

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



**LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS DENTRO DE LOS  
CONTRATOS DE ADHESIÓN DEL SERVICIO DE  
TELEFONÍA DE TELGUA**

**ARNOLDO HERNAN MAZARIEGOS**

**GUATEMALA NOVIEMBRE DE 2014**

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

**LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS DENTRO DE LOS CONTRATOS DE ADHESIÓN DEL  
SERVICIO DE TELEFONÍA DE TELGUA.**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

**ARNOLDO HERNAN MAZARIEGOS**

Previo a conferírsele el grado académico de

**LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

Y los títulos profesionales de

**ABOGADO Y NOTARIO**

Guatemala, Noviembre de 2014

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

DECANO: MSc. Avidán Ortiz Orellana  
VOCAL I: Lic. Luis Rodolfo Polanco Gil  
VOCAL II: Licda. Rosario Gil Pérez  
VOCAL III: Lic. Juan José Bolaños Mejía  
VOCAL IV: Br. Mario Roberto Méndez Alvarez  
VOCAL V: Br. Luis Rodolfo Aceituno Macario  
SECRETARIA: Licda. Luis Fernando López Díaz

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ**  
**EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

**Primera Fase:**

Presidente: Lic. Jaqueline Xiomara Archila Chávez  
Vocal: Lic. Sonia Ninette Villatoro López  
Secretario: Lic. Ileana Noemi Villatoro Fernández

**Segunda Fase:**

Presidente: Lic. Eloísa Mazariegos Herrera  
Vocal: Lic. María del Carmen Mancilla  
Secretario: Lic. María Lesbia Leal Chavez

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

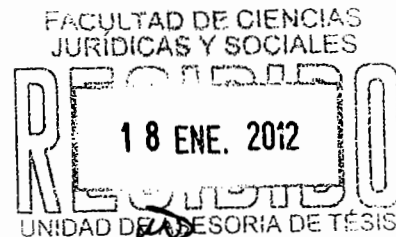


*Lic. Carlos Leonel Robles Pérez*  
**ABOGADO Y NOTARIO**  
*Colegiado 5597*



Guatemala, 18 de enero de 2012

**Lic. Carlos Manuel Castro Monroy**  
**Jefe de la Unidad de Tesis**  
**Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales**  
**Universidad de San Carlos de Guatemala**



Respetable Licenciado Castro Monroy:

Como Asesor de tesis del Bachiller: ~~Arnoldo Hernán Mazariegos~~, en la elaboración del trabajo titulado: **“LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS DENTRO DE LOS CONTRATOS DE ADHESIÓN DEL SERVICIO DE TELEFONÍA DE TELGUA”**, me complace manifestarle que:

I. El trabajo del Bachiller Mazariegos es un adecuado contenido técnico y científico, a partir de que encuentra el sustento jurídico, doctrinario y social en relación a la figura jurídica denomina cláusulas abusivas, abarcando sus principales fundamentos y elementos que le dan un perfil jurídico propio, diferente al concebido dentro de la contratación mercantil, con el cual se plantean criterios jurídicos para sustentar lo que es un secreto a voces sobre la violentación de la autonomía de la voluntad con la implementación unilateral de las cláusulas mencionadas.

II. Los métodos y técnicas que se emplearon para la realización del trabajo de tesis, fueron acordes para el desarrollo de cada uno de los puntos planteados; utilizó el método deductivo, para establecer los principios doctrinarios que fundamentaron el trabajo de análisis y síntesis necesario; el sintético, se empleó para determinar las causas y consecuencias que produce la precaria e ineficiente regularización de los contratos de adhesión y el inductivo para determinar la incidencia de la legislación existente. También utilizó la técnica de ficha bibliográfica.

III. De acuerdo a lo expuesto en el cuerpo capitular, el trabajo evidencia una adecuada redacción, lo que permite entender los elementos que analiza el sustentante, los criterios técnico-jurídicos y socio-económicos que le dan fundamento a cada argumento, así como el uso adecuado de las reglas gramaticales.

IV. La contribución científica del trabajo lo evidencia, al formular conjeturas sobre la importancias de su regulación para los usuarios del servicio de telefonía guatemalteca, TELGUA, ya que la coyuntura contractual moderna exige la creación de leyes o reformas a las ya existentes para el nacimiento a la vida jurídica de leyes en igualdad de condiciones tanto para el usuario como para TELGUA; y evitar de esa forma

---

*7ma. Av. 10-35 zona 1, Guatemala*  
*Tel. 22303339*



*Lic. Carlos Leonel Robles Pérez*  
*ABOGADO Y NOTARIO*  
*Colegiado 5597*



---

la transgresión de las garantías del usuario como fin principal del Estado, el bien común, todo ello a través de su adecuada inserción en el ámbito mercantil; de igual manera su exposición y explicación de la sincronía en el tema que debe existir entre las instituciones encargadas de velar por su correcta aplicación.

V. En torno a las conclusiones, el trabajo de tesis refleja un adecuado nivel de síntesis, puesto que determinó los elementos básicos que conforman los supuestos teóricos y el análisis de la doctrina, para establecer y decidir acerca de los hallazgos referentes a cada tema abordado, con lo cual logró ser explícito en cuanto a los factores que determinaron el surgimiento de la figura de las cláusulas abusivas, su manera de plasmarse dentro de los contratos adhesivos en forma unilateral. En base a esos hallazgos formula sus respectivas recomendaciones.

Asimismo demuestra un adecuado uso de la información bibliográfica, tomando en consideración el enfoque del que partió para llegar a obtener el resultado deseado.

El trabajo de tesis, efectivamente reúne los requisitos de carácter legal, por lo cual emito **DICTAMEN FAVORABLE** de conformidad con el cumplimiento de 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; para su posterior evaluación por el Tribunal Examinador, previo a optar al grado académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas Y Sociales.

Atentamente,

*Licenciado*  
*Carlos Leonel Robles Pérez*  
*Abogado y Notario*

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS  
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS  
JURÍDICAS Y SOCIALES

Edificio S-7, Ciudad Universitaria  
Guatemala, Guatemala



UNIDAD ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS  
JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, veintinueve de febrero de dos mil doce.

Atentamente, pase al ( a la ) LICENCIADO ( A ): ALMA ESPERANZA BELTETÓN  
HERRERA, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del ( de la ) estudiante:  
ARNOLDO HERNÁN MAZARIEGOS, Intitulado: "LAS CLÁSULAS ABUSIVAS  
DENTRO DE LOS CONTRATOS DE ADHESIÓN DEL SERVICIO DE  
TELEFONÍA DE TELGUA".

Me permito hacer de su conocimiento que está facultado (a) para realizar las  
modificaciones de forma y fondo que tengan por objeto mejorar la investigación,  
asimismo, del título de trabajo de tesis. En el dictamen correspondiente debe hacer  
constar el contenido del Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de  
Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, el cual  
dice: "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 las 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 estime pertinentes".

LIC. LUIS EFRAÍN GUZMÁN MORALES  
JEFE DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS

cc.Unidad de Tesis  
LEGM/ emrl



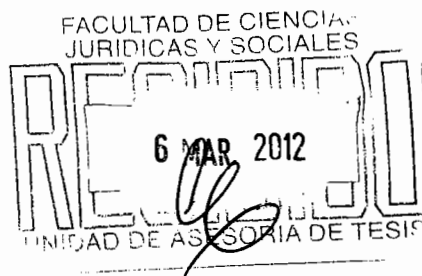


**Licda. Alma Esperanza Belteton Herrera**  
**Abogada y Notaria**  
**Colegiada 6112**

---

Guatemala, 05 de marzo de 2012

**Licenciado**  
**Carlos Castro Monroy**  
**Jefe de la Unidad de Tesis**  
**Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales**  
**Universidad de San Carlos de Guatemala**  
**Su Despacho.**



Licenciado Castro Monroy:

Como Revisora de tesis del Bachiller: Arnoldo Hernán Mazariegos; en la elaboración del trabajo titulado: **“LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS DENTRO DE LOS CONTRATOS DE ADHESIÓN DEL SERVICIO DE TELEFONÍA DE TELGUA”**, por lo cual le manifiesto que:

I. El contenido científico y técnico de la tesis lo refleja en el momento que aplica los fundamentos jurídicos y doctrinarios de la ciencia del derecho, así como la terminología jurídica, con lo cual encuentra el sustento legal para encuadrar la teoría de regulación desproporcionada de los contratos de adhesión, concernientes a los celebrados en la entidad TELGUA, en beneficio generalizado de éste; para su regulación como un contrato que contenga las garantías suficientes para la protección a los usuarios, a través de las vías que proporciona la legislación guatemalteca para la creación de una norma o la reforma necesaria de las existentes.

II. La metodología y las técnicas utilizadas, constatan la veracidad de la investigación, para ello recurrió a los métodos: analítico, con el cual determina las características y problemas generados por su regulación insuficiente e ineficiente y el abuso que conlleva la celebración de los contratos de adhesión en perjuicio de los usuarios; de igual manera, con el método sintético relacionó los elementos del problema de su ineficiente regulación y el impacto que provoca en la economía de los usuarios, también, con el deductivo, logró establecer los principios y la finalidad de la adecuada regulación de los contratos de adhesión para la resolución del problema de la redacción de las cláusulas abusivas en los contratos respectivos de entidad TELGUA; en el trabajo de campo evidenció la correcta utilización de las técnicas de investigación bibliográfica y documental.

III. La redacción evidencia un adecuado manejo de los tiempos verbales, de la



**Licda. Alma Esperanza Belteton Herrera**  
**Abogada y Notaria**  
**Colegiada 6112**

ortografía, la gramática y la sintaxis, con lo cual logra la congruencia en cada tema abordado. De igual manera, manifiesta una adecuada utilización de los tecnicismos utilizados en los temas que alude.

IV. La contribución científica de la tesis está dada a partir de explicar los elementos jurídicos y sociales, colectivos y particulares que aporta la regulación adecuada de los contratos de adhesión en igualdad de condiciones tanto para la entidad TELGUA como para sus usuarios, tutelado por las normas que le brindaría la legislación civil y mercantil a partir de su regulación en forma textual, otorgándole facultades a la Dirección de Atención y Asistencia al Consumidor, para vigilar el cumplimiento de los contratos y sancionar su incumplimiento, por ende proporcionar certeza jurídica a los usuarios, para hacer valer sus derechos y cumplir sus obligaciones; asimismo, para la obtención de esos resultados analiza adecuadamente los fundamentos jurídicos que sustentan el plasmar las cláusulas abusivas dentro de los contratos de adhesión celebrados por la entidad TELGUA, como figura atípica englobada de manera análoga dentro del derecho mercantil, la cual contraria el principio superior constitucional de la seguridad jurídica.

V. Al final del desarrollo de la investigación, logra concatenar adecuadamente cada uno de los temas abordados y emite sus conclusiones llegando al punto cuspide que se planteó al inicio, al establecer que existen ilegalidades en la manera de celebrar los contratos, redactados de manera unilateral, otorgándole prerrogativas únicamente a la entidad TELGUA, en base a ese hallazgo plantea su respectiva recomendación al proponer su adecuada legislación por parte del Congreso de la República de Guatemala. Asimismo la bibliografía empleada tiene concordancia con los capítulos y con las citas bibliográficas que alude.

El trabajo de tesis, efectivamente reúne los requisitos de carácter legal, por lo cual emito **DICTAMEN FAVORABLE** de conformidad con el cumplimiento de 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; para su posterior evaluación por el Tribunal Examinador, previo a optar al grado académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Atentamente,

  
  
**Licda. Alma Esperanza Belteton Herrera**





FACULTAD DE CIENCIAS  
JURÍDICAS Y SOCIALES  
Ciudad Universitaria, zona 12  
GUATEMALA, C.A.



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, 12 de abril de 2013.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis del estudiante ARNOLDO HERNÁN MAZARIEGOS, titulado LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS DENTRO DE LOS CONTRATOS DE ADHESIÓN DEL SERVICIO DE TELEFONÍA DE TELGUA. Artículos: 31, 33 y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

BAMO/sllh.

