

MAYORA | MAYORA

ABOGADOS & NOTARIOS
Est. 1966

Solución de controversias comerciales internacionales en Guatemala en el contexto de DR-CAFTA

*Artículo
preparado por*

**Paola
Galich**

Socia | Partner



Solución de controversias comerciales internacionales en Guatemala en el contexto de DR-CAFTA

Paola Galich Roukema

Artículo 291 del Código de Comercio, reformado por el artículo 17 del Decreto 11-2006 del Congreso de la República (“Reformas Legales para la Implementación del Tratado de Libre Comercio República Dominicana–Centroamérica–Estados Unidos de América”): “...para el efecto se entenderá, salvo pacto en contrario, que las partes han optado por el arbitraje si no establecen de manera expresa que la controversia debe dirimirse en la vía sumaria judicial...”.

El presente artículo examina, desde una perspectiva jurídico-comercial, los efectos de la declaratoria de inconstitucionalidad de la presunción legal de sometimiento a arbitraje (“aceptación tácita”) prevista en el artículo 291 del Código de Comercio, en la medida en que dicha norma ha incidido en controversias asociadas a contratos de agencia, distribución y representación. La inconstitucionalidad fue declarada por la Corte de Constitucionalidad de Guatemala mediante sentencia de 29 de mayo de 2024, dictada dentro del expediente 5985-2023.

1. Contexto

El Congreso de Guatemala aprobó el Tratado de Libre Comercio República Dominicana–Centroamérica–Estados Unidos de América (DR-CAFTA) mediante el Decreto 31-2005, cuyo objeto principal es la conformación de una zona de libre comercio entre los países firmantes. Al aprobarlo, el Congreso lo declaró de urgencia nacional, reforzando la importancia para Guatemala de la conformación de una zona de libre comercio que estimule la expansión y la diversificación del comercio de bienes y servicios entre todas las partes.

La aprobación del Tratado supuso una serie de reformas a las leyes de los países firmantes. Para Guatemala, estas reformas se concretaron en el Decreto 11-2006 que reformó, entre otras disposiciones, el artículo 291 del Código de Comercio, relacionado específicamente con la resolución de controversias derivadas del contrato de distribución, agencia o representación. La modificación del texto quedó así:

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 proceso arbitral o en proceso judicial en la vía sumaria, **para el efecto se entenderá, salvo pacto en contrario, que las partes han optado por el arbitraje si no establecen de manera expresa que la controversia debe dirimirse en la vía sumaria judicial.** 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.

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

En todo caso, **los procesos judiciales deben tener lugar, tramitarse y resolverse en la República de Guatemala**, de acuerdo con las leyes nacionales aplicables a los procedimientos judiciales (...).

Anteriormente, el texto en su parte conducente establecía:

Cuando las partes no se pusieren de acuerdo, después de ocurrida la terminación o rescisión del contrato o relación respectiva 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 **judicialmente en la vía sumaria**, en cuyo caso 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 o después de ocurrida la causal, las partes también pueden optar por el arbitraje para resolver cualquier clase de controversias derivadas de dicho contrato. En todo caso, **tanto los procesos judiciales como arbitrales deben tener lugar, tramitarse y resolverse en la República de Guatemala, de acuerdo con las leyes nacionales aplicables a los procedimientos judiciales o arbitrales.**

2. El Tratado como mecanismo de agilización del intercambio comercial de servicios y mercancías

El Tratado está compuesto de veintidós capítulos, anexos y apéndices que establecen los derechos y obligaciones acordados para cada Estado Parte. Las disposiciones normativas son comunes a todos ellos, mientras que las particularidades adoptadas por cada Estado están contenidas en los anexos y en los apéndices, todos los cuales forman parte del Tratado de conformidad con el artículo 22.1.

El Tratado abarca cinco grandes temas: asuntos institucionales y de administración; comercio de bienes; comercio de servicios e inversión; contratación pública de bienes y servicios; y otros temas no comerciales, pero relacionados con los bienes que se comercian, en particular propiedad intelectual, asuntos laborales y ambientales.

Como señalan Pacheco y Valerio¹, la creación de una zona de libre comercio entre los siete países implicó liberalizar en plazos determinados el comercio recíproco de los bienes y servicios producidos por ellos. Este Tratado no conllevaba la adopción de políticas comunes en aspectos no acordados explícitamente, así como tampoco, la creación de autoridades supranacionales. Sus objetivos fueron acordes a las reglas de la OMC, en particular con lo dispuesto en el artículo XXIV del GATT y V del GATS.

