los mismos efectos de una sentencia judicial”³³.

No tan alejado de la definición anterior, de conformidad con Antonio Rivera Neutze, “el arbitraje es un medio jurídico de arreglo de litigios presentes o futuros basado en la voluntad de las partes, que eligen por sí mismas directamente o a través de mecanismos de designación acordados por ellas a terceros imparciales conformados por simples particulares a los que confían la adopción de una decisión obligatoria configurado por el laudo arbitral que pone fin a la diferencia entre ellas”³⁴.

Tomando como referencia las definiciones previas, respecto a la vasta multiplicidad que existen, vale la pena abstraer los aspectos en común y más cruciales de la institución; ocupando el primer lugar la autonomía de la voluntad, el cual lo ejercen las partes al someter las controversias suscitadas a un tercero, razón por la cual a dicha voluntad se le otorga el carácter de pre requisito; en segundo lugar, la intervención de un tercero, quien bajo el cargo de árbitro, deberá conocer y resolver de forma impar-

³³ FRANCISKOVIC, Beatriz, *El Arbitraje como Mecanismo para Resolver Controversias en Relaciones de Consumo*, Gaceta Jurídica Actualidad Jurídica, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2004, pp. 2.

³⁴ RIVERA, Antonio, Op. cit. pp. 24.

cial; y por último, el laudo arbitral, que es la materialización de aquella facultad otorgada por las partes a un tercero, la cual a su vez es reconocida por el sistema en calidad de método alternativo a la justicia ordinaria.

El arbitraje ante el sistema jurisdiccional, es un coadyuvante de la justicia ordinaria legitimada por la jurisdicción estatal, el cual tiene como primordial pretensión el complementarla, resultando ser no solamente una alternativa a la desjudicialización, sino también una institución que permite una práctica mucho más expedita y en la mayoría de casos de resolución menos compleja, lo cual contribuye directamente a eliminar barreras de accesibilidad en cuanto justicia pronta y cumplida se refiere.

2.1. Diferencia del Arbitraje con mediación y conciliación

Como parte del proceso de delimitación de la institución arbitral, doctrinariamente suele contrarrestarse con nociones vecinas, principalmente mediación y conciliación, las que, al formar parte del ámbito de los métodos alternos de resolución de conflictos, suelen confundirse entre sí, lo cual se aduce principalmente al hecho que interviene un tercero.

De forma sucinta, haciendo un análisis de contraposición entre la mediación y el arbitraje, pueden señalarse como diferencias más significativas las siguientes: 1. La mediación es un método auto-compositivo, lo que implica que, independientemente de la intervención de un tercero, el mediador, son las partes quienes de forma voluntaria llegan a un acuerdo dando fin al problema suscitado. Contrario a ello, el arbitraje, que es un método de tipo heterocompositivo; 2. El tercero que interviene se desempeña más bien

como un conducto, cuya función no es imponerse frente a las partes, sino más bien brindar soluciones y hacer fluir las comunicaciones, lo cual no sucede en el arbitraje ya que acá el rol del árbitro es dictar el laudo arbitral en ejercicio de las facultadas que las partes le han otorgado para la toma de decisiones; y 3. Se le atribuye la cualidad de no adversarial, lo que implica que las partes son las que buscan un acuerdo cuyo beneficio impacte a favor de ambas, no siendo así el arbitraje, el cual es de tipo adversarial.

Por otro lado, aunque si bien es cierto que la mediación y la conciliación tienen muchos puntos de conexión, resulta apropiado realizar una distinción individualizada con respecto al arbitraje, para lo cual cabe mencionar que la conciliación tiene el carácter de auto-compositivo, no adversarial, en donde el conciliador en calidad de tercero asiste a la partes proponiendo soluciones al conflicto devenido, sin embargo el mismo no tiene carácter de vinculante, es decir, carece de fuerza impositiva entre las partes, por lo que reserva a criterio de las mismas su cumplimiento.

3. Naturaleza jurídica

La esencia del arbitraje, la calificación que se le otorga a dicha institución, especialmente al pretender descifrar cual es el sustento de su existencia, es un constante debate. La razón de ello es porque existen distintas posturas que se han ido desarrollando desde sus inicios hasta la actualidad. Doctrinariamente la naturaleza jurídica puede visualizarse a través de tres corrientes: jurisdiccional, contractual, e híbrida.

3.1. Teoría jurisdiccional o publicista

“Esta concepción del arbitraje postula que es una función del Estado controlar y regular los arbitrajes que tengan lugar dentro de su jurisdicción. Ello dado que la solución de controversias mediante la interpretación y aplicación del derecho (la función jurisdiccional) es una función soberana normalmente ejercida mediante los tribunales nacionales establecidos para dicho propósito por el Estado”³⁵. Lo que implica, que el arbitraje desde su origen hasta la efectividad de la institución recae en la “justicia delegada”³⁶ por el Estado para que los árbitros la administren, ello siempre y cuando la partes sean quienes voluntariamente así lo decidan, teniendo como propósito que un estos conozcan y resuelvan los conflictos suscitados a través del laudo arbitral, a lo cual se afirman que el carácter del rol del árbitro es de tipo *cuasi-judicial*.

Es posible concluir que la postura jurisdiccional en cuanto respecta a la naturaleza del arbitraje, gira en torno a un ámbito de tipo público, donde el Estado permite la existencia de la institución y a su vez la faculta, cediéndole de manera limitada, funciones jurisdiccionales a los árbitros para dirimir conflictos, para lo cual el Estado “le reconoce efectividad a los acuerdos y laudos arbitrales”³⁷ con el propósito último que esta institución figure como una alternativa coadyuvante.

³⁵ GONZÁLEZ, Francisco, *Sobre la naturaleza del Arbitraje*, Publicaciones González de Cossio, S.C., s/f, México, pp. 14.

³⁶ RIVERA, Antonio, Op. Cit., pp. 6.

³⁷ *Ibidem*, pp. 7.

3.2. Teoría contractual o privatista

Los defensores de esta corriente sostienen que el arbitraje es una institución que pertenece al ámbito privado del derecho, lo cual se debe al hecho que su existencia y desarrollo se funda en la relación contractual de las partes, lo que implica que deviene de la voluntad de estas, voluntad que puede ejercerse “a priori a través de una cláusula compromisoria o a posteriori en un compromiso arbitral”³⁸.

Las facultades de los árbitros giran en torno a las delimitaciones que las partes hayan trazado, es decir, el ámbito de actuación deberá regirse de acuerdo a lo que las partes hayan pactado, donde el laudo arbitral que se emita ya sea el árbitro o tribunal arbitral, será la materialización de lo solicitado por las partes. Es así como en esta teoría se afirma que el arbitraje es más bien una contraposición de la fuerza jurisdiccional que el Estado ejerce, ente que actúa de forma impositiva, en caso de disputas para el cumplimiento de lo resuelto por los jueces al momento de dictar sentencias.

Vistas, así las cosas, cabe reforzar que “quienes apoyan esta teoría niegan la supremacía o control del Estado sobre el arbitraje y alegan que la esencia del arbitraje radica en la voluntad y consentimiento de las partes”³⁹.

³⁸ *Ibidem* pp. 8.

³⁹ GONZALEZ, Francisco, *Op. Cit.*, 19.

3.3. Teoría mixta o híbrida

Ante los opositores de la teoría contractual y la jurisdiccional, en lo que respecta la naturaleza atribuida a la institución arbitral, nace una teoría mixta, la cual presume que desde el inicio hasta el fin del arbitraje es posible encontrar notas características, tanto del ámbito público como privado del Derecho. Para defensa de esta postura, el arbitraje suele dividirse en tres fases: “1) aquella en que las partes perfeccionan el contrato de compromiso, negocio de derecho privado; 2) otra en que la voluntad se plasma en un documento que asciende al nivel de mandato con la aceptación del encargo por parte de los árbitros; y 3) la fase en la que el árbitro, ungido de poder jurisdiccional, ejerce una actividad pública: la de juzgar”⁴⁰.

La división del arbitraje en fases, permite resaltar los aspectos medulares de defensa de la teoría, en donde se le atribuye al primer punto la cualidad de ser un reflejo absoluto de la autonomía de la voluntad, lo que implica una nota de derecho privado; el tercer punto como reflejo puro y absoluto del poder jurisdiccional con el cual el Estado ha dotado a la institución, categorizándolo como parte del derecho público; y por último la segunda fase, que representa la fusión entre las ramas del derecho, siendo así como “de conformidad con la teoría mixta el arbitraje es un sistema de justicia privada creado contractualmente. Por consiguiente, tanto el

⁴⁰ REY, Pablo, *El arbitraje y los ordenamientos jurídicos en Latinoamérica: un estudio sobre formalización y judicialización*, Universitas No. 126, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2013, pp. 207.

origen contractual como la función jurisdiccional tienen una influencia importante en el arbitraje”⁴¹.

3.4. Postura de legislación guatemalteca

Desentrañar la postura adoptada por la legislación guatemalteca respecto a la naturaleza jurídica del arbitraje, resulta ser una labor compleja. La razón de ello es porque resulta imposible realizar una abstracción única respecto a la definición que el cuerpo normativo, decreto 67-95, proporciona, con el propósito de entender la concepción de la misma desde la perspectiva nacional. Esto debido a que la misma no representa una captación de su esencia, ya que la definición *per se* para dicha tarea resulta un tanto vacía.

De conformidad con Rafael Bernal⁴² se requiere de la hermenéutica jurídica como método de interpretación para indagar en el espíritu de la institución en Guatemala, partiendo para ello de la definición del acuerdo de arbitraje estipulada en el artículo cuatro numeral primero de la ley, cuyo texto literal estipula que “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”⁴³.

⁴¹ GONZALEZ, Francisco, Op. Cit., pp. 21.

⁴² BERNAL, Rafael, *El arbitraje en Guatemala, Apoyo a la Justicia*, Programa de fortalecimiento de Métodos alternos para la solución de conflictos de controversias, Proyecto BID-Guatemala, Guatemala, 2000, pp. 35.

⁴³ Ley de Arbitraje, Decreto 67-95, Congreso de la República de Guatemala.

Aunque a la luz de dicha norma pareciera que la legislación se decanta por una postura contractual, al continuar con la labor interpretativa y tomando en consideración los artículos 46 y 47 del mismo cuerpo, los cuales estipulan la obligatoriedad de reconocer y ejecutar el laudo resultado de un proceso arbitral, se torna notorio que la esencia de la institución arbitral en Guatemala es de carácter híbrido.

4. Clasificación del arbitraje

El desarrollo del arbitraje a lo largo de la historia ha permitido establecer varias categorías de la institución. Ello derivado de las inquietudes y necesidades que, con la expansión y profundización en la materia, ha permitido cierta especialización de la misma, a través de la cual se han forjado una amplia gama de formas para clasificarla, para lo cual tomando en cuenta las más relevantes, cabe señalar las siguientes clasificaciones:

4.1. Arbitraje voluntario y forzoso:

4.1.1. Arbitraje voluntario:

Este tipo de arbitraje se sustenta en el principio básico del Derecho civil, rector por excelencia del ámbito contractual, que es la autonomía de la voluntad. Siendo las partes dentro de las cuales ha devenido un conflicto quienes determinan, en el ejercicio de su libertad individual, renunciar a la justicia ordinaria, “de manera que las partes prácticamente sustituyen al proceso y optan por arreglarse conforme a la decisión de un árbitro, quien no será funcionario del estado ni tendrá jurisdicción pro-

pio o delegada, sino que sus facultades derivaran de la voluntad de las partes expresadas “de conformidad” con la ley; su decisión será irrevocable por voluntad pero no ejecutiva por no ser públicamente exigible hasta en tanto no sea homologada por la autoridad judicial”⁴⁴.

En Guatemala, existe una tendencia muy arraigada respecto a la voluntariedad de la institución, a la cual los defensores argumentan que el legislador encuadró de forma expresa al arbitraje dentro de esta clasificación y que la prueba de ello se encuentra en la definición de acuerdo arbitral plasmada en la legislación, puesto que el origen del mismo se circunscribe al libre sometimiento de las partes.