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'BAMO/sllh.', written over a horizontal line.

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'Lic. Avidán Ortiz Orellana', written over a horizontal line.

Lic. Avidán Ortiz Orellana  
DECANO



A handwritten signature in black ink, appearing to be 'Rosario', written over a horizontal line.



## **DEDICATORIA**

### **A DIOS:**

Ser supremo que me dio la vida, por guiarme y colmarme de muchas bendiciones en especial al permitir culminar esta etapa tan importante de mi vida. A Él sea la gloria

### **A MIS PADRES:**

Por enseñarme los lineamientos en todas las etapas de mi vida, los cuales se ven reflejados al alcanzar éste éxito, por motivarme siempre a lograr mis objetivos, como también por su apoyo incondicional en todo momento, gracias por sus oraciones pues a través de ellas hoy veo culminada la carrera universitaria.

### **A MI FAMILIA:**

Infinitas gracias porque siempre me han apoyado cuando lo he necesitado. En especial mi madre Flor Mazariegos y a mis abuelos.

### **A MIS AMIGOS:**

A todos infinitas gracias porque de alguna u otra manera fueron partícipes para ver este sueño realidad, me proporcionaron fuerzas para no desistir en la carrera.

### **A:**

Universidad de San Carlos de Guatemala, mi segunda casa, mi alma Mater, siempre estarás en mi corazón; específicamente a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, donde obtuve los cimientos necesarios para iniciar una larga



travesía en la resolución de problemas y poder contribuir con el desarrollo del país.



## ÍNDICE

Pág.

Introducción.....	i
-------------------	---

### CAPÍTULO I

1. El contrato.....	1
1.1. El contrato en el derecho moderno.....	6
1.2. El contrato según el código civil guatemalteco.....	9
1.3. Elementos del contrato.....	13
1.4. Requisitos del contrato.....	15
1.5. La autonomía de la voluntad.....	20
1.5.1. Limitaciones de la autonomía de la voluntad.....	24
1.9.2. Intervención del Estado en la autonomía de la voluntad.....	25
1.6. Consentimiento contractual.....	26
1.7. Teorías de la prevalencia de la autonomía de la voluntad.....	27
1.8. Vicios de la declaración de la voluntad.....	30
1.9. Clasificación del contrato.....	33

### CAPÍTULO II

2. Contratos de adhesión.....	35
2.1. Definición.....	36
2.2. Contrato de adhesión según la legislación guatemalteca.....	39
2.3. Características del contrato de adhesión.....	42
2.4. Elementos del contrato de adhesión.....	47

### CAPÍTULO III

3. Contratación mercantil.. ..	55
3.1. Criterios para distinguir el contrato mercantil del contrato civil.....	57

3.2. Elementos del contrato mercantil.....	60
3.3. Obligaciones mercantiles.....	64
3.4. Características de la contratación mercantil.....	65
3.5. Integración del código de comercio de Guatemala y el código civil.....	68
3.6. El contrato como fuente de las obligaciones mercantiles.....	69
3.7. Clasificación de los contratos mercantiles.....	71
3.8. Interpretación de los contratos.....	74
3.9. Contratos celebrados a través de internet.....	76
3.9.1. Procedimiento contractual.....	78
3.10. Cláusulas abusivas dentro de la contratación mercantil.....	82
3.10.1. Tipología de cláusulas abusivas.....	85
3.10.2. Cláusulas.....	87
3.10.3. Forma de control.....	97
3.11. Diferencia entre condiciones generales de contratación y cláusulas abusivas.....	101

## CAPÍTULO IV

4	Análisis crítico de las principales cláusulas abusivas que incluye la empresa TELGUA en la contratación mercantil en Guatemala.....	103
	4.1. Servicios prestados por TELGUA.....	106
	4.2. Antecedentes.....	107
	4.3. Análisis de resultados y propuestas.....	110
	4.4. Principales cláusulas abusivas encontradas en los contratos.....	112
	4.5. Propuesta de conversión de cláusulas abusivas a disposiciones Equitativas y justas.....	113



4.6. Búsqueda de soluciones.....	116
<b>CONCLUSIONES</b> .....	121
<b>RECOMENDACIONES</b> .....	123
<b>BIBLIOGRAFÍA</b> .....	125



## INTRODUCCIÓN

El planteamiento del presente tema de investigación surge debido a las constantes inconformidades y arbitrariedades que se cometen en contra de los usuarios del servicio de telefonía de Telecomunicaciones de Guatemala (TELGUA); por la forma en que plasman, redactan los contratos que celebran con los usuarios, donde se insertan cláusulas que en la mayoría de ocasiones se establecen únicamente en beneficio de de la mencionada entidad, dejando desprotegidos a los usuarios que se ven perjudicados en sus intereses económicos y en desigualdad de herramientas legales para poder hacer uso de su derecho de defensa e igualdad como consumidores en este caso del servicio telefónico, establecidos en la Constitución Política de la República de Guatemala.

El problema que se plantea objeto de investigación, tendiente a ser comprobado en el transcurso de la investigación a través del surgimiento de sus respectiva hipótesis, se define concretamente en la inserción de cláusulas abusivas dentro de los contratos de adhesión, mismas que surgen a la vida jurídica de forma análoga e interpretativa al no existir regulación concreta en este ámbito, esa manera de regulación en las normas existentes resultan inoperantes para resolver los problemas que genera la coyuntura contractual, que es de vital importancia en el ámbito de las negociaciones jurídicas, por la magnitud con que estas han evolucionado, dejando que estas operen de forma unilateral, transgrediendo el principio de la autonomía de la voluntad, condicionando al usuario a adherirse al contrato que celebra de manera cuasi voluntaria, misma situación que repercute casi de forma inmediata dentro del marco de lo jurídico, económico y social.

Ante tal coyuntura, se planteó la hipótesis sobre la postura que reza que los usuarios quedan desprotegidos jurídicamente al celebrar contratos con la entidad Telecomunicaciones de Guatemala, (TELGUA), al establecer dentro de los contratos las llamadas cláusulas abusivas, que contravienen los principios básicos de contratación y por ende los beneficios siempre se dan a favor de una sola parte contratante.



Asimismo se planteó como objetivos proponer el cambio de las actuales normas reguladoras de la contratación atípica, misma que engloba los contratos de adhesión, en preceptos que doten de certeza jurídica a los usuarios

Como supuestos de la investigación se plantearon la importancia de los contratos de adhesión en el comercio moderno, en la contratación mercantil, en la innovación de la tecnología, desplazando la forma de celebrar contratos. También que esta clase de contratación utiliza como instrumento, las condiciones generales de contratación que conformaran los contratos estandarizados, pre redactados unilateralmente por una de las partes quien coincide ser el proveedor de un bien o el prestador de un servicio.

El creciente comercio y consumismo actual, ha provocado el desborde de esta actividad fuera de los límites fijados por el derecho, ya no es posible la aplicación de los principios fundamentales de contratación a la actividad actual, y como producto de esto han surgido circunstancias contrarias a la ley y a los principios generales del derecho que no permiten un justo equilibrio entre las partes integrantes de un contrato determinado.

Todos los argumentos vertidos en la investigación se sustentan doctrinaria y legalmente, para emitir tales postulados se acudió a la información recolectada de diversos trabajos de investigación utilizando el método deductivo e inductivo, el primero es permisible para partir de un todo como lo es el universo de la contratación hasta llegar a lo particular como lo es la redacción dentro del contrato de las cláusulas abusivas; el segundo método es utilizó para determinar que los problemas contractuales con la telefonía TELGUA son provocados por la ineficiente regularización dentro de las normas jurídicas concernientes al tema; asimismo se acudió a la utilización del método analítico para estudiar en forma intrínseca cada uno de los elementos de cada tema capitular abordado; por último el método sintético sirvió para darle concatenación a los temas aludidos y la forma lógica y ordenada de su consecución; El método Histórico para conocer diferentes aspectos del trabajo; el método de la investigación documental





que parte del análisis de las investigaciones bibliográficas que se han realizado en base a los temas ya establecidos; se utilizó el método científico cuya finalidad es solucionar la problemática planteada a través de diferentes mecanismos legales que permitan alcanzar esa finalidad, siendo esta, solucionar la débil situación de los consumidores y/o usuarios.

Y con el uso de la metodología de investigación empleada fue comprobada la hipótesis formulada en el presente trabajo de tesis.

Con el presente trabajo pretendo contribuir en cierta forma a resaltar aspectos relevantes en materia de celebración de contratos, que cualquier persona pueda entender las dimensiones legales que conlleva la celebración de esta clase de instrumentos jurídicos y poder utilizar en determinado mecanismos legales para hacer valer sus derechos como usuario.



## CAPÍTULO I

### 1. El contrato

El contrato surge de la necesidad de regular las relaciones contractuales de los seres humanos, cuando éstos empiezan a interactuar en sus relaciones comerciales, como un medio de proporcionarles seguridad jurídica y que los involucrados no sean objeto de arbitrariedades en sus negocios jurídicos, por lo que el contrato se convierte en una figura jurídica que ajustada a los requisitos que establece la ley proporciona a los involucrados seguridad en cuantos a los negocios que celebren, autonomía de la voluntad para establecer en ella sus derechos y obligaciones todos estos elementos encuadrados dentro de la viabilidad que proporcionan las leyes respectivas.

La voz “contractus” es el participio pasivo del verbo “contrahere”, por lo cual significa lo contraído pudiendo ser esto, el negocio o la obligación, siendo este el origen del vínculo jurídico en que la obligación consiste. Para poder explicar la figura jurídica del contrato se han establecido varias definiciones, entre estas la siguiente.

Según el jurista Manuel Ossorio el contrato es: “pacto o convenio entre partes que se obligan sobre materia o cosa determinada y a cuyo cumplimiento pueden ser compelidas”.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Ossorio Manuel. “Diccionario de ciencias jurídicas políticas y sociales”. Pág. 167.



La definición anterior de Ossorio, aunque parezca escueta, reúne los elementos básicos para el surgimiento de la figura jurídica de contrato, de manera sencilla.

Otra definición dada por Federico Puig Peña, establece que: “es el acuerdo de voluntades anteriormente divergentes por virtud del cual las partes dan vida, modifican o extinguen una relación jurídica de carácter patrimonial”.<sup>2</sup>

Al respecto, el Código Italiano establece, Artículo 1,321: “Acuerdo de dos o más personas para constituir, regular o resolver un vínculo jurídico entre las mismas”.

Partiendo de los elementos proporcionados en las definiciones anteriores se puede estructurar una definición más específica del contrato preceptuándolo como un convenio, acuerdo de voluntades, independientemente de la forma que adopta, mediante el cual personas individuales, jurídicas convienen en otorgarse derechos y contraer obligaciones de manera recíproca.

Del contrato, opina el autor Vladimir Osman Guerra: “el contrato es fuente de obligaciones o medio de alterarlas, transmitir las o acabarlas. En todo caso, el contrato convierte a sus protagonistas en acreedores y deudores; en eso consiste la esencia del contrato, estriba en la intervención de dos personas denominadas según la relación contractual en acreedor y deudor”.<sup>3</sup>

---

<sup>2</sup> Puig Peña, Federico. “Compendio de derecho civil español, obligaciones y contratos”. Pág. 329.

<sup>3</sup> Aguilar Guerra, Vladimir. “El negocio jurídico”. Pág. 18.



Es el contrato, la institución jurídica trascendental, que motiva el surgimiento de derechos estipulados por las partes y un vínculo obligacional derivado de la celebración del mismo, sujetando a las partes que lo celebran a su cumplimiento.