1 Pacheco, Amparo y Valerio, Federico. Ibid. "Todos estos capítulos definen las condiciones de acceso al mercado de los bienes de las Partes, las condiciones especiales aplicables a los bienes agrícolas textiles, los criterios y reglas para determinar que los bienes son originarios, los procedimientos para promover y fortalecer la modernización aduanera, las condiciones para proteger la salud de las personas, animales y plantas, y evitar la imposición de barreras innecesarias al comercio, y finalmente, los mecanismos para defender la producción nacional de un aumento masivo de las importaciones o de prácticas de comercio desleal." Pag. 16.

Por medio del Tratado se crea una zona de libre comercio orientada a promover el intercambio internacional y a facilitar la circulación de bienes, servicios y capitales, sobre la base de principios de derecho internacional económico **tales como el trato nacional, el trato de nación más favorecida y la transparencia** a través de:

- (a) estimular la expansión y diversificación del comercio entre las Partes;
- (b) eliminar obstáculos al comercio y facilitar la circulación transfronteriza de mercancías y servicios entre los territorios de las Partes;
- (c) promover condiciones de competencia leal en la zona de libre comercio;
- (d) aumentar sustancialmente las oportunidades de inversión en los territorios de las Partes;
- (e) proteger en forma adecuada y eficaz, y hacer valer, los derechos de propiedad intelectual en el territorio de cada Parte;
- (f) crear procedimientos eficaces para la aplicación y el cumplimiento de este Tratado, para su administración conjunta, y para la solución de controversias; y
- (g) establecer lineamientos para la cooperación bilateral, regional, y multilateral dirigida a ampliar y mejorar los beneficios de este Tratado.

Un elemento esencial para la libre circulación de bienes y servicios es el marco jurídico que regula los contratos de Distribución, Agencia, Representación o Concesión. Así pues, el concepto se aborda inicialmente en el Capítulo Tres, que se denomina Trato Nacional y Acceso de Mercancías al Mercado.

3. Capítulo 11 del Tratado: Comercio Transfronterizo de Servicios

El capítulo 11 del Tratado se aplica a las medidas que adopte o mantenga una Parte que afecten al comercio transfronterizo de servicios por un proveedor de servicios de otra Parte. En términos generales, el capítulo fija el marco de disciplinas que asegura que la liberalización del Tratado para el comercio (suministro, distribución, agencia), no quede

neutralizada por regulaciones internas que, aun sin prohibir formalmente el comercio, condicionen o encarezcan la prestación transfronteriza de servicios.

Para ello, combina:

- (i) reglas sustantivas de no discriminación —trato nacional y trato de nación más favorecida— con
- (ii) obligaciones orientadas al acceso al mercado (por ejemplo, límites a ciertas restricciones),
- (iii) la prohibición de exigir presencia local como condición para suministrar un servicio, y
- (iv) estándares procedimentales de transparencia y trato regulatorio.

Su alcance debe leerse necesariamente de la mano con el régimen de “medidas disconformes” de los Anexos I y II, que operan como reservas expresas permitidas frente a esas obligaciones, y con los “compromisos específicos” contenidos en el Anexo 11.13, de cada país, cuyo propósito es precisar —para supuestos puntuales— cómo determinados ajustes del derecho interno (como los relativos a la contratación y a la solución de controversias en los contratos de distribución, agencia y representación) se articulan con el marco general del comercio transfronterizo de servicios.

Es importante diferenciar la prestación transfronteriza de servicios, regulada en el capítulo 11, que se refiere a la posibilidad de que un proveedor de servicios de una Parte suministre servicios directamente desde su país de origen a otra Parte, sin necesidad de establecer una presencia física o constituir una empresa en el territorio receptor. Esta prestación de servicios no se refiere al establecimiento de empresas o filiales que implica que un inversionista extranjero cree o participe en una entidad jurídica local, ya que este escenario a la luz del tratado tiene un trato de inversión extranjera, según el capítulo 10. Ambos esquemas están contenidos en el Tratado, pero difieren en que la inversión requiere la creación de una estructura permanente en el país destino, mientras que la prestación transfronteriza permite operar sin dicha presencia física.