4.1.2. Arbitraje forzoso:

“El arbitraje forzoso es aquel en donde la ley expresamente reserva la solución de ciertos conflictos a un árbitro cuyo nombramiento está determinado por la ley aplicable que es un tercero discernido que no representa a las partes y es imparcial respecto del objeto debatido, de lo que se sigue que en esta modalidad el Estado tiene interés en auspiciar su labor de gestión y procurar la pacificación; por ello, al emitirse el laudo en esta variante del arbitraje, el árbitro no representa voluntad alguna de las partes más que la propia, de manera que su decisión esta revestida de un sentido de justicia suficiente como para darle una razón jurisdiccional y, por ende, puede sostenerse que en

⁴⁴ GONZALEZ, Francisco, Op. cit., pp. 63

esta modalidad los árbitros gozan de jurisdicción derivada del Estado, más no de las partes, por lo que se trata de jurisdicciones complementarias”⁴⁵.

Tal cual se mencionó previamente, la voluntariedad del arbitraje es la tendencia sobre la cual se sustentan los orígenes de la institución en el país, sin embargo derivado del Tratado de Libre Comercio entre la República Dominicana - Centroamérica - y los Estados Unidos de América, el cual entró en vigor a través del Decreto 31-2005 en la legislación nacional, posteriormente surgieron varias reformas en materia comercial, principalmente respecto aquellas normas que de una u otra forma conllevaban a un aporte intrínseco para la prevención y solución de posibles controversias derivados del cumplimiento del tratado y el comercio transfronterizo, siendo así como la implementación del arbitraje de tipo forzoso pasó a formar parte del marco jurídico guatemalteco.

La incursión del arbitraje forzoso dentro del sistema jurídico nacional se dio a través de la reforma de dos normas contenidas en el Decreto 11-2006; por un lado, del artículo 2 de la Ley de Arbitraje Decreto 67-95, y por el otro, del artículo 291 del Código de Comercio Decreto 2-70. Respecto al primer cuerpo normativo el carácter forzoso fue incluido mediante la adhesión del siguiente segmento como tercer párrafo al artículo en cuestión: “Las controversias que surjan derivadas de la aplicación, interpretación y ejecución de las contrataciones internacionales en-

⁴⁵ Ibídem, pp. 65.

tre privados, se resolverá de acuerdo a las normas contenidas en el Reglamento de Arbitraje de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, salvo que las partes acuerden expresamente el sometimiento a otros foros de arbitraje”⁴⁶. Contra dicha norma se promovió acción de inconstitucionalidad ante la Corte de Constitucionalidad, señalándose la violación de los artículos 2, 4, 12, 29, 130, 141, 152, 154, y 203, cuyos argumentos principales fueron, la privación del acceso a los órganos jurisdiccionales, el carácter de foro obligatorio otorgado a la institución, el sometimiento al reglamento de una entidad extranjera, inseguridad jurídica por falta de determinación respecto a las “contrataciones internacionales” y los efectos de subordinación entre los poderes del Estado. Respecto a las motivaciones que fundamentaron a la Corte para resolver con carácter de inconstitucional a la norma impugnada, se encuentran: 1. Pese a que “la norma jurídica analizada fuese dispositiva, por contener una regla con su respectiva excepción; no obstante, el legislador asignó la vía arbitral como solución de controversias derivadas de contrataciones internacionales y, como consecuencia, excluyó la vía judicial”⁴⁷; y 2. “si bien es cierto que el precepto cuestionado responde a la finalidad de fomentar el arbitraje como medio idóneo para obtener una mayor agilidad y especialidad en la solución de las controversias derivadas de contrataciones internacionales, (...) elimina el contenido esencial para el ejercicio del derecho fundamental del libre acceso a los tribunales, (...) por lo que resulta violatorio de los artículos

⁴⁶Reformas Legales para la Implementación del Tratado de Libre Comercio República Dominicana -Centroamérica -Estados Unidos de América Decreto 11-2006, artículo 117.

⁴⁷ Expediente 387-2010, Corte de Constitucionalidad, Ciudad de Guatemala, 2010, pp. 11.

12 y 29 de la Constitución Política de la República de Guatemala, por ser contrario al principio del juez natural e impedir el libre acceso a los tribunales de justicia (...)"⁴⁸. Ahora bien, en lo que respecta a la segunda norma regulatoria del arbitraje forzoso, esta vía se estipuló a favor de las controversias que surgieran o pudieran surgir en los “contratos de agencia, distribución y representación, es decir, el arbitraje paso a fungir el rol de vía primaria para la resolución de conflictos, salvo que las partes expresamente acordaran optar por una vía sumaria”⁴⁹. Los alegatos expuestos ante la Corte de Constitucionalidad para promover la acción de inconstitucionalidad general parcial versaron en torno a la imposición del arbitraje sin previo acuerdo, la eliminación de la figura de juez natural, privación al libre acceso de los órganos jurisdiccionales y por ende a la tutela judicial efectiva del Estado por la interposición del arbitraje ante una vía ordinaria, y la subordinación del poder ejecutivo ante el judicial, fundamentándose para ello en los artículos constitucionales 12, 29, 141, 152, 154, y 153. La Corte de Constitucionalidad declaró sin lugar la impugnación, a la luz de que “el arbitraje es simplemente una opción, pues no se niega a las partes contratantes la posibilidad de decidir cómo resolverán sus controversias, de manera que no existe en la norma una intromisión del legislador en las funciones del Organismo Judicial, pues no ha restado facultades de jurisdicción y administración de justicia en la materia a que se refieren los contratos relacionados”⁵⁰.

⁴⁸ Expediente 387-2010, Corte de Constitucionalidad, Ciudad de Guatemala, 2010, pp. 14.

⁴⁹ Reformas Legales para la Implementación del Tratado de Libre Comercio República Dominicana -Centroamérica -Estados Unidos de América Decreto 11-2006, artículo 17.

⁵⁰ Expediente 1316-2012, Corte de Constitucionalidad, Ciudad de Guatemala, 2012, pp. 8.

Desde una perspectiva superficial, los fallos pudieran parecer contradictorios, principalmente por el hecho que los argumentos sostenidos para la interposición de la inconstitucionalidad en ambos expedientes tienen notas similares muy marcadas; sin embargo, es importante no tomar a la ligera tanto las normas en cuestión, como los fundamentos jurídicos de impugnación y el razonamiento que la Corte de Constitucionalidad efectuó al momento de pronunciarse en cada uno de los casos. Respecto a la reforma del artículo 2 de la Ley de Arbitraje existen varios aspectos imposibles de obviar, sin embargo, hay uno en particular que cobra especial interés, la evidente exclusión de la justicia ordinaria, en donde implícitamente se anula la competencia de los órganos jurisdiccionales estatales de conocer respecto a la materia, haciendo caso omiso así, al hecho que la naturaleza jurídica del arbitraje es esencialmente voluntaria, lo cual equivale a una terrible transgresión al derecho fundamental de libre acceso a los tribunales, hecho inconcebible en un Estado de Derecho. A contrario sensu, el artículo 291 del Código de Comercio, si bien es cierto coincide con la norma previa respecto a la naturaleza dispositiva, no conlleva a una limitación desproporcionada respecto al ejercicio del libre acceso a los tribunales de justicia, es decir carece de la vicisitud de la nulificación del derecho a una justicia ordinaria, ello puesto que se admite a las partes pacten el someterse a una vía sumaria.

4.2. Arbitraje de derecho y de equidad:

4.2.1. Arbitraje de derecho:

De conformidad con Gozáini, en este tipo de arbitraje se aplica un ordenamiento jurídico determinado, de modo tal que la idea central reposa en esta lectura: “el árbitro interpreta y ejecuta una disposición legal”⁵¹.

El arbitraje de derecho se sustenta en la voluntariedad de las partes de someter toda controversia que pueda originarse, a que las mismas sean resueltas por el árbitro o tribunal arbitral, a través de las normas de fondo que estas hayan designado, es decir, son las partes quienes determinan el Derecho; debiendo así, ser el laudo arbitral el resultado de análisis y criterios ape- gados a la ley.

4.2.2. Arbitraje de equidad (*ex aequo et bono*):

El arbitraje de equidad es una materialización más de la auto- nomía de la voluntad en dicha institución. Este tipo de arbitraje se sustenta en el acuerdo de las partes para facultar a los árbi- tros a dictaminar un laudo fundado en el leal saber y entender del tribunal arbitral. El trasfondo de ello es el hecho que las con- troversias devenidas del tipo de relación sustentado por las par- tes, no necesariamente requieren de conocimientos jurídicos, puesto que de ser así se presupondría un lineamiento rígido le- gal, es decir, “las partes renuncian a la estricta aplicación del

⁵¹ GOZÁINI, Osvaldo, *Notas y estudios sobre el proceso civil*, Primera Edición, Universidad Na- cional Autónoma de México, Ciudad de México, 1994 pp. 23.

derecho por parte de los árbitros”⁵². “El hecho de que las partes establezcan su voluntario sometimiento a un arbitraje de equidad, implica que los árbitros elegidos deben resolver el conflicto siguiendo el criterio más justo y conforme a la práctica habitual en el tráfico mercantil del que se trate”⁵³.

Habiendo establecido las generalidades respecto en que consiste el arbitraje de equidad, resulta procedente traer a colación algunos de los cuestionamientos más recurrentes que trae consigo este tipo de arbitraje, ello tanto en la doctrina como en la práctica, entre estos: ¿Cuáles son las implicaciones inherentes a este tipo de arbitraje?; ¿Qué repercusiones tiene sobre las facultades del tribunal arbitral?, al respecto Francisco González, “a grosso modo sabiamente determina que existen dos bandos para dar respuesta a dichos planteamientos, los conservadores y los liberales”⁵⁴. Por un lado, los conservadores, lo conforman todos aquellos cuyo argumento principal versa en la defensa del derecho aplicable, lo que conlleva a que, si bien cierto que las partes han acordado a que el tribunal arbitral resuelva conforme a su leal saber y entender, estos no deben de “prescindir del derecho, puesto que es el rector de la convivencia social”,⁵⁵ y por el otro lado, los liberales, quienes defienden a capa y espada que al optar por esta vía, las partes han acordado desprenderse del foco central del derecho, con el ánimo más bien, que

⁵² González, Francisco, *El Árbitro*, pp. 13.

⁵³ Fundación EOI. El arbitraje como forma de solución de conflictos empresariales, Fundación EOI, España, 2005. pp. 15.

⁵⁴ González, Francisco, *Op. Cit.*, pp. 13.

⁵⁵ LARREA, Ana, *Alcance y límites del arbitraje en equidad*, Revista Jurídica, Facultad de Jurisprudencia, Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, Guayaquil, 2011, pp. 32.

los árbitros conozcan y resuelvan haciendo caso omiso del derecho, justificado en los criterios de justicia que estos tengan.

A consideración personal, la postura conservadora responde a un sentido más lógico, puesto que la labor que realiza el tribunal arbitral atiende a resolver mediante su leal saber y entender, pero tomando como punto de partida la determinación del derecho aplicable al caso concreto. Cabe recordar que el derecho es abstracto, es decir, que se conforma por supuestos generales que fungen como parámetros para resolver, por lo que pueda que sea necesario menguar en algunos casos el rigor con el que la norma está dotada para la situación concreta, lo cual es posible mediante el arbitraje de equidad como excepción cuando las partes así lo hayan acordado.

Se debe enfatizar que, el hecho que se esté frente a la renuncia de las partes a la rigidez de un ordenamiento jurídico específico no implica que renuncien a la aplicación de la justicia, sino todo lo contrario; es la búsqueda de la justicia, pero a través de un árbitro al cual se le inviste de facultades para conocer y resolver, adoptando un “rostro más humano”⁵⁶.

4.3. Arbitraje institucional y ad hoc:

4.3.1. Arbitraje institucional:

“El arbitraje institucional es aquel en el que las partes deciden acudir a una Institución arbitral preestablecida, ya sea nacional

⁵⁶ GOZAÍNI, Osvaldo, Op.cit., pp. 24

o extranjera. Así, el nombramiento de los árbitros y el procedimiento arbitral se desarrollará, salvo pacto en contrario, según el Reglamento regulador del organismo elegido”⁵⁷.

Este tipo de arbitraje se caracteriza por proporcionar una estructura en lo que respecta a la administración del procedimiento, la cual conlleva un trasfondo amplio de conocimiento en la materia. Esto implica una dosis de especialización muy arraigada que se refleja en el reglamento de la entidad, lo cual resulta ser el medio ideal para proporcionar eficacia y agilidad al arbitraje. Es el conocimiento y experiencia detrás del Centro de arbitraje el que le permite identificar a los árbitros más cualificados para conocer y resolver cada caso en específico y dar acceso a estos a las partes.