El contrato, en el ámbito del derecho civil, mercantil, constituye una gran complejidad, siendo uno de los conceptos más fundamentales del derecho. Tomando en consideración la trascendencia de la figura del contrato, se cita la opinión de José Castán Tobeñas quien expresa que: “es la materia de contratos importantísima en el Derecho de Obligaciones, desde el momento que el contrato es la causa más frecuente, la única fuente ordinaria y normal de las obligaciones trascendental para la vida social y económica, hasta tal punto que contratación y progreso siguen en la historia una curva ascendente paralela”.<sup>4</sup>

Al tomar en consideración esta opinión, resalta que en el contrato se encuentra, el nacimiento a la vida jurídica de un acuerdo de voluntades el cual estará destinado a establecer entre dos o más partes derechos y obligaciones para ambas, es por eso que se establece que a través del contrato, se genera la fuente de las obligaciones, convirtiendo esa voluntad declarada de ambas partes contratantes, una ley entre las mismas.

Constituye el contrato, el producto a la necesidad de los seres humanos de regular el resultado de sus relaciones socio-económicas, eminentemente patrimoniales, el cual se

---

<sup>4</sup> Castán Tobeñas, José. “Compendio de derecho civil español y foral, tomo 6 vol. 1. Pág. 420



establecerá en forma expresa o tácita, independientemente de la forma que adopta, del cual siempre se derivan deberes para ambas partes.

De esa forma se aduce que el contrato constituye la figura central para explicar o construir todo género de instituciones jurídicas desde la creación misma del Estado, incluyendo el ámbito de derecho público, constitucional y administrativo, al igual que el derecho privado, partiendo que en ese sentido el contrato, es el acuerdo de un vínculo obligatorio, el negocio jurídico bilateral dirigido a la obligación de dar, no dar, hacer o no hacer, con fines eminentemente patrimoniales y económicos.

Según Garrido-Zago: “Es evidente que la importancia del contrato encontró en los postulados del Código francés y de los que siguieron su orientación, como el de nuestro país, la fuerza derivada del presupuesto de la autonomía de la voluntad, que hizo de él, el instrumento idóneo para establecer las relaciones patrimoniales entre las partes. No dudamos en reconocer que el texto del Artículo 1197 pone de manifiesto no solo el respeto a la voluntad del individuo, sino también las consecuencias jurídicas que para él tiene el haberse obligado conforme a las disposiciones legales”.<sup>5</sup>

Por lo tanto, el contrato constituye el génesis de derechos y obligaciones a las que voluntariamente han decidido someterse las partes en la celebración de un contrato.

Los autores Garrido- Zago establecen: “El contrato es ley privada que ha sido generada

---

<sup>5</sup> Garrido, Roque Fortunato. Zago, Jorge Alberto. “Contratos civiles y comerciales”. Pág. 30



por la reciproca voluntad de los participantes que le han dado nacimiento y que deben expresar sus conductas en cuanto a ellas sean concordantes con lo establecido”.<sup>6</sup>

El origen del contrato se estatuye en el derecho romano, dentro de un esquema genérico dentro del cual se comprenden los distintos tipos o figuras de contratos, creado solamente conforme las necesidades prácticas lo demandaron, determinando tipos contractuales.

Para Garrido-Zago: “El nacimiento del contrato se produce como acto formal, y solo aquellos que iban revestidos de la forma marcada por la ley, tenían la protección de esta y eran exigibles en su cumplimiento. Es decir en el antiguo Derecho romano no todo acuerdo de voluntades producía acción en juicio, sino solamente aquellos reconocidos por el derecho civil con una forma típica acabando el concepto de contrato por asimilarse a lo que en derecho romano se entendía por causa civile obligando”.<sup>7</sup>

El simple acuerdo de voluntades al que llamaron convenio o pacto, no era suficiente para crear obligaciones amparadas por una acción, siendo necesario para crear obligaciones, no solo el acuerdo de voluntades, sino su acoplamiento con la ley.

Según la clasificación del contrato en el derecho romano existían los contratos formales, que son aquellos en los cuales la fuerza vinculante se encontraba en la observancia de determinadas formas también un elemento formal o material, (causa

---

<sup>6</sup> Garrido, Roque Fortunato. Zago, Jorge Alberto. **Ibíd.** Pág. 31

<sup>7</sup> Garrido, Roque Fortunato. Zago, Jorge Alberto. **Ibíd.** Pág. 32



civilis) que podía consistir en una forma especial (verbis), en su inscripción en un registro (litteris), o bien en la entregas de la cosa (RE). De aquí nacen las primeras categorías de contratos, que son: verbales, literales y reales, que aceptó el derecho romano. Posteriormente, se aceptó la categoría de los **contratos consensuales** que eran los que tenían su fundamento en el consentimiento de las partes del que se deriva la fuerza vinculante del contrato, como la compraventa, el arrendamiento, mandato, etc.

Asimismo, se le dio a ciertos convenios la facultad de producir obligaciones, por lo que surgieron los **contratos innominados**.

### **1.1. El contrato en el derecho moderno**

El contrato, como expresión máxima del derecho clásico e interpretación suma de lo jurídico, está en crisis, puesto que la autonomía de la voluntad contractual se encuentra en decadencia. En la actualidad, surge la necesidad de que los principios de contrato y autonomía volitiva sean reformados y adaptados a las corrientes políticas y jurídicas que se manejan hoy en día debido al incesante crecimiento del comercio, que obliga a agilizar los negocios creando nuevas formas de contratación que no incluyen los principios fundamentales del contrato.

En nuestros días el campo que se deja a la voluntad contractual disminuye precisamente porque la realidad nos muestra que la igualdad entre las partes no puede mantenerse, y el papel que desempeña la legislación se ve apartada del



desenvolvimiento de la economía actual mediante los contratos, ya que la ley no ha sido aún modificada en busca de un posible equilibrio o equidad entre las partes que celebran un contrato.

Para Federico Puig Peña: “el concepto del contrato tenía la doctrina dominante en el mundo como consecuencia del liberalismo, ha sufrido honda crisis, pues que se intenta cambiar fundamentalmente hasta los pilares y paredes maestras del edificio contractual. Porque si bien sigue siendo la voluntad concordada la piedra angular de la contratación, sin embargo entran ahora en el concepto del contrato elementos nuevos, que le dan una particular fisonomía”.<sup>8</sup>

Es evidente, y de ello no necesitamos referencia específica, que el contrato, fundamental intérprete de la voluntad de las partes sufre las transformaciones del mundo moderno, con un ritmo acelerado que modifica tanto los aspectos sustanciales de la relación humana como el alcance jurídico de la norma tradicional. El contrato tradicional, aquel que tenía su base de sustanciación en la normatividad existente que le reconocía su fuerza legal ubicándolo en la terminología doctrinaria o legal, como contrato nominado o típico, no alcanza para comprender y regular nuevas relaciones de tipo contractual, que día a día van surgiendo como lógica consecuencia de las nuevas formas de relaciones patrimoniales entre los particulares.

Hoy en día, en pro de la modernización y la constante evolución de las relaciones

---

<sup>8</sup> Puig Peña, Federico. **Ob. Cit.** Pág. 330





personales se hace necesaria la invención de nuevos tipos de contratos innominados, y la figura primitiva del contrato en diferente forma de negociación, sufre modificaciones.

Por su parte, el autor Juan Carlos Rezzonico, indica: “Es común cuando se habla del contrato, exponer los elementos definitorios y descriptivos en torno de lo que se podría llamar la figura tradicional del contrato. Se trata de una operación en que se imagina a las partes situadas una frente a la otra discutiendo las particularidades del acuerdo hasta sus detalles. En este caso bien podría decirse que el contrato se pone sobre la mesa de discusión, se habla de él, se regatea, hasta que se logra componer o ajustar los varios e inicialmente opuestos intereses de las partes. Pero frente a este esquema que se considera clásico, tradicional, normal, sano, se han ido erigiendo estructuras que parecen escapar a esa concepción, comportándose de manera singular y aún no muy clarificada por la ciencia jurídica. Nos referimos a las condiciones negócias generales”.<sup>9</sup>

La contratación moderna no solo a modificado los principios básicos del contrato, sino ha variado de manera radical la celebración de los mismos, como producto del creciente comercio y la necesidad de adquirir productos y servicios de manera más rápida y sin contratiempos, lo más común es encontrarse con las condiciones generales de contratación, que resultan ser la solución a la vida moderna comercial, pese a su falta de regulación legal, se ha convertido en la nueva forma de contratación, como una respuesta a las necesidades patrimoniales de la sociedad en el ámbito

---

<sup>9</sup> Rezzónico, Juan Carlos. “Contratos con cláusulas predisuestas. Condiciones negócias generales”. Pág. 1



comercial a nivel mundial.

Por lo tanto, el contrato a través del tiempo ha sufrido una gran evolución, puesto que vivimos en una sociedad en constante evolución y corresponde establecer si el derecho puede adecuarse a ella, a través de la creación de lineamientos que proporcionen el cambio normativo previamente, para que pueda adecuarse a la contratación moderna.

## **1.2. El contrato según Código Civil guatemalteco**

Según preceptúa en el Artículo 1517 del Código Civil guatemalteco: “hay contrato cuando dos o más personas convienen en crear, modificar o extinguir una obligación”, a través de éste Artículo, se establece la definición de contrato, tomando en consideración que se celebra entre dos o más personas, siendo sus efectos crear o extinguir una obligación, ya que un contrato no puede ser utilizado únicamente para generar obligaciones de dar o hacer, también es un medio para extinguir obligaciones, un ejemplo de ello es el contrato de compensación cuya finalidad es la desaparición de las obligaciones existentes entre las partes que lo celebran.

Asimismo, en el citado Artículo se establece que para que exista el contrato es necesario el acuerdo de voluntades. A esto se refiere la palabra **convienen**, ya que ninguna de las partes debe de ser coaccionada u obligada a llegar al convenio que generará el contrato, de lo contrario este adolecería de vicios en la declaración de



la voluntad y el contrato devendría nulo.

En el Código Civil actual, Decreto ley 106, se encuentra regulado el contrato, específicamente de los Artículos 1571 al 1604, en el título V denominado **obligaciones provenientes del contrato**, que consta de seis capítulos, en cuanto al capítulo I establece las disposiciones generales, partiendo desde la definición del contrato anteriormente expuesta, hasta elementos como cuando se da el perfeccionamiento del contrato, siendo este momento, el simple consentimiento de las partes teniendo la excepción establecida por la ley, la necesidad de una formalidad especial para su validez. El Código Civil dentro de este capítulo contempla una excepción al acuerdo de voluntades ya que establece en su Artículo 1,520 la figura jurídica del contrato de adhesión limitando el acuerdo de voluntades por una de las partes, la cual únicamente se limita a aceptar las disposiciones impuestas por la otra parte, que generalmente es la más fuerte.

Entre otras cosa regula lo relativo a la oferta, contratos a favor y a cargo de tercero, efectos del contrato, objeto del contrato y la figura del contratos usurarios. Merece resaltar con importancia los efectos del contrato siendo el principal, que lo estipulado por las partes dentro del mismo debe de cumplirse puesto que se convierte en ley entre las partes contratantes obligando a la parte que incumple a resarcir los daños y perjuicios resultantes de la inejecución o contravención independientemente que sea por culpa o por dolo.



En el capítulo II denominado **saneamiento**, se subdivide en tres párrafos: el primero estipula las disposiciones generales, en donde preceptúa quienes son los obligados al saneamiento siendo este el enajenante, pero en contratos en donde ambas partes se dan algo, como la permuta estimada, es necesario que ambos otorgantes se obliguen al saneamiento ya sea por evicción o por vicios ocultos. Asimismo, da la alternativa al adquirente de pedir la rescisión del contrato en lugar del saneamiento.

En el segundo párrafo regula el saneamiento por evicción, que tiene lugar cuando se priva al adquirente por sentencia firme en virtud de un derecho anterior a la enajenación, de todo o parte de la cosa adquirida. En este caso nuestra legislación faculta a la adquirente a recibir el precio que pagó en virtud de la cosa que adolece este defecto, así como todos los frutos, mejoras, gastos del juicio y los gastos o impuestos del contrato que hayan satisfecho.

