

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

**LIMITACIÓN DE LA GARANTÍA CONSTITUCIONAL DE LIBRE ACCESO
A LOS TRIBUNALES ORDINARIOS DE JUSTICIA EN LOS CONTRATOS DE
AGENCIA, DISTRIBUCIÓN O REPRESENTACIÓN**

ASTRID STEPHANIE GUISELLE FRANCO DEL CID

GUATEMALA, OCTUBRE DE 2013

**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

**LIMITACIÓN DE LA GARANTÍA CONSTITUCIONAL DE LIBRE ACCESO
A LOS TRIBUNALES ORDINARIOS DE JUSTICIA EN LOS CONTRATOS DE
AGENCIA, DISTRIBUCIÓN O REPRESENTACIÓN**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

ASTRID STEPHANIE GUISELLE FRANCO DEL CID

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADA Y NOTARIA

Guatemala, octubre de 2013

**HONORABLE JUNTA DIRECTIVA
DE LA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
DE LA
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA**

DECANO:	Lic. Avidán Ortiz Orellana
VOCAL I:	Lic. Mario Ismael Aguilar Elizardi
VOCAL II:	Licda. Rosario Gil Pérez
VOCAL III:	Lic. Luis Fernando López Díaz
VOCAL IV:	Br. Víctor Andrés Marroquín Mijangos
VOCAL V:	Br. Rocael López González
SECRETARIA:	Licda. Rosario Gil Pérez

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente:	Licda. Adela Lorena Pineda Herrera
Secretario:	Lic. Ronald David Ortiz Orantes
Vocal:	Licda. Ingrid Coralía Miranda

Segunda Fase:

Presidente:	Lic. Estuardo Abel Franco Rodas
Secretario:	Licda. Rosa Herlinda Acevedo Nolasco
Vocal:	Licda. Vilma Karina Rodas Recinos

RAZÓN: “Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas y contenido de la tesis.” (Artículo 43 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público).

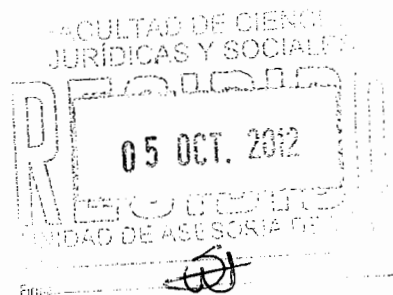


CESAR LEONEL MONTERROSO VALENCIA.
ABOGADO Y NOTARIO.
4ta. Avenida "A" 29-26 Zona 8 Mixco.
Ciudad San Cristóbal. Tel. 5708-8649

Guatemala, 05 de octubre de 2012.

Doctor Bonerge Amílcar Mejía Orellana.
Jefe De La Unidad De Asesoría De Tesis
Facultad De Ciencias Jurídicas Y Sociales
Universidad De San Carlos De Guatemala.
Presente.

Estimado Doctor Bonerge:



Conforme al nombramiento de fecha cuatro de junio del año dos mil doce, procedí a asesorar el trabajo de tesis de la bachiller ASTRID STEPHANIE GUISELLE FRANCO DEL CID, intitulado: **"LIMITACIÓN DE LA GARANTÍA CONSTITUCIONAL DE LIBRE ACCESO A LOS TRIBUNALES ORDINARIOS DE JUSTICIA EN LOS CONTRATOS DE AGENCIA, DISTRIBUCIÓN O REPRESENTACIÓN"**; por lo que me es grato manifestarle que:

a. El trabajo establece un desarrollo científico y técnico, donde se establece dentro de sus objetivos que se encuentra una limitación a la garantía constitucional del libre acceso a los tribunales ordinarios de justicia en los contratos de agencia, distribución o representación, aportando criterios de importancia que permiten llevar a cabo la presente investigación.

b. Para llevar a cabo tal comprobación se determinó que hizo uso de distintos métodos y técnicas, utilizando los métodos deductivos e inductivos para efectuar todo el contenido del presente trabajo, generando juicios de aplicación general a un caso particular.

c. Desarrolla en cada uno de sus capítulos, los elementos necesarios para dar por comprobada la hipótesis rectora de la investigación, utilizando el léxico técnico jurídico propio de un profesional de ciencias jurídicas, guardando la congruencia debida y la utilización correcta y docta del lenguaje.

d. Contiene abundante cita de autores y tratadistas del derecho en sus distintas ramas, los cuales sustentan los fundamentos del tema tratado por la bachiller ASTRID STEPHANIE GUISELLE FRANCO DEL CID.

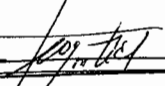
e. En las conclusiones, la autora, de manera acertada, concluye que el arbitraje es un método alternativo de solución de conflictos, y requiere para su configuración un acuerdo voluntario de las partes de someter bajo esta figura sus controversias; esto debido a que el acuerdo voluntario tiene como consecuencia una renuncia parcial de los particulares de acudir a los tribunales ordinarios de justicia; por lo que el mismo debe constar por escrito; esto constituye una contribución científica al campo del arbitraje, ya que aporta nuevas perspectivas para el estudio del mismo.

f. Se arribó a justificaciones y argumentos válidos, llegando a conclusiones, así como a recomendaciones concretas, que convierten el trabajo de tesis, en material dable a la discusión para reformas normativas específicas.



Con motivo de lo anotado, la tesis reúne efectivamente los requisitos legales que establece el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y el Examen General Público, por lo cual emito **DICTAMEN FAVORABLE**, para que pueda continuar con el trámite correspondiente.

Sin otro particular, me suscribo de usted como su atento y seguro servidor.



Lic. César Leonel Monterroso Valencia.
Asesor de Tesis
Col. 4997.

César Leonel Monterroso Valencia
ABOGADO Y NOTARIO



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

Ciudad Universitaria, zona 12
GUATEMALA, C.A.



UNIDAD ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.
Guatemala, 31 de octubre de 2012.

Atentamente, pase al LICENCIADO OTTO LEONEL GARCÍA QUINTEROS, para que proceda a revisar el trabajo de tesis de la estudiante ASTRID STEPHANIE GUISELLE FRANCO DEL CID, intitulado: "LIMITACIÓN DE LA GARANTÍA CONSTITUCIONAL DE LIBRE ACCESO A LOS TRIBUNALES ORDINARIOS DE JUSTICIA EN LOS CONTRATOS DE AGENCIA, DISTRIBUCIÓN O REPRESENTACIÓN".

Me permito hacer de su conocimiento que está facultado para realizar las modificaciones de forma y fondo que tengan por objeto mejorar la investigación, asimismo, del título del trabajo de tesis. En el dictamen correspondiente deberá cumplir con los requisitos establecidos en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, el cual establece: "Tanto el asesor como el revisor de tesis, harán constar en los dictámenes correspondientes, su opinión respecto del contenido científico y técnico de la tesis, la metodología y técnicas de investigación utilizadas, la redacción, los cuadros estadísticos si fueren necesarios, la contribución científica de la misma, las conclusiones, las recomendaciones y la bibliografía utilizada, si aprueban o desaprueban el trabajo de investigación y otras consideraciones que estimen pertinentes".


DR. BONERGÉ AMILCAR MEJÍA ORELLANA
JEFE DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS

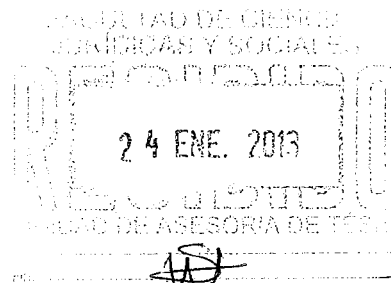
cc.Unidad de Tesis
BAMO/iy.





Guatemala 24 de enero de 2013

Doctor
Bonerge Amílcar Mejía Orellana
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Su despacho.



Respetable Doctor Mejía:

Por este medio tengo el agrado de dirigirme a usted, con el objeto de hacer de su conocimiento, que en virtud de la resolución de fecha treinta y uno de octubre del año dos mil doce, emitida por la UNIDAD DE ASESORIA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES DE LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA, en la cual se me nombró como Revisor del trabajo de Tesis de la estudiante **ASTRID STEPHANIE GUISELLE FRANCO DEL CID**, intitulado **“LIMITACIÓN DE LA GARANTÍA CONSTITUCIONAL DE LIBRE ACCESO A LOS TRIBUNALES ORDINARIOS DE JUSTICIA EN LOS CONTRATOS DE AGENCIA, DISTRIBUCIÓN O REPRESENTACIÓN”**, me permito hacer las consideraciones siguientes, en estricta observancia y bajo la directriz del Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público:

- I. El contenido científico de esta tesis estriba en el tema de la existencia de una limitación a la garantía constitucional de libre acceso a los tribunales ordinarios de justicia en los contratos de agencia, distribución o representación; y la posible solución a la misma; siendo este un tema importante dentro de la rama del derecho privado, al generar sus propios aportes que hacen posible una investigación, enfocándolo en todo momento de forma técnica para obtener un resultado concreto.
- II. Al darle lectura a este trabajo de tesis, se percibe que la metodología de investigación que se utilizó fue estrictamente apegada al método deductivo e inductivo, al estudiar de lo general a lo particular y viceversa, lo cual permitió la producción de conocimiento y la obtención de criterios válidos. Se utilizó la técnica bibliográfica para la recolección de datos de una forma adecuada y conforme al plan de investigación, obteniendo información que enriqueció el contenido.
- III. La redacción utilizada por la estudiante Franco del Cid, en el desarrollo de esta tesis, ha sido la correcta en virtud de que siempre se observó la misma línea,

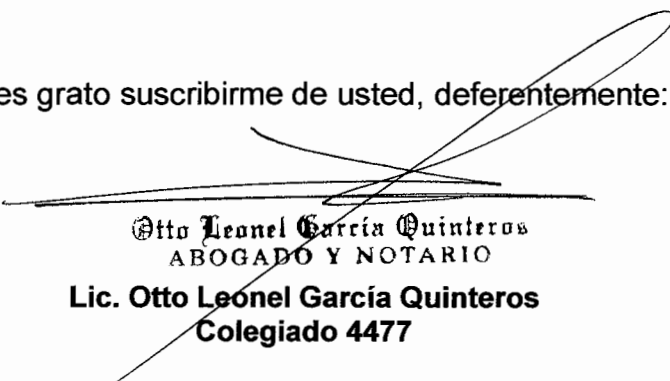


guardando correlación en todo momento entre cada capítulo, empleando lenguaje eminentemente técnico y jurídico.

- IV. A mi consideración existe un verdadero y tangible aporte para el estudio de las ciencias jurídicas, en especial al Derecho Mercantil, rama dentro de la cual se encuentran ubicados los contratos de agencia, distribución o representación, toda vez que el desarrollo de la presente tesis, representa un tópico que sirve de base para combatir con argumentos jurídico legales la limitación a una garantía constitucional, que parte de la existencia de un arbitraje obligatorio como única vía para solucionar controversias derivadas de los contratos mencionados.
- V. Al leer y analizar cada una de las conclusiones se estableció cuáles son los problemas concretos que genera la limitación a la garantía constitucional de libre acceso a los tribunales ordinarios de justicia dentro de los contratos de agencia, distribución y representación; existiendo una relación directa con el contenido capitular de la presente investigación.
- VI. En cuanto a las recomendaciones formuladas, estas se plantean de forma clara, precisa y adecuándose en todo momento a lo desarrollado, proponiéndose la reforma a los procedimientos de resolución de controversias establecidos en el artículo 291 del Código de Comercio de Guatemala, por contravenir el mismo lo establecido en la Constitución Política de la República de Guatemala.
- VII. El apartado de la bibliografía se encuentra completo, en virtud de que se utilizó diferentes fuentes, tanto nacionales como extranjeras así también se utilizaron fuentes en soporte papel y otras en soporte electrónico, por lo que hace que la presente tesis muestre fundamento en cada una de sus aserciones.

En atención a los numerales antes expuestos, a mi consideración el trabajo de investigación de la estudiante ASTRID STEPHANIE GUISELLE FRANCO DEL CID, llena los requisitos establecidos en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, por lo que habiendo observado cada una de las revisiones y correcciones emitidas por mi persona, confiero **DICTAMEN FAVORABLE DEL PRESENTE TRABAJO DE TESIS.**

Sin otro particular me es grato suscribirme de usted, deferentemente:


Otto Leonel García Quinteros
ABOGADO Y NOTARIO
Lic. Otto Leonel García Quinteros
Colegiado 4477



USAC
TRICENTENARIA

Universidad de San Carlos de Guatemala
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Edificio S-7 Ciudad Universitaria
Guatemala, Guatemala

eff

DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, 04 de julio de 2013.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis de la estudiante ASTRID STEPHANIE GUISELLE FRANCO DEL CID, titulado LIMITACIÓN DE LA GARANTÍA CONSTITUCIONAL DE LIBRE ACCESO A LOS TRIBUNALES ORDINARIOS DE JUSTICIA EN LOS CONTRATOS DE AGENCIA, DISTRIBUCIÓN O REPRESENTACIÓN. Artículos: 31, 33 y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

CMCM/iyf.

eff

[Signature]
Lic. Avidán Ortiz Orellana
DECANO



Rosario



DEDICATORIA

A MI PADRE DIOS:

Desde el fondo de mi corazón, por regalarme el máximo don de la vida y permitirme en cada momento de ella ser testigo fiel de su amor, bondad y misericordia infinita.

A LA VIRGEN MARÍA, MADRE DE DIOS:

Por ser el más noble ejemplo de mujer a seguir e interceder por mí siempre que lo he necesitado.

A MIS PADRES:

A mi mamá Flory del Cid por forjar junto a mí el sueño de superación, acompañarme y guiarme con su ejemplo en este camino. A mi papá Erick Franco por depositar en mí su confianza, su amor y sus consejos. Gracias padres por todo, que este logro alcanzado sea un reconocimiento a su esfuerzo desmedido.

A MI ABUELITA MARÍA ELENA LORENZANA:

Por su ejemplo de amor, entrega, lucha y perseverancia, que me han ayudado a convertirme en lo que soy y en lo que deseo ser.

A MIS HERMANAS Y A MIS PRIMOS:

Por su paciencia y apoyo. Que esta meta alcanzada sirva como ejemplo a seguir, gracias por compartirlo conmigo.

A LAS FAMILIAS DE LEÓN DEL CID, DEL CID URIZAR Y PONCIANO DEL CID

Por creer siempre en mí y apoyarme en cada momento de mi formación personal y profesional.



A MI FAMILIA:

Con respeto y amor.

**A JORGE LUIS MEKLER
FLORES:**

En agradecimiento por su apoyo invaluable, incondicional y desinteresado en esta etapa de mi vida.

**A MIS COMPAÑEROS
DE PROMOCIÓN Y
AMIGOS:**

Que a lo largo de este camino me apoyaron y acompañaron aportando inmemorables recuerdos dentro y fuera del aula, con especial cariño a Celia García, Jazmín López, Estuardo Monterroso y Kelly Hernández.

**A MI ASESOR Y
REVISOR DE TESIS:**

Licenciados César Leonel Monterroso Valencia y Otto Leonel García Quinteros, por su colaboración en el presente trabajo de tesis.

A MI ALMA MÁTER:

La Gloriosa y tricentenaria Universidad de San Carlos de Guatemala, cuyo fin fundamental es elevar el nivel espiritual de los habitantes de la República, conservando, promoviendo y difundiendo la cultura y el saber científico.

**A LA FACULTAD DE
CIENCIAS JURÍDICAS Y
SOCIALES:**

Por abrirme las puertas del conocimiento y la formación en base a la excelencia y al esfuerzo cotidiano.

A:

Todas las personas que a lo largo de mi camino me han apoyado directa o indirectamente a alcanzar este logro.



ÍNDICE

Pág.

Introducción	i
--------------------	---

CAPÍTULO I

1. Temas introductorios.....	1
1.1 Obligaciones	1
1.2 Obligaciones mercantiles	3
1.2.1 Características de las obligaciones mercantiles.....	7
1.3 Contratación mercantil	14
1.3.1 Características de los contratos mercantiles	15
1.3.2 Clasificación de los contratos mercantiles.....	22

CAPÍTULO II

2. Contratos de agencia, distribución o representación	27
2.1 Contrato de agencia	28
2.1.1 Concepto	29
2.1.2 Naturaleza jurídica	31
2.1.3 Elementos	34
2.1.4 Características	36
2.2 Contrato de distribución o representación.....	39
2.2.1 Concepto	39



	Pág.
2.2.2 Naturaleza jurídica	41
2.2.3 Elementos	42
2.2.4 Características	43
2.3 Terminación y rescisión de estos contratos	45
2.4 Conflicto de intereses en los contratos de agencia, distribución o representación.....	49
2.4.1 Formas de solución	51

CAPÍTULO III

3. Generalidad del arbitraje.....	53
3.1 Concepto y definición.....	53
3.1.1 Naturaleza jurídica	56
3.1.2 Principios.....	59
3.1.3 Clases	60
3.1.4 Regulación nacional.....	62
3.2 Contrato de arbitraje.....	64
3.2.1 Definición.....	64
3.2.2 Clases	65
3.2.3 Requisitos de existencia y validez.....	67
3.2.4 Materia y objeto del arbitraje	70
3.2.5 Efectos	71
3.3 Jurisdicción y arbitraje.....	72



Pág.

CAPÍTULO IV

4. Garantía constitucional de libre acceso a los tribunales ordinarios de justicia.....	75
4.1 Antecedentes históricos	76
4.2 Definición	80
4.3 Características	82
4.4 Regulación	83
4.4.1 Regulación internacional	83
4.4.2 Regulación nacional.....	86
4.5 Derecho comparado.....	88

CAPÍTULO V

5. De la limitación a la garantía constitucional de libre acceso a los tribunales ordinarios de justicia	91
5.1 Limitación a la garantía constitucional de libre acceso a los tribunales ordinarios de justicia en los contratos de agencia, distribución o representación.....	91
5.2 Proyecto de reforma al Artículo 291 del Código de Comercio de Guatemala .	97

CONCLUSIONES	101
RECOMENDACIONES	103
BIBLIOGRAFÍA	105



INTRODUCCIÓN

Derivado de las obligaciones que origina la contratación mercantil, pueden surgir controversias y conflictos que provocan la necesidad de los particulares de acudir a una instancia independiente con el objeto de dirimirlos y encontrar una solución. Generalmente, la legislación establece las vías a las que las partes pueden acudir, y se reconoce el derecho de los particulares a acudir a instancias estatales; no siendo el caso la regulación contenida en la legislación mercantil en lo referente a las controversias derivadas del contrato de agencia, distribución o representación, ya que obliga a las partes a acudir a tribunales de arbitraje.

Debido a la pesada carga en los tribunales jurisdiccionales, en Guatemala surge la necesidad de normar e insertar dentro del ordenamiento jurídico interno la figura de los métodos alternos de solución de conflictos, y principalmente del arbitraje. Estos métodos como su nombre lo indica se justifican en ser alternativos y en la libre disposición de las partes de someter sus conflictos a solución por vía de alguno de estos métodos, siempre observando las garantías estipuladas en la Constitución Política de la República de Guatemala.