En síntesis, el capítulo 11 es central porque busca evitar que las regulaciones internas de cada País Parte neutralicen la liberalización del Tratado. Se centra en garantizar el cumplimiento de sus principios básicos: No discriminación: Trato Nacional/Nación Más Favorecida; acceso al mercado; no exigir presencia local; transparencia y trato regulatorio.

Cabe enfatizar el concepto de medidas disconformes como disposiciones o prácticas de un Estado Parte que no cumplen plenamente con ciertas obligaciones, pero que han sido permitidas explícitamente bajo condiciones o reservas. Estas medidas suelen estar relacionadas con excepciones o restricciones en áreas sensibles para los Estados Parte.

Al incorporarse en el Tratado estas medidas disconformes, se busca evitar un conflicto con el derecho interno al momento de su adopción como ley nacional, pues operan como reservas o excepciones expresas frente a determinadas obligaciones del Tratado².

² Las medidas disconformes son excepciones a los principios de: a) Trato Nacional (Artículos 10.3 y 11.2): Establece que cada Parte otorgará a los inversionistas e inversiones de otra Parte un trato no menos favorable que el que otorgue en circunstancias similares a sus propios inversionistas y a sus inversiones, en lo referente al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación y venta u otra forma de disposición de las inversiones en su territorio. De la misma manera establece que cada Parte otorgará a los proveedores de servicios de otra Parte un trato no menos favorable que el que otorgue en circunstancias similares a sus propios proveedores nacionales de servicios. b) Trato de Nación más Favorecida (Artículos 10.4 y 11.3): Establece que cada Parte otorgará a los inversionistas e inversiones de otra Parte un trato no menos favorable que el que otorgue en circunstancias similares a los inversionistas e inversiones de cualquier otra Parte o de cualquier país que no sea Parte, en lo referente al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación y venta u otra forma de disposición de las inversiones. Cada Parte otorgará a los proveedores de servicios de otra Parte un trato no menos favorable que el que otorgue en circunstancias similares a sus propios proveedores. c) Presencia Local (Art. 11.5): Establece que ninguna Parte exigirá a un proveedor de servicios de otra Parte que establezca o mantenga una oficina de representación u otro tipo de empresa, o que resida en su territorio como condición para el suministro transfronterizo de un servicio. d) Requisitos de Desempeño (Art. 10.9): Establece que ninguna Parte podrá, en relación con el establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación y venta u otra forma de disposición de una inversión, imponer requisitos de desempeño relacionados con nivel o porcentaje de exportaciones, grado o porcentaje de contenido nacional, preferencias de mercancías nacionales, relación entre el volumen o valor de las importaciones con el de exportaciones o la entrada de divisas, relación de ventas con las exportaciones o ganancias en divisas, entre otras. e) Altos Ejecutivos y Juntas Directivas (Art. 10.10): Establece que ninguna Parte exigirá que una empresa de otra Parte designe a personas de determinada nacionalidad para ocupar puestos de alta dirección. No obstante, una Parte podrá exigir que la mayoría de los miembros de una junta directiva o de un comité de una empresa sean de una nacionalidad determinada o residentes en su territorio, siempre que no menoscabe la capacidad del inversionista para ejercer control de su inversión. f) Acceso a Mercado (Art. 11.4): Ninguna Parte adoptará o mantendrá medidas que impongan limitaciones al número de proveedores de servicios, al valor total de los activos o transacciones de servicios, al número total de operaciones de servicios, a la cuantía total de la producción de servicios, o al número total de personas naturales que puedan emplearse en un determinado sector de servicios o que un proveedor pueda emplear y que sean necesarias para el suministro de un servicio específico y estén directamente relacionadas con él. Tampoco impondrá medidas que restrinjan o prescriban los tipos de persona jurídica o de empresa conjunta para que un proveedor suministre un servicio.

4. Compromisos específicos asumidos por el Estado de Guatemala con relación a la solución de controversias comerciales internacionales entre particulares en la zona de libre comercio

En el Anexo 11.13, Sección D, del Tratado, quedaron contenidos los compromisos específicos del Estado de Guatemala para la armonización del derecho interno con los alcances del Tratado.

Si bien ese capítulo se refiere al comercio transfronterizo de servicios, el contenido de los compromisos asumidos se enfoca en la legislación relacionada con los contratos de distribución, representación y agencia, que pueden involucrar además del comercio transfronterizo de mercancías, la prestación de servicios de forma directa o accesoria (intermediación comercial, promoción, mercadeo); servicios de soporte vinculados a la comercialización (postventa, instalación, mantenimiento, capacitación); servicios de franquicia o licencias comerciales.