El párrafo III, estipula el saneamiento por vicios ocultos, que se refiere a los defectos inmersos, que causen en el bien enajenado la disminución del precio, haciéndola impropia o inútil para el uso que se había adquirido; así mismo regula específicamente lo relativo a los animales y bienes inmuebles.

En el capítulo III, se establece la forma de los contratos la cual podrá ser por escrito, ya sea por documento privado o por acta levantada ante el Alcalde del lugar, escritura pública, por correspondencia y verbalmente. El Código Civil guatemalteco no contempla nada aún de las contrataciones por medio del uso de Internet. Estas formas



son generalizadas, pero existen casos concretos en que la forma del contrato debe ser la requerida por la ley, tal es el caso de la constitución de una sociedad, la cual debe hacerse en escritura pública como requisito esencial para su validez.

El capítulo IV regula la rescisión de los contratos, lo cual consiste dejar sin efecto un contrato por mutuo consentimiento siempre que esté pendiente de cumplimiento, siendo esta excepción al principio *pacta sunt servanda* **lo pactado es ley entre las partes**, ya que faculta a las partes a suspender los efectos del contrato celebrado entre ellas sin necesidad de declaración judicial, siempre que no se trate de una condición resolutoria implícita, la cual si debe ser declarada judicialmente. El efecto de la rescisión de un contrato, es que las cosas vuelven al estado en que se encontraban antes de celebrarse el convenio y como consecuencia las partes deben restituirse lo que hubieren recibido por motivo del contrato.

El capítulo V regula la división de los contratos, siendo esta división: bilaterales, unilaterales, consensuales, reales, principales, accesorios, onerosos, gratuitos, onerosos conmutativos, onerosos aleatorios, condicionales y absolutos, los cuales serán explicados detalladamente más adelante.

Por último, en el capítulo VI se establece la interpretaciones de los contratos, la cual podrá ser: en el sentido literal cuando sean claras, de lo contrario nunca se interpretarán en forma contraria a lo deseado por los otorgantes, llevando la secuencia de cada una de las cláusulas, buscando siempre encontrar la más fiel y exacta



interpretación de la declaración de voluntad de las partes.

### 1.3. Elementos del contrato

Para que se pueda establecer la figura del contrato es necesario que concurren varios requisitos, no obstante ser el contrato una manifestación de la libertad individual, no está ajena a la intervención normativa que fija lo relativo al alcance y los límites en los que se debe desenvolver. Los elementos del contrato se dividen en: a) elementos esenciales; b) elementos naturales; c) elementos accidentales.

a) Elementos esenciales, son indispensables para la validez y la eficacia del contrato, como lo son la capacidad contractual, que consiste en que las personas puedan emitir su consentimiento de una manera racional y consciente, para que sus actos produzcan efectos jurídicos; el consentimiento, que es la concordancia entre la voluntad real, el querer interno con la declarada. Según Federico Puig Peña: “son aquellos sin los cuales el contrato no puede darse; forman parte de su existencia e intervienen en su fondo y configuración, sobre los mismos no puede actuar la autonomía de la voluntad privada”.<sup>10</sup>

El objeto, el cual debe ser, posible, lícito y determinable. La causa, que es el propósito pretendido y en ciertos casos la forma, es decir cuando esta es requerida de manera específica por la ley, ya que nuestra legislación civil en su Artículo 1574

---

<sup>10</sup> Puig Peña, Federico. **Ob. Cit.** Pág. 348



otorga la liberalidad a las partes de poder celebrar cualquier contrato ya sea mediante escritura pública, por documento privado o por acta levantada ante el alcalde del lugar, por correspondencia y verbalmente.

Estos elementos son necesarios, puesto que la falta de cuales quiera de ellos excluye la existencia del negocio jurídico y también son suficientes puesto que con ellos se bastan para darle esa existencia. Sobre estos elementos no puede actuar la autonomía de la voluntad privada.

b) Elementos naturales, son aquellos que se integran en cada tipo contractual y que se imponen por el legislador a falta de una disposición en contrario de las partes, como sería la responsabilidad por evicción en la compraventa.

Estos elementos no son más que aquellos que por la sola celebración del contrato, nacen al momento de ser excluidas por las partes que lo celebran. Federico Puig Peña señala como tales: “aquellos que acompañan normalmente el contrato, como desprendidos de su índole particular, y la ley presume su existencia, en ellos si puede actuar la voluntad de las partes, pudiendo quedar excluido por imperativo de la misma”.<sup>11</sup>

c) Elementos accidentales, son exclusivamente los que por voluntad de las partes pueden acompañar a un determinado contrato. Para Federico Puig Peña: “Son los

---

<sup>11</sup> *Ibíd.* Pág. 350



que no se producen si los contratantes no los incorporan al negocio”.<sup>12</sup>

Se pueden tomar como ejemplos: la condición a que esté sujeta la realización de un determinado contrato, o bien la terminación del mismo, el plazo al que está sujeta la obligación etcétera.

#### **1.4. Requisitos del contrato**

Como objeto del contrato se entiende, aquella realidad material o jurídica sobre la que el mismo recae.

El término objeto es susceptible de numerosas acepciones, objeto como fin, como prestación, como cosa o servicio, como materia del negocio. Vladimir Aguilar Guerra, connotado ex docente de la Universidad de San Carlos de Guatemala, agrega: “como la obligación que por el contrato se constituye, como sustancia, como el resultado del contrato, como elemento del contenido, como equivalente del comportamiento debido”.<sup>13</sup>

El objeto del contrato es aquella realidad material o jurídica sobre la que el mismo recae, la cual debe cumplir con los siguientes requisitos: a) ser posible; b) lícito; y c) determinado.

---

<sup>12</sup> **Ibíd.** Pág. 351

<sup>13</sup> Aguilar Guerra, Vladimir. **Ob. Cit.** Pág. 119





a) Posible: ello significa que el objeto ha de existir al momento de la celebración del contrato, pudiendo recaer también sobre cosas futuras, siempre y cuando su existencia sea posible. Sin embargo existe la prohibición de celebrar contratos sobre herencias futuras, puesto que sobre los bienes que integran la masa hereditaria, aún no se sabe a quién le pertenecerá el derecho de propiedad sobre dichos bienes.

El fin de que el objeto sea existente o posible, es para que éste pueda ser exigido, puesto que todo contrato implica una vinculación o un compromiso de realización de unas prestaciones futuras, el contrato solo puede ser eficaz si tales prestaciones son posibles.

b) Lícito: aplicada a los servicios, la idea de licitud se concreta en la de conformidad o adecuación del comportamiento o conducta que debe adoptarse con las exigencias impuestas por la ley y las convenciones morales imperantes.

Aguilar Guerra, indica al respecto: “la ilicitud del bien supone que esta fuera del comercio de los hombres, mientras que los servicios se estiman ilícitos cuando van en contra de la ley imperativa, las buenas costumbres o el orden público”.<sup>14</sup>

c) Determinado: un objeto determinado es un objeto individualizado, conocido por ambos contratantes, significa descripción de sus circunstancias y cualidades, del valor que para las partes representa y utilidad en el momento en que se acuerda sobre

---

<sup>14</sup> Aguilar Guerra, **Ibíd.** Pág. 126



el mismo.

El Código Civil en su Artículo 1538 establece que el objeto del contrato debe ser determinado, para que las partes tengan pleno conocimiento, sobre lo que va a consistir la obligación que a partir de ese momento ambas partes asumen y no pueden existir obligaciones contractuales si estas no son determinadas.

En cuanto a la determinación del objeto del contrato, Aguilar Guerra, afirma que:

- "Que el objeto del contrato se encuentre ya absolutamente determinado por los contratantes, en este caso el contrato llena cumplidamente la exigencia de determinación.
- Que el objeto del contrato no ha quedado absolutamente determinado por las partes, pero es determinable en un momento posterior, porque las partes han señalado o establecido criterios de acuerdo con arreglo a los cuales tal determinación deberá producirse".<sup>15</sup>

Para llegar a la formación de una relación contractual es necesario que transcurran ciertas etapas, todo esto con el principal objetivo de llegar a obligarse ambas partes recíprocamente, obteniendo ambas las calidades de acreedores y deudores. Como punto de partida se encuentran las fases del proceso interno, que consisten en la ideación, deliberación y resolución. Las etapas para que se lleve a cabo la perfección del contrato son:

---

<sup>15</sup> *Ibíd.* Pág. 135



- Oferta, proposición o policitud: la oferta es la manifestación de voluntad,

según lo explica Aguilar Guerra, la oferta es: “el acto jurídico por el que una persona dirige a otra la propuesta de realizar un contrato de contenido determinado”.<sup>16</sup>

Según la Ley de Protección al Consumidor y Usuario, oferta es una práctica comercial transitoria, consistente en el ofrecimiento al público de bienes o servicios a precios más bajos que los habituales en el respectivo establecimiento.

La oferta puede ser considerada como una declaración unilateral de voluntad, puesto que cuando el oferente o prestador de un servicio anuncia al público sobre la venta de alguna cosa y con este anuncio también indica el precio, está dejando abierta la posibilidad de que sea aceptada por cualquier persona, sin que tenga la alternativa de revocar su proposición; dada esta circunstancia, cuando se da la aceptación de la oferta, se perfecciona el contrato.

- La aceptación: puede definirse como la declaración de voluntad, mediante la cual se declara que se está de acuerdo con la oferta.

Al respecto, el Jurista Ospina Fernández opina: “La aceptación es el acto de adhesión a la propuesta por parte de la persona o personas a quienes esta se ha dirigido”.<sup>17</sup>

---

<sup>16</sup> **Ibíd.** Pág. 205.

<sup>17</sup> Ospina Fernández, Ospina Acosta. “**Teoría general del contrato y de los demás actos o negocios jurídicos**”. Pág. 162.



La aceptación, va a surgir a la vida jurídica, cuando aquella persona a la que va dirigida manifiesta su voluntad de tomar íntegramente la oferta que le han hecho, lo cual debe de suceder mientras se encuentre vigente el plazo por el cual fue dada.

La aceptación será entonces, la conformidad con los bienes o servicios que le ofrecen y las obligaciones a que se sujeta al momento de aceptar llevar a cabo el contrato.

La aceptación como una declaración de voluntad de la parte a que va dirigida la oferta, debe de estar libre de vicio, puesto que si la misma adolece de alguno de los vicios ya expuestos anteriormente, daría lugar a proceder a su anulabilidad.

En cuanto a determinar cuál es el momento preciso en que el contrato se considera perfecto, siempre ha existido controversia. Según la Legislación Civil guatemalteca señala en el Artículo 1518 que, “los contratos se perfeccionan por el simple consentimiento de las partes, salvo cuando se ha establecido una forma específica para su validez”.

Si se trata de una convención verbal, la convención queda concluida inmediatamente, pues después de oír la oferta, se da la aceptación y el contrato queda perfecto; para determinar el momento preciso, en donde nace a la vida jurídica el contrato, debe observarse lo dispuesto en el Código Civil guatemalteco, del Artículo 1521 al 1529.



## 1.5. La Autonomía de la voluntad

El elemento básico y primario del negocio jurídico es la autonomía de la voluntad.

Para que la expresión de voluntad sea válida es necesario que provenga de una persona racional, consciente y capaz, que no adolezca de circunstancias o vicio que excluya o disminuya dichas cualidades, que dicha voluntad sea declarada, manifestada o exteriorizada y que exista concordancia entre la voluntad real y la voluntad declarada.