El presente trabajo de investigación tuvo como principal objetivo el análisis de la garantía constitucional de libre acceso a los tribunales ordinarios de justicia y su posible limitación contenida en la regulación mercantil de los contratos de agencia, distribución o representación. Objetivo que fue alcanzado al establecer la evidente limitación contenida en la regulación de esta materia puesta por el legislador al obligar prácticamente a los particulares a acudir al proceso arbitral para poder dirimir sus controversias violentando de esta manera el derecho fundamental y constitucional en estudio.



Para lograr determinarlo, se presentan cinco capítulos que contienen las disposiciones jurídicas, legales y doctrinarias que sustentan la hipótesis planteada.

En el capítulo primero, se presentan los temas introductorios que servirán de base para el desarrollo del tema, siendo éstos las obligaciones, las obligaciones mercantiles y la contratación mercantil; en el capítulo segundo, se desarrolla el tema de los contratos de agencia, distribución y representación con sus principales postulados: concepto, naturaleza jurídica, elementos, características esenciales y ocasionales finalizando con la terminación y rescisión de estos contratos; en el capítulo tercero, se estudian las generalidades de la figura del arbitraje y el contrato de arbitraje; en el capítulo cuarto, se aborda el tema de la garantía constitucional de libre acceso a los tribunales ordinarios de justicia y en el capítulo quinto, se realiza un análisis de integración de los postulados desarrollados anteriormente para determinar la existencia de una limitación a la garantía constitucional de libre acceso a los tribunales ordinarios de justicia y plantear una posible solución, siendo ésta la reforma al artículo 291 del Código de Comercio de Guatemala.

Se utilizaron los métodos histórico, deductivo, inductivo, analítico, sintético y científico; además de las técnicas de investigación bibliográfica y documental, logrando de ésta forma una investigación objetiva, científica y jurídica.

La expectativa es aportar un apoyo técnico y jurídico para que las partes involucradas en los contratos mercantiles de agencia, distribución o representación, consideren las conclusiones y recomendaciones expuestas en el presente documento para evitar limitaciones en la esfera de la praxis jurídica.



CAPÍTULO I

1. Temas introductorios

La contratación mercantil constituye el principal motor de creación de actos mercantiles, para poder comprender la misma, es necesario realizar previamente un estudio respecto al tema de las obligaciones mercantiles así como las principales características que las hacen diferenciarse de las obligaciones civiles; de esta forma la comprensión de los contratos mercantiles, sus características y la división de los mismos se dará de una forma integral. Estos temas se desarrollarán en el presente capítulo.

1.1 Obligaciones

El estudio de las obligaciones muestra que antiguamente, la obligación se designaba con el término nexum o nexus, ambas voces provienen del término nectere, que significa atar o vincular. Posteriormente se emplea con cierta generalidad la palabra obligatio la cual es una variante de las voces latinas ob que significa alrededor y ligare que significa atar, o dejar ligado.

El derecho romano, principal escultor del derecho de obligaciones proporciona dos definiciones de la obligación, cuya influencia aún perdura, si no en su literalidad sí en el sustrato jurídico que contienen:



Justiniano, en sus Instituciones, dice: “La obligación es un vínculo de derecho, por el que somos constreñidos con la necesidad de pagar alguna cosa según las leyes de nuestra ciudad”.

Paulo, en el Digesto: “La sustancia de las obligaciones consiste no en que haga nuestra alguna cosa corpórea o una servidumbre, sino en que constriña a otros a darnos, a hacemos, o a prestarnos alguna cosa”¹.

En las anteriores definiciones, resalta esencialmente el sentido personalista que caracterizó al derecho romano; sin embargo la idea romana del vínculo de derecho o vínculo jurídico ha sido substituida por la expresión relación jurídica, desvinculadora de toda idea de sometimiento personal directo y más acorde a la situación personal en el ámbito de derecho, como también lo es la expresión necesidad jurídica, usada generalmente por tratadista y leyes en las últimas décadas del siglo anterior.

Es así como el concepto de obligación ha ido evolucionando, hasta encontrar las definiciones modernas que son generalmente aceptadas, entre ellas podemos encontrar:

Obligación es “la relación jurídica establecida entre dos o más personas, por virtud de la cual una de ellas – el deudor, debitor se constituye en el deber de entregar a la otra - acreedor, creditor – una prestación” – Von Tuhr.

¹ Brañas Alfonso, **Manual de derecho civil**. Pág. 428



Obligación es “la relación jurídica en virtud de la cual una persona (deudor) debe una determinada prestación a otra (acreedor), que tiene la facultad de exigirla, conстриñiendo a la primera a satisfacerla” –Ruggiero.²

En conclusión se puede establecer una definición de obligación partiendo de los elementos que lo integran, y de esta forma, la obligación resulta ser la relación jurídica por medio de la cual un sujeto llamado deudor se compromete a realizar una prestación, la cual es una conducta de dar, hacer o no hacer alguna cosa, a favor de otro sujeto llamado acreedor, quien puede desarrollar cierta actividad en contra del primero para obtener el cumplimiento de la misma.

1.2 Obligaciones mercantiles

El tráfico mercantil está compuesto fundamentalmente por relaciones de carácter obligacional, de las cuales se ocupa el Derecho mediante dos juegos de normas: las contenidas en el Código civil, que forman el Derecho común de las obligaciones y contratos, y las comprendidas en el Código de Comercio, que constituyen un Derecho especial de las obligaciones y contratos mercantiles, de esta forma, el Derecho civil contiene las normas generales del Derecho de las obligaciones y el Derecho mercantil las especiales adaptadas a las exigencias del tráfico comercial.

De esta cuenta el Código de Comercio guatemalteco no proporciona una definición de obligaciones mercantiles, sin embargo si precisa en establecer una norma de remisión,

² *Ibíd.* pág. 429



contenida en el Artículo 964 mediante la cual se dispone la aplicación subsidiaria del Derecho civil, esta establece que “sólo a falta de disposiciones en éste libro – el de obligaciones y contratos mercantiles–, se aplicarán a los negocios, obligaciones y contratos mercantiles las disposiciones del Código Civil”.

A falta de una definición legal por parte de la legislación mercantil del concepto de obligación mercantil, se debe acudir al cuerpo normativo supletorio. A tenor del Artículo 1319 del Código Civil: “Toda obligación resultante de un acto o declaración de voluntad consiste en dar, hacer o no hacer alguna cosa”.

Tal precepto legal no contiene propiamente una definición, pero resalta los tres aspectos objetivos de la obligación: dar, hacer o no hacer una cosa, mismos que constituyen el elemento patrimonial de la obligación.

El autor Edmundo Vásquez Martínez, establece que desde el punto de vista jurídico, “obligación significa el vínculo jurídico que liga a dos (o más) personas, en virtud del cual una de ellas (deudor) queda sujeta a realizar una prestación (un cierto comportamiento) a favor de la otra (acreedor), para la satisfacción de un interés de éste, digno de protección, y a éste (acreedor) le compete un correspondiente poder (llamado derecho de crédito) para pretender tal prestación”³.

Lo antepuesto es aplicable sin reserva alguna al campo mercantil ya que, desde el punto de vista jurídico estructural no puede haber diferencias entre las obligaciones

³ Vásquez Martínez Edmundo, *Instituciones de derecho mercantil*. Pág. 519



civiles y mercantiles. Básicamente la nota diferencial entre éstas radica en que las mercantiles surgen en las relaciones a que da lugar el ejercicio de una empresa.

Las obligaciones mercantiles representan el instrumento o vehículo de la circulación de los bienes y de la organización de los elementos de la producción. La circulación de los bienes, se lleva a cabo a través de instrumentos jurídicos y, concretamente a través de obligaciones, las cuales imponen el traslado de los bienes económicos de un sujeto a otro bajo la forma de transmisión de una cosa; de realización de una obra y de prestación de un servicio.

La empresa mercantil tiene por objeto ofrecer al público con propósito de lucro y de forma sistemática, bienes o servicios. El Artículo 655 del Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala, Código de comercio, regula:

“Empresa mercantil. Se entiende por empresa mercantil el conjunto de trabajo, de elementos materiales y de valores incorpóreos coordinados, para ofrecer al público, con propósito de lucro o de manera sistemática bienes o servicios. La empresa mercantil será reputada como un bien mueble”.

De lo anotado, se puede señalar que las obligaciones son el instrumento jurídico mediante el cual la empresa lleva a cabo su objeto y, también que las obligaciones mercantiles por su instrumentalización respecto de la empresa cuentan con determinadas características que la particularizan.



Desde un ángulo conceptual la obligación mercantil contiene un aspecto eminentemente objetivo e impersonal. Esta objetividad de las obligaciones mercantiles no es más que una consecuencia de la evolución del concepto de obligación que, abandonando el subjetivismo propio del Derecho civil, conforme al cual se aprecia fundamentalmente el carácter personal de la obligación y se considera el patrimonio como una proyección de la persona, hace énfasis en que el objeto de la prestación no es tanto la actitud de cooperación del deudor, como la prestación en sí, en su consideración objetiva, también realizable por otros, considerada para conferir una utilidad típica.

Es por esta razón que se ha afirmado que "...la naturaleza objetiva e impersonal de la obligación mercantil implica que es un vínculo, no entre dos personas, sino entre dos patrimonios cuyos titulares pueden cambiar de forma indefinida sin que por ello sufra la estructura de la obligación"⁴.

La obligación concebida como vínculo objetivo o impersonal se adapta mejor a las exigencias del tráfico mercantil, de ahí que se señale que la obligación mercantil tienda a objetivarse, "destacándose de la personalidad concreta del deudor para convertirse en un elemento patrimonial autónomo, invariable a través de múltiples contratos"⁵ y que por esta razón sean indiferentes tanto el deudor como el acreedor.

⁴ *Ibíd.* Pág. 520

⁵ *Ibíd.*



1.2.1. Características de las obligaciones mercantiles

En general, las obligaciones mercantiles tienen como notas características, además de su tendencia a la objetivación, el ser típicas o uniformes y la necesidad de un exacto cumplimiento. Estas características se desenvuelven en algunas regulaciones particulares que constituyen el régimen general que para las obligaciones mercantiles establece el Código de Comercio y pueden resumirse así: solidaridad de los deudores, exigibilidad de las obligaciones sin plazo o puras, expresividad de la prórroga, automaticidad de la mora, derecho de retención, nulidad de las obligaciones plurilaterales, calidad de las mercaderías, capitalización de Intereses y vencimiento de las obligaciones de tracto sucesivo

El Código de Comercio de Guatemala, Decreto número 2-70 del Congreso de la República de Guatemala, dedica el libro IV a las “Obligaciones y contratos mercantiles”; dicho libro principia con un título destinado a “Las disposiciones generales”, el cual comprende un solo capítulo que se ocupa “de las obligaciones en general” y derivado del estudio y análisis de dicho capítulo se pueden localizar las características específicas que las identifican, siendo éstas:

a. Principios filosóficos: Cuando el Código de comercio en su Artículo 669 establece que las obligaciones mercantiles se interpretan, ejecutan y cumplen de conformidad con los principios de verdad sabida, y buena fe guardada, se trata de insistir en que, por el poco formalismo con que se dan, esos principios funcionan como parte de su propia substancia; “de manera que las partes obligadas conocen en verdad sus derechos y



obligaciones y se vinculan de buena fe en sus intenciones y deseos de negociar, para no darle una interpretación distinta a los contratos, ya que de otra manera se destruiría la seguridad del tráfico comercial”⁶.

Tanto el cumplimiento de los deberes como el ejercicio de los derechos se dan de forma rigurosa, porque sólo de esa manera puede conseguirse armonía en la intermediación para la circulación e los bienes y la prestación de servicios. Ésta es pues, una característica de las obligaciones mercantiles: el escrúpulo en hacer prevalecer la verdad y la buena fe que proviene del contrato como elementos consubstanciales a su propia naturaleza.

b. Solidaridad de los deudores: Frente a la regla del Código Civil guatemalteco, contenida en el Artículo 1353 de que la solidaridad no se presume y que debe ser expresa por convenio de las partes o por disposición de la ley, el Código de Comercio, en el Artículo 674 establece que “en las obligaciones los codeudores serán solidarios, salvo pacto en contrario” y que “todo fiador de obligación mercantil, aunque no sea comerciante, será solidario con el deudor principal y con los otros fiadores, salvo lo que se estipule en el contrato”.

La presunción de solidaridad de los deudores mercantiles tiene su origen en las prácticas comerciales. Su introducción en el Código de Comercio se justifica por diversas razones: la solidaridad representa una garantía y da mayor seguridad al tráfico jurídico, pues en virtud de esta, los acreedores no tienen la necesidad de averiguar las

⁶ Villegas Lara, René Arturo, **Derecho Mercantil Guatemalteco –Obligaciones y Contratos-** Tomo III. Pág. 2



condiciones económicas de cada deudor, cuando éstos son muchos y es probable que alguno resulte insolvente. Si todas las personas que intervienen en un contrato convienen en el mismo hecho, si son comunes la causa de la obligación y las obligaciones mismas, tampoco debe desintegrarse en fracciones la responsabilidad. “El mayor rigor en la ejecución caracteriza a los contratos mercantiles; la obligación solidaria es más rigurosa y no exige ejercitar tantas acciones como deudores, sino una sola acción contra el más solvente”⁷.

La particularidad de la mancomunidad en las obligaciones mercantiles es que, en cuanto a los deudores o sus fiadores, es solidaria por disposición legal en contraposición a la civil que debe ser expresa, es decir que ésta no se presume, salvo disposición legal en contrario.

c. Exigibilidad de las obligaciones sin plazo: Jurídicamente, el término plazo hace referencia al espacio de tiempo concedido para realizar determinado acto; en este sentido la obligación está sujeta a un plazo, es decir a un tiempo en que el deudor debe cumplirla. De acuerdo con el Artículo 1283 del Código Civil guatemalteco, cuando se omite pactar el plazo, o se dejó a voluntad del deudor fijar la duración del mismo, el acreedor tiene que recurrir a un juez competente para que lo determine. Sin embargo, si este fuera el procedimiento que se siguiera ante obligaciones mercantiles sin plazo, “la celeridad en el cumplimiento de los contratos se vería afectada y generaría hechos

⁷ Vásquez Martínez, **Ob. Cit.** Pág. 521



negativos en el tráfico comercial, además de hacer nugatoria la característica del poco formalismo del derecho mercantil”⁸.

Esta segunda característica especial de las obligaciones mercantiles establece entonces que cuando se omite el plazo, la obligación es exigible inmediatamente, sin embargo posee una excepción pues si de la naturaleza del contrato se establece que haya plazo, éste debe concederse. En todo caso debe tenerse en cuenta que el rápido cumplimiento y, por ende, la exigibilidad de las obligaciones sin plazo, también llamadas puras (no sometidas a plazo, término ni condición expresa) posee un evidente interés en el tráfico mercantil pues su incumplimiento puede generar mayores perjuicios al acreedor.

d. Expresividad de la prórroga: Esta característica se encuentra contenida en el Artículo 676 del Código de Comercio. Al establecer que “en las obligaciones y contratos mercantiles toda prórroga debe ser expresa” se está prohibiendo la concesión de términos de gracia o cortesía. “Se reafirma así el rigor propio de la ejecución de las obligaciones mercantiles al dar seguridad en cuanto al tiempo de cumplimiento de la prestación debida”⁹.

e. Automaticidad de la mora: Jurídicamente mora, es el status jurídico en que se encuentra el deudor al existir un retraso en el cumplimiento de la prestación.

⁸ Villegas Lara, **Ob. Cit.** Pág. 4

⁹ Vásquez Martínez, **Ob. Cit.** Pág. 522



Para incurrir en mora, el Artículo 1428 del Código Civil establece como presupuesto la interpelación o requerimiento del acreedor, ésta puede ser en forma judicial o por medio de un notario, salvo las excepciones establecidas en el Artículo 1431 del mismo cuerpo normativo. Frente a tal regla, el Código de Comercio dispone en el Artículo 677 que “en las obligaciones y contratos mercantiles se incurre en mora, sin necesidad de requerimiento, desde el día siguiente a aquél en que venzan o sean exigibles. Se exceptúan de lo dispuesto en este artículo los títulos de crédito y las obligaciones y contratos en que expresamente se haya pactado lo contrario”.

Se puede establecer entonces que en las obligaciones y contratos mercantiles se incurre en mora sin necesidad de requerimiento, bastando únicamente que el plazo haya vencido o sean exigibles para adquirir el status de moroso. La excepción a esta regla son los títulos de crédito y cuando se ha pactado en contrario.

f. Derecho de retención: Este derecho se encuentra contenido en el Artículo 682 del Código de Comercio y refiere a la facultad que se concede al acreedor mercantil para retener bienes muebles o inmuebles de su deudor, que se hallen en su poder; o de los que tuviere por medio de títulos representativos, cuando al ser exigida la obligación el deudor no cumple; o bien, hasta que el deudor cumpla.

La retención funciona como una garantía a favor del acreedor que desea hacer efectiva la obligación, sin embargo los bienes retenidos siguen siendo propiedad del deudor y por ello el acreedor debe velar por su conservación a través de la figura del depositario.



g. Productividad de intereses de pleno derecho: el Código de comercio admite en el Artículo 678 como una consecuencia de la mora, la productividad de intereses de pleno derecho, pues “si la obligación tiene por objeto cosa cierta y determinada o determinable por su género y cantidad, el deudor moroso pagará por concepto de daños y perjuicios, en su defecto de pacto, el interés sobre el valor de la cosa”.

Esta característica se refiere entonces a que los intereses se causan como consecuencia del simple retraso en el cumplimiento de la obligación ya que el valor de la cosa se fija por las partes en el contrato y “a falta de convenio se toma como valor el que tenga en plaza el día de vencimiento, el de su cotización de Bolsa (si se trata de títulos de crédito) y, a falta de uno y otro, el que se fije por expertos”¹⁰.

h. Capitalización de intereses: Capitalizar intereses se refiere a que al existir incumplimiento en el pago de los intereses por parte del deudor, la cantidad que se adeude por ese concepto, acrecienta el capital de manera que a partir de la capitalización, los intereses aumentan porque se elevó la suma del capital.