De allí que, aunque el “objeto” de un contrato de distribución, representación o agencia sea colocar mercancías en el mercado objetivo, la relación jurídica entre el principal, por un lado, y el agente, representante o distribuidor, por el otro, suele ser un vínculo de prestación de servicios de intermediación comercial y representación³.

Se recalca que esta inclusión en el artículo 11 no deviene para regular la compraventa internacional de mercancías, sino para reducir las fricciones regulatorias que afectan la

³ La técnica de los acuerdos comerciales para delimitar el alcance de las obligaciones sobre servicios parte de un criterio amplio de cobertura: el GATS se aplica a “las medidas de los Miembros que afecten el comercio de servicios” (GATS, art. I:1) y entiende por “medida” cualquier disposición o actuación de una autoridad competente (GATS, art. I:3(a)). En la misma línea, el DR-CAFTA prevé que el Capítulo 11 cubre medidas que afecten el comercio transfronterizo de servicios, “incluyendo medidas que incidan en la producción, comercialización, distribución, venta y suministro de un servicio” (DR-CAFTA, art. 11.1). De allí que regulaciones internas que estructuran la operación de agentes, distribuidores o representantes —en cuanto inciden en la comercialización/distribución/venta o suministro de servicios de intermediación— puedan calificar como medidas que “afectan” el comercio de servicios, aun cuando se inserten en relaciones contractuales vinculadas a la colocación de mercancías.

comercialización y representación en esquemas transfronterizos, asegurando mecanismos eficaces de solución de controversias en tales relaciones.

Así, el inciso D del artículo 11.13 señala:

1. Las Partes reconocen que Guatemala, a través del Decreto 8-98 del Congreso de la República, reformó el Código de Comercio de Guatemala y derogó el Decreto 78-71, que regulaba los contratos de agencia, distribución, o representación y creó un nuevo régimen para agentes comerciales, distribuidores y representantes.

Históricamente, el régimen tutelar del distribuidor, agente o representante, contenido en el decreto 78-71 era percibido como un riesgo regulatorio para las empresas extranjeras; de allí que la reforma busca incorporar los estándares del Tratado del trato nacional/nación más favorecida -cuando aplica-; la existencia de restricciones en la regulación que afectan la liberación del Tratado; y especialmente, el interés en crear certeza jurídica para las empresas extranjeras que lleguen al país a comercializar sus productos y servicios a través de un representante, distribuidor, agente o concesionario. La inclusión de este numeral 1, en el inciso D, es un reconocimiento mutuo de la modernización del derecho interno a los estándares contenidos en el Tratado.

2. Durante el año después de la entrada en vigor del Tratado, los Estados Unidos y Guatemala alentarán a las partes que tienen contratos sin una fecha determinada de vencimiento que aún estén sujetos al Acuerdo 78-71 a renegociar dichos contratos. Los nuevos contratos deberán basarse en los términos y condiciones establecidos de mutuo acuerdo y en las disposiciones del Código de Comercio de Guatemala, que deberán regular las actividades de los agentes de comercio, distribuidores y representantes. Los Estados Unidos y Guatemala también alentarán a las partes de otros contratos de agencia, distribución o representación que permanecen sujetos al Decreto 78-71 para que renegocien esos contratos de acuerdo con el nuevo régimen al que se refiere el párrafo 1.

Este es un compromiso de cada Estado de hacer sus mejores esfuerzos para “sacar de circulación” los contratos que aún estén vigentes a la luz del Decreto 78-71.

3. La ausencia de una disposición específica para la solución de diferencias en un contrato de agencia, distribución o representación deberá, en la medida de lo posible **de acuerdo con la Constitución Política de la República de Guatemala, dar lugar a la presunción de que las partes pretendían arreglar cualquier diferencia a través de arbitraje vinculante.**

Como más adelante se explica, este compromiso queda sin sustento después de la sentencia emitida por la Corte de Constitucionalidad dentro del expediente 5985-2023.

4. Los Estados Unidos y Guatemala alentarán a las partes de contratos de agencia, distribución o representación a arreglar cualquier diferencia a través de arbitraje vinculante. En particular, si el monto y forma de cualquier indemnización no se establece en el contrato y la parte desea terminar el contrato, las partes podrán acordar recurrir a un arbitraje para establecer el monto, si es que existe, de la indemnización.
5. Para propósitos de esta Sección:
 - a. Fecha de terminación significa la fecha prevista en el contrato para la finalización del mismo, o la finalización de un plazo de extensión de un contrato acordado entre las partes del contrato; y
 - b. Contratos de agencia, distribución o representación tiene el mismo significado que bajo el Decreto 78-71⁴.