Haciendo un análisis de esta clasificación, la doctrina ha logrado identificar como mayores ventajas del arbitraje institucional, las siguientes:

1. “La existencia de una institución especializada que respalda el arbitraje, es tal vez la mayor de las ventajas;
2. Existencia de cláusulas tipo o modelo, que las partes pueden incluir en sus contratos, cuyo propósito es que la institución esté a cargo de la administración del arbitraje;
3. Las instituciones arbitrales cuentan con reglamentos preestablecidos que permitirán el adecuado desarrollo del arbitraje;
4. Listas de árbitros;

⁵⁷ Fundación EOI, Op. cit., pp. 16.

5. Las tarifas preestablecidas; y
6. Actividades de control para temas de competencia, organización y administración de la institución *per se*, así como también del procedimiento y árbitros⁵⁸.

Habiendo señalado las ventajas del arbitraje institucional, resulta justo también dar a conocer que la práctica ha permitido a su vez conocer cuáles son los puntos débiles y más criticados respecto de la misma, dentro de las cuales se puede señalar: “principalmente los altos costos atribuibles a la administración por parte de la institución, así como la poca flexibilidad que para algunos casos resultan ser las normas reglamentarias”⁵⁹.

4.3.2. Arbitraje ad hoc:

En el arbitraje ad hoc, son “las partes las que nombran los árbitros y las que estructuran el propio procedimiento, sin sumisión a Reglamentos o Estatutos que pudieran existir a tal fin”⁶⁰. Esta clasificación del arbitraje torna a la institución en algo mucho más personalizado, puesto que puede afirmarse que se encuentra hecho a la medida de lo que las partes acordaron, reflejando así el vínculo de confianza que existe entre estas.

Como principal ventaja de esta clasificación, la doctrina señala el hecho que las partes gozan de “libertad tanto para la elección de los árbitros, así como para el diseño del procedimiento a se-

⁵⁸ RUSKA, Carlos, *Arbitraje AD HOC o Arbitraje Administrado*, Instituto Peruano de Arbitraje - IPA, Ediciones Magana, Lima, 2008, pp. 23.

⁵⁹ Loc. Cit.

⁶⁰ Fundación EOI, Op.cit., pp. 16.

guir. Sin embargo, cabe mencionar que la praxis dicha ventaja no es un elemento distintivo, ya que son los árbitros quienes deciden cual es el procedimiento más factible, decantándose generalmente por el reglamento modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI)⁶¹.

Al abordar las desventajas de este tipo de arbitraje, resultar ser que las mismas ventajas que la representan, son las cuales pueden jugarle en contra. Esto se ve reflejado principalmente en cuanto a la flexibilidad que tiene las partes dentro del proceso, y posiblemente dando como resultado:

1. “redacción de cláusulas patológicas;
2. falta de colaboración de alguna de las partes en el litigio, lo cual puede dar origen a la necesidad de recurrir a los órganos jurisdiccionales para temas tan simples como el resolver cuestiones previas al inicio del proceso arbitral⁶².

5. Ventajas y desventajas del arbitraje

Pese a la naturaleza tan bondadosa del arbitraje y al hecho de contar con muchas virtudes intrínsecas que devienen de los orígenes de la institución, a lo largo de su desarrollo también ha sido posible identificar desventajas, que, si bien estas no desvirtúan su esencia, han repercutido en el uso de dicho procedimiento, ya que algunos puntos muy concretos, han resultado ser obstáculos al correcto desenvolvimiento del mismo.

⁶¹ RUSKA, Carlos, Op.cit., pp. 24.

⁶² Ibídem, pp. 25.

Como principales ventajas y desventajas del arbitraje, la doctrina ha logrado abstraer, tanto del mismo procedimiento, así como del análisis comparativo de dicho método con la justicia ordinaria, cuáles son los principales éxitos y fracasos de la institución, especialmente para aquellos casos en que las partes, o al menos una de estas, resulta ser un pequeño o mediano empresario, encontrándose las siguientes:

5.1. Ventajas:

5.1.1. Celeridad: Es la virtud por excelencia atribuida al arbitraje, atribuida principalmente a los plazos breves del proceso y la continuidad del procedimiento. Esto ayuda a la construcción de plataformas más certeras para la materialización de una justicia pronta y cumplida, puesto que el destiempo entre la controversia y la resolución pueden originarse repercusiones graves en el hecho que suscitó en primera instancia a la acción de una de las partes, lo que da como resultado a una verdadera limitación al ejercicio pleno de sus derechos.

5.1.2. Inmediación: La personalización por parte de los árbitros respecto al procedimiento y por ende con la controversia suscitada, conllevan a un acercamiento más íntimo que permite una interrelación con las partes de carácter permanente. Esto para un juez resulta materialmente imposible, ya que está sujeto a las propias limitaciones que por lo general presenta el sistema,

entre estas, escasez de jueces y/o salas, teniendo por resultado la sobre saturación de procesos.

5.1.3. Confidencialidad: Esta ventaja se impone dentro de la institución como un principio inherente, respecto al cual “suele afirmarse que es una de las diferencias sustanciales entre el arbitraje y el litigio judicial, y una de las ventajas más apreciadas del primero, cuando no, una de las principales razones por las cuales los usuarios escogen resolver sus controversias por esta vía”⁶³. La razón de ello es porque se le traduce a una reserva del proceso y del laudo arbitral frente a terceros, aspectos que cobran especial interés frente aquellas controversias comerciales que conllevan temas confidenciales, en donde ninguna de las partes desea que se revelen o que se hagan de conocimiento público.

Pese a que, desde una perspectiva doctrinaria, la confidencialidad es considerada como una de las características que revisitan al arbitraje, es importante hacer ver que en la praxis e inclusive en las legislaciones no existe una única postura respecto a las implicaciones del mismo. Para ir comprendiendo al respecto, puede resaltarse el hecho que ni la Ley Modelo ni sus enmiendas del 2006 contemplan normativa alguna que haga alusión a tan “preciado principio”, lo cual implica a su vez que todos los países que han tomado como fuente de creación legislativa arbitral a la Ley Modelo, carecen de norma concreta que instaure

⁶³ CAIVANO, Roque, *El deber de confidencialidad de los árbitros en el arbitraje comercial desde un enfoque comparativo*, Revista Lima Arbitration No. 4, Lima, 2011, pp.119.

como parte del marco legal arbitral, la confidencialidad. Como referencia de estos países, cabe mencionar: “Chile, Colombia, Corea, Dinamarca, Egipto, Estados Unidos de Norteamérica, Guatemala, Holanda, Honduras, (...)”⁶⁴ Costa Rica, entre otros.

Tomando como referencia el punto previo, es posible señalar que respecto a este principio existe, por un lado, una postura clásica, y por el otro, una postura liberal. Respecto a la postura clásica, la confidencialidad es considerada “como una característica propia del proceso arbitral que se deriva de la naturaleza privada del sistema. Para esta teoría, es razonable considerar que, al ser las audiencias arbitrales inaccesibles a terceros, las partes tampoco pueden revelar los asuntos que en ellas se discuten, así como los documentos que se presentan e incluso las actuaciones que se realizan”⁶⁵, velo que obviamente cubre también tanto a los árbitros como a las instituciones arbitrales. Esta postura suele reconocer que pueden existir excepciones a la generalidad, entre estas: “i) el consentimiento de las partes de no confidencialidad, ii) por orden judicial iii) por permiso del tribunal iv) por una necesidad razonable para defender los intereses de las partes, o (...) v) cuando existe una expresa disposición legal de que el proceso arbitral debe ser público, como el caso en el que el Estado participa como parte”⁶⁶.

Por el otro lado, se encuentra la postura liberal, respecto a la cual sus defensores sostienen “que la confidencialidad debe ser

⁶⁴ *Ibídem*, pp. 121.

⁶⁵ CEPEDA, Carla, *El arbitraje y la importancia del principio de confidencialidad*, Law Review Vol. 1 Número 1, Universidad San Francisco de Quito, Quito, 2013, pp. 4.

⁶⁶ *Ibídem*, pp. 5.

expresamente pactada por las partes, por lo que no constituye un principio implícito o inherente del sistema arbitral”⁶⁷.

5.1.4. Economía: “Es común tener la percepción que los costos de un arbitraje son mucho más elevados que los que se producen en un proceso judicial, ya que el uso de árbitros conlleva necesariamente el pago de honorarios por sus servicios, que, por lo general, son elevados. Sin embargo, esta afirmación no toma en cuenta que el tiempo para las empresas es valioso e invertir en un proceso arbitraje que generalmente tomaría una cuarta parte de tiempo de lo que tomaría un proceso en la vía ordinaria, significa un ahorro cuantioso”⁶⁸.

5.1.5. Especialización: “En el arbitraje actúan como árbitros expertos en la materia en discusión, a diferencia del proceso judicial, en el que al Juez prácticamente se le obliga a ser un conocedor de todo”⁶⁹. Es a través de la especialización que los árbitros pueden resolver de forma más precisa y con mayor conocimiento de la materia, y por ende dar el fallo que las partes merecen. La especialización conlleva muchas veces a una mejor comprensión de la materia, especialmente en cuestiones más técnicas que trascienden del Derecho, lo que se traduce en aumentar las probabilidades de una decisión más justa en algunos casos.

⁶⁷ Loc. Cit.

⁶⁸ Fundación EOI, Op.Cit. pp. 79.

⁶⁹ Ibídem, pp. 80.

“Una ventaja adicional del Arbitraje frente al proceso judicial es que en este último se corre el peligro de dañar definitivamente las relaciones de las partes, cuando quizá su intención y deseo sea resolver exclusivamente los puntos concretos de controversia que pudieran haber surgido, pero manteniendo la relación comercial de cara al futuro”⁷⁰.

5.2. Desventajas:

5.2.1. Costos altos: Aunque este aspecto fue presentado como ventaja, existe una tendencia muy arraigada que afirma que todo arbitraje equivale al pago de exorbitantes gastos administrativos y honorarios, lo cual es cierto si se remonta a los orígenes de la institución, sin embargo, con la evaluación que se ha presentado en los últimos años, el arbitraje cada vez resulta ser más accesible, inclusive para los pequeños y medianos empresarios.

5.2.2. Falta de Experiencia de las Instituciones: El sometimiento de las partes a instituciones que carecen de idoneidad, por falta de “expertise” en la materia. Esto se puede ver reflejado en los servicios administrativos del centro de arbitraje, lo cual puede llegar a tener repercusiones negativas y atrasos en el desarrollo procedimental.

⁷⁰ *Ibíd.*, pp. 81.

5.2.3. Desconocimiento del procedimiento de arbitraje por las partes y los abogados: Este quizás resulta ser el obstáculo más grande que se presenta en el campo de la práctica hoy en día, “no solo por la existencia misma del arbitraje, si no, sobre todo del funcionamiento del mismo, que impide tenerlo en cuenta”⁷¹, lo cual se une el mito de los altos costos, que elimina cualquier interés que las partes pudieron tener respecto a la implementación y uso de la institución.

⁷¹ *Ibíd*em, pp. 114.

CAPÍTULO III: EL ARBITRAJE COMO PARTE DE LA REALIDAD GUATEMALTECA

1. Fundamento constitucional y legal

El arbitraje es una institución que se adscribe a la justicia como complementación, cuyo propósito último es coadyuvar al efectivo acceso a la justicia a favor de la sociedad como derecho constitucional. La relación tan íntima y estrecha que se ha ido revelando desde los inicios de la institución arbitral, que ha conllevado a que se constitucionalice el arbitraje, lo cual ha implicado, ya sea de forma expresa o implícita, esta figura encuentre reconocimiento dentro de la Carta Magna.

Para el caso de Guatemala, muchos autores suelen coincidir que el fundamento constitucional del arbitraje se encuentra en el artículo 203, parte orgánica, de la Constitución Política de la República de Guatemala, bajo el pasaje ubicado en el tercer párrafo de la norma, el cual menciona que “La función jurisdiccional se ejerce, con exclusividad absoluta, por la Corte Suprema de Justicia **y por los demás tribunales que la ley establezca.** (*Resaltado propio*)”⁷². Es través de este último extracto, para quienes apoyan esta línea de pensamiento, en conjunto con la Ley de Arbitraje, que cobra vida la institución por medio del criterio de validez constitucional, que toda norma ordinaria requiere, sin embargo, como resultará evidente, es el caso que el fundamento en cuestión “no forma parte de la parte dogmática de la norma, sino más bien de la orgánica, razón por la cual si bien es el caso permite vislumbrar de manera conservadora

⁷² Artículo 203, Constitución Política de la República de Guatemala.

el sustento del arbitraje, hay quienes aducen que no resulta ser la norma idónea para su categorización como derecho fundamental”⁷³.