Esta figura también es conocida doctrinariamente como anatocismo, y consiste en que los intereses vencidos y no pagados a su vez devengan intereses. La misma es prohibida en las obligaciones civiles expresamente en el Artículo 1949 del código civil, a diferencia de esto, es permitido en las obligaciones mercantiles siempre y cuando sean pactadas en el contrato y que la tasa de interés no sobrepase la máxima que

¹⁰ *Ibíd.* Pág. 522



cobran los bancos de conformidad con el Artículo 691 del código de comercio de Guatemala.

i. Restricción de la nulidad: Esta característica también es conocida como nulidad de las obligaciones plurilaterales, y es que en resguardo de la seguridad en el tráfico mercantil, el Código de Comercio en el Artículo 689, restringe los efectos de la nulidad, de tal manera que la que “afecte las obligaciones de una de las partes no anula un negocio jurídico plurilateral, si el fin perseguido por éste puede lograrse sin la subsistencia de tales obligaciones”.

j. Obligación de entregar mercadería de calidad media: Esta figura se encuentra contenida en el Artículo 690 del Código de Comercio, aunque de igual forma se estipula en el Artículo 1940 del Código civil, por lo que también se aplica para las obligaciones civiles, sin embargo debido a la especialidad de las obligaciones mercantiles, que generalmente versan sobre bienes, se establece que cuando la prestación de la obligación mercantil sea la entrega de mercaderías cuya especie o calidad no se hayan determinado, la ley dispone que solo podrá exigirse al deudor la entrega de mercaderías de especie o calidad medias.

k. Vencimiento de las obligaciones de tracto sucesivo: Para las obligaciones mercantiles en las que se haya estipulado que deban pagarse por tractos sucesivos, el Código de Comercio en el Artículo 693, establece la regla de que la falta de un pago dará por vencida y hará exigible toda la obligación, salvo si se hubiere pactado lo contrario.



1.3 Contratación mercantil

Etimológicamente la palabra contrato es una voz semi culta, del latín contractus, que significa contraer.

El diccionario de la Real Academia de la lengua española lo define como “Pacto o convenio, oral o escrito, entre partes que se obligan sobre materia o cosa determinada, y a cuyo cumplimiento pueden ser compelidas”¹¹.

En cuanto a los contratos mercantiles, es también el derecho civil el que da los lineamientos generales para el concepto de contrato mercantil, pues el Código de Comercio se limita a establecer algunas reglas generales aplicables a todos los contratos mercantiles y a disciplinar determinados contratos.

El Código Civil, establece en el Artículo 1517, que “hay contrato cuando dos o más personas convienen en crear, modificar o extinguir una obligación”. La doctrina ha definido el contrato como “Aquella declaración de voluntad coincidente de dos o más partes que se enfrentan, para producir una consecuencia jurídica unitaria”¹².

De conformidad con la sistemática del derecho privado guatemalteco actual, los contratos mercantiles son los que aparecen regulados exclusiva y especialmente en el Código de Comercio. La razón por la cual estos contratos son disciplinados por este

¹¹ Academia Española de la Lengua, **Diccionario de la lengua española**. Pág. 1101.

¹² Vásquez Martínez, **Ob. Cit.** Pág. 538.



cuerpo normativo no es otra que el hecho de que los mismos suponen necesariamente la condición de empresario mercantil o comerciante en una o ambas partes.

1.3.1 Características de los contratos mercantiles

Como se pudo observar en el apartado anterior, la teoría general del contrato no difiere diametralmente entre el campo civil y el mercantil; de manera que los conceptos fundamentales son aplicables al campo de la contratación mercantil.

Por ese motivo muchos autores no desarrollan una teoría general del contrato mercantil sino se limitan a señalar aquellas características especiales de los contratos mercantiles que existen para adaptar la forma a un conjunto de relaciones objetivas.

Villegas Lara establece que el contrato mercantil, como negocio jurídico constituye el medio para que se dé el movimiento en el tráfico comercial y la diferencia con el contrato civil se encuentra precisamente en las características propias de éstos las cuales son: representación para contratar, forma del contrato mercantil, libertad de contratación, omisión fiscal, efectos de la cláusula rebuc sic stantibus y contratante definitivo; estas características se desarrollarán a continuación.

a. Representación para contratar: Lo normal es que los negocios jurídicos se realicen por la misma persona que tiene interés en ellos, sin embargo, es posible que una persona que no sea aquella a la que corresponden los intereses en juego, ponga su



actividad al servicio de tales intereses, realizando, en orden a los mismos, un negocio por cuenta de aquella persona a quien pertenecen.

El concepto de representación pertenece al derecho civil por lo que corresponde al derecho mercantil partir de él para determinar sus especialidades. “En un sentido amplio puede decirse que la representación es en el tráfico económico un proceder jurídico para que una persona (representante) intervenga en actos o negocios jurídicos declarando su propia voluntad, para que ésta surta sus efectos en la esfera personal y patrimonial de otra (representado).”¹³

En el derecho mercantil funciona lo que se llama representación aparente, a partir de la cual una persona puede presentarse como representante de otra sin necesidad de ostentar un mandato, siendo la característica principal sobre la cual se basan sus diferencias con la representación civil, que ante todo se protege a los terceros que contratan con el representante.

b. Forma del contrato mercantil: La legislación civil, específicamente en el Artículo 1574 dispone que las personas pueden contratar y obligarse por medio de escritura pública, documento privado, acta levantada ante el alcalde del lugar, por correspondencia y verbalmente; a diferencia de esto, en el campo mercantil, la forma se encuentra más simplificada ya que de conformidad con el Artículo 671 del Código de Comercio, “los contratos de comercio no están sujetos, para su validez, a formalidades especiales. Cualquiera que sea la forma y el idioma que se celebren, las partes quedan vinculadas

¹³ *Ibíd.* Pág. 537



en los términos que quisieron obligarse”. Cuando el contrato se celebre en Guatemala y o sus efectos surtan aquí, debe usarse el idioma español en concordancia con las leyes fundamentales de la República.

Esta libertad en el uso de la forma tiene sus excepciones, pues hay contratos en que si se exige una solemnidad determinada, por ejemplo los contratos de fideicomiso y la sociedad.

El Código de Comercio, en atención a la tendencia mercantil de uniformar determinados contratos mediante la utilización de formularios y con el objeto de proteger a quien contrate con el comerciante que use tal sistema, ha establecido algunas reglas en el Artículo 672 conforme a las cuales, los contratos celebrados en formularios: “1º. Se interpretarán, en caso de duda, en el sentido menos favorable para quien haya preparado el formulario. 2º. Cualquier renuncia de derecho sólo será válida si aparece subrayada o en caracteres más grandes o diferentes que los del resto del contrato. 3º. Las cláusulas adicionales prevalecerán sobre las del formulario, aun cuando éstas no hayan sido dejadas sin efecto.” Estas reglas son aplicables a los contratos cuyo medio de prueba consiste en una póliza, factura, orden, pedido o cualquier otro documento similar suscrito por una de las partes.

Para hacer fluida la contratación mercantil sin perjuicio de la protección debida a quienes contratan con los comerciantes, la ley establece para los casos en que la forma de contratar sea un documento escrito por una de las partes que, si la otra parte “encuentra que dicho documento no concuerda con su solicitud, deberá pedir la



rectificación correspondiente por escrito, dentro de los quince días que sigan a aquél en que lo recibió, y se considerarán aceptadas las estipulaciones de ésta, si no se solicita la mencionada rectificación”. Finalmente establece el Artículo 673 del Código de Comercio que “si dentro de los quince días siguientes, el contratante que expide el documento no declara al que solicitó la rectificación, que no puede proceder a ésta, se entenderá aceptada en sus términos la rectificación solicitada”.

c. Libertad de contratación: El contrato debe ser la máxima expresión de la libertad jurídica, ninguna persona está obligada a celebrar un contrato. En ese sentido el Artículo 681 del Código de Comercio establece que a nadie se le puede obligar a contratar sino cuando rehusarse a ello significara un acto ilícito o abuso de derecho.

d. Omisión fiscal: De conformidad con Villegas Lara, los actos jurídicos, sobre todo los que se refieren al tráfico patrimonial, están sujetos a cargas impositivas a favor del estado. “El hecho de que los sujetos contratantes fueran omisos en la tributación fiscal, puede ocasionar que esos actos adolezcan de ineficacia. Sin embargo, como el tráfico mercantil puede verse afectado en la buena fe comercial, cuando los sujetos omiten tributar con respecto a sus contratos y obligaciones, la ley establece que ello no produce la ineficacia de los actos o contratos mercantiles, como tampoco los libera de pagar los impuestos omitidos”¹⁴.

Al respecto es necesario relacionar el contenido del Artículo 680 del Código de Comercio con el Artículo 21 de la Ley del Impuesto de Timbre Fiscal y Papel Sellado

¹⁴ Villegas Lara, **Ob. Cit.** Pág. 14



Especial para Protocolo, que señala los requisitos para que los documentos hagan fe en juicio:

“Artículo 21. Del requisito para que los documentos hagan fe en juicio. De conformidad con el Artículo 680 del Código de Comercio los actos, contratos, registros, libros y documentos en los que no se hubiere cumplido con el pago del impuesto, surtirán todos sus efectos, pero cualquier autoridad que conozca de ellos mandará enterar el impuesto omitido, la multa y los intereses correspondientes. El juez, en todos los casos, deberá darle trámite a las demandas y a todos los escritos así como reconocer las personerías, pero procederá a hacer enterar el impuesto omitido en la forma que queda indicada.

En los casos en que los jueces tuvieren duda sobre si se ha tributado correctamente el impuesto, o si determinado acto o contrato está sujeto al mismo, certificarán lo conducente a la dirección, a efecto de que ésta, dentro del plazo de los quince (15) días siguientes, evacúe la consulta. Con base en dicha respuesta, el juez ordenará, en su caso, que se satisfaga el impuesto, la multa e intereses que procedan en las cajas fiscales de la dirección. En ningún caso esta consulta deberá suspender el trámite procesal correspondiente.”

e. Efectos de la cláusula rebús sic stantibus: Esta cláusula contractual, también conocida doctrinariamente como Teoría de la Imprevisión, explica que “el contrato se



cumple siempre y cuando las circunstancias o cosas –rebus– se mantengan –stantibus– en las mismas condiciones o situaciones iniciales.”¹⁵

A este respecto, y sin que varíe mucho lo establecido en la doctrina y la legislación civil en el Artículo 1330, el Código de comercio establece en el Artículo 688 que el deudor puede demandar la terminación del contrato únicamente en los de tracto sucesivo y en los de ejecución diferida, si sobrevienen hechos extraordinarios e imprevisibles que hagan oneroso el cumplimiento de la prestación. Una terminación que se diera por esas circunstancias no afectaría las obligaciones ya cumplida ni aquéllas en las que ya se ha incurrido en mora, es decir que se trata únicamente de las obligaciones pendientes.

En conclusión, se llama imprevisión contractual o teoría de la imprevisión a la relacionada con la extinción o modificación judicial de las obligaciones de un contrato conmutativo de ejecución sucesiva o diferida, basada en el hecho de haberse modificado sustancialmente las condiciones bajo las cuales se contrajeron.

f. Contratante definitivo: Normalmente los sujetos de la obligación están determinados en el momento mismo de celebrarse el contrato. El Código de Comercio introduce en el Artículo 692 la figura del contrato en el cual una parte se reserva la facultad de designar posteriormente la persona que será considerada como contratante definitivo.

¹⁵ *Ibíd.* Pág. 15



La declaración de designación es un acto unilateral que debe acompañarse de la aceptación de la persona nombrada, ya que de la aceptación definitiva de dicha persona depende la validez de la designación.

Esta aceptación puede suplirse con la existencia de una representación suficiente. De conformidad con el artículo antes citado, si transcurre el plazo legal o convencional sin que se haga la designación del contratante definitivo, o si hecha fuere inválida, el contrato produce sus efectos entre los contratantes primitivos. Hecha válidamente la designación, la persona nombrada adquirirá todos los derechos y asumirá todas las obligaciones derivadas del contrato, desde el momento en que éste fue concluido. Este efecto retroactivo se produce también cuando la validez del contrato se contraiga a los contratantes originarios.

En el mundo del comercio puede suceder entonces que una persona contrate con otra un determinado negocio, pero una de ellas puede hacerlo como representante aparente, reservándose la facultad de designar dentro de un plazo no superior a tres días, quién será la persona que resultará como contratante definitivo. Esta brevedad del plazo dentro del cual deba hacerse la designación del contratante definitivo, "obedece a razones fiscales: se quiere evitar que el contratante, teniendo a su disposición un término más amplio, se valga del mecanismo antes descrito, para hacer la adquisición para así y después, mediante la declaración de nombramiento, hacer realizar otra adquisición a otra persona, la cual sería en realidad, un segundo y posterior

contratante. Con lo cual el erario en vez de dos traspasos cobraría el impuesto de uno solo¹⁶.

1.3.2 Clasificación de los contratos mercantiles

Los contratos mercantiles se clasifican en:

- a. Contratos unilaterales y bilaterales: los primeros son aquellos que surgen cuando la obligación recae solamente sobre una de las partes; y son bilaterales, si ambas partes se obligan recíprocamente.
- b. Contratos principales y accesorios: son principales porque subsisten por sí solos sin recurrir a otro; y accesorios, si tienen por objeto el cumplimiento de otra obligación, es decir si los efectos jurídicos de un contrato dependen de la existencia de otro.
- c. Contratos consensuales, reales y formales: los contratos son consensuales, cuando se perfeccionan por el simple consentimiento de las partes; reales, si para su perfección se requiere la entrega de la cosa; y formales, cuando es necesaria una forma o solemnidad específica impuesta por la ley.
- d. Contratos onerosos y gratuitos: son onerosos, si se estipulan provechos y gravámenes recíprocos, también aquellos en que la prestación de una de las partes tiene como contrapartida otra prestación. Es decir, ante una obligación se tiene un

¹⁶ Vásquez Martínez, Ob. Cit. Pág. 543



derecho, aunque no sean equivalentes las prestaciones. En cambio en los contratos gratuitos, el provecho es solamente para una de las partes y se fundan en la liberalidad; sin embargo debido a que uno de los principios del derecho mercantil es la onerosidad, se puede establecer que no hay contratos gratuitos en el mismo.

e. Contratos conmutativos y aleatorios: son conmutativos cuando las prestaciones que se deben las partes son ciertas desde que se celebre el contrato; y aleatorios, si la prestación depende de un acontecimiento incierto que determina la ganancia o la pérdida.

f. Contratos condicionales y absolutos: en los contratos condicionales, su realización o subsistencia depende de un suceso incierto o ignorado por las partes; a diferencia de esto, en los contratos absolutos, su realización es independiente de toda condición.

g. Contratos instantáneos y sucesivos: cuando un contrato se consuma o cumple de una vez en el tiempo, se clasifica como instantáneo. Ahora bien, si las obligaciones se van cumpliendo dentro de un término o plazo que se prolongue después de celebrado el contrato, se llama sucesivo o de tracto sucesivo.

h. Contratos típicos y atípicos: son típicos si están regulados de modo específico por la ley la cual estructura sus elementos esenciales; y son atípicos si la ley no los regula, no obstante son contratos porque crea, modifica o extingue obligaciones.



Según el autor Vásquez Martínez, “por lo que hace a los contratos mercantiles en particular, sólo puede ser útil como criterio de clasificación el que se basa en la función económica que corresponde a cada uno de ellos. Este criterio responde a la circunstancia de que el contrato es el principal instrumento de circulación; al hecho de que los contratos mercantiles se caracterizan en el tráfico moderno por ser contratos de empresa; ya que son utilizados instrumentalmente para la exteriorización y realización de la actividad empresarial”¹⁷.

De esta cuenta, atendiendo a la función económica que cumplen, los contratos mercantiles pueden agruparse de la siguiente manera:

a. Contratos de cambio: son los que procuran la circulación de la riqueza (bienes y servicios), ya sea dando un bien por otro por ejemplo contrato de compraventa, suministro, contrato estimatorio, operaciones de bolsa; o ya sea dando un bien a cambio de un hacer o servicio como el contrato de transporte, y hospedaje.

b. Contratos de colaboración, tanto asociativa como el contrato de sociedad; como simple, en los que una parte coopera con su actividad al mejor desarrollo de la actividad económica de la otra por ejemplo contratos de agencia, corretaje, comisión, edición, difusión y representación escénica, participación.

¹⁷ Ibíd. Pág. 545



c. Contratos de conservación o custodia, como lo son el contrato de depósito irregular, contratos mercantiles por su función económica de depósito en almacenes generales y fideicomiso.

d. Contratos de crédito: en estos al menos una parte concede crédito a la otra, por ejemplo la apertura a crédito, descuento, cuenta corriente, reporto, carta orden de crédito, tarjeta de crédito y el crédito documentario.

e. Contratos de prevención de riesgo: en estos una parte cubre a la otra las consecuencias económicas de un determinado riesgo, por ejemplo el contrato de seguro y reaseguro.

f. Contratos de garantía: estos aseguran el cumplimiento de las obligaciones; por ejemplo el contrato de fianza y reafianzamiento.





CAPÍTULO II

2. Contratos de agencia, distribución o representación

El libro IV del Código de Comercio de Guatemala contiene las normas que rigen en forma especial a las obligaciones y contratos de esta naturaleza; sin embargo los contratos de agencia, distribución o representación los cuales representan el objeto de estudio de la presente investigación se encuentran contenidos en el Libro I de dicho código el cual contiene la regulación “De los comerciantes y sus auxiliares”; y seguidamente dentro del título II correspondiente a los “Auxiliares y sus comerciantes”, finalmente dentro del capítulo II que contiene la regulación de los “Agentes de comercio, distribuidores y representantes” dentro de los Artículos 280 al 291.

La regulación contenida en ese capítulo fue reformado completamente por el Decreto número 8-98 del Congreso de la República de Guatemala, publicado en el Diario oficial el 3 de marzo de 1998. De igual forma, este Decreto derogó completamente al Decreto 78-71 del Congreso de la República de Guatemala, el cual regulaba el contrato de agencia, distribución o representación.

Como se observa en la legislación actual, estos contratos se encuentran ubicados dentro del Código de Comercio en un lugar equívoco y resulta complicado, a simple vista diferenciarlos y encontrar la normativa específica para cada uno de ellos, es por esta razón que a manera de estudiarlos en forma ordenada, en el presente capítulo se



desarrollarán en forma independiente para lograr la conceptualización de los mismos, desplegar sus elementos, naturaleza jurídica y principales características.

2.1 Contrato de agencia

Este contrato es denominado así por el rol principal que juega el agente de comercio; un agente de comercio es aquél que actúa de modo permanente, vinculado a uno o más principales, promoviendo contratos mercantiles o celebrándolos en nombre y por cuenta de éstos.

El agente de comercio puede actuar como parte del personal de la empresa del principal, vinculado por una relación laboral. En este caso se le conoce como agente dependiente. Si el agente actúa con su empresa y se liga al principal por un contrato de agencia, estamos entonces ante el agente independiente.

En conclusión, los agentes de comercio son auxiliares profesionales que actúan en la promoción de los negocios mercantiles, pudiendo ser dependientes cuando están vinculados al principal por una relación laboral; e independientes, si son empresarios en propio derecho y su vinculación con el principal es a través del contrato mercantil de agencia, el cual se desarrollará a continuación. El agente de comercio, por lo general puede dedicarse a otras actividades mercantiles o servir a otros principales, siempre que dichos principales no compitan entre sí.



2.1.1 Concepto

El empresario o comerciante con el objeto de extender su actividad recurre con frecuencia a la figura del agente de comercio independiente, el cual, actuando por medio de su propia empresa promueve y celebra contratos mercantiles en nombre y por cuenta del principal, con el que está ligado por un contrato mercantil: el contrato de agencia.