Según Diego Espina Canovas: “Es la amplitud con que las partes pueden crear y regular sus propios intereses valiéndose para ello de la figura del contrato, que se convierte así en molde jurídico capaz de recoger cualquier contenido económico”.<sup>18</sup>

Para el jurista-académico Carlos Larios Ochaita: “en general el principio de la autonomía de la voluntad se ha entendido como aquella facultad soberana de que gozan los individuos para regular sus derechos mediante un acuerdo de voluntades que adquiere entre las partes fuerza de ley”.<sup>19</sup>

La autonomía de voluntad obedece al poder de dictarse a sí mismo la ley entre las partes que constituye el contrato. También se interpreta como la libertad de crear, modificar o extinguir relaciones contractuales, sin más límites que los fijados por la ley, estén o no tipificados en cualquier forma teniendo como único límite todo aquello que

---

<sup>18</sup> Espin Canovas Diego. “Manual de derecho civil español”. Pág. 355.

<sup>19</sup> Larios Ochaita Carlos. “Derecho internacional privado”. Pág. 199



sea contra la moral y buenas costumbres o que perturbe el orden público.

El contrato constituye la consecuencia de la más amplia y libre voluntad contractual, ya que nadie puede ser obligado a contratar si no lo desean, y esto implica el reconocimiento de un poder de autogobierno por parte de los particulares.

Para los autores La Cruz, Luna y Rivero, la primordial trascendencia que la autonomía de la voluntad se tiene en la realización práctica del derecho: “y el consiguiente reconocimiento que suelen hacer de la misma, como valor cardinal de la organización jurídica, casi todos los ordenamientos, hacen que a ella corresponda institucionalmente el significado de principio general del derecho”.<sup>20</sup>

La autonomía de la voluntad constituye toda una institución del derecho no solo en el campo civil, representa la libertad e igualdad entre los hombres con repercusiones en ordenamiento jurídico, ésta consiste en el poder crear, reglamentar relaciones jurídicas que se proyectan y desenvuelven en un conjunto de posibilidades a través de las cuales el individuo puede actuar para la consecución de todo tipo de negocios jurídicos.

La voluntad en el campo del derecho es mayormente analizada cuando se estudia el contrato, que es la especie más común de los actos jurídicos y es aquí en el contrato en donde se interpreta la voluntad como la manifestación que tiene el poder de crear

---

<sup>20</sup> LaCuz Berdejo, Jose Luis. Luna Serano, Agustin. Rivero Hernandez, Francisco. “**Parte general del derecho civil**”. Pág. 150.



una situación de derecho.

Opina, el autor Vladimir Osman Aguilar Guerra: “la idea de contrato y la obligatoriedad del contrato encuentran su fundamento en la idea misma de la persona y en el respeto de la dignidad que a la persona le es debida”.<sup>21</sup>

El principio de la autonomía de la voluntad, obedece a la naturaleza del hombre de ser libre, de donde a su vez se deriva el origen del derecho, el origen de la ley, del acto jurídico hasta el contrato. De ahí mismo surge el derecho subjetivo, dejando al individuo en la más amplia facultad de realizar los actos que desee y le convenga.

Además a la autonomía de la voluntad se le concibe como el fundamento del contrato, para el autor Christian Larroumet: “dentro de la concepción clásica del contrato, los elementos característicos, de este obedecen todos al hecho de que el contrato es obra exclusiva de la voluntad de los contratantes. Esto se manifiesta por medio de un principio fundamental, constituido en dogma casi intocable por los autores clásicos: el principio de la autonomía de la voluntad”.<sup>22</sup>

No puede existir un contrato si no hay una previa manifestación de la voluntad, en donde un individuo decide a que se quiere comprometer y a cambio de la adquisición de un derecho. En el contrato la voluntad es soberana, pues es la única que tiene el

---

<sup>21</sup> Aguilar Guerra, Vladimir Osman. **Ob. Cit.** Pág. 45

<sup>22</sup> Larroumet, Cristián. “**Teoría general del contrato**”. Pág. 82.



poder de comprometer a los individuos, puesto que nunca debe existir la obligación de contratar, puesto que solo hay contrato cuando las partes así lo han querido, y es tan amplia su libertad que en principio la ley no debe inmiscuirse en el contrato, la mayor parte de estas reglas deben ser de carácter supletorio que únicamente cubran las lagunas de la voluntad.

La soberanía de la voluntad, que es la facultad de poder comprometerse trae consigo la fuerza obligatoria de la voluntad, puesto que si el contrato descansa sobre la voluntad de las partes por seguridad jurídica, se le da el carácter de ley entre las partes, pudiendo constreñir una a la otra para su cumplimiento.

Según el autor Vladimir Osman Aguilar Guerra: “La autonomía de la voluntad es el poder de dictarse uno a sí mismo la ley o el precepto, el poder de gobernarse uno así mismo. Desde esta perspectiva la autonomía de la voluntad es interpretada como libertad de crear, modificar o extinguir relaciones contractuales, estipular o pactar sin más límites que los fijados por la ley, ha sido la regla básica de los particulares en sus intercambios de bienes y servicios”.<sup>23</sup>

El contrato no es más que el resultado de la voluntad de dos partes, que han llegado a un acuerdo, queriendo libremente obligarse, y constituyendo una relación jurídica contractual, la cual no existiría si no hubiese existido previo la manifestación de una voluntad, por lo tanto es la voluntad el fundamento del contrato, necesario para su

---

<sup>23</sup> Aguilar Guerra, Vladimir Osman. **Ob. Cit.** Pág. 47.





existencia.

### **1.5.1. Limitaciones de la autonomía de la voluntad**

Se refiere al respeto de las existencias de circunstancias que deben prevalecer sobre la voluntad de las personas, que son creadoras de la ley y que deben de ser tomados en cuenta al momento de celebrar un contrato; pues si bien es cierto que al hablar de la autonomía de la voluntad, se refiere a la libertad que tiene todos los seres humanos de celebrar todo tipo de negocios jurídicos, y de la manera que decidan, es necesario que tomen en cuenta que existen límites a los que debe estar sujeta la autonomía de la voluntad, siendo estos límites: a) la ley, b) orden público, y c) las buenas costumbres.

a) La ley: quizás sea la de mayor importancia, pero también la que ofrece menos dificultades para su identificación, se sabe si está o no vigente. La ley permite a las personas realizar todo tipo de relaciones jurídicas siempre que estas no sean contrarias a la moral, buenas costumbres, o por razones de interés público.

b) Orden público: en base a la anterior definición de orden público, se puede decir que la autonomía de la voluntad encuentra su límite en todo aquello que esté en contra del orden público del Estado.

Para Carlos Larios Ochoa es: “conjunto de condiciones fundamentales de vida social instituidas en una comunidad jurídica, las cuales por afectar centralmente a la



organización de está, no pueden ser alterados por la voluntad de los individuos ni en su caso por la aplicación de normas extranjeras.”<sup>24</sup>

c) Las buenas costumbres: la concepción de las buenas costumbres no es abstracta, es concreta y corresponde a la conciencia pública, a la moral consuetudinaria de un país en un momento dado, y por su misma naturaleza es susceptible de variación según la evolución de las ideas en materia de moral, de cada Estado o comunidad.

### 1.5.2. Intervención del Estado en la autonomía de la voluntad

No obstante, ser el contrato una institución perteneciente al Derecho privado, no puede el Estado permanecer al margen de la contratación, pues como producto de la libertad existente en la misma, la diferencia económica entre las partes, provoca el abuso por parte de la económicamente más fuerte.

Arturo Alessandri Rodríguez sobre la autonomía de la voluntad, menciona: “tenemos que convenir en que, no habiendo producido la autonomía de la voluntad los resultados que predicó el individualismo, para una contratación más justa y lograr una equitativa distribución de la riqueza, el Estado, como vigía de los intereses colectivos, tiene el derecho y hasta la obligación de intervenir en las relaciones contractuales de los particulares”.<sup>25</sup>

---

<sup>24</sup> Larios Ochaita, Carlos. **Ob. Cit.** Pág. 58

<sup>25</sup> Rodríguez, Arturo Alessandri. “**Teoría de las obligaciones**”. Pág. 150



La intervención del Estado, es pues, un mecanismo de control de la autonomía de la voluntad, no para limitarla, si no para evitar desordenes que pueda producir, pues el Estado como ente controlador del bien común, no debe estar al beneficio de unos pocos sino de las grandes mayorías.

### **1.6. Consentimiento contractual**

El consentimiento el requisito considerado como primordial y con supremacía de los demás, ya que la libre voluntad es la que va a motivar la regulación de los intereses de ambas partes al momento de contratar, convirtiéndose el contrato en la concordancia de dos o más voluntades de las partes que celebran un contrato.

Para el tratadista, Federico Puig Peña este es: “El encuentro de dos declaraciones de voluntad que, partiendo de dos sujetos diversos, se dirigen a un fin común y se unen”.<sup>26</sup> Según esta definición, es necesario que existan dos voluntades contractuales emitidas por distintas personas, las cuales deben ser conscientes, las voluntades no deben estar afectadas por ningún vicio y que se exterioricen mediante declaraciones de voluntad concordes con la voluntad inicial de la persona.

El autor Garrido-Zago expresa: “Es evidente que el consentimiento en el momento de la celebración del contrato es el elemento esencial para la existencia del acuerdo que

---

<sup>26</sup> Puig Peña, Federico. **Ob. Cit.** Pág. 355



reglará como la ley misma la actuación posterior de las partes”.<sup>27</sup>

Por lo tanto, el consentimiento es la manifestación de la autonomía de la voluntad, que va encaminada a la realización de un determinado contrato, aun cuando el contenido del contrato haya sido determinado únicamente por una de las partes, estableciendo de esta forma el vínculo jurídico contractual.

La expresión del consentimiento consiste en exteriorizar el querer interno, la voluntad de querer obligarse o no a lo estipulado en el contrato.

La forma de exteriorizar esta voluntad es a través de medios idóneos para hacerla llegar, que pueden ser signos orales, escritos o incluso mediante gestos que tienen convencionalmente atribuido ese significado, en cuyo caso cualquiera de estas formas de manifestación de voluntad, se está frente a la voluntad expresa, por otro lado está la voluntad tácita, cuando deriva de un comportamiento que a pesar de no estar dirigida a expresar tal voluntad da a conocer que ha sido aceptado.

### **1.7. Teorías de la prevalencia de la autonomía de la voluntad**

Al respecto existen tres teorías que sustentan la prevalencia de autonomía de la voluntad en las relaciones contractuales, las cuales son trascendentales para que en determinado momento se pueda aducir su aplicación dentro de la Legislación Civil.

---

<sup>27</sup> Garrido, Roque Fortunato. Zago, Jorge Alberto. **Ob. Cit.** Pág. 96.



Estas teorías son: a) teoría clásica; b) teoría moderna de la declaración; c) teoría armónica o mixta.

a) Teoría Clásica: según Garrido-Zago “Entiende que se debe de estar a la voluntad real o interna, sobre la declarada o efectivamente prestada; ésta teoría protege el querer interno o la intención y está relacionada con los principios del individualismo y del liberalismo. El creador de esta teoría es Savigny, quien afirma que la voluntad interna es el elemento principal del negocio jurídico y como consecuencia del contrato, por lo que la declaración externa no es más que un medio de revelación o de manifestación de aquella, por lo que en caso de discrepancia debe prevalecer la voluntad interna, pues lo querido por el sujeto es lo que debe de prevalecer y a lo que se debe de dar valor.