Derivado de lo anterior y caso contrario a otras constituciones en Latinoamérica, como la de Perú⁷⁴, Ecuador⁷⁵, México⁷⁶, Panamá,⁷⁷ Costa Rica,⁷⁸ El Salvador⁷⁹, entre otros, que han otorgado de forma expresa el rango de derecho fundamental al arbitraje, en Guatemala no existe un artículo en específico de la Constitución que cumpla dicho propósito, razón por la cual quienes defienden esta línea de pensamiento, no coinciden en el hecho de que el sustento jurídico de la institución recaiga en el artículo previamente mencionado, aduciendo así que la adecuación perfecta y en ausencia de una norma concreta, “lo ideal es encuadrarlo en la norma constitucional sobre derechos inherentes a la persona humana en el artículo 44 de la carta magna, que aunque si bien es cierto no se encuentra

⁷³ CASTELLANOS, Álvaro. *Los Árbitros y el *Ius Imperium* ¿Compatibles o Incompatibles?*, Revista *Autoritas Prudentium* No. 2, Universidad del Istmo, Guatemala, 2009, pp. 7.

⁷⁴ De conformidad con el artículo 139, inciso 1, el cual establece: Son principios de la administración de justicia: (...) No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y la arbitral.

⁷⁵ Según el artículo 190, el cual estipula: “Se reconoce el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la solución de conflictos. Estos procedimientos se aplicarán con sujeción a la ley, en materias en las que por su naturaleza se pueda transigir.

⁷⁶ Según lo establecido en la primera oración del 4º párrafo del artículo 17: Las leyes preverán mecanismos alternativos de solución de controversias. (...)

⁷⁷ De conformidad con los prescritos en el artículo 202: La administración de justicia también podrá ser ejercida por la jurisdicción arbitral conforme lo determine la Ley. Los tribunales arbitrales podrán conocer y decidir por sí mismos acerca de su propia competencia.

⁷⁸ Según lo estipulado en el artículo 43: 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.

⁷⁹ Tal cual establecido en el artículo 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.

de forma expresa, se da cabida a una norma dogmática, en razón de la calificación de *numerus apertus* de los derecho humanos⁸⁰.

Independientemente del criterio que sea adoptado como fundamento del arbitraje en Guatemala, cuya legitimidad es ineludible, vale la pena mencionar que es a través de la Constitución actual que se logra integrar como parte del marco jurídico nacional, la Ley de Arbitraje Decreto 67-95, la cual se presupone como resultado de institucionalización de los métodos alternos de resolución de conflictos, independizándolos a tal punto que, ya desde los años 80 hasta la actualidad es posible afirmar que los rezagos del arbitraje como parte de la normativa procesalista civil se encuentran derogados. Es a través de la Ley de Arbitraje que se logra impulsar en el país una nueva era, principalmente en cuanto apertura al comercio internacional, en conjunto a la aplicabilidad de su contenido al arbitraje internacional (art. 1) en concordancia con las disposiciones de Derecho Internacional aplicables (art. 45 ib) y también para el Estado y las personas de derecho Público (art. 51 ib)⁸¹.

2. Materia arbitrable

Como se ha hecho hincapié en ocasiones previas, el arbitraje es un método alternativo, cuya función es coadyuvar al poder jurisdiccional, ello implica que bajo ninguna circunstancia suplantarán al mismo, razón por la cual la exposición y susceptibilidad de aplicación de la institución se ha delimitado a ámbitos muy concretos del Derecho, lo cual cobra total justificación por el rol tutelar jurisdiccional que el Estado juega en la socie-

⁸⁰ CASTELLANOS, Álvaro, Op. Cit., pp. 6.

⁸¹ BERNAL, Op. cit., pp. 40.

dad. El arbitraje es una institución que se ha colocado en el campo donde las partes gozan de libre disposición, esto tanto desde una perspectiva nacional hasta en ámbitos de carácter internacional, cuyo sustento se encuentra en la *lex mercatoria*.

Como generalidades en cuanto a las limitaciones que el arbitraje encuentra en el país, tanto en la doctrina como en la praxis, se encuentran:

1. “Las causas penales, en el sentido de la determinación de la pena;
2. Las causas relacionadas con instituciones que inciden en el estado civil o la capacidad de las personas;
3. La validez del matrimonio o divorcio;
4. Sobre lo que se deja por disposición de última voluntad; entre otras”⁸².

Ahora bien, analizando la materia arbitrable bajo la legislación guatemalteca, resulta prudente adoptar el silogismo jurídico del Doctor Bernal. El autor en mención desarrolla a través de criterios básicos, fundamentándose para ello en el artículo 3 de la Ley de Arbitraje, los conflictos que pueden estar fuera del control jurisdiccional, cuyo texto estipula:

“Artículo 3. Materia objeto de arbitraje:

1. La presente ley se aplicará en todos aquellos casos en que la controversia verse sobre materias en que las partes tengan libre disposición conforme a derecho.
2. También se aplicará la presente ley a todos aquellos otros casos en que, por disposición de otras leyes, se permita el procedimiento arbitral, siempre que el acuerdo arbitral sea válido conforme esta ley.

⁸² RIVERA, Antonio. *Curso Práctico de Arbitraje Globalizado*, Editorial Oscar de León Palacios, Primera Edición, Guatemala, 2010, pp. 22.

3. No podrán ser objeto de arbitraje: a) Las cuestiones sobre las que haya recaído resolución judicial firme, salvo los aspectos derivados de su ejecución. b) Las materias inseparablemente unidas a otras sobre las que las partes no tengan libre disposición. c) Cuando la ley lo prohíba expresamente o señale un procedimiento especial para determinados casos.
4. Quedan excluidos del ámbito de aplicación de la presente ley los arbitrajes laborales⁸³.

La norma permite establecer cuatro criterios que son: excluyente, positivo, negativo y de conexión, en donde “la ley resulta ser la suprema fuente de todo lo que puede o no arbitrarse en una sociedad”⁸⁴.

2.1. Criterio excluyente:

Este se refleja en el numeral cuarto del artículo señalado, en donde la ley estipula que toda controversia de índole laboral será excluida del campo de aplicación de dicha normativa, lo cual no equivale a que en dicha materia sea imposible optar por el arbitraje, sino más bien que el arbitraje en derecho laboral debe concebirse y desarrollarse fuera el campo de aplicación del Decreto 67-95. Esta regulación refleja la materialización pura del poder del Estado respecto al desarrollo de la institución, puesto que es este quien dicta los parámetros de cómo y cuándo procede el arbitraje, imponiéndose principalmente cuando convergen intereses de orden público.

⁸³ Decreto 67-95, Ley de Arbitraje.

⁸⁴ CASTILLO, Mario (et al), *Nueva Ley de Arbitraje ¿Cuáles son las materias arbitrables?*, Revista Actualidad Jurídica, Lima: Gaceta Jurídica, No. 177, Lima, 2008, pp. 3.

2.2. Criterio positivo:

Se fundamenta en todo aquello que es posible someter a arbitraje, en todas aquellas controversias que la ley bajo su imperio permite a las partes ejercer su voluntad en cuanto a la solución que se busca. Este criterio se refleja en el numeral primero y segundo del artículo tres de la Ley de Arbitraje, respecto a las cuales es posible concluir: “La materia arbitrable son las controversias; las controversias pueden ser actuales o futuras; pueden estar relacionadas con cuestiones jurídicas tanto contractuales como extracontractuales; no hay limitación alguna ni en este precepto o en la ley sobre si las controversias surgen entre particulares o si de por medio se encuentra el estado o las entidades públicas; y que en cuanto a la materia arbitrable esta puede ser restringida o bien por la ley o por el acuerdo arbitral, por el contrario, admitir todas y cada una de las controversias como objeto del arbitraje”⁸⁵.

Los pilares de este criterio se encuentran, por un lado, en la capacidad que tienen las partes para poder someter la controversia al arbitraje, y por el otro, el carácter que la arbitrable que la ley le otorga a todas aquellas cuestiones que encuadran dentro de la libre disposición de la materia.

2.3. Criterio negativo:

Se materializa en todas aquellas controversias que la ley de forma expresa ha manifestado que no son susceptibles de sometimiento al arbitraje, cuyo razonamiento lógico jurídico tiene un trasfondo en aspectos como la falta de libertad de disposición, intereses de

⁸⁵ BERNAL, Op. Cit., pp. 54.

orden social o cuya atribución no le compete conocer puesto que se anteponen cuestiones relativas a la certeza jurídica. Por medio del numeral tercero del artículo 3 de la ley de arbitraje, este criterio se pronuncia dentro de la legislación guatemalteca.

2.4. Criterio de conexión:

Es aquel que conforme los términos del artículo 21 numeral 4) de la ley permite que el tribunal conozca de “todas las cuestiones conexas con la principal que surgen en el curso del mismo”⁸⁶. Con relación a este criterio, cabe mencionar que “no puede ser entendido como el medio para otorgar al Tribunal, en un caso particular, una capacidad genérica e indiscriminada para pronunciarse sobre todas las materias que, de alguna manera, vinculan a las partes”⁸⁷.

3. Pacto arbitral

3.1. Concepto

“Un convenio arbitral es el compromiso de las partes, bien con carácter previo (a través de una cláusula contractual que así lo especifique), bien una vez nacido el litigio, de sustraer al conocimiento de los Tribunales estatales la existencia de una controversia, y en su lugar, que ésta sea sometida a uno o varios árbitros que serán los que finalmente emitirán la sentencia arbitral o laudo”⁸⁸. El pacto o convenio arbitral, como se le conoce indistintamente, representa “la

⁸⁶ *Ibíd*em, pp. 59.

⁸⁷ *Ibíd*em, pp. 60.

⁸⁸ Fundación EOI, *Op. cit*, pp. 12.

piedra angular”⁸⁹, el fundamento básico que otorga legitimidad al arbitraje, pues ante la inexistencia del mismo resultaría imposible llevar a cabo un procedimiento arbitral (salvo excepción legal), ello implica, que sin la debida exteriorización, la cual se encuentra dictada por la ley, la voluntad de las partes no podrá producir los efectos jurídicos esperados.

De conformidad con la Ley de Arbitraje, el acuerdo arbitral “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”⁹⁰.

3.2. Requisitos esenciales

En atención a la normativa nacional relativa al pacto arbitral, concretamente en cuanto respecta a la forma con que debe revestirse para que la voluntad de las partes surta efectos dentro del ámbito jurídico, la ley es muy clara en el artículo 10 del Decreto 67-95, al estipular que todo acuerdo entre las partes deberá constar por escrito. Aunque la norma data de varios años atrás, la misma fue redactada bajo un criterio amplio, no únicamente en cuanto a que será considerado el respaldo idóneo para documentar la renuncia de las partes a una jurisdicción ordinaria, sino también al momento en que puede ser expresada dicha renuncia, estipulando que el acuerdo “consta por escrito cuando esté consignado en un documento firmado por las partes o en un intercambio de cartas, telex,

⁸⁹ GONZÁLEZ, Op. cit, pp. 131.

⁹⁰ Artículo 4, numeral 1º, Ley de Arbitraje, Decreto 67-95.

telegramas, telefax, u otros medios de telecomunicación que dejen constancia del acuerdo, o en un intercambio de escritos de demanda y contestación en los que la existencia de un acuerdo sea afirmada por una parte sin ser negada por la otra.(...)”⁹¹.

4. Modalidades del pacto arbitral

4.1. Cláusula compromisoria

Del pacto arbitral se origina la cláusula compromisoria como representación de una de las modalidades en que las partes pueden expresar su voluntad. Al hacerse alusión a la modalidad, se hace alusión no únicamente al momento en que se hará constar la voluntad sino a la fórmula a utilizar para que conste por escrito. La tendencia que ha cobrado auge desde tiempo atrás es el hacer constar la voluntad de las partes a través de una cláusula compromisoria, la cual puede hacerse constar dentro de un contrato o en documento independiente a este, lo cual atiende al supuesto común de una relación contractual previa que ha contemplado al arbitraje como la vía a optar para resolver controversias futuras que puedan suscitarse entre las partes.