La doctrina argentina la define estableciendo que se refiere a: “un convenio por medio del cual una parte denominada comitente (otros autores lo llaman fabricante, comerciante, principal o prestador), encarga a otra llamada agente (representante o vendedora) la promoción de negocios por su cuenta y orden; es decir, un medio para que el fabricante comercialice su producción a través de un tercero, quien no sólo promueve la venta de bienes sino también de servicios”¹⁸.

El agente se caracteriza por ser independiente y autónomo en sus funciones, por lo que se excluye de una relación de dependencia sujeta a las disposiciones del derecho laboral.

El Código Italiano lo conceptualiza de una manera más exacta, al indicar, en el Artículo 1742, que es: “Aquel por el cual una parte asume el encargo estable de promover por

¹⁸ Mazorati J. Osvaldo. **Sistemas de distribución comercial**. Pág. 9.



cuenta de otra, mediante retribución, la conclusión de contratos en una zona determinada.”¹⁹

La doctrina ha establecido que el contrato de agencia “es aquel por el cual un empresario de manera permanente, mediante una remuneración y con cierta independencia, asume el encargo de preparar o realizar contratos mercantiles por cuenta de otro empresario” o bien, que por él “una parte asume el encargo de promover, con carácter estable o permanente, por cuenta de otra y a cambio de una determinada retribución, la conclusión de contratos en una determinada forma”²⁰.

El contrato de agencia está orientado a procurar al principal un resultado por obra del agente: la promoción o celebración de contratos en su nombre y por su cuenta. Para lograr ese resultado el agente actúa con independencia respecto del principal y sin que sea necesario que medie representación en sentido jurídico. El principal recurre a los agentes de comercio con el objeto de crear, conservar o ampliar su clientela; el agente puede por pacto expreso comprometerse a dedicarse con exclusividad a actuar para un solo principal, de lo contrario es libre de hacerlo en cualquier otra clase de actividades o negocios y aún de actuar por cuenta de otros principales, cuyos productos o servicios no compitan entre sí, esto de conformidad con el Artículo 281 del Código de Comercio:

¹⁹ Código Civil Italiano, artículo 1742, citado por Marzorati J. (Osvaldo), **Ob. Cit.** Pág. 10.

²⁰ Vásquez Martínez **Ob. Cit.** Pág. 608



“Artículo 281. Otras Actividades. Salvo pacto en contrario, los agentes de comercio pueden dedicarse a cualquier otra clase de actividades y negocios y aun actuar por cuenta de otros principales, cuyos productos o servicios no compitan entre sí.”

Tomando en consideración el conjunto de disposiciones que el derecho guatemalteco y la doctrina destinan a regular el contrato de agencia, se puede definir como aquél por el cual un empresario mercantil denominado agente se obliga actuar de modo permanente, a cambio de una remuneración, promoviendo o celebrando contratos en nombre y por cuenta de otro sujeto mercantil denominado principal.

En conclusión se puede definir al contrato de agencia como aquella relación jurídica por medio del cual una persona individual o jurídica, nacional o extranjera, denominada principal designa a cambio de una remuneración a otra persona individual o jurídica, denominada agente el encargo de preparar o de celebrar contratos con terceros por cuenta y en nombre del primero

2.1.2 Naturaleza Jurídica

Debido a la falta de regulación del contrato de agencia, la doctrina extranjera ha advertido una serie de dificultades a fin de determinar su naturaleza jurídica, por lo que se han formulado diversas teorías:

a. Mandato: La doctrina italiana ha considerado al agente como mandatario o comisionista, según actúe en nombre del mandante o en el propio. En Guatemala, la



figura del comisionista se encuentra dentro del Artículo 303 del Código de Comercio que establece: “Artículo 303. Comisionista. Comisionista es quien por cuenta ajena realiza actividades mercantiles.”

Del análisis de la figura del comisionista se pueden establecer las diferencias con la figura del mandato civil, además del diverso tratamiento en materia de representación son tres muy claras: en primer punto, el mandato es gratuito, salvo pacto en contrario, mientras que la comisión mercantil al igual que el contrato de agencia es retribuida. En segundo punto en la comisión el objeto del contrato debe ser siempre actos y operaciones mercantiles. Finalmente en la comisión, una de las partes, por lo menos, tiene que ser comerciante.

Entre comisión y agencia existe una estrecha relación funcional. Mientras la comisión permite una colaboración aislada y esporádica para contratar, la agencia instituye una colaboración estable o duradera para que un empresario desarrolle su actividad por medio de un agente representante en una zona determinada.

Al respecto, Varangot considera que el agente: “No es un mandatario porque el empresario con el que trata no le confiere un mandato para que le administre negocios, sino un encargo para promover la conclusión de contratos, y no es comisionista porque no contrae ninguna obligación con los terceros con los que trata en su gestión”²¹.

²¹ Broseta Pont, Manuel, **Manual de derecho mercantil**. Pág. 20.



Por lo anteriormente citado, se puede descartar entonces que la naturaleza jurídica del contrato de agencia, sea el de ser un mandato.

b. Mandato de interés común: Según el derecho francés, se trata de un mandato concluido tanto en interés del mandante, que es vender el producto, como en el del mandatario, que es percibir la comisión por venta.

Al respecto de esta segunda teoría, se critica la figura del mandato al ser un servicio ocasional rendido por una persona a otra, mientras que el mandato de interés común confiere a un intermediario que ejecuta a título profesional los mandatos que se le encomiendan.

c. Locación de obra: La doctrina italiana ha establecido que el agente no se obliga puramente a prestaciones de servicios sino a la consecución de cierto éxito, como resultado de la propia actividad a favor del que le ha conferido encargos, es decir, la conclusión de contratos y no le corresponde la comisión si éstos no llegaran a existir.

d. Es un contrato de empresa moderna: El contrato de agencia no puede ser interpretado por las reglas de los contratos semejantes y mucho menos cuando existen notables diferencias. Por tanto, se ha de interpretar de acuerdo con las estipulaciones de la convención, el fin económico perseguido por las partes, los usos y costumbres del respectivo ramo empresario o comercial y la causa de la obligación.



Por consiguiente, resulta conveniente regular el contrato de agencia como aquel en el que dos partes se relacionan en forma estable, encargándose una de ellas el modo autónomo de la promoción o concertación de negocios en interés de la otra.

Al respecto de esta teoría, Vásquez Martínez sostiene que “se trata de un contrato mercantil sui generis, disciplinado por el Código de comercio por el hecho de que supone la condición de empresario mercantil, tanto en el agente como en el principal. Además, se trata de un contrato de colaboración simple, ya que el agente coopera con su actividad al mejor desarrollo de la actividad económica de otro”²².

Es indudable que la doctrina ha evolucionado con respecto a la naturaleza jurídica del contrato de agencia, y debe reconocerse que inicialmente aquella se inclinó por colocarlo entre las figuras derivadas del mandato comercial, especialmente teniendo presente la facultad del agente para gestionar y concluir contratos por cuenta de otro; pero sin advertir que frente a los terceros con quienes el agente celebra los negocios jurídicos, su actividad se presenta como un ejercicio autónomo e independiente.

2.1.3 Elementos

Como todo contrato, el contrato de agencia posee elementos personales y reales.

a. Elementos personales: Los elementos personales del contrato de agencia están integrados por el agente de comercio independiente y el principal.

²² Vásquez Martínez. **Ob. Cit.** Pág. 609



El agente de comercio independiente, es aquel que actúa por medio de su propia empresa, de modo permanente, en relación con uno o varios principales, promoviendo contratos mercantiles o celebrándolos en nombre y por cuenta de aquellos. Este agente de comercio independiente puede ser un empresario individual o social. El hecho de que el agente actúe por medio de su propia empresa, le da al agente comercial independiente el carácter de comerciante, por lo cual debe estar inscrito tanto él como su empresa en el Registro Mercantil.

El segundo elemento personal del contrato de agencia lo constituye el principal quien es normalmente un comerciante o empresario mercantil, nacional o extranjero, individual o social, que tiene interés en crear, conservar o ampliar la clientela de productos o mercaderías.

b. Elementos reales: Dentro de los elementos reales del contrato de agencia, se consideran en un primer punto los objetos sobre los cuales recaen los contratos mercantiles que el agente promueve o celebra en nombre y por cuenta del principal; objeto de tales contratos pueden ser también servicios.

En segundo punto se encuentra la remuneración del agente, que de conformidad con el Artículo 288 del Código de Comercio, salvo pacto expreso en el contrato, es generalmente una comisión sobre la cuantía de los negocios que se realicen por intervención del agente, de acuerdo con los usos y prácticas del lugar. Igualmente el agente tiene derecho a percibir una comisión por los negocios concluidos directamente



por el principal, con efectos en la zona reservada para el agente, si éste es exclusivo, aunque en ellos no haya intervenido.

2.1.4 Características

El autor Osvaldo Mazorati, hace una clasificación bipartita de los elementos característicos del contrato de agencia, distinguiéndolos en esenciales y ocasionales

2.1.4.1 Características esenciales

a. Promoción de negocios: El agente comercial realiza una función de intermediación entre el principal y la clientela, promoviendo los negocios de aquél, aun cuando adicionalmente tenga facultades para celebrar contratos por cuenta del principal, concluyendo las ventas directamente.

En concordancia con este elemento, se ha dicho que: "... el agente es un verdadero promotor de negocios, lo que implica que, de acuerdo con las especificaciones contractuales y las pautas fijadas por la empresa con la que contrata, gestiona las operaciones y las formaliza; en tal dirección, se encuentra dentro de sus facultades la de difundir los productos o servicios que comercializa, contactar distintos clientes potenciales, efectuar ofertas, recibir pedidos, etc."²³

²³ Barbieri C. Pablo. **Contratos de empresa**. Pág. 142.



b. Independencia: El agente al ser un verdadero empresario, realiza su actividad con libertad e independencia, por lo que soporta el riesgo del negocio.

c. Unilateralidad: El agente promueve negocios en beneficio de una empresa productora con quien se encuentra ligado contractualmente, por lo que su acción promotora se realiza a favor de una sola parte. A esto es a lo que se le dice la “unilateralidad de la gestión del agente”²⁴.

d. Estabilidad: La relación jurídica entre el fabricante y el agente no es esporádica ni resulta de negocios aislados o individuales, sino de una ejecución continuada, pues se aplica a una pluralidad de operaciones.

e. Asignación geográfica: El agente goza de un territorio y promueve los negocios del principal generalmente con exclusividad. También es conocida como zona de actuación, misma que debe estar específicamente determinada en el contrato de agencia respectivo, siendo necesario por eventuales violaciones del empresario, al ingresar otros agentes o realizar por cuenta propia la comercialización o distribución de sus productos en dicha zona

2.1.4.2 Características ocasionales

Son elementos que de forma ocasional son previstos por las legislaciones o que se dan en la práctica, generalmente se aceptan los siguientes:

²⁴ *Ibíd.* Pág. 143.



a. Exclusividad: la exclusividad consiste en que el agente adquiere el derecho de representar al principal, con exclusión de otro agente y sólo puede darse si así se pacto en el contrato. En armonía con lo anterior, Manuel Broseta considera que: "La agencia se suele estipular en exclusiva de simple o doble signo: el agente se obliga a no trabajar en su zona para los empresarios competidores de su representación; y este a no designar otros agentes propios en la zona o incluso a evitar que sus productos sean en ella introducidos por conductos ajenos a la actividad del agente."²⁵

b. Representación: El agente puede estar investido de poder de representación o carecer de él, es decir, puede tener la facultad o no de concluir las operaciones que promueve.

c. Indemnización: El contrato de agencia puede pactar una indemnización en caso de terminación o negarla expresamente.

Respecto a esta característica ocasional del contrato, generalmente no se incluye dentro del contrato de agencia guatemalteco, porque la misma, conforme a nuestra legislación, no deviene del contrato, sino del régimen legal a que están sujetas las partes.

²⁵ Broseta Pont Manuel. **Ob. Cit.** Pág. 436.



2.2 Contrato de distribución o representación

Si atendemos al título del capítulo, donde se encuentran regulado el contrato en estudio, parece ser que se trata de tres auxiliares: agentes, distribuidores y representantes, sin embargo el tercer párrafo del Artículo 280 establece que: “Son distribuidores o representantes, quienes por cuenta propia, venden, distribuyen, promueven, expenden o colocan bienes o servicios de una persona natural o jurídica, nacional o extranjera, llamada Principal a quien están ligados por un contrato de distribución o representación”

Resulta entonces que al distribuidor, se le llamará distribuidor o representante. En tal sentido, sólo cabe hablar de dos contratos: de agencia y de distribución o representación.

2.2.1 Concepto

De conformidad con el artículo anteriormente citado, por el contrato de distribución o representación, un comerciante denominado principal, contrata con otro comerciante denominado distribuidor o representante, para que por cuenta de este último se venda, distribuya, promueva, expendan o coloque los bienes o servicios de su giro.

Doctrinariamente se define como aquel contrato en donde el fabricante (o el principal en su caso) conviene el suministro de un producto determinado al distribuidor, quien adquiere la propiedad de los bienes (los compra) para proceder a su colocación masiva



por medio de su propia organización en una zona determinada, recibiendo, a cambio, un porcentaje –descuento– sobre la diferencia entre el precio de compra y de venta de los productos.

Marzorati, citado por Villegas Lara, dice al respecto: “El contrato de distribución ha sido definido en la doctrina argentina como aquel por el cual el productor o fabricante conviene el suministro de un bien final –productos determinados– al distribuidor quien adquiere el producto para proceder a su colocación masiva por medio de su propia organización en una zona determinada.”²⁶

Este contrato, al igual que el de agencia, permite al principal la expansión de sus negocios, sin correr los riesgos en la negociación de sus productos o servicios, pues el distribuidor, al actuar en nombre propio, se sujeta a cualquier reclamación que el tercero pudiera hacer por el contrato celebrado.

Además el distribuidor, a diferencia del agente independiente, no percibe comisión por su actuación, sino su ganancia es la diferencia en el precio en que le suministra el principal y el que él le aplica a quien le compra los bienes o servicios, sobre los cuales ha adquirido un derecho de propiedad, porque de lo contrario no podría disponer de ellos a título personal.

²⁶ Villegas Lara, **Ob. Cit.** Pág. 184



2.2.2 Naturaleza jurídica

La doctrina extranjera ha generado diversas teorías respecto a la naturaleza jurídica del contrato de distribución de productos:

a. Contrato atípico de naturaleza mercantil: En donde se promueve en nombre propio la introducción de un determinado producto manufacturado por otro en el mercado de un territorio determinado, mediante un sistema de reventas o cesiones de uso, previamente planificadas en cuanto al precio o a las condiciones contractuales de venta.

Las prestaciones de este contrato imposibilitan su ubicación en algún tipo legal, aunque individualmente pueden ser considerados como de compraventa o suministro. Consiguientemente, se le ha clasificado como “Un contrato de empresa en virtud del cual, en nombre propio, se promueve por terceros la ejecución de funciones propias, como la financiación, venta o suministro de productos”²⁷.

b. Contrato de consignación de mercaderías o comisión: en donde se reciben los productos del fabricante para distribuirlos dentro del país y se facturan como compras en firme al momento de su venta a terceros, beneficiándose con el sobreprecio.

²⁷ Mazonati J. (Osvaldo), *op.cit.*, págs. 57 a 63.



c. Compraventa: el contrato tiene un pacto de exclusividad para revender un producto en una zona determinada y no excluye que cada una de las operaciones de adquisición de mercaderías constituya una compraventa común sujeta a lo dispuesto en el contrato.

Esta posición resulta criticable, tal y como lo considera Zavala Rodríguez, porque cada una de las operaciones de entrega no adquiere la naturaleza de una compraventa independiente y ante los incumplimientos, se puede petitionar el cumplimiento del contrato o su resolución con los daños y perjuicios y la devolución de las mercaderías con su consignación al fabricante.

Por lo argumentado anteriormente, el contrato de distribución tiene una naturaleza jurídica atípica, por lo que le corresponde al legislador delimitar su contenido y alcances.

2.2.3 Elementos

Como elementos que distinguen el contrato de distribución, se podrán citar los siguientes:

- a. Territorio: El contrato atribuye al distribuidor una zona territorial determinada de actuación, con o sin derecho de exclusividad sobre ella.
- b. Exclusividad: En caso de pactarse, el distribuidor se obliga a no efectuar ventas fuera de la zona y el fabricante a no designar a otro distribuidor en el mismo territorio.



c. Duración: El contrato puede convenirse por tiempo indeterminado o a plazo fijo.

d. Control: Si bien es cierto que el distribuidor es un empresario independiente, actuando a nombre y por cuenta propia, se desarrolla un régimen de cooperación. En ese sentido, se reglamentan tarifas, materiales o mercaderías a utilizar en la prestación, horarios, cualidades del personal que preste el servicio, utilización de elementos suministrados por el proveedor, etc.

e. Elementos subjetivos: el comerciante principal y el distribuidor. En este caso también puede pactarse la exclusividad con los mismos efectos expuestos en el contrato de agencia

2.2.4 Características

Oswaldo Mazorati expone las “características esenciales del contrato de distribución”²⁸, las cuales se pueden resumir de la siguiente manera:

a. Consensual: Este contrato se perfecciona con el consentimiento del productor y del distribuidor; el cual otorga el derecho de vender en un sector determinado, recibiendo una remuneración por la reventa.

b. Bilateral: Desde que se perfecciona el contrato, ambas partes resultan obligadas.

²⁸ *Ibíd.* Pág. 63 - 65



c. Oneroso: Genera ventajas para ambas partes; en concreto, al distribuidor con el precio que pagan los terceros por la reventa de los productos de prestigio del proveedor; y éste por la compensación que recibe del distribuidor, no incurre en riesgo comercial y aumenta su penetración en el mercado.

d. Conmutativo: Determina obligaciones ciertas y apreciables para las partes desde el momento en que se perfecciona el acto; es decir, las partes conocen sus obligaciones.

e. Informal: Por ser un contrato atípico, rige el principio de libertad de forma.

f. De tracto sucesivo: Es un contrato de ejecución continuada o periódica, en el que hay un cumplimiento repetido.

g. Intuitu personae: Para realizar el contrato se toma en cuenta las cualidades o aptitudes de ambas partes.

h. De colaboración o cooperación: Media una función de cooperación para alcanzar el fin que ha determinado el contrato, sea la venta a terceros del producto.

i. Atípico: carece de legislación específica.

j. De duración: pues se encuentran destinados a la creación de una relación estable, pues el distribuidor tiene derecho a que la relación dure para amortiguar las inversiones realizadas y obtener una razonable ganancia.



k. De carácter comercial o mercantil: puede ser ubicado dentro de la categoría de contratos de empresa.

2.3 Terminación y rescisión de estos contratos

Doctrinariamente, la terminación de un contrato puede producirse “por causas naturales o violentas; se considera que existe una terminación natural cuando ha vencido el plazo o se ha cumplido la finalidad del contrato; es decir que las partes de mutuo acuerdo han decidido su terminación. Por otro lado, existe una terminación violenta cuando surgen algunas causales que impiden la continuidad del contrato, dando lugar a la resolución o rescisión contractual”²⁹.