⁴ El Decreto 78-71, en su artículo 1, indicaba que: a. contrato de agencia, distribución o representación, es aquel por medio del cual una persona individual o jurídica, nacional o extranjera, llamada principal, designa a otra individual o jurídica y llamada agente, representante o distribuidor exclusivamente para la venta, distribución, promoción o colocación en el territorio de la República, de determinados productos, mercaderías o artículos producidos, fabricados o manufacturados en el exterior o interior del país, o bien, con ese mismo propósito, para la prestación de servicios; b. Es agente, distribuidor o representante, la persona individual o jurídica y domiciliada en el país, con quien se conviene el desarrollo de las actividades a que se refiere el apartado anterior, pero

Estos compromisos varían según cada país, pero abarcan obligaciones específicas con relación a la homogeneización de la regulación de cada uno de ellos, en los contratos de distribución, representación y, en particular, a la solución de controversias derivadas de estos.

Finalmente, en el artículo 20.22, los Estados Parte acordaron que, en la mayor medida posible, cada Parte promoverá y facilitará el recurso al arbitraje y a otros medios alternativos para la solución de controversias comerciales internacionales entre particulares en la zona de libre comercio. Con ese propósito, cada Parte dispondrá de *procedimientos adecuados* que aseguren la observancia de los convenios de arbitraje, así como el reconocimiento y la ejecución de los laudos arbitrales que se dicten en tales controversias. E indica que se considerará que las Partes cumplen con esta obligación, si son parte y se ajustan a las disposiciones de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras (1958); o, ii) de la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional (1975).

En el caso de la Convención de Nueva York, Guatemala forma parte desde 1984. Y, en cuanto a la Convención Interamericana, desde 1986.

5. Regulación de los contratos de agencia, distribución y representación en Guatemala

siempre que actúe con independencia del principal, por medio de su propia empresa y de modo permanente, en cuya virtud, la presente ley no es aplicable a los agentes de comercio, a los revendedores mayoristas ni a quienes la ley reputare distribuidores dependientes o ligados por un contrato típicamente laboral. Cabe advertir que, para propósitos de la Sección D del Anexo 11.13, quedó entendido que los “contratos de agencia, distribución o representación” tienen el mismo significado que bajo el Decreto 78-71, y no necesariamente el contenido en el régimen introducido por el Decreto 8-98.

En materia de contratos de agencia, distribución y representación, Guatemala derogó el Decreto 78-71 mediante el Decreto 8-98 del Congreso de la República. El Decreto 78-71 respondía a una lógica marcadamente tutelar, orientada a proteger al agente, distribuidor o representante domiciliado en el país frente a la posición económica del principal. Con el Decreto 8-98, el legislador trasladó esta materia al régimen general del Código de Comercio, redefiniendo la relación bajo categorías propias del derecho mercantil y diferenciando con mayor claridad entre supuestos de dependencia y de actuación independiente, de modo que las controversias y efectos de la terminación pasaran a resolverse primordialmente conforme a lo pactado y a los remedios contractuales ordinarios, en contraste con el esquema anterior, que tendía a reconocer protecciones estatutarias intensas que, en la práctica, favorecían al agente local.

El Decreto 8-98 fue un primer paso a la modernización del régimen de comercialización de servicios transfronterizos; sin embargo, el legislador limitó la resolución de controversias al territorio guatemalteco, en la vía judicial, siempre que no hubiere acuerdo arbitral expreso entre las partes; pero instituyendo que, en cualquier caso, el lugar a tramitarse y resolverse el proceso, judicial o arbitral, debía ser el territorio de la República de Guatemala, de acuerdo con ley guatemalteca.