4.2. Compromiso arbitral

Aunque la materialización ideal y más usual de la voluntad de las partes se da través de la cláusula arbitral, no debe dejarse en el olvido que esta no es la única modalidad en que las partes pueden

⁹¹ Ley de Arbitraje, Decreto 67-95.

optar para plasmar su voluntad, ya que en dicho caso se estaría haciendo omisión a aquellas controversias suscitadas entre las partes en donde estas no acordaron previamente renunciar a la justicia ordinaria. El compromiso arbitral es la modalidad por la cual optan las partes para resolver todas aquellas controversias presentes y determinadas que surgen entre estas, devenidas o no de una relación contractual.

5. Importancia de la redacción de cláusula compromisoria y compromiso arbitral

La naturaleza jurídica atribuida, tanto a la cláusula compromisoria como al compromiso arbitral, es la de un contrato; por ende, existen requisitos de fondo que deben cumplirse. Al respecto caben mencionar: 1) capacidad de los individuos que voluntariamente realizan dicho acuerdo; y 2) que la materia de las controversias sea lícita, posible y determinada. En el caso que los requisitos mencionados se ausenten en el pacto arbitral, los efectos jurídicos del mismo no podrán cobrar vida ya que en dicho caso, la voluntad de las partes carecerá de legitimidad, lo que equivale a la imposibilidad de someter las controversias presentes o futuras al arbitraje.

Aunado a lo anterior, no debe descartarse “la mala redacción de una cláusula arbitral puede dar lugar a un sinnúmero de objeciones relativas

a la existencia, alcance o validez de dicha cláusula”⁹², dando origen así a lo que se conoce como cláusula patológica.

6. El árbitro

6.1. Relevancia

Tomando como referencia la importancia del rol del juez dentro de un proceso judicial, con el propósito de poder establecer el grado de relevancia que la función del árbitro tiene dentro del arbitraje, se amerita afirmar que el árbitro resulta ser un símil en cuanto a la trascendencia que tienen los jueces en un proceso dentro de una vía ordinaria. Es por lo anterior que resulta tan frecuente el uso del axioma “respecto a que la calidad del procedimiento arbitral será tan bueno como la calidad de los árbitros que lo conducen”⁹³.

En el arbitraje el atributo principal que se le asigna a los árbitros es la especialización que pueden ofrecer en relación con las controversias que conocen, lo cual resulta ser un elemento indispensable, principalmente ante conflictos muy técnicos que requieren de un alto grado de conocimiento más allá del ámbito jurídico, ya que fungirán muchas veces como una herramienta vital para la concreción de un laudo justo.

⁹² GONZÁLEZ, Katherine, *El Arbitraje en América Latina: La Experiencia Reciente de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI*, Instituto Peruano de Arbitraje -IPA, Ediciones Magna, Lima, 2008 pp. 689.

⁹³ JIJÓN, Rodrigo, *La independencia e imparcialidad de los árbitros*, Iuris Dictio, Revista del Colegio de Jurisprudencia, Quito, 2007, pp. 27.

Atendiendo al marco jurídico nacional en cuanto respecta al árbitro, cabe señalar que se carece de una definición propia de la figura. La norma únicamente aborda el hecho que el "tribunal arbitral estará conformado por un árbitro o por una pluralidad de árbitros"⁹⁴, es por ello que, para el caso, la mejor forma de entender la figura es contrarrestándola con el rol de un juez, centralizando el interés principalmente, en los poderes, deberes y responsabilidades que tienen.

Al hablar del rol del árbitro en el arbitraje, como primer punto cabe resaltar los poderes con los que se revestirse a dicha figura, respecto a los cuales cabe mencionar que, serán todos aquellos que las partes hayan acordado configurar a dicho rol según sus intereses, no teniendo más limitantes que aquellas reservas que la ley dictamine. Es importante señalar el hecho que el árbitro carece de *ius imperium*, facultad que corresponde únicamente al Estado y a los jueces por ostentar el ejercicio pleno de la jurisdicción. Por otro lado, se encuentran los deberes que le son atribuidos, que tienen como imperante interés la búsqueda de "la verdad real y no formal y para el efecto deberá hacer uso de las facultades, que le permitan indagar y participar efectivamente, a través de sus facultades oficiosas"⁹⁵. Por último, el árbitro tendrá la responsabilidad de actuar con independencia e imparcialidad, obligación respecto a la cual el Decreto 67-95 se pronuncia de forma expresa al normar que "los árbitros no representarán los intereses de ninguna de las partes, ejercerán el cargo con absoluta imparcialidad e independencia"⁹⁶.

⁹⁴ Artículo 4 numeral 4to. Decreto 67-95.

⁹⁵ BERNAL, Op. cit. p. 82.

⁹⁶ Artículo 15 numeral 5to. Decreto 67-95.

6.2. Naturaleza

La esencia del rol del árbitro dentro del arbitraje es de carácter *sui generis*, lo cual se presupone de la naturaleza híbrida que la legislación guatemalteca le otorga al arbitraje, ya que tiene origen en un método alternativo de resolución de conflictos de tipo heterocompositivo. Este se activa con la voluntad de las partes expresada en un contrato, ello para que se pronuncie en relación con las controversias presentadas por las partes, pronunciación que tendrá carácter vinculatorio, sin que la misma implique una suplantación de la jurisdicción, puesto que esta le ha sido otorgada con exclusividad a los jueces por el Estado, tal cual fue expuesto previamente.

7. Generalidades del arbitraje de conformidad a los reglamentos de las instituciones arbitrales guatemaltecas

Tal cual fue expuesto previamente, el arbitraje institucional ha resultado ser la representación de eficacia y agilidad en el arbitraje, principalmente por la estructura que ha logrado aportar al procedimiento.

Con el ánimo de esbozar ligeramente las generalidades respecto a las instituciones que en Guatemala prestan este tipo de servicio, como punto de partida debe hacerse notar que existen tres centros de arbitraje, el Centro Privado de Dictamen, Conciliación y Arbitraje (CDCA)⁹⁷, el Centro

⁹⁷ La mención de esta institución arbitral cobra relevancia en cuanto respecta a los contratos de bolsa, entre los agentes y las partes, ya que de conformidad con el artículo 69 de la Ley del Mercado de Valores y Mercancías Decreto 34-96, toda controversia que pueda suscitarse en el ámbito de dicha materia deberá sustanciarse conforme a las reglas o normas del CDCA, ello siempre y cuando las partes no se opusieren.

de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Guatemala (en adelante “CENAC”), y por último la Comisión de Resolución de Conflictos de la Cámara de Industria de Guatemala (en adelante “CRECIG”). Tomando en consideración que los centros con mayor auge en la actualidad son CENAC y CRECIG, por ser las instituciones ante las cuales se suscitan la mayor parte de los procesos de arbitraje que se llevan a cabo en el país al estar adscritos al sector comercial e industrial, el desarrollo del arbitraje institucional versará en torno a estas dos últimas instituciones. La institucionalidad del arbitraje a través de dichas Cámaras, no es más que el reflejo de una tendencia internacional, cuyos orígenes se retrotraen a la Cámara de Comercio Internacional, la cual en 1923 dio origen a la Corte Internacional de Arbitraje.

La línea de razonamiento que se logra concluir de la praxis, respecto la intervención de las Cámaras de Comercio en el mundo del arbitraje, es que estas han logrado desempeñar un rol protagónico, al gozar de un “altísimo grado de solidez moral, lo que les ha permitido perpetuarse desde hace varios años atrás”⁹⁸.

Es así como se puede señalar, por encima de los demás puntos en común que puedan tener los procedimientos arbitrales de estas instituciones, que se encuentra el hecho que ambas se encuentran adscritas a las gremiales que representan al grupo empresarial del país, lo cual ha permitido que el desarrollo del arbitraje encuentre un sustento estructural muy arraigado, impactado inclusive en arbitrajes *ad hoc*, ya que en la práctica se ha visto que las partes suelen recurrir a solicitar servicios de infraestructura a estas.

⁹⁸ RIVERA, Antonio. *El Proceso Practico Arbitral*, Imprenta y Fotograbado Llerena, S.A., Primera Edición, 1996, pp. 11.

Ahora bien, entre algunos de los puntos de conexión entre ambas instituciones, reflejados en el procedimiento *per se*, cabe resaltar: 1. La declaración de imparcialidad e independencia que le son requeridas a los árbitros designados, previo a que estos sean nombrados y por ende conozcan y resuelvan; 2. Medios de notificación. A pesar de que ambas instituciones son relativamente recientes, para el momento que cobraron vida sus reglamentos, se refleja que dieron un paso hacia el futuro con las notificaciones. Ello al aceptar tanto medios convencionales como electrónicos para que puedan llevarse a cabo, exceptuando la primera notificación, lo cual permite la materialización de la inmediatez como punto a favor en el mundo del comercio; y 3. El tiempo de emisión para el laudo arbitral, respecto al cual ambas lo contabilizan a partir de la audiencia de instalación, otorgando seis meses al tribunal arbitral para conocer, practicar y diligenciar pruebas, permitir que las partes presenten sus alegatos finales, para por último pronunciarse al respecto a través de un laudo arbitral.

CAPÍTULO IV: ARBITRAJE FAST TRACK PARA PEQUEÑAS Y MEDIANAS EMPRESAS

1. Arbitraje Fast track

“El *fast track arbitration* es un tipo de arbitraje diseñado para ser más rápido, de tal suerte que la controversia se pueda dirimir en el menor tiempo posible”⁹⁹. El sustento de dicho procedimiento expedito cobra vida con el ánimo de proteger intereses comerciales. Ello al ser una alternativa para la consolidación de una justicia pronta y cumplida, la cual se da con el pronunciamiento acelerado, independiente e imparcial del tribunal arbitral, representando así ser la herramienta ideal para la inmediatez respecto a la solución de conflictos tanto presentes como futuros que puedan derivarse de la relaciones contractuales o extracontractuales entre las partes.

Tomando en consideración las reflexiones previas en conjunto con el primer esboce de la definición del *fast track arbitration*, resulta acertado aclarar que, más bien en lugar de ser un tipo de arbitraje, es un replanteamiento deliberado de la institución que pretende combatir las críticas que en los últimos años se le han atribuido a la institución del arbitraje, equiparándoseles a los reproches de las falencias del poder judicial, principalmente en países como Guatemala. “Es en este escenario que el *fast track arbitration* se convierte en una muy valiosa herramienta para que las partes adecuen la sustanciación del proceso arbitral a sus necesida-

⁹⁹ JIJÓN, Rodrigo (et al), *Breves reflexiones sobre el “Arbitraje Fast Track”*, Revista Ecuatoriana de Arbitraje, Quito, S/F, pp. 509.

des más urgentes y que así la decisión sea entregada a las partes en un plazo razonable”¹⁰⁰.

El origen del término *fast track arbitration* o arbitraje expedito, se adscribe a la “década de los noventa como la posible solución al sentimiento de frustración generado en torno a la institución, derivado del largo tiempo que transcurría entre el inicio del procedimiento y la emisión del laudo por parte del tribunal arbitral”¹⁰¹. Este resultado se atribuye principalmente a la expansión de la utilización de esta forma de resolución de controversias la cual atrajo consigo controversias mucho más complejas que involucraban inversiones exorbitantes de dinero, todo ello reflejo de la progresiva globalización.

El ánimo de recobrar uno de los elementos intrínsecos del arbitraje, la celeridad, motivó a las grandes instituciones internacionales y a los estudiosos de la materia, a impulsar la inclusión de plazos expeditos dentro del procedimiento, reconsiderando a su vez los posibles formalismos acogidos por la institución a lo largo de su desarrollo. Se entiende así, que el arbitraje expedito es el resultado de la preocupación internacional respecto a la pérdida de uno de los atributos más relevantes de dicha figura.

En el plano internacional, desde los inicios del *fast track* a la actualidad, ha sido posible notar la paulatina inclusión de normativa especializada para el desarrollo de procedimientos arbitrales más expeditos por parte de instituciones internacionales de gran renombre, entre estas la Asociación Americana de Arbitraje (AAA), Organización Mundial de la Propie-

¹⁰⁰ *Ibidem*, pp. 506.

¹⁰¹ *Ibidem*, pp. 510.

dad Intelectual, y la Cámara de Comercio de Estocolmo. La creación de dichas normas ha resultado ser la aceptación expresa respecto a la necesidad del replanteamiento del arbitraje, no solamente en cuanto respecta a los tiempos, sino también en cuanto a los costos que acceder a este tipo de método alterno representa para las partes. Sin duda ante el grado de aceptación, se reconoce el grado de necesidad, el cual se reafirmó con efecto indubitable con la vigencia del *expedited procedure*¹⁰² de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional.