El segundo concepto a estudiar en la presente sección es el de la rescisión; según el diccionario de la lengua española rescisión significa: “Acción y efecto de escindir.” Por otro lado, rescindir significa: “dejar sin efecto un contrato, una obligación.”³⁰

El Diccionario de Manuel Ossorio, define la rescisión como la “acción y efecto de rescindir, de dejar sin efecto un acto jurídico. Por ello la posibilidad de rescisión afecta a diversas instituciones, tanto del Derecho público como del Derecho privado, de manera especial en materia de obligaciones y contratos”³¹.

²⁹ http://www.rodriiguezvelarde.com.pe/pdf/libro1_parte1_cap9.pdf 03 de julio de 2012

³⁰ Real Academia de la lengua española. **Ob. Cit.** Pág. 1001.

³¹ Ossorio, Manuel. **Diccionario de derecho.** Pág. 846



Los contratos de agencia, distribución o representación, se encuentran parcialmente tipificados en el Código de Comercio guatemalteco y en un lugar no correspondiente a su sistematización; es por esta razón que las partes deben estipular en el contrato todo aquello que deseen que rija su relación contractual con los términos de su conveniencia y de esta forma enriquecer las deficiencias en las que incurrió el legislador.

En cuanto a la terminación y rescisión del contrato de agencia, distribución o representación, el Artículo 290 del Código de Comercio establece que los contratos de agencia independiente, distribución o representación mercantil, sólo pueden terminar o rescindirse:

- a. Por mutuo consentimiento entre las partes, manifestado por escrito;
- b. Por vencimiento del plazo, si lo hubiere: En cuanto a la terminación de un contrato por el cumplimiento del plazo pactado en la agencia por tiempo determinado, debe establecerse que representa el modo normal de extinción del contrato de agencia, distribución o representación y consiste en el agotamiento del tiempo de duración del vínculo pactado por las partes.

Este tiempo de duración puede pactarse lícitamente de varias maneras: En primer lugar mediante la designación de una cierta fecha, llegando a la cual terminará la relación jurídica. También puede pactarse a través del establecimiento de un plazo expreso de vigencia de la relación; y, finalmente puede pactarse mediante la vinculación del



momento del vínculo con un evento que se producirá con seguridad pero en una fecha desconocida al iniciarse la relación, en este último caso se configura la llamada duración determinable.

c. Por decisión del agente, siempre que diere aviso al principal con tres meses de anticipación. En este caso quedará obligado a la rendición de cuentas desde que fuere requerido para ello y, si así lo requiere el principal a reintegrar la mercadería objeto de la relación contractual que obrare en su poder, a precio "C.I.F" (Costo incluye seguro y transporte).

La terminación del contrato o relación de agencia por virtud de lo dispuesto en este inciso y los dos anteriores, no generará para ninguna de las partes, obligación de indemnizar daños y perjuicios.

d. Por decisión del principal, en cuyo caso será responsable frente al agente por los daños y perjuicios causados como consecuencia de la terminación del contrato o relación comercial si no existiere justa causa para haber dado por terminado dicho contrato o relación.

e. Por justa causa. En este caso, el causante de la rescisión o terminación del contrato será responsable de los daños y perjuicios causados a la otra parte.

Cuando se desee terminar o rescindir cualquiera de estos contratos por justa causa, el Código de Comercio enlista una serie de premisas que puede invocar ya sea cualquiera



de las partes, el principal o el agente, distribuidor o representante para realizarlo. Para tal efecto, se entiende que existe justa causa y pueden invocarla en su favor:

A. Cualquiera de las partes: cualquiera de las partes o sujetos que intervienen en este contrato podrían incurrir en las siguientes circunstancias que originen incumplimiento o contravención de la otra parte, por ejemplo: de las obligaciones que hubieren convenido; por la comisión de algún delito contra la propiedad o persona de una de las partes contra la otra; y, por la negativa infundada de la otra parte a rendir los informes y cuentas o practicar las liquidaciones relativas al negocio, en el tiempo y modo que se hubiere convertido.

B. El principal: el principal en este contrato, es decir, el agente, podría incurrir en circunstancias que den lugar a dar por terminado el contrato, estas situaciones podrían ser: si el agente divulga o informa a tercero, sin la debida autorización, de todo hecho, dato, clave o fórmula cuyo secreto se le haya confiado por virtud del respectivo contrato; y por la baja en el promedio de ventas o colocación de los bienes o servicios convenidos, debido a negligencia o ineptitud del agente, comprobada judicialmente. Y de comprobarse esta última, se deberá indemnizar por daños y perjuicios.

Al respecto de esta circunstancia, se ha definido doctrinariamente a la negligencia como aquel "Descuido, omisión. Falta de aplicación. Omisión consciente de la diligencia de

los actos jurídicos (...) Omisión de la diligencia exigible en el tráfico, mediante cuya aplicación podría haberse evitado un resultado que no ha sido querido. (...)”³²

C. El agente, distribuidor o representante: el agente, distribuidor o representante, también puede llevar a cabo la terminación o rescisión del contrato siempre y cuando el principal llevare a cabo actos que directa o indirectamente, impidan o tiendan a impedir, que el agente cumpla con el contrato.

En conclusión, se establece que tanto el contrato de agencia como el contrato de distribución o representación pueden terminar o rescindirse por cualquiera de los motivos establecidos en el Artículo 290 del Código de Comercio, mismos que se encuentran relacionados con la legislación civil la cual los desarrolla y los complementa. Esta finalización no genera la obligación de indemnizar daños y perjuicios cuando la misma se dé en virtud de alguna de las causales señaladas en los primeros tres numerales del artículo en estudio; sin embargo la rescisión intempestiva origina la obligación de indemnizar los daños y perjuicios que se hubiesen causado.

2.4 Conflicto de intereses en los contratos de agencia, distribución o representación

Cuando las partes no se pongan de acuerdo, después de ocurrida la terminación o rescisión del contrato, en lo relativo a la cuantía de daños y perjuicios, el monto de la misma se determinará en un proceso arbitral o judicialmente en la vía sumaria. En el segundo de los casos obligatoriamente, el demandante debe proponer dictamen de

³² Casado, María Laura. **Diccionario de derecho comercial**. Pág. 305



expertos para poder determinar la existencia y cuantía de los daños y perjuicios causados.

Al respecto de estas controversias, el Artículo 291 del Código de Comercio, establece que, “Si después de ocurrida la terminación o rescisión del contrato o relación respectiva, las partes no se pusieren de acuerdo sobre la cuantía de la indemnización que deba pagarse por los daños y perjuicios causados de conformidad con los numerales cuatro y cinco del Artículo 290 del mismo código, el monto de la misma se determinará en proceso arbitral o en proceso judicial en la vía sumaria, para el efecto se entenderá que las partes han optado por el arbitraje si no establecen de manera expresa que la controversia debe dirimirse en la vía sumaria judicial”

En caso de que la controversia se resuelva en proceso judicial en la vía sumaria, el demandante deberá proponer dictamen de expertos, de conformidad con lo establecido en el Código Procesal Civil y Mercantil, a efecto de que se dictamine dentro del proceso sobre la existencia y la cuantía de los daños y perjuicios reclamados

El mismo artículo, señala que “en todo caso, los procesos judiciales deben tener lugar, tramitarse y resolverse en la República de Guatemala, de acuerdo a las leyes nacionales aplicables a los procedimientos judiciales”.



2.4.1 Formas de solución

Ordinariamente el conflicto de intereses en la contratación mercantil permite a las partes contratantes a acudir a órganos jurisdiccionales, es por ello que el Código de Comercio guatemalteco contiene disposiciones sobre la vía procesal y los juicios que deben ventilarse para la solución de las mismas, sin embargo en materia de contratos de agencia, distribución o representación, se establece en el Artículo 291 que "...las partes también pueden optar por el arbitraje o por la vía judicial en proceso sumario, para resolver cualquier clase de controversia derivada de dicho contrato"

La legislación guatemalteca establece que en caso de existir controversias respecto a la cuantía de la indemnización que debe pagarse por los daños y perjuicios causados cuando se da la terminación o rescisión de los contratos de agencia, distribución o representación, las partes poseen dos opciones para dirimir la controversia: a través de un proceso arbitral o un proceso judicial en la vía sumaria, a continuación se desarrollan estas vías:

a. Jurisdicción Ordinaria: Ordinariamente el conflicto de intereses en la contratación mercantil, obliga a las partes contratantes a acudir a órganos jurisdiccionales, es por ello que el Código de Comercio en el Artículo 1039 establece la vía procesal y regula que todas las acciones a que dé lugar su aplicación se ventilarán en juicio sumario, salvo que las partes hayan convenido en someter sus diferencias a arbitraje.



El Artículo 229 del Decreto Ley 107 estipula que se tramitarán en juicio sumario: 1. Los asuntos de arrendamiento y desocupación; 2. La entrega de bienes muebles que no sea dinero; 3. La rescisión de los contratos; 4. La deducción de responsabilidad civil contra funcionarios y empleados públicos; 5. Los interdictos; y 6. Los que por disposición de la ley o convenio de las partes deben seguirse en esta vía.

De las dos normas legales anteriormente citadas se puede establecer que ambas son de carácter complementario. El juicio sumario posee su fundamento legal en los Artículos 229 al 235 del Código Procesal Civil y Mercantil y tomando en cuenta que como lo estatuye el Artículo 230 son aplicables al mismo todas las estipulaciones del juicio ordinario, en cuanto no se opongan a lo preceptuado en el código para el juicio sumario.

Para tal respecto, la legislación mercantil establece que se entenderá, salvo pacto en contrario, que las partes han optado por el arbitraje si no establecen de manera expresa que la controversia debe dirimirse en la vía sumaria judicial.

b. Juicio arbitral: La legislación establece que cuando las partes no estipulan expresamente dentro del contrato que da origen a la relación jurídica-comercial, que las controversias por los daños y perjuicios ocasionados en la terminación o rescisión intempestiva se ventilarán en la vía sumaria, se entenderá que han acordado acudir a un proceso arbitral; debido a la especialidad de esta vía, se estudiará en un capítulo independiente.



CAPÍTULO III

3. Generalidades del arbitraje

Con miras a lograr una comprensión total del tema objeto de estudio, deberá estudiarse a profundidad lo relativo a la institución del arbitraje. Un primer espacio está dedicado a estudiar el arbitraje desde el punto de vista conceptual, para posteriormente desarrollar su naturaleza jurídica y las distintas teorías que tratan de explicarla, sus principios y clases así como un breve esbozo a la legislación nacional que regula tan importante y novedoso tema. En segundo punto se estudiará lo relativo al contrato de arbitraje, su definición, clases y elementos que lo configuran.

3.1 Concepto y definición

Entre las definiciones más importantes del concepto de arbitraje se pueden encontrar las siguientes:

El jurista Francisco González de Cossio que considera que el arbitraje es “la alternativa a las cortes nacionales establecidas por el Estado para dirimir cualquier tipo de controversia”³³.

Otra definición importante establece que “El proceso arbitral es un mecanismo excepcional al cual acuden las partes en casos especiales para que en forma expedita,

³³ González de Cossio, Francisco, **El arbitraje**. Pág. 48

personas de toda su confianza resuelvan una controversia surgida entre ellas, buscando en lo posible la verdad real haciendo de lado las excesivas formalidades y limitaciones que necesariamente impone el proceso ordinario.”³⁴

Una tercera definición establece que el arbitraje, “Es un método alternativo para la solución de conflictos privados y transigibles establecido por ley, mediante el cual voluntariamente las partes, defieren la solución de sus controversias a un tercero (árbitro) o a un cuerpo colegiado integrado por árbitros (tribunal arbitral), que transitoriamente queda investido de Jurisdicción para dictar un laudo que tiene la misma categoría jurídica y los mismos efectos de una sentencia judicial. El arbitraje es una alternativa procesal que pueden optar las partes en disputa para resolver sus controversias que se caracteriza por ser más rápida, económica, flexible y sencilla que la jurisdicción ordinaria.”³⁵

De los conceptos anteriormente citados se desprenden elementos relevantes que ayudan a comprender el concepto de arbitraje. En primer punto se menciona que el arbitraje es una alternativa, un mecanismo excepcional o un método alternativo para la solución de conflictos; esto significa que el arbitraje representa una opción para las partes que deseen dirimir sus controversias, es decir que el arbitraje no es la regla general para que los individuos resuelvan sus conflictos. Esto es así porque la regla general es que las controversias sean dirimidas en los tribunales ordinarios de justicia ya que únicamente son ciertas cuestiones las que la legislación permite que las partes

³⁴ Revista de la cámara de comercio de Bogotá. Número 69. Santa Fe de Bogotá. 1988. Pág. 47

³⁵ Méndez Mendizabal, Rodrigo. **El arbitraje como método alternativo para la solución de conflictos**. [En Línea] Disponible en: <http://www.apoyoabogados.com/publi/arbitraje2.pdf> 05 de julio de 2012



puedan someter al arbitraje. El arbitraje es una opción complementaria a la que brinda cualquier órgano estatal. Las partes a través de un contrato plasman su voluntad de someter la decisión a un particular investido, para el caso concreto, de jurisdicción.

En segundo punto se menciona en la doctrina que el arbitraje representa un método adversarial, esto es así porque en este proceso cada una de las partes plantea sus pretensiones y el árbitro debe atribuir la razón a uno de ellos al momento de tomar su decisión y plasmarla en el laudo arbitral.

El tercer elemento que se desprende de las definiciones generalmente aceptadas es la voluntariedad; esta representa la característica esencial de todos los métodos alternos de resolución de conflictos. El arbitraje es esencialmente convencional y su base es la voluntad de las partes.

El cuarto elemento representa la decisión de las partes de someter la controversia ante un tercero; este tercero hace referencia al árbitro, quien es la persona encargada de mantener su independencia, imparcialidad y neutralidad. El mismo se encuentra facultado para decidir la forma en que resolverá el conflicto. El hecho de que este tercero sea el encargado de resolver un conflicto se destaca en el Decreto 67-95 del Congreso de la República de Guatemala, Ley de Arbitraje, que en el Artículo 14 numeral 3) establece que no podrán ser nombrados árbitros los miembros del Organismo Judicial, por lo tanto los integrantes de un tribunal arbitral no pueden ser miembros del judicial ni ningún otro poder del Estado, órgano u organismo público.

Por último, se menciona que la decisión del tercero es final y obligatoria. Esto se refiere a que la decisión del árbitro representa título ejecutivo. En el Decreto Ley 107 del Jefe de Gobierno de la República, Enrique Peralta Azurdia, Código Procesal Civil y Mercantil, en el Artículo 294 establece que el laudo arbitral es título ejecutivo en la vía de apremio. Contra el laudo arbitral únicamente puede interponerse el recurso de revisión de conformidad con la Ley de Arbitraje.

3.1.1 Naturaleza jurídica

La naturaleza jurídica del arbitraje ha generado debate. No obstante que no se ha encontrado una solución que sea generalmente aceptada existen tres teorías relevantes: la jurisdiccional, la contractual y la mixta. A continuación se resumirán, para luego mencionar la adoptada por la legislación guatemalteca.

a. Teoría jurisdiccional: Esta corriente también es llamada procesalista y básicamente afirma que el arbitraje posee esencialmente naturaleza jurisdiccional. Esto debido a que el origen de la institución, su posibilidad de existencia, apoyo estatal y regulación de los actores principales (el árbitro y el juez) es similar, y en ocasiones idéntica.

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. Por consiguiente, si es que



puede tener lugar la solución de una controversia por un medio distinto a dicha facultad, ello ocurre puesto que el Estado así lo admite en forma expresa o tácita. Esta autorización es “un acto de justicia delegada, o paralela, que encuentra su sanción en la ejecutabilidad del laudo en forma similar a una sentencia proveniente de un juez estatal”³⁶.

b. Teoría Contractual: Esta teoría postula que el arbitraje tiene naturaleza contractual. Sus orígenes, existencia y regulación dependen de la continuada existencia de la voluntad de las partes. El principal argumento de esta corriente de opinión consiste en que todo el procedimiento arbitral está basado en acuerdos contractuales. Ello se observa tanto en el acuerdo como en el laudo arbitral ya que reflejan el carácter contractual del arbitraje siendo los mismos un conjunto de actos contractuales privados.

Siendo el arbitraje un resultado de la libertad contractual, es la autonomía de la voluntad la que da origen a dicho sistema de justicia privada. Quienes apoyan esta teoría niegan la supremacía o control del Estado sobre el arbitraje y consideran que “la esencia del arbitraje radica en la voluntad y consentimiento de las partes”³⁷.

c. Teoría mixta: Esta teoría también es conocida como teoría híbrida; y es el resultado de una serie de discusiones en contra de las teorías anteriores con miras a lograr una conciliación entre ambas. De conformidad con esta postura, los árbitros realizan un acto jurisdiccional pero carecen de poder judicial estatal alguno. Los árbitros se restringen a

³⁶ González de Cossio, Francisco. **Sobre la naturaleza jurídica del Arbitraje**. Pág. 14

³⁷ **Ibíd.** Pág. 16



resolver, en base a derecho, un conflicto. La función del árbitro es equivalente a la de un juez, pero no de un Estado particular; pues mientras que un juez está investido en principio de poder público estatal, la decisión del árbitro no tiene dicho poder público. La posibilidad de que el laudo sea ejecutable mediante poder público deviene al momento de su ejecución, pero ello no modifica la naturaleza de la institución, sólo la enriquece convirtiéndola en una institución híbrida.

Esta corriente ecléctica o mixta realiza una fusión dogmática de las teorías anteriores, en ese sentido esta tercera corriente recoge lo mejor de las anteriores denominando en primer término al arbitraje como una jurisdicción convencional, ya que la jurisdicción del tribunal arbitral surge a partir de una convención entre los particulares que puede formar parte de un contrato o presentarse mediante un simple convenio arbitral que refrendan las partes.

Del análisis de la legislación guatemalteca, específicamente los Artículos 4 y 46 del Decreto 67-95 del Congreso de la República de Guatemala, se demuestra que Guatemala adopta una teoría mixta, conforme a la cual, la aplicación del arbitraje deriva de una decisión convencional o contractual que implica una renuncia expresa a la jurisdicción ordinaria, por medio de la cual se posibilita la intervención de los árbitros quienes adquieren jurisdicción transitoria, cuyo pronunciamiento posee igual efecto a una sentencia judicial.



3.1.2 Principios

Al ser el arbitraje esencialmente un método alternativo de solución de conflictos, a continuación se desarrollarán los principios, generalmente aceptados por la doctrina que lo rigen:

- a. Voluntariedad: Debido a que el sometimiento a un método alternativo de solución de conflictos, y en este caso, al arbitraje, en ningún momento es obligatorio ni representa la norma general; únicamente se puede acudir a alguna alternativa si existe un acuerdo previo de sometimiento de ambas partes.

- b. Confidencialidad: Las actuaciones realizadas por las partes procesales en la utilización de algún método alternativo no son públicas, únicamente las partes reciben las comunicaciones y resoluciones.