Este Decreto 8-98 fue modificado con la implementación del Tratado, tomando en consideración el compromiso D (3): la ausencia de una disposición específica para la solución de diferencias en un contrato de agencia, distribución o representación deberá, en la medida de lo posible **de acuerdo con la Constitución Política de la República de Guatemala, dar lugar a la presunción de que las partes pretendían arreglar cualquier diferencia a través de arbitraje vinculante.**

En la reforma al artículo 291 del Código de Comercio, el Estado de Guatemala reconoció la obligación derivada del tratado de incorporar la presunción de sometimiento al arbitraje como método de solución de controversias internacionales. Aún más, modificó la limitación que contenía la ley sobre el fuero exclusivo para Guatemala, bajo las leyes de Guatemala, de la solución de controversias arbitrales. Así, la reforma únicamente limitó los procesos judiciales a fuero y leyes nacionales, abriendo así la posibilidad de que las partes sometan sus diferencias al arbitraje en fueros internacionales.

Si bien esta reforma respondió a la implementación de obligaciones derivadas del Tratado —cuyo contexto inmediato se vinculaba a contratos de distribución en el comercio internacional—, el artículo reformado se aplicó con carácter general a las relaciones mercantiles comprendidas por el Código de Comercio dentro de las figuras de representante, agente o distribuidor; independientemente de que esa relación comercial fuera entre particulares de la zona de libre comercio o no sujetos del Tratado, en donde se entiende la noción de “distribuidor” en el marco DR-CAFTA, que el principal se ubica en otra Parte y el distribuidor actúa en el territorio local (cfr. artículo 3.8 del Tratado).

En consecuencia, la reforma tuvo como efecto que la presunción de sometimiento a arbitraje operara, en la práctica, con un alcance general, incluyendo relaciones de agentes de comercio, representantes y distribuidores, aun cuando dichas relaciones fueran de carácter estrictamente nacional o no se vincularan con principales domiciliados en Estados Parte del Tratado.

De allí que, en las reclamaciones judiciales, en ausencia de un contrato escrito o de un convenio arbitral expreso, la parte demandada podía plantear una excepción de incompetencia con fundamento en la presunción de arbitraje, con el potencial efecto de desplazar el conocimiento del asunto hacia la vía arbitral.

En términos hipotéticos, una relación comercial de distribución de alcance nacional, pactada verbalmente y sin cláusula de solución de controversias, podía quedar sujeta —bajo la reforma del artículo 291— a la tramitación arbitral *ad hoc*, con la consecuente limitación de acceso a la jurisdicción ordinaria.

6. Sentencia de la Corte de Constitucionalidad de 29 de mayo de 2024 (Expediente 5985-2023)

La Corte de Constitucionalidad declaró inconstitucionales las siguientes partes del artículo 291 del Código de Comercio:

- a) La frase del primer párrafo *“para el efecto se entenderá, salvo pacto en contrario, que las partes han optado por el arbitraje si no establecen de manera expresa que la controversia debe dirimirse en la vía sumaria judicial”*.

- b) La frase del segundo párrafo *“Para el efecto se entenderá salvo pacto en contrario, que las partes han optado por el arbitraje si no establecen de manera expresa que la controversia debe dirimirse en la vía sumaria judicial”*.

La Corte estimó que la imposición de un “pacto arbitral ficto” o “presunto” por medio del artículo 291 del Código de Comercio afecta el libre acceso a los tribunales de justicia y la autonomía de la voluntad en el ejercicio de la libertad de comercio. Señaló que, aunque el arbitraje es un mecanismo legítimo para la resolución de disputas comerciales —en particular, en controversias internacionales—, su implementación debe respetar la voluntad expresa y consciente de las partes involucradas. Asimismo, indicó que una configuración legal que presuma la elección del arbitraje sin una manifestación clara de esa preferencia restringe el acceso a la justicia ordinaria y compromete la autonomía contractual, derechos fundamentales reconocidos por la Constitución.

La Corte también reconoció que la finalidad de la reforma fue fomentar el arbitraje como un medio idóneo para obtener mayor agilidad y especialización en la solución de controversias derivadas de contrataciones internacionales, así como descargar a los tribunales nacionales de casos de esa naturaleza. Sin embargo, concluyó que, al imponer una presunción que no permite acreditar una renuncia expresa al fuero judicial, el legislador estableció una limitación al ejercicio del derecho de acceso a los tribunales de justicia, cuya restricción solo sería admisible por manifestación expresa de la respectiva renuncia o en los términos permitidos por la ley.

En esa línea, la Corte consideró que las disposiciones que imponen presumir la aceptación del arbitraje sin que sea posible comprobar la intención de las partes contratantes de renunciar al fuero judicial resultan violatorias de los artículos 29 y 43 de la Constitución Política de la República de Guatemala, por ser contrarias al libre acceso a los tribunales de justicia del Estado y a la autonomía de la voluntad en el ejercicio de la libertad de comercio.