Atendiendo a los elementos aludidos en el párrafo anterior, se puede determinar de una manera semejante una definición particular que se encuadre dentro de los adeptos de la teoría clásica, manifestado que “lo intrínseco del ser humano, la fase del pensamiento primario antes de ser exteriorizado a través de la firma del contrato respectivo, es lo que debe de prevalecer, por se está la voluntad originaria del buscar la utilización de un servicio para mejoramiento de su trabajo, de sus estatus de vida, etc.”

b) Teoría Moderna de la declaración Para Garrido-Zago “Afirma que debe prevalecer la voluntad que en definitiva ha sido declarada, da preeminencia al elemento objetivo,



lo declarado que debe ser interpretado como lo harían dos personas razonables”<sup>28</sup>

La definición personal respecto a esta teoría es: “La declaración externa, es decir el plasmar la firma en el contrato como signo de aceptación de las condiciones bajo las cuales se acepta la prestación del servicio es la que al final debe de prevalecer, dejando sin efecto el fin interno que se pretendía antes de la aceptación del contrato, lo subjetivo se entiende queda sin efecto”.

c) Teoría armónica o mixta

Garrido-Zago: “sostiene como regla general que debe prevalecer la voluntad interna real y efectiva de las partes, pero que excepcionalmente debe estarse a lo declarado en los dos casos trascendentes que especifica: 1) cuando la divergencia es imputable a culpa de quien ha emitido la declaración, siendo su justificativo la responsabilidad por la malicia o negligencia en el comportamiento y 2) cuando la parte destinataria de la declaración haya obrado de buena fe y lo exija la seguridad del comercio tratándose de negocios onerosos”.<sup>29</sup>

La posición personal en cuanto a la definición al respecto de esta teoría es “La voluntad interna tiene preeminencia sobre la plasmación del contrato, sus consecuencias posteriores en perjuicio del usuario, que actuando de buena fe por creerse beneficiado del servicio y consciente del pago del servicio adquirido, en esa situación debe

---

<sup>28</sup> Garrido, Roque Fortunato. Zago, Jorge Alberto. *Ibíd.* Pág. 102.

<sup>29</sup> Garrido, Roque Fortunato. Zago, Jorge Alberto. *Ibíd.* Pág. 105.



prevalecer la autonomía de la voluntad como principio de la contratación, para no vulnerar las garantías y el derecho humano de cada persona a tener las misma igualdad antes las empresas poderosas que prestan los servicios respectivos”.

En cuanto a la postura que asume el Código Civil del país, lo que establece el Artículo 1593 del mismo, concuerda con la teoría de la declaración de voluntad, mientras que en el segundo párrafo del citado Artículo aplica la teoría volitiva o de la voluntad real.

Por otra parte, el Código Civil es claro en cuanto a establecer que debe prevalecer la voluntad de las partes, ya que según el Artículo 1604 del mismo Código: “no puede existir obligación, o contrato si no se conoce la intención o voluntad de los contratantes sobre el objeto principal.”

Por lo tanto, la voluntad contractual, es aquella que nace en la mente de un individuo, y que va encaminada a celebrar un determinado acto que se va a quedar establecido en la vida jurídica, al momento de que esa voluntad que ha nacido en el interior es exteriorizada, por ende la voluntad interna y la declarada deben de coincidir plenamente, pues de no ser así, el acto o contrato adolecerá de alguno de los diversos vicios de la declaración de voluntad.

### **1.8. Vicios de la declaración de la voluntad**

El contrato exige para su formación, como elemento esencial, una voluntad libre y



consiente, pero pueden haber casos en los que la voluntad interna se vea afectada por algún acontecimiento exterior, modificando de esa manera lo que se desea, obteniendo como resultado una manifestación de voluntad no deseada internamente, al hecho generador de esta circunstancia se les denominan vicios del consentimiento, los cuales pueden proceder de la falta de conciencia o la falta de libertad. Aguilar Guerra, indica: “El acuerdo contractual tiene como base la voluntad de los contratantes, que solo puede decidirse correctamente cuando actúan de una manera consciente, racional y libre”.<sup>30</sup>

Los vicios de la declaración de la voluntad o del consentimiento son: a) error; b) dolo; violencia; c) intimidación.

a) Error: Vladimir Aguilar Guerra conceptualiza: “Una equivocada o inexacta creencia o representación mental que sirve de presupuesto para la realización de un acto jurídico”.<sup>31</sup>

El concepto personal al respecto de de el vicio de consentimiento mencionado es “un conjunto de elementos externos que hacen ver de una manera segura y de beneficio hacia cualquier persona que necesite adquirir el servicio, utilizando una serie de estrategias mercadotecnicas para vender; empero una vez adquirido el servicio o cualquier otra cosa análoga, se percata del verdadero trasfondo del contrato, esa situación sería razón suficiente para permitirle al usuario solicitar la nulidad del mismo o

---

<sup>30</sup> Aguilar Guerra Vladimir Osman. **Ob. Cit.** Pág. 174

<sup>31</sup> Díez-Picazo. **Ob. Cit.** Pág. 176.





poder rescindir el contrato”.

Este error supone una divergencia entre la voluntad interna y la voluntad declarada, puesto que la persona emite una declaración diferente a la querida, como consecuencia de una concepción equivocada de lo realmente desea. También se da por ignorancia que es la ausencia absoluta de conocimiento.

b) Dolo: el dolo constituye un vicio más de la declaración de voluntad, parte de una conducta ilícita y antijurídica y este puede ser tomado como un sinónimo de mala fe.

Vladimir Aguilar Guerra sostiene: “El dolo-vicio de la voluntad tiene un significado distinto: dolo es el error provocado, inducido por acción o por omisión, sea por la contraparte en el acto jurídico bilateral, o sea por un tercero”.<sup>32</sup>

Según la ley civil, el dolo: es toda sugestión o artificio que se emplee para inducir a error o mantener en él a alguna de las partes.

c) Violencia: como vicio de la voluntad, implica tanto la fuerza física, como la violencia moral consistente en la amenaza de un mal, tanto al autor o parte del contrato, como a las personas que por su parentesco o afecto determinan el sentido de la expresión de voluntad, la cual se ve afectada.

---

<sup>32</sup> Aguilar Guerra Vladimir. **Ob. Cit.** Pág. 183



d) Intimidación: se refiere a la coacción o violencia moral, que consiste en la amenaza de un mal ya sea dirigida personalmente o a cualquiera de sus familiares, o en todo caso a los bienes, si no se realiza un determinado negocio.

Por consiguiente al reunir uno o todos los vicios en una declaración de voluntad produce efectos de nulidad, tal como lo establece el Artículo 1303 del civil del país, que preceptúa: “el negocio jurídico es anulable: 1) por incapacidad relativa de las partes o de una de ellas y 2) por vicios del consentimiento”. En virtud de esto último, se debe de entender, que cualquier vicio del consentimiento o de la voluntad que adolezca un contrato es anulable, y como consecuencia únicamente puede pedirse la nulidad relativa.

### **1.9. Clasificación del contrato**

Los contratos celebrados por negociación se entiende que son aquellos que las partes de común acuerdo, deciden el contenido íntegro del contrato, sin ningún tipo de limitación más que las que señala la ley.

Los contratos, no obstante tener un mismo fin, que es crear un vínculo entre las partes que lo celebran, se dividen de acuerdo a diversos propósitos de su celebración en:

a) atendiendo a la negociación o no de su contenido; b) atendiendo a la naturaleza de los vínculos que produce; c) en atención a la naturaleza a las ventajas que son susceptibles de producir; d) atendiendo a los requisitos necesarios para su celebración



o formación y e) atendiendo a la naturaleza independiente o subordinada del contrato.

En contraposición a los contratos por negociación se encuentran los prediseñados o preestablecidos, en cuanto a todas las condiciones de contratación, lo cual hace una de las partes, no dejando otra opción a la otra parte más que aceptar o no el contrato en la forma establecida, sin tener la opción de discutir o modificar su contenido, al momento de contratar; éste tipo de contrato es de suma importancia, debido a que es el contrato que se encuadra en el tipo de celebración que ocurre dentro de la empresa de telecomunicaciones TELGUA.

La segunda clasificación, atendiendo a la naturaleza de los vínculos que produce a su vez se subdividen para un mejor entendimiento en: a) Unilaterales y b) bilaterales.

Los contratos celebrados de forma unilateral se refieren a los que una sola de las partes adquiere derechos y la otra solo obligaciones, como en el caso de la donación.

En los contratos celebrados de manera bilateral, como normalmente ocurre dentro del ámbito de las negociaciones comerciales; ambas partes se obligan recíprocamente, es decir ambas adquieren derechos y obligaciones. Por ejemplo: la compraventa, el que vende está obligado a entregar la cosa objeto de la venta y a exigir el precio de la misma, mientras que el comprador tiene la obligación de pagar el precio, por otro lado tiene el derecho de recibir la cosa.



## CAPÍTULO II

### 2. Contratos de adhesión

En la época actual, la esencia del contrato, o la definición que se concedió al estudio del derecho, ya no es el mismo, a tal punto que se puede hablar de una crisis del contrato, en donde su requisito fundamental, relativo a la concurrencia de voluntades, se encuentra en decadencia.

El llamado contrato de adhesión ha sido discutido profundamente en la doctrina, tanto por la forma en que se da el negocio como en lo referente a su convención puesto que no se puede determinar una auténtica manifestación de voluntad. Se le critica por colocar a la otra parte contratante, quien es quien únicamente se adhiere, en desventaja frente al que ofrece un bien o servicio, sin embargo, en la actualidad ha servido como un instrumento básico que facilita el comercio entre los hombres.

“Estos contratos constituyen una nueva forma de contratación, en que el consentimiento tiene matices diferentes de los llamados tradicionales utilizados en épocas anteriores”.<sup>33</sup>

Es por esto que hoy en día se habla de la crisis del contrato, de su falta de vigencia, de su decadencia, y de la extinción de la libertad de voluntad contractual, puesto que

---

<sup>33</sup> Garrido, Roque Fortunato. Zago, Jorge Alberto. **Ob. Cit.** Pág. 490



se le critica la evidente reducción que sufre la Autonomía de la Voluntad, dentro de estos contratos, sin embargo, hoy en día es la forma de contratación más común, esta clase de contratación se impone en la vida moderna y a pesar de que se describe su desarrollo y perfil legislativo, es un tema en evolución y es preciso delimitarlo jurídicamente para evitar los desequilibrios que causa.

## 2.1. Definición

“Desde 1901, en el cual Saleilles introdujo el término **contrato de adhesión** en el romance jurídico, se ha seguido toda una polémica por definir lo que debe de entenderse por este tipo de contratos. Incluso el mismo término utilizado se ha discutido; algunos prefieren la denominación de contratos estándar o contratos a condiciones generales, contratos tipo, contratos reglamento, contratos autorregulatorios, etc.”<sup>34</sup>

Es incuestionable la polémica que el término “contratos de adhesión” a causado en el estudio del derecho, sin embargo en nuestros días se sigue considerando como un autentico contrato.

“Imposición exclusiva de única voluntad a una colectividad determinada cuyos miembros, individualmente considerados, pueden exteriorizar a *posteriori* su voluntad de aceptar la cláusula (norma) que se le impone o rechazarla, careciendo de facultad

---

<sup>34</sup> Arrubla Paucar, Jaime Alberto, “**Contratos Mercantiles. Contratos Atípicos**”.\_Pág. 69.



en principio para debatirla (Saleilles)".<sup>35</sup> La doctrina discrepa en cuanto si constituyen o no verdaderos contratos.

Al contrato de adhesión se le ha tomado como un convenio, cuyas condiciones han sido redactadas o propuestas por una de las partes, no quedándole a la otra parte más alternativa que adherirse a las condiciones establecidas por la parte que generalmente se encuentra en una posición de superioridad.

“Contrato de Adhesión: A) en sentido amplio: Esta expresión alude a los casos en que la oferta no admite modificaciones o contra oferta. La libertad de contratar (que incluye la libertad de discutir el contenido del convenio) se reduce en este caso a una libertad de contratar o no, la subsistencia de esta libertad de contratar la subsistencia de esta libertad es considerada suficiente para preservar la idea del contrato como “acto voluntario”.<sup>36</sup> B) En sentido estricto: **contrato de adhesión** parece implicar la idea de convenio entre una parte que, por razón jurídica o de hecho posee una posición clara de superioridad respecto a la otra. Esta situación no es absolutamente crítica mientras no introduzcan en el esquema la necesidad económica o de hecho en que la parte débil puede encontrarse, cuando así ocurre y ambos elementos (desigualdad de posiciones y necesidad) concurren difícilmente cabe continuar sosteniendo que existe la libertad de contratar (o no) que es lo que justifica los contratos de adhesión en sentido amplio.”