- c. No existen reglas procesales: Este principio también es llamado principio de informalidad, y es que las partes pueden acordar la forma, el plazo y los supuestos principales que regirán al momento de resolver sus conflictos utilizando algún método alternativo.

- d. Buena Fe y cooperación: La utilización de un método alternativo de solución de conflictos se basa en la confianza y beneficios que buscan ambas partes, por lo que deben proceder de manera honesta y leal.



e. Autocomposición: La autocomposición se puede definir como “aquella forma por medio de la cual se da solución a los conflictos que pueden generarse entre los individuos de una sociedad, y que consiste en un acuerdo que fijan las partes involucradas”³⁸.

f. Rapidez y Economía: Los métodos alternos representan una opción para lograr una pronta solución, y consecuentemente se ahorran costo de lo que representaría un proceso judicial, sin embargo generalmente se debe establecer que las partes deben de contribuir con los gastos que implique el proceso arbitral, dependiendo del acuerdo al cual llegaron al momento de pactarlo.

g. Legitimidad: Esta deriva de la voluntad de las partes, quienes acuerdan inclusive las reglas propias del proceso a seguir, las autoridades, el lugar, las condiciones, las formas de resolver, etc.

3.1.3 Clases

En cuanto a la clasificación del arbitraje, este ha sido generalmente catalogado de conformidad con diferentes criterios:

a. Por su administración: El arbitraje por las personas que lo administra puede ser Institucional o ad hoc. Es institucional cuando se tramita ante una institución de carácter

³⁸ Disponible en: http://enlaces.ucv.cl/educacioncivica/contenut/ut6_just/1_formas/conut6-1.htm 06 de julio de 2012.

permanente muchas veces denominada centro o corte; la cual se encarga de promover el arbitraje y darle apoyo necesario a los interesados que buscan solventar sus diferencias.

Por otro lado se denomina arbitraje ad hoc cuando el proceso de arbitraje es llevado a cabo por árbitros independientes, cuya actividad se agota en el laudo respectivo, con la consecuencia de que el tribunal concluye su actuación. Se determina la jurisdicción transitoria que para el efecto le ha concedido la ley mediante la voluntad de las partes, y por lo mismo desaparece definitivamente con la desintegración de sus miembros.

b. Por la forma de resolver: De conformidad con la forma a resolver el arbitraje puede ser “de derecho y de equidad”³⁹. Se considera que es un arbitraje de derecho cuando los árbitros iuris o de derecho, según el ordenamiento jurídico guatemalteco deben ser Abogados en ejercicio, debiéndose sujetar a las mismas prescripciones legales a que están sujetos los jueces ordinarios. Sus resoluciones deben fundamentarse en la ley, es decir que su laudo debe estar apegado a las disposiciones legales.

En segundo lugar un arbitraje es de equidad, cuando los árbitros, que son llamados también árbitros arbitradores o amigables componedores, no están sujetos a las prescripciones ordinarias y sus resoluciones deben contener por fundamento la equidad y la justicia, según su leal saber y entender, sin estar obligados a ceñirse a las disposiciones legales.

³⁹ Rivera Neutze. Antonio Guillermo, *Curso práctico de arbitraje comercial internacional*. Pág. 23.



c. Por el ámbito del proceso: De conformidad con esta clasificación, el arbitraje puede ser internacional o doméstico. El arbitraje internacional se considera como el medio de solución de diferendos por excelencia en relaciones comerciales internacionales. Para que se configure el mismo, debe existir un elemento extranjero en el caso el cual puede ser un elemento de comercio internacional. La legislación guatemalteca especifica ciertos casos para que el arbitraje sea considerado internacional, como que las partes tengan, al momento de la celebración del acuerdo de arbitraje, sus domicilios en Estados diferentes o si el lugar del arbitraje o el lugar del cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones objeto del litigio se encuentra fuera del Estado en el cual las partes tienen sus domicilios; finalmente se considerará internacional si las partes han convenido expresamente en que la cuestión objeto de arbitraje está relacionada con más de un Estado.

El arbitraje nacional o doméstico, es aquel que no presenta elementos extranjeros, ni en su funcionamiento ni en cuanto a la materia objeto de litigio. Este arbitraje está sometido a las leyes nacionales sobre arbitraje del país en el que tenga lugar dicho arbitraje.

3.1.4 Regulación nacional

La Constitución Política de la República de Guatemala configura en el Artículo 203, que la justicia se imparte de conformidad con la Constitución y las demás leyes de la república. Que corresponde a los tribunales la potestad de juzgar y promover la ejecución de lo juzgado, con lo cual en principio, afirma la potestad jurisdiccional del



juez ordinario. Establece igualmente que dicha función jurisdiccional corresponde con exclusividad a la Corte Suprema de Justicia y a los demás tribunales que la ley establezca.

Esta referencia a esos otros tribunales que la ley establezca es principalmente lo que ha dado lugar a fundamentar constitucionalmente la figura del arbitraje en Guatemala; considerando que dicha indicación faculta al legislador a darle función jurisdiccional a tribunales que no se encuentren establecidos en la Constitución Política de la República de Guatemala. En el caso del arbitraje, es una norma ordinaria la que define al tribunal arbitral, por lo que consecuentemente se encuentran incluidos en la norma constitucional.

De igual forma, el Decreto 2-89 del Congreso de la República de Guatemala, Ley del Organismo Judicial regula en correlación con lo establecido por la Constitución Política de la República de Guatemala, ya que en el Artículo 57 establece que: “La justicia se imparte en el país de conformidad con la Constitución Política y las demás leyes que integran el ordenamiento jurídico del país.”

En el Artículo 58 literal j) del mismo cuerpo normativo, regula que “la función jurisdiccional se ejerce por la Corte y los demás tribunales establecidos en la ley” por lo cual y dentro de la jurisdicción se pueden incluir los de arbitraje.”

El arbitraje es un juicio de conocimiento, por esta razón se encontraba regulado en el libro segundo del Decreto Ley 107 del Jefe de Gobierno de la República, Enrique



Peralta Azurdia, Código Procesal Civil y Mercantil; sin embargo, estas disposiciones fueron derogadas por el Decreto 67-95 del Congreso de la República.

El Decreto 67-95 del Congreso de la República de Guatemala, inició su vigencia el 25 de noviembre de 1995, contiene prácticamente la totalidad de las disposiciones legales referentes al arbitraje. Esta ley, se encuentra basada principalmente en el modelo de Ley de Arbitraje Comercial Internacional de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, cuya existencia permitió homogenizar las legislaciones en materia de arbitraje y generar una mayor fluidez en la práctica del arbitraje comercial internacional.

3.2 Contrato de arbitraje

Como se observó anteriormente con el estudio de los principales postulados del arbitraje, una de sus principales premisas es la voluntariedad de las partes de someter a solución de sus controversias a un proceso arbitral; en la presente sección se estudiará la forma de materializar esta voluntad, la cual la constituye el contrato de arbitraje.

3.2.1 Definición

El contrato o acuerdo de arbitraje es la manera en que se plasma la intención de llevar un proceso arbitral, es por ello que se reconoce como la fuente básica del arbitraje como tal.



Rodrigo Zamora Etcharren lo define como “acuerdo por el cual las partes deciden someter a arbitraje todas (o ciertas) controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de determinada relación jurídica, contractual o extracontractual.”⁴⁰

La legislación guatemalteca recoge esta definición, ya que el Decreto 67-95 del Congreso de la República de Guatemala, Ley de Arbitraje, en el Artículo 4 define el acuerdo o contrato de arbitraje como: “aquel por virtud del cual las partes deciden someter a arbitraje todas o ciertas controversias que hayan surgido o que puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual.”

En definitiva, se puede definir al contrato de arbitraje como aquel acuerdo de voluntades en el cual dos o más partes pactan la forma de resolver sus conflictos actuales o futuros derivados de una relación contractual o extracontractual a través de un tribunal arbitral, teniendo como consecuencia la derogación de la justicia estatal.

3.2.2 Clases

Doctrinariamente se acepta una clasificación bipartita del arbitraje, dependiendo el momento en que se origina el contrato:

a. Compromiso de arbitraje o acuerdo de sometimiento: Este es aquel que se celebra cuando la controversia ya existe. Inclusive si esta controversia ya ha sido sometida o no al conocimiento judicial, pues hasta antes de dictar sentencia, las partes pueden acudir

⁴⁰ <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/jurid/cont/29/cnt/cnt12.pdf> 06 de julio de 2012.



a un tribunal arbitral. El alcance de este acuerdo como toda convención en general, solo abarca a quienes lo hayan celebrado y no es oponible a terceras personas a menos de que estas hubiesen hecho constar su venia.

Es por medio del compromiso o acuerdo de sometimiento que la controversia entra al campo de la justicia arbitral. Las diferencias que se sometan a decisión arbitral son únicamente las expresamente previstas en el compromiso, sin que pueda asumirse que este se extiende a cualquier otro asunto ligado.

b. Cláusula compromisoria: Esta es una estipulación contenida en un contrato por la que las partes acuerdan someter a arbitraje las divergencias que surjan con ocasión del cumplimiento o la interpretación del contrato. La cláusula arbitral puede o no estar integrada en el contrato mismo, ya que la misma puede constar en un documento separado.

La cláusula arbitral no es un accesorio del contrato principal, sino que es propiamente un contrato dentro de un contrato, esto es generalmente conocido por la doctrina como el principio de autonomía de la cláusula arbitral. La autonomía consiste en que la eficacia de la cláusula arbitral es independiente de la eficacia o ineficacia del contrato principal.

Este principio es acogido por el Decreto 67-95, ya que en el Artículo 21 establece “un acuerdo arbitral que conste en una cláusula que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del contrato.”



Consecuentemente, el mismo Artículo indica que “la decisión del tribunal arbitral declarando nulo un contrato, no entrañará por ese sólo hecho la nulidad de la cláusula en la que conste el acuerdo de arbitraje.”

3.2.3 Requisitos de existencia y validez

Los requisitos de existencia, son aquellos sin los cuales el acto jurídico es inexistente. Estos están comprendidos por el consentimiento y el objeto que pueda ser materia del contrato. Por otro lado, los requisitos para que un acto jurídico sea válido se refiere a el elemento formal, y a la capacidad.

a. Consentimiento: Este es definido como el “acuerdo de voluntades sobre la producción o transmisión de derechos y/u obligaciones”⁴¹. En la aplicabilidad del acuerdo arbitral, el consentimiento consiste en el acuerdo de las partes en someter al arbitraje una controversia, sea presente o futura.

En materia de arbitraje, el consentimiento debe ser claro, no puede suponerse. Debido a que el consentimiento de someter una controversia al arbitraje trae aparejada una renuncia clara y expresa de acudir a un tribunal estatal.

Existen diversas formas de manifestar el consentimiento; estas formas son objeto del derecho de las obligaciones. En materia de arbitraje y de conformidad con la legislación guatemalteca, el Artículo 10 de la Ley de Arbitraje establece como único requisito del

⁴¹ Borja Soriano, Manuel. **Teoría General de las obligaciones**. 12ª Edición, Porrúa, México DF. Pág. 121



acuerdo de arbitraje, el que conste por escrito y por ende, este acuerdo deberá consignarse en un documento desarrollado por las partes.

b. Objeto: El objeto como elemento de existencia “puede ser directo, que se refiere a la creación o transmisión de obligaciones y/o derechos. El objeto indirecto, por otro lado, es el objeto de la obligación, la cosa”⁴².

En la aplicabilidad del acuerdo arbitral, el objeto será la controversia que surja de una determinada relación jurídica.

Para que un acuerdo arbitral sea válido, debe existir una relación jurídica definida entre las partes. El acuerdo debe relacionarse con una relación jurídica específica que con frecuencia es un contrato. Además de la especificación del litigio por arbitrar, también pueden ser objeto del convenio la constitución del órgano, las normas aplicables y los procedimientos que se atenderán.

c. Capacidad: Es la aptitud para ser sujeto de derechos y obligaciones. Si una de las partes sufre de incapacidad legal, el acto jurídico puede ser invalidado, de igual forma si las partes que lo celebran carecen de facultades necesarias para ello.

El que una persona o su representante tengan facultades suficientes para vincularse mediante un acuerdo arbitral, lo determina el derecho aplicable al estatuto personal de

⁴² *Ibíd.* Pág. 139



dicha persona y el derecho aplicable al contrato de mandato por virtud del cual actúa el mandatario.

También la ley exige, en cuanto al sujeto comprometente, que éste tenga la plena libertad de disposición sobre el derecho, o la capacidad que se exige para enajenar, teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes a que afecte el compromiso. De esta forma se impide que las personas carentes de libre disposición sobre el objeto del compromiso, puedan sin la observancia de las formalidades convenientes o sin la necesaria aprobación, renunciar a las garantías que por definición deben ofrecer los tribunales del Estado y el ofrecimiento oficial, y por lo mismo, en cuanto a la materia, las cuestiones que no pueden ser objeto de contrato, tampoco pueden entrar, como tales en el compromiso.

d. Elemento formal: Siendo el arbitraje de naturaleza informal, la legislación guatemalteca establece como único requisito que el acuerdo conste por escrito.

En Guatemala, siguiendo al principio de poco formalismo, el Artículo 10 numeral 1) de la Ley de Arbitraje, establece que, “El acuerdo de arbitraje deberá constar por escrito”. Seguidamente regula que, “Se entenderá que el acuerdo consta por escrito cuando esté consignado en un documento firmado por las partes o en un intercambio de cartas, telex, 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.”



El mismo Artículo en mención reglamenta que, cuando el acuerdo arbitral no conste en el mismo contrato, “la referencia que se haga en un contrato a un documento en el que se contenga la cláusula arbitral constituye acuerdo de arbitraje siempre que el contrato conste por escrito y la referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato.”

Finalmente, en cuanto a los contratos de adhesión, se establece que “si el acuerdo de arbitraje ha sido incorporado a contratos mediante formularios o mediante pólizas, dichos contratos deberán incorporar en caracteres destacados y precisos la advertencia de incluir en su contenido un acuerdo de arbitraje.”

3.2.4 Materia y objeto del arbitraje

El hecho de que las partes puedan someter sus controversias a solución mediante un mecanismo alternativo, no significa que cualquier tipo de controversia pueda ser objeto de arbitraje. El Artículo 3 del Decreto 67-95 del Congreso de la República de Guatemala, enumera un listado de supuestos que integran el contenido de la materia que puede ser objeto de arbitraje. Estos supuestos pueden ser agrupados en tres criterios:

a. Criterio Positivo: De conformidad con este criterio, la ley en mención establece que la misma será aplicable “en todos aquellos casos en que la controversia verse sobre materias en que las partes tengan libre disposición conforme a derecho”. También se aplicara 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”.



b. Criterio negativo: El artículo en estudio también enumera ciertas cuestiones que no podrán ser objeto de arbitraje, siendo éstas: “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 prohíba expresamente o señale un procedimiento especial para determinados casos.”

c. Criterio excluyente: Este está conformado por el numeral 4 del artículo en estudio, el cual establece que, “Quedan excluidos del ámbito de aplicación de la presente ley los arbitrajes laborales.”

3.2.5 Efectos

En cuanto a los efectos que derivan de la existencia de un acuerdo arbitral, doctrinariamente se aceptan un efecto positivo y un efecto negativo.

El efecto positivo hace mención a la atribución de la competencia al tribunal arbitral para conocer de la controversia que se someta a su conocimiento. Por otro lado, el efecto negativo se refiere al hecho de que la existencia de un acuerdo arbitral, deroga la competencia estatal; autorizando por lo tanto la interposición de la excepción de incompetencia en el supuesto de que una de las partes haya promovido una acción judicial.



De estos efectos se derivan ciertas obligaciones. La primera es una obligación de hacer, la cual consiste en que las partes, en caso del surgimiento de un conflicto, deben someter la controversia a arbitraje, y de esta forma actuar en la forma pactada en la cláusula arbitral; la segunda obligación emergente es una de no hacer, que se refiere a que las partes deben abstenerse de acudir ante la justicia ordinaria. Finalmente surge una obligación de dar, misma que se refiere a que las partes deben de proveer los fondos para atender los costos y gastos del proceso arbitral.

La esencia del juicio arbitral viene derivada del primer efecto señalado en el presente apartado: la renuncia a la tutela jurídica del Estado, al menos en parte, pues desde un principio o después de estar ya pendiente el negocio, y aún decidido, en alguna instancia por un tribunal público; inherente a él es la limitación de los recursos y propio del también llamado juicio arbitral de equidad, que es la no sujeción de los árbitros a normas legales como se observó con anterioridad.

3.3 Jurisdicción y arbitraje

El tema jurisdiccional asociado al arbitraje no se plantea como un problema en el derecho comparado, ni suele ser tratado desde una perspectiva constitucional, aunque haya cinco países de América Latina en cuyas constituciones se hace referencia al arbitraje; siendo estos: El Salvador en el Artículo 23, Colombia, en el Artículo 116, Costa Rica en el Artículo 43, Paraguay en el Artículo 248 y en el Perú en los Artículos 62, 63 y 139 numeral 1.



Arbitraje y jurisdicción van a ser discutidos desde el punto de la naturaleza jurídica de la institución, especialmente por aquellos autores que partiendo de una perspectiva procesalista ubican al arbitraje en el marco de un proceso. Pero la literatura jurídica arbitral preferentemente reconoce que se trata de un medio alternativo de solución de controversias sobre derechos disponibles que las partes, en ejercicio de su libre albedrío y su libertad contractual, someten obligatoriamente a resolución de los árbitros mediante un convenio específico.

El autor José Carlos Fernández Rosas en su obra “Arbitraje y Jurisdicción: Una Interacción Necesaria Para La Realización De La Justicia” establece que “la labor de los árbitros no pretende suplantar el ámbito de actuación de la justicia estatal. Por lo demás la jurisdicción de los árbitros, a diferencia de los jueces estatales, no es permanente ni genérica, sino limitada a cuestiones comprendidas y a un tiempo determinado que las partes han establecido mediante un pacto expreso”⁴³.

⁴³ Fernández Rosas, José Carlos, **Arbitraje y Jurisdicción: Una interacción necesaria para la realización de la justicia**. Pág. 45





CAPÍTULO IV

4. Garantía constitucional de libre acceso a los tribunales ordinarios de justicia

Para poder desarrollar el tema del libre acceso a los tribunales ordinarios de justicia como garantía constitucional, es necesario de igual forma estudiar a groso modo el tema de la jurisdicción estatal entendida como la función pública de administrar justicia, emanada de la soberanía del Estado y ejercida por un órgano especial. Esto debido a que el acceso a los tribunales como garantía constitucional, se deriva de la jurisdicción que ejerce el Estado, la cual tiene como fin, la realización o declaración del derecho y la tutela de la libertad individual y del orden jurídico, mediante la aplicación de la ley en los casos concretos, esto para obtener la armonía y la paz social.

Lo anterior lo reafirma el autor Mario Aguirre Godoy, al establecer que una de las principales funciones del Estado, es la jurisdiccional, y que ésta “supone no sólo la creación de los órganos encargados de administrar justicia, sino también la determinación de sus facultades y la fijación de reglas para la tramitación de los juicios”⁴⁴.