Ahora bien, la Corte incorporó una precisión relevante respecto del alcance de esta conclusión y, en su parte considerativa, señaló expresamente: *“Cabe aclarar que el resultado del presente control de constitucionalidad no excluye el cumplimiento de los compromisos adquiridos por entes privados en el marco del Tratado de Libre Comercio República Dominicana–Centroamérica–Estados Unidos de América, pues tales compromisos no fueron objeto del referido control”*.

Esta aclaración puede entenderse como una precisión sobre el alcance del control abstracto efectuado en la sentencia, en el sentido de que no se pronuncia sobre compromisos contractuales concretos asumidos por particulares en el marco del DR-CAFTA. En todo caso, el efecto específico en contratos determinados dependerá de su texto, de su fecha y de la forma en que las partes hubiesen pactado (o no) la solución de controversias, así como de la aplicación que se haga en cada caso.

7. Mecanismos de solución de controversias comerciales internacionales entre particulares de los Estados Parte del DR-CAFTA

Desde la perspectiva del derecho interno, la declaratoria de inconstitucionalidad suprime la presunción legal de sometimiento a arbitraje (“aceptación tácita”) prevista en el artículo 291 del Código de Comercio. En términos generales, ello reafirma que el arbitraje descansa en una manifestación inequívoca de voluntad (convenio arbitral), por lo que no cabría tenerlo por convenido únicamente a partir del silencio de las partes o de la ausencia de una estipulación expresa, sin perjuicio de los supuestos en que la normativa aplicable admita formas específicas de incorporación del convenio.

De allí que es altamente probable que la Corte no aceptaría la validez de un laudo dictado en oposición de una de las partes a la validez de la aceptación tácita de arbitraje en controversias surgidas en el contexto de operaciones comerciales comprendidas en la zona DR-CAFTA.

Por lo que, para el caso de relaciones sin contrato escrito o sin cláusula de solución de controversias, todas ellas, tras la declaratoria, la vía arbitral *no se presume* y, por regla, la controversia debería tramitarse en la jurisdicción ordinaria.

Respecto de las obligaciones internacionales asumidas por Guatemala en el DR-CAFTA, debe distinguirse entre:

- (i) El deber del Estado de promover y facilitar mecanismos alternativos de solución de controversias, y
- (ii) El compromiso asumido respecto de que en ausencia de una disposición específica para la solución de diferencias en un contrato de agencia, distribución o representación deberá, en la medida de lo posible **de acuerdo con la Constitución Política de la República de Guatemala**, dar lugar a la presunción de que las partes pretendían arreglar cualquier diferencia a través de arbitraje vinculante.

Si bien el Estado de Guatemala llevó a cabo la reforma de derecho interno necesaria para cumplir con dicho mecanismo de aceptación tácita de arbitraje, la Corte de Constitucionalidad ha zanjado el asunto resolviendo que dicha presunción de arbitraje es contraria a la Constitución Política de la República de Guatemala. Esa sentencia se alinea con la premisa aceptada internacionalmente sobre el arbitraje comercial: su fundamento es el consentimiento. Es un acuerdo por medio del cual las partes se comprometen a que un tercero sea quien dirima sus controversias.

8. Conclusiones

En el plano práctico, para contratos de agencia, distribución o representación resulta aconsejable que las partes contratantes formalicen un acuerdo compromisorio, el cual necesariamente debe constar por escrito, con arreglo al artículo 10 de la Ley de Arbitraje de Guatemala y al artículo II de la Convención de Nueva York, aún y cuando el contrato principal no sea escrito; y debe al menos contener:

- Definición expresa de si la controversia se resolverá por arbitraje o por la vía judicial.
- Si es arbitraje, especifique al menos: sede, reglas (institucionales o *ad hoc*), idioma, número de árbitros y derecho aplicable.
- Incluya, si interesa, un mecanismo de escalamiento (negociación/mediación previa) con plazos claros.
- Evite redacciones ambiguas y evite depender de presunciones legales para configurar el consentimiento.

La vigencia de los compromisos del DR-CAFTA en materia de promoción del arbitraje no exige —ni autoriza— prescindir del acuerdo arbitral; más bien, refuerza la necesidad de que los contratos contemplen de manera expresa, clara y ejecutable el foro de solución de controversias.