---

<sup>35</sup> Argeri, Saul. “Diccionario de Derecho Comercial y de la Empresa”. Pág. 136

<sup>36</sup> Le Pera, Sergio. “Cuestiones de Derecho Comercial Moderno”. Pág. 270



Según el criterio del autor citado con anterioridad, el contrato de adhesión no necesariamente debe tomarse como una limitación absoluta de la voluntad, pues aún existe la libertad de no hacerlo cuando las circunstancias del contrato no convenga, sin embargo no puede decirse lo mismo cuando este contrato encierra la particularidad o característica de ser necesario en la vida cotidiana, es aquí en donde debe tomar especial relevancia, el tema de contratos de adhesión, pues es aquí en donde entra en conflicto la autonomía de la voluntad, en donde este principio se ve limitado a la más mínima expresión.

“Los contratos de adhesión son: “aquellos en los cuales una de las partes (por lo general económicamente más fuerte) impone el tipo general de cláusulas en que está dispuesto a contratar, bastando que la otra acepte, se adhiera, de ahí su nombre, o desista del contrato que no puede de modo alguno modelar a su conveniencia”.<sup>37</sup>

En esta definición, volvemos a encontrar el factor de imposición de voluntad de una de las partes y coincide con la idea que siempre es la parte más fuerte quien va a establecer sus condiciones, las cuales, muchas veces se encuentran redactadas en forma engorrosa o confusa, que hacen incomprensible su contenido, lo que provoca que la parte que se adhiere, acepte condiciones que no le favorecen y tomando en cuenta los vicios del consentimiento, estaríamos ante una declaración de voluntad que adolece de error y a pesar de que existen medios para proteger a la parte que se adhiere, estos no son efectivos, y es siempre la parte más fuerte quien resulta

---

<sup>37</sup> Puig Peña, Federico. **Ob. Cit.** Pág.. 342

favorecida de el estado de la parte más débil.



## 2.2. Contrato de adhesión según la legislación guatemalteca

a) Código Civil: Decreto Ley 106: el artículo 1520 Código Civil establece: “Los contratos de adhesión, en que las condiciones que regulan el servicio que se ofrece al público son establecidas sólo por el oferente, quedan perfectos cuando la persona que usa el servicio acepta las condiciones impuestas. Las normas y tarifas de estos negocios deben de ser previamente aprobadas por el ejecutivo, para que pueda actuar la persona o empresa que hace la oferta, incurriendo en responsabilidad en caso contrario. Cuando la variación de las circunstancias en que fue autorizado un servicio de carácter público haga demasiado onerosas las normas y tarifas aceptadas, puede el Procurador General de la Nación o el representante de la municipalidad respectiva pedir la revisión de las condiciones impuestas”.

Esta norma, de manera implícita nos explica lo que es un contrato de adhesión, indicando que se dará la perfección del mismo cuando se de la simple aceptación de las condiciones impuestas, poniéndose en conflicto con lo establecido por el artículo 1517 del mismo cuerpo legal que indica que hay contrato cuando dos o más personas convienen en crea, modificar o extinguir una obligación; En la palabra **convienen** de la citada norma, encontramos el problema, ya que indica que como requisito para que se dé el mismo, es necesario que las partes establezcan de manera equitativa las condiciones del contrato.





Es aquí en donde se presenta la duda de muchos estudiosos del derecho, al establecer si el contrato de adhesión es realmente un contrato, pero en base a lo que estipula nuestro Código Civil en su Artículo 1520, si debe ser considerado como tal, pudiéndose tomar como una excepción a la regla general, ya que nuestro código asume que al momento de aceptar las condiciones impuestas se está dando una autentica declaración de voluntad y por lo tanto hay convenio.

En el segundo párrafo de la misma norma, indica que al tratarse de servicios, las tarifas y normas de los mismos deben de ser aprobadas por el Organismo Ejecutivo, bajo la amenaza de incurrir en responsabilidades en caso contrario. Lo anterior es totalmente ineficaz, ya que a pesar de existir esta disposición, no se aplica.

b) Código de Comercio de Guatemala, Decreto número 2-70: en cuanto al Código de Comercio, encontramos lo referente a los contratos mediante formularios y los contratos mediante pólizas estableciendo lo siguiente: "Artículo 672. (Contratos mediante formulario).- Los contratos celebrados en formularios destinados a disciplinar de manera uniforme determinadas relaciones contractuales, se regirá por las siguientes reglas: 1°.- Se interpretaran, en caso de duda, en el sentido menos favorable para quien haya preparado el formulario; 2°.- Cualquier renuncia de derechos solo será válida si aparece subrayada o en caracteres más grandes o diferentes que los del resto del contrato; 3°.- Las cláusulas adicionales prevalecerán sobre las del formulario, aún cuando estas no hayan sin dejadas sin efecto".



Esta norma trata de proteger a la parte más débil en el contrato, indicando la manera en que deben de interpretarse los contratos, sin embargo no existe ningún tipo de coacción o alguna consecuencia en caso de no hacerlo y es evidente que en la práctica comercial no sucede como se establece y es muy difícil que en caso de incumplimiento del oferente o prestador del servicio, un particular plantee una acción procesal en su contra, ya que no puede existir comparación entre las partes, el poderío económico se hace notar, por lo que se necesitaría de una parte demandante bastante fuerte o que al menos sea significativa frente a la grandeza de las entidades que ofrecen bienes o prestan los servicios.

Por lo anterior, la citada norma establecida en el Código de Comercio de Guatemala, es ineficaz ya que es muy difícil que se discuta el contenido de un contrato de adhesión, no existe tal confusión, lo establecido, así está establecido y en caso de confusión, lo más seguro será que el contenido sea interpretado por el más fuerte a su conveniencia, sin que nadie tenga el valor de confrontarlos.

c) Ley de Protección al Consumidor y Usuarios Decreto Número 06-2003: Definición según Decreto Número 06-2003 Ley de Protección al Consumidor y Usuarios; Artículo tres inciso d): Contrato de adhesión: “Es aquel cuyas condiciones son establecidas unilateralmente por el proveedor, sin que el consumidor o el usuario pueda discutir o modificar su contenido en el momento de contratar”.

Así mismo dentro de esta misma ley se trata el asunto de las cláusulas o estipulaciones



que no producirán efecto dentro de los contratos de adhesión y establece entre otros un derecho muy importante, que se refiere a la copia íntegra del contrato que ha suscrito, puesto que es necesario que la parte que se adhiere pueda analizar cada una de las cláusulas a las cuales se está comprometiendo, claro que este derecho solo se puede hacer efectivo, cuando el contrato es escrito.

De esta manera se observa que la legislación guatemalteca en cuanto a la materia es sumamente escasa y se encuentra muy alejada de la realidad, no obstante sus esfuerzos por proteger a las personas que se adhieren a un determinado contrato, no son suficientes.

### **2.3. Características del contrato de adhesión**

El autor Sallé de la Marnierre en su trabajo “La evolución y técnica del contrato” señala como particularidades más notables de los contratos de adhesión las siguientes: “a) La oferta se hace a una colectividad, a un grupo de personas indeterminadas, que se concreta posteriormente al celebrarse el contrato con un particular. b) El convenio es obra exclusiva de una de las partes”. El contratante -que goza de una especie de monopolio de hecho o de derecho, ocupando por tanto, una posición privilegiada respecto del otro- redacta el sólo las condiciones más fundamentales del contrato sin intervención de éste. c) La reglamentación del contrato es compleja; estos contratos de adhesión, son concluidos con arreglo a modelos establecidos anteriormente, encierran en sus cláusulas dicciones complejas, confusas, ambiguas, o por lo menos, no



asequibles a la inteligencia media del gran público. Por esto, cuando se trata de interpretar un contrato de adhesión, los tratadistas e incluso la jurisprudencia, según tendremos ocasión de ver en otro lugar se manifiestan contrarios a una conclusión favorable a la empresa que dicto estas condiciones. Como ha sido ella la que ha dado lugar a la imprecisión o la ambigüedad, ella debe sufrir las consecuencias, a cuyo efecto debe ponerse en juego el Artículo 1288 del Código Civil. d) La situación del que ofrece es preponderante. Como decíamos anteriormente estos contratos se celebran siempre por empresas que disfrutan de una posición privilegiadas, bien por la explotación de un servicio público o cuasi-publico, bien porque la unión íntima de las empresas las colocan en una situación más favorables respecto a los que necesitan sus servicios. e) la oferta no puede ser discutida. Estos contratos suponen una aceptación íntegra de las cláusulas dictadas, y sobre todo en las condiciones más importantes no se admite discusión de ningún género.”

De conformidad con la opinión citada, pone en evidencia las diferencias que existen con la celebración de un contrato común, en donde las partes tiene más libertad de establecer las condiciones de ese contrato; en cuanto la oferta, dentro de los contratos de adhesión no va dirigida a una sola persona sino a un numero indeterminado y esta oferta es rígida, puesto que no puede ser discutida en ninguno de sus aspectos.

Así mismo se toca un punto muy importante, y es la existencia de oscuridad y ambigüedad en las cláusulas que forman estos tipos de contratos, y es que es tan común que esto suceda, que hasta es tomado como un signo que caracteriza a este



tipo de contratación.

Por otra parte, al citar las características que identifican al contrato de adhesión, se piensa en aquellas circunstancias que lo diferencian o lo distinguen de los demás tipos de contratos, siendo las siguientes:

- Es Oneroso, pues la prestación de una de las partes tiene como contrapartida otra prestación.
- Bilateral, pues ambas partes contratantes se obligan de manera recíproca.
- Se presentan como una oferta dirigida abiertamente a una colectividad o público en general.
- Como oferta, establece condiciones y estipulaciones fijadas por el oferente.
- La situación del oferente es preponderante.
- Sus estipulaciones o cláusulas no son susceptibles de ser discutidas por las partes que intervienen en el contrato, dejando únicamente al público la decisión de aceptar o no.
- Si el contrato es escrito, generalmente ya está redactado estableciendo íntegramente su contenido.
- Con frecuencia se incluyen dentro del contrato cláusulas Abusivas.
- Es muy difícil establecer un equilibrio económico y social entre las partes que intervienen en el contrato.
- El contrato de adhesión constituye un conjunto de "Condiciones Generales", que una vez establecidas pasan a constituir el mismo.



“Elementos que caracterizan las condiciones Generales:

a) Contractualidad: las condiciones generales han de haber sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos.

b) Predisposición: Esto implica que las condiciones se han elaborado de manera unilateral por el predisponente. Parece evidente que la formulación por escrito de las condiciones generales pone de manifiesto la predisposición de las mismas, máxime si están impresas.

c) Imposición: Esta característica deviene por la incorporación al contrato de las condiciones generales impuestas por una sola de las partes. Hay pues imposición cuando las condiciones no han sido negociadas entre los contratantes de forma que el adherente no ha podido influir en su contenido.

d) Generalidad: existe tal cuando las condiciones generales han sido redactadas para ser incorporadas a una pluralidad de contratos”<sup>38</sup>.