En el presente capítulo se estudia lo relativo a la función jurisdiccional del Estado lo que conlleva la libertad de los individuos de acudir a los tribunales ordinarios de justicia con el objetivo de someter a solución sus controversias, mismo principio que posee la protección constitucional.

⁴⁴ Aguirre Godoy, Mario. *Derecho Procesal Civil de Guatemala, Tomo I*. Pág. 145



4.1 Antecedentes históricos

El término jurisdicción, proviene de la expresión latina iuris que significa derecho y dictio que significa declarar. En ese sentido la iurisdictio significa dictar derecho, es decir, administrar el derecho. Esto alude a la función que asume el Estado, específica y exclusivamente a través de los jueces y tribunales, de administrar la justicia, aplicando el Derecho que se encuentra preestablecido a los casos concretos que se les presentan.

La traducción etimológica se ha mantenido a lo largo del tiempo. Tiene su origen en los arcontes de Grecia. Estos eran el tribunal público que solucionaba un conflicto particular en el aereópago, es decir en la plaza popular.

La historia de la jurisdicción es a la vez la historia del desarrollo en la forma de solución de los conflictos. “En el derecho primitivo cada persona se hacía justicia por sí misma sin la intervención de una autoridad pública, ejemplo de esto es la autodefensa y la Ley del talión. Posteriormente se le pidió a un tercero que dirimiera el problema como un árbitro o como juez, aceptando su decisión como obligatoria, práctica que fue adaptándose por efecto de la costumbre”⁴⁵.

⁴⁵ Machiacado, Jorge. **Etimología y antecedentes de la Jurisdicción**, Apuntes Jurídicos™, 2012.
http://jorgemachicado.blogspot.com/2012/02/eaj_28.html Consulta: Martes, 17 Julio de 2012



Ya en el Código de Hamurabi; el cual es el primer cuerpo normativo de la historia, integrado por treinta leyes; el rey poseía la facultad para conocer y solucionar los conflictos.

Posteriormente, en Roma, esto se observa con mayor insistencia clarificando que efectivamente la solución de los conflictos se atribuye a los reyes, quienes lo pueden realizar por sí mismos o a través de funcionarios designados por él, acá se puede observar los primeros esbozos de la jurisdicción como función delegada en un órgano específico. Más tarde, las personas que solucionaban los conflictos se denominaban arbiters y iudex

Los arbiters, figura a la cual se presume que existió con anterioridad a los iudex, eran personas particulares nombradas por las partes para solucionar un conflicto, en este punto se encuentra el primer antecedente de los árbitros como figura reconocida por la organización estatal.

Por otro lado los iudex, a los cuales se refieren las XII Tablas, eran funcionarios imperiales que decidían, mediante la opinión, cuál de las partes litigantes poseía o no el derecho y emitía una sentencia. Ante él se celebraba la prueba, se escuchaban los alegatos de las partes litigantes, se valoraban los medios probatorios propuestos y finalmente dictaba sentencia. Estos funcionarios poseían o el imperium merum o por otro lado el imperium mixtum.

El imperium merum se refiere a la potestad de los jueces que lo poseían a resolver problemas menores, actualmente se equiparan a los jueces de paz. Se refiere específicamente a un poder de administración y policía con derecho a imponer castigos pero sin atribución judicial. El imperium mixtum, por su parte; se refiere a la potestad para administrar justicia que poseían únicamente los magistrados superiores, tal como el pretor. Quienes lo poseían podían aplicar el derecho y por ende la iurisdictio.

“Con la caída del Imperio romano de Occidente en el año 453 después de Cristo, los pueblos bárbaros vuelven a la autodefensa y a la autocomposición”.⁴⁶ La autodefensa consistió en la imposición de la pretensión propia en perjuicio del interés ajeno. Se caracterizó porque se imponía un interés en perjuicio de otro. Aun cuando nos encontramos ante la legítima defensa por un tercero, éste no actúa en interés propio, sino en el de otra persona que incluso puede desconocer, y que es la titular del derecho amenazado, ejemplo de esto es la Ley del Talión o venganza justa.

La autodefensa implicaba la imposición antes que la concertación, además de que la solución proviene de una parte del conflicto, por lo que no era imparcial. Las manifestaciones de la autodefensa se han clasificado en unilaterales o bilaterales; entre las primeras se encuentra la echazón del derecho marítimo y entre las segundas, la guerra.

⁴⁶ *Ibíd.*



La autocomposición, se define como aquel método de resolución de conflictos que se pueden generar entre particulares, que se resuelve a través de acuerdos que fijan las partes involucradas.

Este método de solución de conflictos se caracteriza por el hecho que en ella no existe una utilización de la fuerza como sí ocurre en el caso de la autotutela. Acá en cambio, lo que se busca es llegar a un acuerdo entre las partes involucradas en el conflicto sin la intervención de un tercero.

Posteriormente, en el Renacimiento, ocurrido en Europa occidental a mediados de los siglos XV y XVI se retoma la heterocomposición, en la cual se somete la solución de conflictos a un tercero. Este tercero es el Estado; quién inhibe a los particulares de la capacidad de solución de sus conflictos.

Sin embargo, fue hasta la Revolución Francesa de 1798 que, con el auge de la democracia, este monopolio del Estado cobra plenitud. A partir de este momento la población delega su soberanía y la jurisdicción queda vinculada al poder, el órgano legislativo se encarga del pronunciamiento de la legislación y el órgano judicial la aplica.

La influencia de la Revolución Francesa fue enorme. El gobierno, la economía y las relaciones sociales fueron modificados en Francia, en gran parte de Europa y el mundo. Sus ideas y sus hechos repercuten aún en la actualidad.



Basada en los ideales de la Ilustración, y en los hechos acaecidos en Norteamérica, la burguesía francesa logró la creación de una Asamblea Constituyente. La Asamblea acabó con los privilegios aristocráticos, proclamó el principio de la soberanía popular y otorgó a los ciudadanos amplias libertades políticas e individuales. La Revolución Francesa fue la inspiración de muchos pensadores europeos y latinoamericanos, que comenzaron a exigir cambios democráticos en sus países. Los acontecimientos franceses dieron, inclusive, paso a la formación de movimientos independentistas en toda América Latina.

Es así entonces, con las consecuencias derivadas de la Revolución Francesa; que el tema de resolución de conflictos y controversias derivadas de las partes recae exclusivamente en el Estado, que ya no es expresión del poder de la nobleza, la aristocracia o del poder religioso; sino que al contrario, es expresión del pueblo quien posee la soberanía y la delega en el primero para que cumpla de manera efectiva e imparcial con la impartición de justicia a través de los tribunales específicos que cree, no pudiendo impedir en ningún momento el acceso a los particulares de acudir a los mismos.

4.2 Definición

El diccionario de la Real Academia de la lengua española define al concepto acceso como: "la acción de llegar o acercarse, entrada o paso. Acceder es entendido como tener acceso a un lugar o a una condición o grado superior. En estas definiciones

resulta claro la implicación de la existencia de aquello a priori que se busca alcanzar para lograr una situación mejor que desde la cual se parte”⁴⁷.

Previo a definir el acceso a los tribunales ordinarios de justicia, se debe principiar definiendo al acceso a la justicia como "un acceso de todos a los beneficios de la justicia y del asesoramiento legal y judicial, en forma adecuada a la importancia de cada tema o asunto, sin costos o con costos accesible, por parte de todas las personas físicas o jurídicas, sin discriminación alguna por sexo, raza o religión”⁴⁸.

El manual de políticas públicas para el acceso a la justicia de PNUD (Programa de las Naciones Unidas Para el Desarrollo) define el acceso a la justicia como “La posibilidad de las personas de obtener una respuesta satisfactoria a sus necesidades jurídicas”. Esto significa que las personas optan por abandonar la violencia como mecanismo para resolver sus conflictos y entran en el debate jurídico para establecer los derechos que les corresponden como habitantes de un territorio que está bajo el amparo del aparato jurisdiccional.

Los tribunales de justicia son aquellos órganos públicos cuya función consiste en resolver litigios con eficacia de cosa juzgada y eventual posibilidad de ejecución, sin perjuicio de cumplir actos de otra índole que las leyes que los organizan puedan atribuirles. Están conformados por un conjunto de instituciones, procedimientos, y

⁴⁷ Academia Española de la Lengua, **Diccionario de la lengua española**. Pág. 97

⁴⁸ Lynch, Horacio. **Acceso a la Justicia y profesión legal**, Informe presentado ante la Conferencia Regional de la Internacional Bar Association, 13 de abril de 1997.



operadores que intervienen en la dinámica de la resolución de conflictos legales dentro del aparato jurídico formal.

El concepto de garantía constitucional puede definirse como aquel mecanismo de reconocimiento, protección y defensa de los derechos fundamentales de las personas a nivel constitucional; el cual otorga la posibilidad de recurrir ante un tribunal de justicia, a fin de que éste restablezca un derecho que ha sido vulnerado.

Considerando lo anterior, se puede definir a la garantía constitucional de libre acceso a los tribunales ordinarios de justicia como la posibilidad de los ciudadanos a hacer uso de los mecanismos y estructuras del sistema judicial del Estado, sin ninguna limitación y en condiciones previamente definidas y reguladas, sobre una base exclusiva de recursos para la defensa de sus derechos; posibilidad que adopta el rango constitucional al ser reconocida y protegida en la Constitución Política de la República.

4.3 Características

Partiendo de la definición anterior, se puede señalar una triada de características que se desprenden del análisis de la garantía constitucional de libre acceso a los tribunales ordinarios de justicia, a saber:

a. El acceso propiamente dicho, es decir la posibilidad de llegar al sistema judicial, sin que existan obstáculos para el ejercicio de dicho derecho



b. Lograr un pronunciamiento judicial que solucione el conflicto o tutele el derecho, siempre que se hubieren cumplido con los requisitos de admisión que establece la ley. La Corte de Constitucionalidad de Guatemala, en la Gaceta Jurisprudencial número 12, relativa al expediente 89-89 con sentencia emitida el 11 de junio de 1989 se ha pronunciado a este respecto al establecer que el Estado se compromete a garantizar el libre acceso a los tribunales de justicia, mismo que contiene de manera intrínseca un derecho subjetivo público a la jurisdicción, es decir la obligación del Estado, por conducto del Organismo Judicial, de emitir decisiones fundadas en ley que garanticen el derecho de defensa, en observancia del principio de prevalencia constitucional y especialmente dando vigencia en el caso concreto, a la justicia, enmarcada en ley como fin esencial de la organización del Estado.

c. Lograr que la resolución emitida sea cumplida y ejecutada, pues si se entiende que se acude a un proceso para que se restablezca o se proteja un derecho, un interés o un bien, en la medida en que el fallo no se ejecute, el derecho de acceso a la justicia no estará satisfecho.

4.4 Regulación

4.4.1 Regulación internacional

La Declaración Universal de Derechos Humanos, establece en el Artículo 10 que: “Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus



derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal”.

El Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, en el Artículo 14.1, consagra el derecho de acceso a la justicia, al establecer que “Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la Ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil.”

Análoga redacción se encuentra en el Artículo 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, que determina que: “Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la Ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derecho y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.”

“Según estas disposiciones, los Estados no deben interponer obstáculos para que las personas acudan a los jueces o tribunales en busca de protección a sus derechos. En ese sentido, cualquier norma o medida estatal que dificulte el acceso a la justicia, y que



no esté justificada por necesidades razonables de la propia administración de justicia, debe entenderse como contraria a las citadas normas internacionales⁴⁹.

El derecho de acceso a la justicia, además de estar reconocido en el Artículo 8.1., también lo está en el Artículo 25 de la Convención, última norma que establece la obligación positiva del Estado de conceder a todas las personas bajo su jurisdicción, un recurso judicial efectivo contra actos violatorios de sus derechos fundamentales.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha catalogado al derecho de acceso a la justicia como un derecho fundamental, al señalar que “el acceso a la jurisdicción de parte de la víctima de un delito, en los sistemas que lo autorizan...deviene en un derecho fundamental del ciudadano y cobra particular importancia en tanto impulsor y dinamizador del proceso criminal”, también ha destacado que “El derecho a un proceso judicial independiente e imparcial implica no sólo el derecho a tener ciertas garantías observadas en un procedimiento ya instituido; también incluye el derecho a tener acceso a los tribunales, que puede ser decisivo para determinar los derechos de un individuo”, y finalmente que “Los tribunales, como mecanismo principal para interpretar y aplicar la ley, desempeñan una función fundamental para asegurar la efectividad de todos los derechos y libertades protegidos.

⁴⁹ Ventura Robles, Manuel. **La jurisprudencia de la Corte Interamericana de derechos humanos en materia de acceso a la justicia e impunidad.** [En Línea] Disponible en <http://ohchr.org/spanish/issues/democracy/costarica/docs>. 19 de julio de 2012

Las deficiencias del sistema judicial y de la administración de justicia reducen la posibilidad del individuo de tener acceso a la justicia en todas las esferas de la vida”⁵⁰.

Como se puede observar en la normativa preceptuada en los diferentes convenios y tratados internacionales, si bien el derecho de acceso a los tribunales ordinarios de justicia, no se regula de forma expresa; la jurisprudencia en esta materia señala que el mismo constituye una ramificación del derecho al acceso a la justicia; lo que podría suponer que en caso de que algún Estado niegue el acceso a los particulares a acudir a los tribunales ordinarios erigidos en ejercicio de su jurisdicción, se estaría ante un caso de quebrantamiento inclusive del derecho de acceso a la justicia.

4.4.2 Regulación nacional

La obligación del Estado de Guatemala para administrar justicia se encuentra comprendida en el Artículo 2 de la Constitución Política de la República de Guatemala, en este artículo, se observa como el Estado guatemalteco es responsable de otorgar – entre otros– la justicia y la seguridad a los habitantes de la República.

De conformidad con el artículo en mención, la Corte de Constitucionalidad en su gaceta número 86 de fecha 22 de noviembre de 2007 ha mencionado que “el Estado de Guatemala tiene la obligación de garantizar la justicia a los habitantes de la República,

⁵⁰ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. **Informe sobre la situación de los derechos humanos en Ecuador.** [En Línea] Disponible en: <http://www.cidh.org/countryrep/Ecuador-sp/Resumen.htm> 19 de julio de 2012



debiendo este adoptar las medidas que estime pertinentes para hacerlo y según lo demandan sus necesidades y condiciones del momento”.

De forma aún mas expresa, el Artículo 29 del mismo cuerpo normativo garantiza el libre acceso a tribunales y dependencias del Estado. Al respecto de este artículo la Corte de Constitucionalidad de Guatemala en la gaceta número 79, que contiene el expediente 676-2005 con sentencia de fecha 28 de marzo de 2006, se ha pronunciado en el sentido de establecer que este artículo contiene el derecho de libre acceso a tribunales y dependencias del Estado, “mediante las cuales se garantiza el derecho de toda persona a ser citada, oída y vencida en proceso legal, lo cual implica la posibilidad efectiva de ocurrir ante el órgano jurisdiccional y la de realizar ante el mismo, todos los actos legales encaminados a la defensa de sus derechos en juicio”.

Siguiendo la línea pronunciada por la Corte, el derecho constitucional de libre acceso a los tribunales, le es ínsito un derecho subjetivo público a la jurisdicción e impone la correlativa obligación al Estado, por conducto del Organismo Judicial, de emitir decisiones fundadas en ley, dando vigencia principalmente a la justicia, enmarcada como fin esencial de la organización del Estado.

El principio en estudio, también se encuentra contenido en el Artículo 203 de la Constitución, esencialmente en el párrafo segundo y cuarto, los cuales preceptúan en forma ordenada que “Corresponde a los tribunales de justicia la potestad de juzgar y promover la ejecución de los juzgado. Los otros organismos del Estado deberán prestar a los tribunales el auxilio que requieran para el cumplimiento de sus resoluciones.” El



párrafo cuarto señala que “La función jurisdiccional se ejerce, con exclusividad absoluta, por la Corte Suprema de Justicia y por los demás tribunales que la ley establezca.”

La manera en que el Estado garantiza a los individuos la justicia, es aplicándola, ya que el Estado, en ostento de la soberanía, es el único que puede ejercer la función jurisdiccional y lo hace a través del Organismo Judicial.

4.5 Derecho comparado

La Constitución de Colombia, en el Artículo 229, regula que “Se garantiza el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia. La Ley indicará en qué casos podrá hacerlo sin la representación de abogado”. El derecho de acceso a la administración de justicia, a su vez, debe darse en condiciones de igualdad (Constitución Política Artículo 13) y garantizar a los ciudadanos un tratamiento igualitario durante el proceso judicial.

La Corte Constitucional ha establecido que el derecho de acceso a la justicia queda satisfecho cuando el juez responde a las pretensiones formuladas por las partes mediante una decisión de fondo sustentada en derecho (Sentencia T-320 de 1993), sin que ello implique que la inadmisión de una acción o de un recurso, apoyada en causas legales, vulnere el derecho de acceso a la justicia, aclarándose, empero, que los requisitos de forma o de fondo contenidos en leyes procesales deben ser aplicados bajo el entendido que su sentido último es el de hacer efectivo el derecho sustancial, lo que



obliga al juez a excluir posturas puramente formalistas “que sacrifican el derecho material por exigencias carentes de todo significado y utilidad.”⁵¹

De esta manera, la corte ha interpretado que los requisitos y condiciones procesales deben estar orientados a promover al máximo el ejercicio de las acciones y recursos consignados en la ley, a lo que se le llama principio pro actione.

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en el Artículo 17, garantiza a toda persona el derecho de acceso a la administración de justicia al establecer que: “Ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho”. “Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estará expedito para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial. Las leyes federales y locales establecerán los medios necesarios para que se garantice la independencia de los tribunales y la plena ejecución de sus resoluciones”.

La doctrina de ese país, señala que la norma elucidada establece la garantía de acceso a la jurisdicción del Estado, “el cual se encuentra obligado, por tanto, a establecer los tribunales respectivos y a procurar los medios necesarios para su buen funcionamiento, en los términos que señala la propia Constitución”⁵².

⁵¹ Cifuentes Muñoz, Eduardo. **Acceso a la justicia y debido proceso en Colombia (Síntesis de la doctrina constitucional)**. Pág. 277

⁵² Fix Fierro, Héctor y López Ayllón, Sergio. **El acceso a la justicia en México. Una reflexión multidisciplinaria, en Justicia**. Pág. 11



Finalmente la Constitución de España establece en el Artículo 24.1 el derecho a la tutela judicial efectiva, en los siguientes términos: “1. Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que en ningún caso pueda producirse indefensión. 2. Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia.”

En España, el derecho de tutela judicial efectiva, forma parte del elenco de derechos dotado de protección privilegiada, cuya garantía constituye una auténtica obligación del aparato estatal.

El Tribunal Constitucional español ha dado al derecho a la tutela judicial efectiva las siguientes facetas o contenidos típicos: i) acceso a la justicia, ii) acceso al recurso legal, iii) derecho a una resolución fundada en derecho, dentro de éste, la motivación de las resoluciones y los vicios de incongruencia y, iv) el derecho a la ejecución de las resoluciones firmes.