Ahora bien, cabe preguntarse ¿Cómo se mide la celeridad en un procedimiento? Al respecto, no existe un consenso general internacional, es decir, no existe una medición universal respecto al tiempo de duración que hace que un procedimiento arbitral pueda categorizarse como expedito o no. La falta de unanimidad se ha reflejado, tanto entre las instituciones, los abogados y las expectativas que las partes controvertidas tienen, a lo cual la tendencia asumida al respecto es que para el caso de adopción de plazos acelerados por parte las instituciones arbitrales o de las partes, se mantenga una postura conservadora, lo cual únicamente será posible si los tiempos fijados resultan realistas.

Si bien es cierto, como se mencionó previamente, no existe un único criterio en cuanto a cuál sería el tiempo prudencial de duración del arbitraje *fast track*, lo que sí ha sido posible es la determinación clara de los pilares sobre los cuales se sustenta el desarrollo de dicho procedimiento. Esto da como resultado la fijación del compás de la marcha para su funcionamiento. Son los principios generales del arbitraje, los que sustentan la

¹⁰² En vigor a partir del 1 de marzo del 2017.

operatividad mediante plazos expeditos del procedimiento arbitral, teniendo como base fundamental la autonomía de la voluntad de las partes, la cual cobra un rol protagónico para la sustentación de que dicho *modus operandi* no sea equivalente a limitación de derechos fundamentales como lo son la justicia y el debido proceso.

Bajo la circunscripción de los principios más trascendentales que forjan los cimientos del *fast track* y que se adicionan al principio rector de la autonomía de la voluntad, caben mencionar de conformidad con Irene Welser¹⁰³: 1. El tratamiento igualitario que el tribunal arbitral debe otorgar a las partes; 2. La observancia del debido proceso, cuyo incumplimiento no puede ser justificado bajo ningún escenario; 3. La garantía respecto a que los plazos le sean otorgados a las partes equitativamente, permitiéndoles así gozar del mismo tiempo para poder argumentar y defenderse; 4. Imparcialidad e independencia de las actuaciones del tribunal arbitral. La fiel sujeción a estos lineamientos, así como a aquellos aspectos propios del orden público son los que garantizan la exigibilidad del laudo arbitral, que no es más que la representación del éxito alcanzado.

Aunque de alguna manera se haya podido atribuir al arbitraje expedito un origen exclusivo de tipo institucional, debido a las afirmaciones previas, es indispensable aclarar que ese no es el caso; no debe atribuírsele como única fuente de origen. Las partes son quienes en ejercicio de la autonomía de la voluntad gozan de la potestad para determinar las reglas del juego por las que optan para la solución de sus controversias. Dicho poder de decisión es posible de construirse a través de dos vías:

¹⁰³ WELSER, Irene. *Fast Track Arbitration: Just fast or something different?* Cerha Hempel Spiegelfeld Hlawati, Austria, 2014.

1. Cláusula *Taylor made*, la adopción de esta vía implica que las partes “han confeccionado, según sus intereses, necesidades y circunstancias”¹⁰⁴, las especificaciones de sus propias normas con especial atención en cuanto respecto fijación de plazos. Ello para alcanzar, como meta común, una solución pronta para las controversias suscitadas; y
2. Reglas institucionales que están previamente establecidas. Respecto a estas “algunos comentaristas consideran que las reglas institucionales del proceso fast track deben tener un conjunto de reglas especiales, mientras otros creen que procesos suplementarios modelo deben ser propuestos adicionalmente de las reglas arbitrales”¹⁰⁵.

La adopción de una u otra vía tendrá implicaciones considerativas respecto al tipo de procedimiento expedito, pudiendo ser *ad hoc* si las partes optan por una cláusula *taylor made*, o institucional si se someten al arbitraje a través de una cláusula pre redactada por una institución arbitral. Lo anterior implica, generalmente, que se estará sometiendo a las normas administrativas y procesales contenidas por el reglamento. Vale la pena mencionar que la postura más arraigada en el ámbito arbitral internacional es el optar a un arbitraje *fast track* institucional, ya que cuestiones como la falta de estructura, conocimiento y experiencia en la materia por parte de las partes puede representar un rotundo fracaso del procedimiento.

Considerando el consecuente ajuste de plazos que un arbitraje convencional debe sufrir para que nazca a la vida el arbitraje expedito, aunado a

¹⁰⁴ JIJÓN, Rodrigo, Op. Cit., pp. 510.

¹⁰⁵ *Ibidem*, pp. 511.

aspectos tales como el alto grado de complejidad que pueden representar ciertas controversias, es que ha debido prestarse especial importancia a la delimitación del campo de aplicación. Dicha tarea conlleva a una previa reflexión respecto a la factibilidad del tipo de conflicto que pueden ser sometidos o no a dicho procedimiento.

Los conflictos a los cuales se ha circunscrito este tipo de procedimiento han sido determinados por razón de cuantía. Ello implica que la competencia arbitral se sujetará al monto aducido en las controversias suscitadas entre las partes, lo cual sin duda alguna ha representado ser una apertura del arbitraje a pequeños y medianos empresarios, rompiendo así con tan enigmática barrera respecto a la accesibilidad económica del arbitraje.

El *fast track* para pequeñas y medianas empresas ha venido a vislumbrar una nueva era del arbitraje, tanto en el ámbito internacional del comercio como en el nacional.

2. Importancia

“La celeridad es uno de los beneficios más importantes del arbitraje, es lo que las partes esperan tener dentro de un proceso arbitral y es esto precisamente lo que el *fast track arbitration* ofrece a aquellos que optan por esta alternativa”¹⁰⁶, un ambiente dinámico que favorezca el crecimiento económico de un país, donde los procesos para dirimir conflictos no se

¹⁰⁶ JIJÓN, Rodrigo, Op. cit pp. 511.

ven entorpecidos por largos términos que se tornan ineficientes, puesto que una justicia tardía sin duda alguna no puede llamarse justicia.

El arbitraje *fast track* es la reformulación de la *expedités* en procesos donde la complejidad es un elemento nulo o casi nulo, es decir, posiblemente conflictos con grado de complejidad leve, a los cuales se suman que las partes, o al menos una de ellas, encajan dentro del perfil de una pequeña o mediana empresa. Esto sin duda alguna tiene implicaciones sumamente arraigadas a la capacidad económica de las partes, pues gozan de recursos limitados para hacer valer derechos adquiridos mediante relaciones comerciales.

3. Arbitraje “Fast Track” en el Derecho comparado (Colombia)

Conocido y regulado como arbitraje para micro, pequeñas y medianas empresas (en adelante mipymes), cuya naturaleza jurídica reside en un arbitraje *fast track*. Este tipo de servicios arbitrales son proporcionados por el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá desde el año 2014, con la implementación del *Reglamento de Procedimiento de Arbitraje Mipymes*, con el que cobraron vigencia normas particularmente estructuradas para la compresión del procedimiento arbitral convencional. Con el fin último de crear una vía alternativa a los órganos jurisdiccionales a favor de la población, siendo la característica principal la posibilidad de acceder a una justicia de bajo impacto económico.

Es a través de la inclusión del procedimiento expedito que se pretende “resolver aquellos conflictos en donde esté involucrada al menos una

empresa Mipyme o que se relacione con esta”¹⁰⁷. Ello ha revelado, no solamente un previo reconocimiento de la estrecha relación entre el Derecho y la Economía, sino también la comprensión de dicho vínculo por parte del Centro, lo cual ha permitido la expansión del ámbito de aplicación del arbitraje. Esto viene a ser un avance significativo en el desarrollo de la institución arbitral, principalmente porque refleja una postura inclusiva respecto a los intereses del sector empresarial como conjunto, colocando en un mismo plano temas de inversión y acceso a justicia.

Es importante tener presente que de forma explícita se está requiriendo una previa categorización del tipo de empresa, para lo cual el mismo reglamento otorga los parámetros rectores para poder encuadrar como micro, pequeña o mediana. Según lo estipulado en el artículo 4.1. del reglamento, los parámetros a considerarse serán el número de trabajadores que laboran en la entidad o el valor de activos totales contabilizados en salarios mínimos mensuales. Ello refleja la adopción de una tendencia cuantitativa para la catalogación de las empresas.

Aunque se haya esbozado ya, que el rasgo determinante que da pie al arbitraje expedito es la intervención de las mipymes en las controversias, no se debe obviar o minimizar aquellos elementos generales del arbitraje mismo, al momento de pretender optar un procedimiento de esta naturaleza. Al respecto el artículo 4.2. del Reglamento es sumamente claro, estipulando que corresponderá su aplicación en “todos aquellos conflictos que versen sobre derechos de libre disposición o los que la ley autorice, donde al menos una de las partes sea una empresa Mipyme o el conflicto se relacione con ella, y que las partes hayan acordado en el pacto arbitral

¹⁰⁷ Reglamento de Procedimiento de Arbitraje Mipymes y Arbitraje Social, Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, 2014, Artículo 4.1.

utilizar el servicio del Centro”¹⁰⁸, pudiendo hacerse valer a través de una cláusula compromisoria o mediante la suscripción de un contrato compromisorio, lo que permite su aplicación tanto para controversias futuras o presentes.

Como bien ya fue expresado, la cualidad del *fast track* implica que los términos del procedimiento arbitral sean sumarios, es decir, se acorten los plazos para que el tribunal arbitral conozca y resuelva a la brevedad posible, claro está, teniendo como prioridad el resguardo del balance entre tiempo y justicia. En el caso concreto, el Reglamento en cuestión es un claro ejemplo de la celeridad de los plazos que se han incluido, tanto en la parte administrativa, como en la meramente procedimental arbitral.

Al abordar la celeridad del procedimiento con fiel apego al reglamento, debe partirse de la afirmación que la misma se encuentra materializada en dos fases. La primera fase la parte administrativa, que se desarrolla a partir de la presentación de la demanda ante el Centro. Promovida por la parte interesada de la controversia, deberá cumplir para el trámite de la demanda “con los requisitos de fondo y forma del escrito, acreditando al mismo tiempo el pago respectivo a los derechos iniciales y aportando todos aquellos documentos que pretenda hacer valer como prueba en el arbitraje”¹⁰⁹. A continuación, se encuentra la integración del tribunal, que, como primera peculiaridad de este procedimiento, el reglamento ha establecido expresamente que el tribunal estará compuesto por “un único arbitro y su suplente, quienes serán electos mediante sorteo público”¹¹⁰, sin duda alguna, esto es una clara muestra de la economía procedimental y

¹⁰⁸ *Ibidem*.

¹⁰⁹ *Ibidem*, Artículo 4.6.

¹¹⁰ *Ibidem*, Artículo 4.7.

expedités que pretende resguardarse. La fase administrativa habrá dado paso a la instalación del Tribunal arbitral y a la intervención del mismo para conocer y resolver las controversias suscitadas, previamente asegurándose que, “quien ostente el rol de árbitro pueda desempeñar sus funciones de forma imparcial e independiente”¹¹¹.

El siguiente paso representa la segunda fase identificada en el procedimiento, que es el hecho que se designa un secretario para que coadyuve al tribunal. Dichas “funciones serán asumidas por el Centro de Arbitraje y Conciliación a través de uno de sus abogados internos, los cuales se brindarán gratuitamente”¹¹².

Como tercera nota distintiva se dilucida la inclusión de una audiencia de conciliación, la cual se lleva a cabo previo a la primera audiencia de arbitraje. Esto con el propósito de “lograr un acuerdo definitivo, respecto a las pretensiones de las partes”¹¹³, lo cual refleja una arraigada cultura pacificadora, cuya tendencia tiene implícito el ánimo de perpetuación de la relación comercial entre las partes. Esta audiencia previa evita el desgaste de la mencionada relación comercial, desgaste que puede ser un riesgo latente, inclusive frente a un procedimiento expedito.

La cuarta peculiaridad se presenta con la determinación del plazo definitivo que debe mediar entre la primera audiencia y la emisión del laudo, el cual podrá tener una “duración máxima de treinta (30) días hábiles, que en calidad excepcional podrá ser prorrogado hasta por treinta (30) días

¹¹¹ *Ibidem*, Artículo 4.9.

¹¹² *Ibidem*, Artículo 4.12.

¹¹³ *Ibidem* 4.14.

más”¹¹⁴. Sin duda alguna la máxima expresión de celeridad se encuentra en dicho término.