CAPÍTULO V

5. De la limitación a la garantía constitucional de libre acceso a los tribunales ordinarios de justicia

5.1 Limitación a la garantía constitucional de libre acceso a los tribunales ordinarios de justicia en los contratos de agencia, distribución o representación

El Estado, entendido como la máxima organización jurídica y política de un grupo de individuos sobre un territorio que ejerce un poder o facultad de mando, llamada soberanía; se configura con el fin de garantizar la vida, libertad, la propiedad privada y procurar el bien común.

La principal característica de un Estado de derecho, es efectivamente el imperio de un sistema de leyes, creadas en torno a una Constitución, con el fin de organizar y fijar límites al gobierno así como de garantizar los derechos fundamentales de las personas. Otro postulado básico de un Estado de Derecho es básicamente, la consagración del principio de división de poderes; este se encuentra contenido en el Artículo 141 de la Constitución Política de la República, el cual establece en el marco constitucional la separación de poderes, básicamente en tres organismos: Ejecutivo, Legislativo y Judicial, separación que se realiza de una forma coordinada y sin subordinación alguna entre ellos.



Retomando la primera característica de un Estado de Derecho, es decir, el imperio de un sistema de leyes en torno a una constitución o ley fundamental, el ordenamiento jurídico constitucional guatemalteco establece en los Artículos 44, 175 y 204 el principio de supremacía constitucional. Este principio se encuentra desarrollado por la Corte de Constitucionalidad, dentro de la Gaceta Jurisprudencial número 93 que contiene el expediente número 4084-2008 con sentencia de fecha 29 de julio de 2009 la cual establece y reconoce a la Constitución Política de la República de Guatemala como la norma suprema de todo el ordenamiento jurídico del Estado, a cuyas disposiciones están sujetos los poderes públicos y los propios gobernados. Su jerarquía normativa la convierte en parámetro de validez de todas las disposiciones que emitan los distintos órganos estatales.

Este principio implica que en la cúspide del ordenamiento jurídico guatemalteco se encuentra la Constitución, y ésta, como ley suprema, es vinculante tanto para gobernantes como para gobernados, a efecto de lograr la consolidación del Estado de Derecho. El Artículo 44 dispone que serán nulas ipso jure las leyes y disposiciones gubernativas o de cualquier otro orden que disminuyan, restrinjan o tergiversen los derechos que la Constitución garantiza; el Artículo 175 afirma que ninguna ley podrá contrariar sus disposiciones y que las que violen o tergiversen sus mandatos serán nulas ipso jure; y finalmente el Artículo 204 establece que los tribunales de justicia en toda resolución o sentencia observarán obligadamente el principio de que la Constitución prevalece sobre cualquier ley o tratado.



En este sentido, la Corte de Constitucionalidad de Guatemala en la Gaceta número 71 que contiene el expediente 2085-2003, e fecha 08 de enero de 2004, ha establecido que las objeciones de inconstitucionalidad tienen como fundamento el principio de supremacía de la Constitución, conforme el cual todas las normas que integran el ordenamiento jurídico nacional, sólo serán válidas si se adecuan a aquélla. El principio de supremacía constitucional requiere que todas las situaciones jurídicas se conformen con los principios y preceptos de la Constitución. En atención a esto, y de conformidad con el principio de supremacía, todas las normas del ordenamiento jurídico deben adecuarse a la Constitución Política de la República de Guatemala y la falta de tal adecuación hace posible las objeciones de inconstitucionalidad y su eventual declaración por la Corte de Constitucionalidad, como máximo órgano de protección del orden constitucional en el país.

El principio de supremacía constitucional, sirve de fundamento para objetar una ley que contravenga los principios constitucionales, a partir de este momento se llevará a cabo el análisis de la inconstitucionalidad derivada de la limitación del libre acceso a los tribunales ordinarios de justicia, que como se observó en el capítulo IV del presente trabajo, posee la característica de ser una garantía constitucional; en los contratos de agencia, distribución o representación, específicamente en la forma de resolver los conflictos y en las vías que la legislación ordinaria señala para dirimir las controversias.

La Constitución Política de la República de Guatemala en el Artículo 203 contiene varios elementos que concurren a determinar lo que deba considerarse como función jurisdiccional y de los elementos establecidos en dicho artículo se afirma que la



jurisdicción es la potestad que corresponde a los tribunales de justicia, que tiene por finalidad la declaración y realización del derecho mediante la aplicación de la ley a casos concretos.

En el ejercicio de dicha función los tribunales gozan de exclusividad e independencia, es así como el Estado se compromete a garantizar la justicia a los habitantes de la República, adoptando las medidas que estime pertinentes para hacerlo, garantizando en todo momento el libre acceso a las dependencias de administración de justicia a los habitantes del país. Esta administración de justicia, de conformidad con el Artículo 57 del Decreto 2-89 del Congreso de la República de Guatemala, Ley del Organismo Judicial se debe dar de forma gratuita e igual para todos. El carácter de gratuidad en la administración de La Constitución Política de la República de Guatemala, representa la normativa principal bajo la cual se instituye la totalidad del orden jurídico de nuestro país, la totalidad de las normas y principios que componen este texto poseen un carácter supra legal, y no pueden ser tergiversados, amenazados o violados por ningún motivo.

Siguiendo la línea de estudio del Artículo 203 constitucional, la función jurisdiccional también puede ser ejercida por los otros tribunales que la ley establezca; de esta forma se reconoce la posibilidad de que casos concretos sean sometidos a conocimiento de un tribunal arbitral tal como se estableció en el capítulo III de este trabajo.

En este capítulo además se estableció que la esencia del arbitraje lo constituye el ser un mecanismo alternativo, denominado un mecanismo privado. Esto debido a los

costos que implica para las partes, el pago de las actuaciones surgidas en el desenvolvimiento del proceso arbitral así como la configuración del arbitraje que la constituye la elección, esto debido a ser una opción voluntaria; por lo que lógicamente esta elección debe ser consensual y expresa.

De conformidad con el Artículo 4 de la Ley de Arbitraje, por consentimiento consensuado expreso las partes deciden someter a arbitraje todas o algunas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual. El único requisito que se señala es que el acuerdo arbitral; que puede poseer la forma de un acuerdo de sometimiento o cláusula compromisoria, conste por escrito.

La configuración de un acuerdo arbitral implica una renuncia parcial a la garantía constitucional consagrada en el Artículo 29 de la Constitución: el libre acceso a los tribunales, dependencias y oficinas del Estado. Esto conlleva una renuncia a la jurisdicción estatal para ejercer sus acciones y hacer valer sus derechos de conformidad con la ley por la del árbitro o árbitros; así como una renuncia a los recursos y protecciones de las garantías del proceso judicial que establecen las normativas procesales y constitucionales en las distintas jurisdicciones. Esta es la razón principal por la cual la aceptación y sometimiento a un tribunal arbitral no puede suponerse.



Es en este punto en el que se encuentra el conflicto en las disposiciones específicas que rigen la forma de solucionar las controversias surgidas en relación a un contrato de agencia, distribución o representación.

El Decreto 2-70, del Congreso de la República de Guatemala, Código de Comercio de Guatemala; en el Artículo 291 establece en la parte conducente que "...las partes también pueden optar por el arbitraje o por la vía judicial en proceso sumario, para resolver cualquier clase de controversia derivada de dicho contrato. Para el efecto se entenderá, salvo pacto en contrario, que las partes han optado por el arbitraje si no se establecen de manera expresa que la controversia debe dirimirse en la vía sumaria judicial..."

En el artículo anteriormente citado, establece la posibilidad de acudir a la vía sumaria, es decir a la jurisdicción estatal así como al arbitraje; sin embargo también se instituye como primera opción el arbitraje, siempre y cuando las partes no estipulen de forma expresa que la controversia se dirimirá en un proceso judicial estatal. Por lo que se puede establecer que el primer foro obligatorio para la resolución de controversias el arbitraje. Esta disposición contraviene la libertad de acceso a los tribunales ordinarios de justicia, pues, sin que exista acuerdo de las partes privadas se torna obligatoria la resolución de controversias por medio del arbitraje.

La disposición anteriormente citada priva a los particulares de la facultad de acudir libremente a los tribunales de justicia de Guatemala para ejercer sus acciones y hacer valer sus derechos de conformidad con la ley. Esta norma impide que, cuando no haya



acuerdo entre las partes de someter sus controversias a la vía judicial, deberá entenderse que acuerdan acudir al arbitraje. De esta forma se reemplaza la voluntad de las partes para decidir acerca de si es conveniente o no para ellas someter sus controversias al arbitraje, sin tomar en consideración la capacidad financiera de las partes para sufragar los costos que serían cargados por el desenvolvimiento del proceso y la conveniencia de ambas de acudir a esta vía.

La norma en estudio elimina la posibilidad de acceder a los tribunales del Estado de Guatemala, gratuitamente. El libre acceso a los tribunales de justicia no puede limitarse en forma alguna ni deben establecerse restricciones a la misma; no obstante, la disposición en estudio veda la posibilidad a los particulares sujetos a una contratación de agencia, distribución o representación a someter sus reclamaciones a decisión de los tribunales ordinarios, ya que el arbitraje, en lugar de consensual, se vuelve obligatorio. El particular se ve forzado a utilizarlo, a falta de acuerdo de acudir a la vía judicial estatal, desnaturalizando de esta forma la institución del arbitraje como método alternativo de resolución de conflictos.

5.2 Proyecto de reforma al Artículo 291 del Código de Comercio de Guatemala

En virtud de haber concluido que las disposiciones contenidas en el Artículo 291 del Código de Comercio de Guatemala, al regular las formas de resolver las controversias que surjan en ocasión al contrato de agencia, distribución o representación; conllevan una limitación a la garantía constitucional de libre acceso a los tribunales ordinarios de justicia contenida en los Artículos 4, 29 y 203 de la Constitución Política de la República



de Guatemala por establecer como primer foro de solución de controversias al Arbitraje, suplantando la libre disposición de las partes de acudir a este mecanismo alternativo de forma voluntaria y expresa, por una disposición legal, se hace necesaria la reforma de dicho artículo, no únicamente con objeto del presente trabajo de investigación, sino también para que exista seguridad y certeza jurídica al momento de utilizar el mecanismo alternativo de arbitraje; institución que cada día causa mayor protagonismo debido a las ventajas que presupone acudir al mismo en el campo mercantil.

Por lo cual se desarrolla la siguiente propuesta:

DECRETO NÚMERO _____

del Congreso de la República de Guatemala

CONSIDERANDO:

Que las disposiciones establecidas actualmente en el Decreto número 2-70 del Congreso de la República, Código de Comercio de Guatemala, en los procedimientos establecidos para dirimir las controversias que surjan con ocasión de un contrato de agencia, distribución o representación, resultan arbitrarias por contravenir la garantía de libre acceso a los tribunales ordinarios de justicia contemplada en la Constitución Política de la República de Guatemala.

CONSIDERANDO:

Que es indispensable establecer la normativa adecuada para que los particulares puedan acudir a dirimir sus controversias surgidas en ocasión a un contrato de agencia,



distribución o representación que respete la garantía de libre acceso a los tribunales ordinarios de justicia, consagrada en la Constitución Política de la República de Guatemala.

CONSIDERANDO:

Que el Arbitraje constituye un método alternativo para la solución de conflictos basado en la autonomía de la voluntad de las partes y supone una renuncia a la jurisdicción estatal por la del árbitro o árbitros.

CONSIDERANDO:

Que de conformidad con el Artículo 4 de la Ley de Arbitraje, por virtud de acuerdo expreso, 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

POR TANTO:

En el ejercicio de las atribuciones que le confiere el inciso a) del Artículo 171 de la Constitución Política de la República de Guatemala,

DECRETA:

Artículo 1. Se reforma los párrafos primero y segundo del Artículo 291 del Decreto Número 2-70 del Congreso de la República, el cual queda así:

“Artículo 291. Controversias. Si después de ocurrida la terminación o rescisión del contrato o relación respectiva, las partes no se pusieren de acuerdo sobre la cuantía de



la indemnización que deba pagarse por los daños y perjuicios causados en los casos previstos en los numerales 4 y 5 del Artículo anterior, el monto de la misma deberá determinarse en juicio sumario, salvo que las partes hayan convenido en someter sus diferencias a arbitraje. En caso que la controversia se resuelva en proceso judicial en la vía sumaria, el demandante deberá proponer dictamen de expertos, de conformidad con lo establecido en el Código Procesal Civil y Mercantil, a efecto de que se dictamine dentro del proceso sobre la existencia y la cuantía de los daños y perjuicios reclamados.

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

Artículo 2. Vigencia. El presente decreto entrará en vigencia ocho días después de su publicación en el Diario Oficial.

Pase al Organismo Ejecutivo para su sanción, promulgación y publicación.

Dado en el Palacio del Organismo Legislativo, en la ciudad de Guatemala, a los ____ días del mes de ____ del año dos mil ____.



CONCLUSIONES

1. La autonomía de la voluntad de las partes, constituye la esencia y el fundamento de la institución arbitral, por cuanto que el arbitraje y el actuar de los árbitros dentro de una controversia específica se configura de manera ocasional, y limitado ya que su poder decisorio se mueve únicamente dentro de los términos fijados por el compromiso o la cláusula arbitral.
2. El Arbitraje es un método alternativo de solución de conflictos, y requiere para su configuración un acuerdo voluntario de las partes de someter bajo esta figura sus controversias; esto debido a que el acuerdo voluntario tiene como consecuencia una renuncia parcial de los particulares de acudir a los tribunales ordinarios de justicia y por ende conlleva la exclusión de la vía judicial.
3. Las disposiciones contenidas en el Artículo 291 del Código de Comercio de Guatemala, implican una limitación a la Garantía Constitucional de libre acceso a los tribunales ordinarios de justicia pues al suponer la legislación la existencia de un acuerdo de arbitraje se limita a los particulares a acudir a instancias estatales con el objetivo de dirimir sus controversias.





RECOMENDACIONES

1. Se recomienda que el Congreso de la República de Guatemala reforme los procedimientos de resolución de controversias establecidos en el Artículo 291 del Código de Comercio de Guatemala por contravenir esta la garantía constitucional de libre acceso a los tribunales ordinarios de justicia
2. Es necesario que el Organismo Judicial de Guatemala implemente las capacitaciones pertinentes con el fin de orientar a los juzgadores guatemaltecos de la importancia de la asistencia judicial dentro del arbitraje en Guatemala, en virtud de que este mecanismo se utiliza de forma cada vez más frecuente para la solución de conflictos en materia mercantil.
3. Los estudiantes y profesionales de derecho del país, quienes son llamados a desempeñar un papel de formación integral, deben ser capacitados en materia de arbitraje y acceso a la justicia estatal con el fin de unificar criterios de aplicación en caso de existir controversias entre estos postulados.





BIBLIOGRAFÍA

- AGUIRRE GODOY, Mario. **Derecho Procesal Civil de Guatemala**. Guatemala: Editorial Universitaria, 1997.
- BARBIERI C. Pablo. **Contratos de empresa**. Buenos Aires, Argentina: Editorial Universidad, 1998.
- BRAÑAS, Alfonso. **Manuel de derecho civil**. Guatemala: Editorial Fénix, 2009.
- BROSETA PONT, Manuel. **Manual de derecho mercantil**. Sexta edición. Madrid, España: Editorial Tecnos, 1992.
- CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario enciclopédico de derecho usual**. Buenos Aires, Argentina: Editorial Heliasta, 1997.
- CAIVANO, Roque. **Retos del arbitraje frente a la administración de justicia**. Buenos Aires Argentina: Ponencias del Congreso Internacional de Arbitraje, 2007.
- CASTELLANOS HOWELL, Álvaro Rodrigo. **Los árbitros y el ius imperium. ¿Compatibles o incompatibles?** Guatemala: Universidad del Istmo, 2009.
- CIFUENTES MUÑOZ, Eduardo. **Acceso a la justicia y debido proceso en Colombia** (Síntesis de la doctrina constitucional). Madrid, España: Revista de Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, 1999.
- Comisión Nacional para el Seguimiento y Apoyo al Fortalecimiento de la Justicia. **Informe, Una nueva justicia para la paz**. Tercera edición. Guatemala: Magna Terra Editores, 2005.
- FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos. **Arbitraje y Jurisdicción: Una interacción necesaria para la realización de la justicia**. Plaza de la Marina Española, España: Centro de estudios políticos y constitucionales, 2005.
- FIX FIERRO, Héctor y Sergio López Ayllón. **El acceso a la justicia en México. Una reflexión multidisciplinaria, en Justicia**. Memorial del IV Congreso Nacional de Derecho Constitucional. Tomo I. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2001.
- FLORES JUÁREZ, Juan Francisco. **Constitución y justicia constitucional/ apuntamientos**. Segunda edición ampliada. Guatemala: Talleres Gráficos de Impresos, 2009.
- LUQUE GAMERO, Ricardo. **El arbitraje y el control de la constitucionalidad**. Revista Peruana de Arbitraje. Perú: Magna Ediciones, 2007.



MAZORATI J. Osvaldo. **Sistemas de distribución comercial**. Primera edición. Buenos Aires, Argentina: Editorial Astrea, 1992.

MÉNDEZ MENDIZABAL, Rodrigo. **El arbitraje como método alternativo para la solución de conflictos**. [En Línea] Disponible en: <http://www.apoyoabogados.com/publi/arbitraje2.pdf> (Consulta: 19 de julio de 2012).

OSSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**. Buenos Aires, Argentina: Editorial Heliasta, 1984.

RIVERA NEUTZE, Antonio Guillermo. **El proceso práctico arbitral**. Primera edición. Guatemala: Editorial Llerena, 1996.

VÁSQUEZ MARTÍNEZ, Edmundo. **Instituciones de derecho mercantil**. Guatemala: Editorial Llerena, 1978.

VILLEGAS LARA, René Arturo. **Derecho mercantil guatemalteco**. Tomo III, Quinta edición. Guatemala: Editorial Fénix, 2002.

ZOLEZZI IBÁRCENA, Lorenzo. **El arbitraje y su aparente colisión con algunos principios y derechos de la función jurisdiccional**. Ponencias del Congreso Internacional de Arbitraje 2007. Perú: Estudio Mario Castillo Freyre, 2008.

Legislación

Constitución Política de la República de Guatemala. Asamblea Nacional Constituyente, Guatemala 1986.

Código Civil. Enrique Peralta Azurdia Jefe del Gobierno de la República de Guatemala, Decreto Ley número 106, Guatemala 1963.

Código Procesal Civil y Mercantil. Enrique Peralta Azurdia Jefe del Gobierno de la República de Guatemala, Decreto Ley número 107, 1964.

Código de Comercio de Guatemala. Congreso de la República de Guatemala, Decreto número 2-70, 1971.

Ley de Arbitraje. Congreso de la República de Guatemala, Decreto número 67-95, 1995.

Ley del Organismo Judicial. Congreso de la República de Guatemala, Decreto número 2-89, 1989.