La siguiente, y última peculiaridad, es la accesibilidad del arbitraje instituido a favor de los micro, pequeños y medianos empresarios, a través de una única tarifa mínima (como regla general) equivalente al “tres por ciento (3%) de la suma total de la controversia, cuyo rango de cuantía de la controversia podrá ser de 40 salarios mínimos legales mensuales vigentes a 400 salarios mínimos legales mensuales vigentes. Este monto se fracciona entre los honorarios respectivos de los servicios brindado por el único árbitro, a quien le corresponderá el setenta y cinco por ciento (75%) de la cifra, y los honorarios administrativos a favor del Centro de Arbitraje y Conciliación, al cual le competará el veinticinco por ciento (25%) restante”¹¹⁵.

4. Propuesta de puntos a desarrollar dentro de los reglamentos institucionales para la implementación del “*Fast track*” o vía rápida de arbitraje para aplicación concreta a pequeñas o medianas empresas

Como es posible notar, el campo aplicación del objeto de la investigación se circunscribe a un parámetro mucho más delimitado en cuanto respecta al grupo empresarial sobre el cual versa el enfoque del *fast track arbitration*, puesto que no se ha contemplado dentro del mismo a los microempresarios. La razón de ello se fundamenta principalmente que, en Guatemala, si bien es cierto “las micro empresas representan el 88.73%

¹¹⁴ *Ibidem* 4.17.

¹¹⁵ Marco Tarifario Arbitraje Mipymes y Arbitraje Social, Reglamentos Centro de Arbitraje y Conciliación Cámara de Comercio de Bogotá, Artículo 8.10.

del grupo activo, el número de ventas anuales que dicho sector genera anualmente se limita únicamente al 4.46%,¹¹⁶ es decir, el impacto económico que tienen en el territorio nacional es sumamente bajo, por lo que su inclusión para el caso no es crucial.

Luego de haber abordado los puntos más relevantes y distintivos del arbitraje expedito de conformidad al procedimiento arbitral para mipymes estipulado en el Reglamento de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, es posible abstraer aquellos aspectos de carácter imprescindible y de observancia ineludible para el caso que se pretenda una iniciativa de inclusión de dicha figura dentro de la normativa arbitral institucional en Guatemala. Para tal efecto se realiza la siguiente propuesta con los aspectos mínimos que deberán ser considerados para la correcta aplicación del *fast track arbitration*:

- 1. Compresión de plazos:** Este elemento ostenta el primer lugar y es de inclusión y cumplimiento imperativo al momento de pretenderse concebir la figura de un arbitraje expedito, puesto que con la ausencia de plazos breves se estaría desnaturalizando el propósito que dio origen a la concepción de un arbitraje de este tipo. Ello teniendo siempre el debido cuidado respecto a que en ningún momento la *expedités* equivaldrá a la trasgresión de actuaciones mediocres, sino más bien, tanto la intervención de la institución arbitral como el ejercicio de las funciones a cargo del tribunal arbitral, deben ser un claro reflejo del balance entre plazos abreviados y definidos, y la concreción de la justicia pretendida.

¹¹⁶ Ministerio de Economía, *Sistema Nacional de Información MIPYME Guatemala*, Ministerio de Economía, Guatemala, 2015, pp. 9 y 20.

Actualmente la resolución de las controversias sometidas a los Centro de Arbitraje en Guatemala tiene un término común que empieza a contar desde la instalación del tribunal arbitral hasta la emisión del laudo equivalente a seis meses, pudiendo prorrogarse tres meses más. En nueve meses se habrá sustanciado la controversia y obtenido la decisión final respecto a la misma. Vale la pena aclarar que dicho término no es general, puesto que no incluye la fase administrativa, la cual carece de una fijación específica de plazos y que en la práctica puede llegar a ser muy tardada debido principalmente a las actuaciones mal intencionadas de alguna de las partes, que tienen como fin dilatar la instalación del tribunal arbitral.

Considerando y analizando la realidad guatemalteca, respecto a la duración de un arbitraje convencional, y contrarrestándola con el arbitraje para Mipymes del Bogotá, da como resultado la propuesta en relación a la compresión de plazos ante la inclusión de un procedimiento expedito institucional; propuesta que debe ser abordada en dos fases. La primera es la fase administrativa, respecto a la cual se recomendaría: 1. Que la demanda se presente en conjunto con la solicitud del arbitraje; 2. Que el pronunciamiento del Centro con respecto a la solicitud planteada y el cumplimiento de los requisitos requeridos por el reglamento se lleva a cabo en un plazo definitivo de cinco días hábiles, en el cual a su vez se designe al tribunal arbitral; 3. Que para el caso de aceptación, rechazo o nombramiento de los árbitros, este deba efectuarse en los tres días hábiles siguientes y que en caso de aceptación se proceda inmediatamente al nombramiento; y 4. Que se lleve a cabo la audiencia de instalación en los tres días hábiles siguientes de haberse hecho efectivo el nombramiento del tribunal. Ahora bien, respecto a la fase procedi-

mental arbitral, resulta muy apropiado el término designado por el Centro de Bogotá, el cual es de treinta días hábiles, contados desde la primera audiencia hasta la emisión del laudo, término que en caso de ser necesario podrá ser ampliado por un plazo igual.

En cuanto a los plazos señalados, vale la pena tener presente que los mismos solo son una propuesta, por lo que cualquier variación en relación a estos para la pretendida implementación de un arbitraje expedito, deberá considerarse esencialmente que la duración, tanto de la fase administrativa como la procedimental arbitral, genuinamente resulten ser un reflejo de la brevedad que se pretende que exista respecto a las controversias de menor cuantía en donde al menos una de la partes es un pequeño o mediano empresario.

- 2. Nombramiento del Tribunal Arbitral:** Al respecto y como consideración personal, en razón de proponer la abreviación del término para llevar a cabo la determinación del árbitro conocedor de la controversia, resulta prudente plantear dos vías. La primera es una adopción lisa y llana de lo establecido por el Centro de Bogotá, que es que la designación sea efectuada por sorteo. Ello, tanto del árbitro principal, así como del suplente (sustituto), quien fungirá como principal en aquellas situaciones donde se susciten casos de no aceptación de la designación, impedimentos o recusaciones. En segundo lugar la opción de una designación por parte de la institución administrativa, partiendo para ello de la previa sujeción voluntaria de la partes a la normativa de la entidad, y que es el voto de confianza otorgado por las partes en cuanto a la espera de una actuación independiente e imparcial.

- 3. Composición del Tribunal Arbitral:** Habiendo determinado que los asuntos susceptibles de un arbitraje expedito se encontrarán delimitados por cuantías menores y la intervención en cuanto al menos de un pequeño o mediano empresario, es posible señalar la no indispensabilidad de un tribunal arbitral de más de un árbitro, adoptándose así la línea fijada al respecto por el reglamento del mencionado colombiano.

La propuesta en este caso versa en relación con la adopción de un único árbitro, tal cual, planteado por la norma de derecho comparado. La razón de ello se sustenta principalmente en que la materia de los asuntos a conocerse por parte del tribunal no debería requerir la triplicación de esfuerzos puesto que no se requieren. En caso contrario, solo se estaría fomentando el gasto innecesario de recursos en detrimento del patrimonio de las partes.

- 4. Reducción de costos:** Este elemento se produce principalmente de la compresión de plazos, así como de la reconsideración de formalismos no necesariamente indispensables, lo cual tiende a repercutir favorablemente en el uso de menos recursos económicos. Es el acceso a una justicia de bajo costo revestida de certeza, tanto por los términos, así como por exigibilidad de lo resuelto, lo que fomenta la inversión empresarial a través de operaciones comerciales dinámicas.

Para el caso, el tema toral versará en relación a la reducción de honorarios, tanto administrativos como de los correspondientes al tribunal arbitral. Con el ánimo de no adentrar a cifras concretas o porcentajes, se recomienda que los honorarios a fijarse sean un fiel re-

flejo de la realidad nacional, para lo cual quizás la mejor alternativa será tomar como base los parámetros cuantitativos de catalogación de empresa, lo que permitirá tener una noción clara respecto a la capacidad económica que gozan los pequeños y medianos empresarios. Habiendo determinado el poder adquisitivo, se deberán fijar montos promedios de las controversias que podían suscitarse en dicho ámbito, es decir, un monto mínimo y uno máximo, y partiendo de allí, fijar un porcentual definitivo en calidad de honorarios, el cual deberá dividirse entre el tribunal arbitral y la institución arbitral, sobre la base que la labor más ardua y crucial ha recaído sobre el árbitro.

- 5. Inclusión de semi-carrera arbitral:** Para el caso se le denominará semi-carrera arbitral, debido a que no se pretende la inclusión de un presupuesto como el de permanencia en el ejercicio de la función arbitral, presupuesto que caso contrario, en el ámbito judicial si es característico. Como aportación personal y como resultado global, tanto del propósito atendido en la presente investigación, así como del análisis económico legal de la figura del arbitraje expedito, puede ser prudencial la implementación de un sistema *per se* de regulación en cuanto a los ingresos y capacitaciones, pero primordialmente de los ascensos de los árbitros. Dichas promociones, versando en relación a la participación escalonada que podrán tener los árbitros en las controversias suscitadas, es decir, que adicional a los requerimientos que se tengan para ostentar las funciones de árbitro e ingresar a la lista de la institución arbitral, puede resultar crucial que el desarrollo de las funciones cobre inicio con asuntos de menor cuantía, como prerrequisito para conocer y resolver controversias de mayor cuantía.

El propósito respecto a dicha medida tendría intrínsecamente una labor un tanto social, principalmente por la sujeción de tasas honorarias profesionales accesibles con el propósito de repercutir positivamente, para el caso de Guatemala, tanto en el desarrollo del arbitraje mismo, así como en posibilitar la materialización de una justicia a bajo costo.

CONCLUSIONES

Una vez visto todo lo anterior, se tienen todos los elementos suficientes para concluir de la siguiente manera:

1. A través del suceso histórico de la crisis post-fordista, es que las pequeñas y medianas empresas pasan a ser uno de los focos de interés del comercio internacional y devenido de ello es que se logra determinar que no es posible estipular una definición tipo que las determine; siendo el argumento principal que la dinamicidad económica de cada país es distinta, lo que conlleva a que se considere una labor sujeta a la circunscripción legislativa nacional encomendada a cada Estado.
2. Si bien es cierto que se carece de una definición tipo, la doctrina en conjunto con la praxis, dieron origen al establecimiento de criterios, los cuales tienen como fin abstraer aspectos constitutivos que suelen ser puntos en común entre las pequeñas y las medianas empresas, es decir, aspectos que las hagan pertenecer a un grupo determinado, dando origen así a criterios cuantitativos y cualitativos.
3. En Guatemala el criterio adoptado para la determinación de las empresas atiende a variables de tipo cuantitativo, concretamente respecto al número de empleados y de ventas anuales generadas.
4. De conformidad con el Acuerdo Gubernativo 211-2015 del Ministerio de Economía, para que una empresa encuadre como pequeña esta deberá contar con un mínimo de once (11) trabajadores y un máximo de ochenta

(80) y un mínimo de ventas anuales de ciento noventa y uno (191) salarios mínimos y un máximo de tres mil setecientos (3,700); y para el caso de una mediana empresa, esta deberá contar con un mínimo de ochenta y uno (81) trabajadores y un máximo de doscientos (200) y un mínimo de ventas anuales equivalentes a tres mil setecientos y uno (3,701) salarios mínimos y un máximo de quince mil cuatrocientos veinte (15,420).

5. En un plano económico-jurídico, resulta imposible obviar el rol tan determinante que desempeña la certeza jurídica en cuanto respecta a inversión, aspecto que se intensifica cuando se está frente a un escenario donde los protagonistas son pequeños y medianos empresarios, ello debido principalmente a las limitaciones económicas con las que operan.
6. La falta de certeza jurídica, la cual puede materializarse por la ausencia de normas claras, procesos judiciales sumamente largos, sentencias carentes de fundamento legal, entre otros, únicamente entorpece la facilidad de hacer negocios, afectando especialmente a los pequeños y medianos empresarios, quienes, de ser así, minimizarán toda situación que puedan conllevarles a recurrir a los órganos jurisdiccionales.
7. El arbitraje es un método alternativo de resolución de conflictos, el cual, desde sus inicios ha logrado dentro del ámbito comercial internacional ser una herramienta efectiva que atiende sobre todo a la inmediatez que requieren los empresarios para resolver los conflictos suscitados en sus actividades comerciales.
8. Derivado del hecho que el auge del arbitraje se debió a su debut en el ámbito internacional, al momento de su incorporación dentro de la legislación local de cada país, se originó una tendencia errónea en cuanto

respecta al campo de aplicación de la institución, creyéndose que era una alternativa exclusiva para controversias donde las partes fueran grandes empresas que involucraran el reclamo de montos sumamente altos.

9. La predisposición al arbitraje reflejado en países como Guatemala donde se encuentra legalmente reconocido, ha hecho que este método alternativo, en especial desde un desarrollo institucional, en muchos casos no sea considerado como una alternativa, donde por aspectos económicos del país en la práctica pueda considerarse ratificada la errónea creencia respecto a la accesibilidad del mismo, ya que en el campo de las pequeñas y medianas empresas puede no ser una opción viable por cuestiones meramente de capacidad económica.
10. De la experiencia que la práctica ha brindado, especialmente en los últimos años en cuanto respecta al arbitraje local, es que ha surgido el replanteamiento de la institución, principalmente tomando en consideración el hecho que es posible afirmar que para muchos países los pequeños y medianos empresarios son quienes mantienen activa la economía interna, dicho replanteamiento dando como resultado el *fast track arbitration* o arbitraje expedito.
11. El arbitraje expedito, que no es más que un arbitraje acelerado resultado de la necesidad inmediatez, donde se espera que las controversias sean resueltas en tiempos cortos pero razonables a través de un medio económicamente accesible, ello con el propósito de beneficiar a los pequeños y medianos empresarios.

12. Considerando que el arbitraje es una institución que goza de fundamento constitucional en Guatemala, el cual le da origen a la Ley de Arbitraje, Decreto 67-95 y sumando los puntos previos, es que puede concluirse que cobra especial relevancia la implementación de un arbitraje acelerado en el país, ya que su inclusión podría representar una herramienta efectiva donde los pequeños y medianos empresarios puedan acceder y ejercer el derecho fundamental de justicia, lo cual presupone que traería consigo no únicamente la reconstrucción de la certeza jurídica en las relaciones comerciales, sino también el impulso a un estado de bienestar y confianza de la sociedad que promueva actividades empresariales y por ende el crecimiento económico del país.

REFERENCIAS

Referencias Bibliográficas:

Libros:

ALVAREZ, Mariano. *Manual de la Micro, Pequeña y Mediana Empresa*, GTZ-DESCA y Comisión Económica para América Latina y el Caribe, San Salvador, 2009.

Banco Mundial, *Desarrollo de Pymes en Guatemala*, Banco Mundial, s/l, 2010.

BERNAL, Rafael, *El Arbitraje en Guatemala, Apoyo a la Justicia*, Programa de Fortalecimiento de Métodos Alternos para la Solución de Conflictos de Controversias, Proyecto BID-Guatemala, Guatemala, 2000.

CENPROMYPE, *Reflexiones para fortalecer las MIPYMES en América Central ante la apertura comercial*, CENPROMYPE, s/l, 2005.

CENTRO DE COMERCIO INTERNACIONAL, *Resolución de Disputas Comerciales: Arbitraje y Métodos Alternativos de Resolución de Conflictos*, Centro de Comercio Internacional, Ginebra, 2015.

CENTRO DE INVESTIGACIONES ECONÓMICAS NACIONALES, *Micro, pequeñas y medianas empresas en Guatemala*, Centro de Investigaciones Económicas Nacionales, Guatemala, 2010.

COMISIÓN ECONÓMICA PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE (CEPAL), *La Pyme en Centroamérica y sus vinculaciones con el sector externo*, Comisión Económica para América Latina y el Caribe, Naciones Unidas, s/l, 1999.

DAKOLIAS, Maria, *The Judicial Sector in Latin America and the Caribbean: Elements of Reform*, The International Bank for Reconstruction and Development, World Bank No. 319, Washington, 1996.

DAVIS, Kevi, *What role do legal institutions play in development?* Faculty of Law, University of Toronto, Toronto, 1999.

Fundación EOI. *El arbitraje como forma de solución de conflictos empresariales*, Fundación EOI, España, 2005.

GONZÁLEZ, Francisco, *Arbitraje*, Editorial Porrúa, Tercera Edición, Ciudad de México, 2011.

GONZÁLEZ, Francisco, *Sobre la Naturaleza del Arbitraje*, Publicaciones González de Cossio, S.C., Ciudad de México, s/f.

GOZAÍNI, Osvaldo, *Notas y Estudios sobre el Proceso Civil*, Primera Edición, Universidad Nacional Autónoma de México, Ciudad de México, 1994.

HERRERO, Alvaro (et al). *El costo de la resolución de conflictos en la pequeña empresa*, Banco Interamericano de Desarrollo, Washington, 2003.

Instituto Apoyo. *Poder judicial: impacto en decisiones de empresa peruana*, Instituto Apoyo, Lima, s/f.

Pastor Katharina (et al). *The role of law and legal institutions in Asian Economic Development 1960-1995*, Asian development bank, s/l, 1998.

RIVERA, Antonio, *Curso Práctico de Arbitraje Globalizado*, Editorial Oscar de León Palacios, Primera Edición, Guatemala, 2010.

RIVERA, Antonio, *El Proceso Práctico Arbitral*, Imprenta y Fotograbado Llerena, S.A., Primera Edición, Guatemala, 1996.

Revistas:

AMUNÁTEGUI, Carlos. *El origen de los poderes del Paterfamilias I: El Paterfamilias y la Patria Potestas*, Revista de Estudios Histórico-Jurídicos, No. 28, Escuela de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile, Chile, 2006, p. 37-147.

A. SERRENO, Ma. Lourdes (et al). *Justice and the cost of doing business: The Philippines*, Philippine Review of Economics, Vol. 46, No. 1, s/l, 2009, pp. 35-86.

BUSCAGLIA, Edgardo. *Law and economics of Development*, Hoover Institute, Stanford University, California, 1999, pp. 563-602.

CASTILLO, Mario (et al). *Arbitraje: naturaleza y definición*, Revista de la facultad de Derecho, Derecho PUC, No. 59, Lima, 2006, pp. 273-284.

CASTILLO, Mario. *El arbitraje en la experiencia latinoamericana*, Revista de la facultad de Derecho, Derecho PUC, No. 61, Lima, 2008, pp. 207-220.

CASTILLO, Mario (et al), *Nueva Ley de Arbitraje ¿Cuáles son las materias arbitrables?*, Revista Actualidad Jurídica, Lima, Gaceta Jurídica No. 177, Lima, 2008, pp. 1-12.

CASTELLANOS, Alvaro, *Los Árbitro y el Ius Imperium ¿Compatibles o Incompatibles?*, Revista *Autoritas Prudentium* No.2, Universidad del Istmo, Guatemala, 2009, pp. 1-18.

CAIVANO, Roque, *El Deber de Confidencialidad de los Árbitros en el Arbitraje Comercial desde un Enfoque Comparativo*, Revista *Lima Arbitration* No. 4, Lima, 2011, pp. 119-150.

CAIVANO, Roque, *Un Desafío (y una Necesidad) para los Abogados: Los Medios Alternativos de Resolución de Disputa*, Revista *Themis* No. 31, Lima, 1,995, pp. 209-217.

CEPEDA, Karla, *El Arbitraje y la Importancia del Principio de Confidencialidad*, *Law Review* Vol. 1, Número 1, Universidad de San Francisco de Quito, Quito, 2013, pp. 1-9.

FRANCISKOVIC, Beatriz, *El Arbitraje como Mecanismo para Resolver Controversias en Relaciones de Consumo*, *Gaceta Jurídica Actualidad Jurídica*, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2004, pp. 69-82.

GIL, Armando (et al), *El contexto económico global de la pyme*, Revista *Académica e Institucional Páginas de la UCP*, No. 95, Pereira, 2014, pp. 155-179.

GONZÁLEZ, Francisco, *La naturaleza jurídica del Arbitraje: Un ejercicio de balanceo químico*, *Lima Arbitration* No.2 (2007), pp. 200-214.

GONZÁLEZ, Katherine, *El Arbitraje en América Latina: La Experiencia Reciente de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI*, Instituto Peruano de Arbitraje-IPA, Ediciones Magna, Lima, 2008, pp. 687-694.

GONZÁLEZ, Nuria. *Un acercamiento al acceso a la justicia a través de la mediación como medio alternativo de solución de conflictos*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2014, pp. 103-139.

GOZÁÍN, Osvaldo, *La Mediación y el Arbitraje en Argentina: Situación Actual*, Revista de Derecho Themis No. 43, Buenos Aires, 2001, pp. 93-104.

HERRERO, Alvaro (et al). *La conflictividad en las empresas de América Latina*, Revista de análisis de coyuntura, Vol. XIII, No. 1 (2007), Venezuela, pp. 11-27.

INFANTE, María, *La Solución Judicial de Controversias entre Estados*, Derecho PUCP, Revista de la Facultad de Derecho No. 41, Lima, 1987, pp. 61-121.

JIJÓN, Rodrigo (et al), *Breves Reflexiones sobre el Arbitraje Fast Track*, Revista Ecuatoriana de Arbitraje, Quito, s/f., pp. 506-519.

JIJÓN, Rodrigo, *La Independencia e Imparcialidad de los Árbitros*, Iuris Diction, Revista del Colegio de Jurisprudencia, Quito, 2007, pp. 26-36.

LA ROSA, Javier, *Acceso a la justicia: elementos para incorporar un enfoque integral de política pública*, Acceso a la Justicia en el mundo rural, Instituto de Defensa Legal, Primera Edición, Perú, 2007, pp. 19-36.

LARREA, Ana, *Alcances y Límites del Arbitraje en Equidad*, Revista Jurídica, Facultad de Jurisprudencia, Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, Guayaquil, 2011, pp. 21-41.

PETZOLD-RODRÍGUEZ, María. *Algunas consideraciones sobre el arbitraje en general*, Revista de estudiantes de Derecho, Universidad Monteávila, Caracas, 2003. pp. 27-40.

QUIROGA, Aníbal. *Conciliación y arbitraje en el Perú: presente y futuro*, Revista de la facultad de Derecho, Derecho PUCP, No. 53, Lima, 2000, pp. 769-798.

REY, Pablo, *El Arbitraje y los Ordenamientos Jurídicos en Latinoamérica: Un Estudio sobre Formalización y Judicialización*, Universitas No 126, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2013, pp. 200-236.

ROMERO, Alejandro, *Nociones Generales Sobre la Justicia Arbitral*, Revista Chilena de Derecho Vol. 26 No.2 (1,999), pp. 405-430.

RUSKA, Carlos, *Arbitraje Ad Hoc o Arbitraje Administrado*, Instituto Peruano de Arbitraje-IPA, Ediciones Magana, Lima, 2008, pp. 22-25.

SIQUEIROS, José, *La CNUDMI Modifica su Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional*, Revista de Derecho Privado Nueva Época, Año VII, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, Ciudad de México, 2009, pp. 125-133.

VILLALBA, Juan Carlos, *Orígenes y Panorama Actual del Arbitraje*, Revista Prolegómenos Derecho y Valores, Vol. XI, No. 22, Universidad Militar Nueva Granada, Bogotá, 2008, pp. 141-170.

WELSER, Irene, *Efficiency - Today's Challenge in Arbitration Proceedings*, Cerha Hempel Spiegelfeld Hlawati, Austria, 2014, pp. 152-166.

WELSER, Irene, *Fast Track Arbitration: Just Fast or Something Different?* Cerha Hempel Spiegelfeld Hlawati, Austria, 2014, pp. 259-279.

ZAPALLA, Francesco, *Universalismo Histórico del Arbitraje*, Universitas No. 121, Bogotá, 2010, pp. 194-216.

Referencias Normativas:

Constitución de la República del Ecuador.

Constitución de la República de El Salvador.

Constitución Política de Costa Rica.

Constitución Política de la República de Guatemala.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Constitución Política de la República de Panamá.

Constitución Política del Perú.

Ley de Arbitraje, Decreto 67-95.

Reformas Legales para la Implementación del Tratado de Libre Comercio República Dominicana -Centroamérica -Estados Unidos de América Decreto 11-2006.

Reglamento de Procedimiento de Arbitraje Mipymes y Arbitraje Social, Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, 2014.

Reglamento del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de - CENAC- de Guatemala.

Reglamento de Arbitraje de Comisión de Resolución de Conflictos de la Cámara de Industria de Guatemala.