Por su parte Garrido-Zago exponen sobre las características lo siguiente:

“a) Simplificación del acuerdo: que hace que el aceptante no pueda diferir o modificar la propuesta ya prerredactada a la que debe adherirse, motiva una notoria economía

---

<sup>38</sup> Aguilar Guerra, Vladimir Osman , **Ob. Cit.** Pág. 88



de tiempo, que está también asegurada por la irrevocabilidad de la oferta, que por su parte impide al proponente modificarla o retractarse.

b) Desigualdad de las partes: consiste en que una de ellas ha tenido el privilegio de determinar las condiciones en que debe ser aceptada la propuesta, y es la que origina los mayores problemas de análisis de esta categoría por haber facilitado los posibles abusos en perjuicio del contratante más débil.

c) El Papel del Estado: está dirigido a evitar los posibles abusos en perjuicio del contratante más débil.

d) La promesa pública, firme e irrevocable, tiene estado público desde el momento que se emite y no puede luego ser modificada por el oferente, quien también queda sujeto y atado al cumplimiento de las condiciones generales que ha cristalizado en la formulación de su oferta.

e) El predominio del interés general está dado por la simplificación del sistema que permite contrataciones acordes con la realidad fáctica producida como lógica consecuencia del desarrollo tecnológico de la sociedad.<sup>39</sup>

En esencia el contrato de adhesión, se caracteriza por la no discusión de su contenido, por el desequilibrio latente entre las partes, siendo un movimiento que hasta la fecha

---

<sup>39</sup> Garrido, Roque Fortunato. Zago, Jorge Alberto. **Ob. Cit.** Pág. 491



no se ha podido legislar adecuadamente, pero sobre todo que ha modificado dogmática contractual, aquella en la que se presumía la discusión de dos personas sobre el contenido de un contrato, buscando la manera de ser justos y equitativos, pero no obstante no cumplir con estos requisitos y con una autentica manifestación de voluntad libre y no coaccionada, como su nombre lo indica el contrato de adhesión es un contrato.

## **2.4. Elementos del contrato de adhesión**

a) Elementos personales: este elemento se refiere a las personas que intervienen en el contrato, pudiendo ser personas individuales o colectivas y se les denominan parte oferente y parte adherente.

a.1) Parte oferente: llamada también proponente o policitante. Es la parte que ofrece un determinado bien ya sea mueble o inmueble, o un determinado servicio; la cual hace abiertamente al público, es decir no existe persona determinada, o a quien se dirija específicamente dicha oferta.

“no es necesaria la determinación de la persona, pues todos los que ejercen públicamente un comercio o una industria, y que anuncian al público los efectos que venden y los precios de ellos, están obligados a la venta desde que se presentan compradores”.<sup>40</sup>

---

<sup>40</sup> Garrido, Roque Fortunato. Zago, Jorge Alberto. **Ob. Cit.** Pág. 480





La opinión anterior coincide con lo que señala nuestro Código Civil, ya que en el Artículo 1521 indica que la persona que propone a otra la celebración de un contrato fiándole un plazo para aceptar, queda ligada por su oferta hasta que transcurra ese plazo. Y si no fijo plazo, queda desligado si no acepta inmediatamente.

a.2) Parte adherente: llamada también destinataria de la oferta o parte aceptante. Es la parte que encuentra indispensable el bien o servicio que se ofrece y acepta las condiciones que se le imponen, ya que no tiene la posibilidad de discutir el contenido del contrato, renunciando, muchas veces, a sus derechos, evidenciando ser la parte más débil.

b) Elementos formales: ante la falta de regulación específica en cuanto a la forma que se deben de adaptar los contratos de adhesión, aplicamos supletoriamente lo establecido por el Código Civil, respecto a la forma de los contratos en general, por lo que se cita el Artículo 1518 del mismo cuerpo legal que establece: Los contratos se perfeccionan por el simple consentimiento de las partes, excepto cuando la ley establece determinada formalidad como requisito esencial para su validez.

Por lo que se concluye en que no es indispensable mayor requisito para su validez más que el consentimiento prestado en cualquiera de las formas señaladas por la ley, y que por parte del adherente, resulta ser la simple aceptación.

Los únicos requisitos que se establecen para este tipo de contratos son los que señala



el Artículo 1520 de la ley citada al indicar que las normas y tarifas de estos negocios deben de ser aprobadas por el Organismo Ejecutivo. Así mismo El Decreto Legislativo Número 06-2003, Ley de Protección al Consumidor y Usuario, Artículo 52, indica “que de todo contrato de adhesión deberá enviarse copia a la Dirección de Atención y Asistencia al Consumidor, DIACO, para que sea aprobado y se registre, siendo obligación de los proveedores hacer referencia de la inscripción en dicha dirección dentro del contrato”.

c) Elementos reales: este elemento lo constituyen los bienes, ya sea mueble o inmuebles y servicios, y por otro lado, el pago o cumplimiento de la condición por parte del adherente y la entrega del bien o prestación del servicio por parte del adherente, convirtiéndose en un contrato eminentemente oneroso y bilateral.

Los requisitos que deben reunir los contratos de no se encuentran definidos en la legislación del país debido a que una de sus características es la carencia de solemnidad; por ellos sus formas son variables ya que puede ser verbal o escrito, pero sin embargo debe de existir en todos ellos los requisitos generales del contrato como el libre consentimiento, capacidad y objeto lícito; por lo tanto para que pueda existir un contrato de adhesión es necesario que se dé el consentimiento por parte del adherente, cuya aceptación está limitada a aceptar las condiciones que le han sido impuestas.

La violación al principio de la autonomía de la voluntad en este tipo de contratación es



evidente, al tomar como parámetro un precepto esencialmente individualista, en el cual el respeto a la autonomía de la voluntad de los contratantes determinaba que sus acuerdos prestados sin ninguno de los vicios que pudiera anular su voluntad, haría nacer una ley que regiría sus relaciones con respecto al contrato de que se trate.

Al hablar del contrato de adhesión, es imposible que no resalte la ausencia del principio de la autonomía de la voluntad, pues como quedo plenamente establecido en el Capítulo I, esta constituye el elemento esencial del contrato.

Cuando el contrato nace a la vida jurídica se indica que uno de los requisitos sine qua non para que exista es que las partes manifiesten su voluntad, su deseo de quedar sujetos a las disposiciones o contenido del contrato que se está celebrando, este principio, desde que surgió el contrato, no ha sido acatado en su totalidad, pues es muy difícil hablar de igualdad entre partes y de una total libertad al momento de contratar; sin embargo con el transcurso del tiempo, la autonomía de la voluntad se ha visto en tal decadencia, que es casi nula su existencia, la vida moderna y la sociedad de consumo que se vive hoy en día, exige celeridad en las contrataciones, desprovistas de formalidad, lo que genera que la mayoría de contratos que se celebran sean de carácter general.

La contratación moderna se maneja a través de este tipo de contratos, los cuales resultan antojadizos a la voluntad de los oferentes, con condiciones favorables a ellos y en la mayoría de las veces, con disposiciones que transgreden o limitan los derechos



de la parte que se adhiere.

Ahora bien, dejando a un lado las situación de los elementos personales del contrato de adhesión, es importante examinar, la figura del contrato en si, como se dijo anteriormente según la legislación del país, la cual se basa en los orígenes del contrato para denominarlo, nos señala que contrato será, el acuerdo de dos o más personas en crear, modificar o extinguir una obligación, lo que nos hace evidente que en la actualidad la dogmática contractual ha sufrido una transformación, pues hoy en día es muy difícil que dos personas, crucen sus opiniones y delimiten el contenido de un contrato que pretendan celebrar.

Por lo tanto si se tiene conciencia jurídica, y se reconoce que la figura del contrato como acuerdo de voluntades, libres y autónomas, se encuentra hoy por hoy desvirtuado o en desuso, por lo que se reconoce la necesidad de una nueva normativa, específica, clara y concisa, que se adapte al fenómeno de la contratación de actual, en donde se establezcan mejores condiciones para la parte más débil. Esto no implica que se esté en desacuerdo de la evolución del derecho, ya que si surgió esta manera de contratación, fue como producto de la necesidad de agilizar el tráfico de bienes y la prestación de servicios, pero es evidente que la legislación actual no está preparada para que se desarrolle de una forma justa.

La evolución de la figura, a la vez ha puesto al desnudo las desigualdades en la negociación, en las condiciones y en los efectos de la convención, y ha trazado el



camino hacia un mejoramiento de esa situación, aunque se ha estado muy lejos de transitar ese sendero en plenitud.

Se puede distinguir estadios en relación a la igualdad contractual, de manera que el sostenido aumento y concentración del capital en manos privadas producido en el siglo XX ha determinado un aislamiento del contratante individual (el obrero, el asegurado, el locatario, el consumidor) quien ha buscado, a través de la unión con otros sujetos jurídicos que se encontraban en su misma situación, mejorar su posición.

Por lo tanto la desigualdad de las partes, provoca de cierto modo la limitación de la voluntad, puesto que siempre prevalecerá, la voluntad de aquella persona que sea superior en el contrato, y en el contrato de adhesión coincide la mayoría de las veces, ser la parte que establece las condiciones del mismo.

Mientras la definición de **autonomía de la voluntad** trascienda dentro del ámbito del derecho, el contrato de adhesión y todo lo que de él se desprende, va a estar en conflicto con este principio, pues no se puede limitarse la manifestación de voluntad a una simple aceptación de condiciones establecidas unilateralmente.

Cuando se encuentra en una situación cuya relación el intercambio es diferente, caracterizada, la reglamentación deja de ser pertinente; el concierto de las voluntades no es armónico y la relación que se presenta entre los sujetos deja de ser un acuerdo de voluntades. Como lo señala Suárez-Llanos, en estos casos contratar es, en



realidad, aceptar colocarse en una situación que producirá efectos jurídicos; pero unos efectos jurídicos que no serán fruto de una voluntad heterónoma que tiene sus raíces o en la ley o en la voluntad del contratante más poderoso.

De esa manera se puede determinar que el contrato de adhesión como forma particular de contratar, que anula la libertad contractual, que encierra la autonomía de la voluntad, fundamentada, principalmente en la severa desigualdad existente entre contratantes y la necesidad por parte del adherente de obtener lo que se ofrece, ya sea un bien o servicio, puesto que no le es permitido, exteriorizar su querer interno.





## CAPÍTULO III

### 3. Contratación mercantil

“Todo el derecho es objeto de importantes transformaciones, a fin de adecuarse a las exigencias de la vida actual. En cuanto a sus fines, viene cumpliendo la premonición de Joserrand, de hacer de la defensa del débil una de sus constantes preocupaciones y su fin predilecto. Para llegar a tales propósitos ha sido necesaria la desmitificación de los viejos postulados donde encontraba su justificación. Tal vez, en el área del Derecho Privado, concretamente en los contratos, es donde más ha surgido la transformación y donde más resistencia ha tenido. En el individualismo se concibe al hombre como fundamento y fin de todas las leyes, interesa más su libre albedrío que los intereses de la colectividad. El individuo construye su reino absoluto e independiente con base a su libertad, de tal manera que las relaciones jurídicas que crea, solamente pueden ser modificadas por el mismo. El Estado adquiere un papel netamente conservador de las libertades individuales que permanecen en más del individuo. La filosofía adquiere su sabor individualista en los siglos XVII y XVIII estableciendo que el espontáneo juego de las actividades privadas es la óptima fuente de solidaridad social”.<sup>41</sup>

En materia de derecho mercantil, especialmente en la contratación, el individuo se convierte en el principio fundamental, de la vida social y económica, trascendiendo al plano político, reduciéndola función del Estado a la protección de las voluntades y

---

<sup>41</sup> Arrubla Paucar, Jaime Alberto. “Contratos Mercantiles”. Pág. 49





además, postergando su acción frente a la concepción de una voluntad superior y anterior a él, en síntesis, la influencia individualista lo encamina hacia la protección de la libertad individual y su coexistencia con otras libertades, garantizando el libre desenvolvimiento de los sujetos, con muy escasas limitaciones.

Esa libertad de la que se habla, en donde el individuo puede actuar según lo desee sin más limitaciones que las que establece la ley, se perfecciona en la celebración de contratos, puesto que el contrato es la base y justificación del ordenamiento jurídico, y ya no obliga el contrato porque lo dispone el derecho, sino que el derecho vale en cuanto procede de un contrato.

“No existe en el Código Civil o en alguna otra legislación de carácter mercantil, una regulación sistemática y específica del contrato mercantil en su parte general. Por ello, el concepto de contrato, sus elementos de existencia y validez, así como la normativa general del acto o negocio jurídico y del contrato mercantil en lo general, deben tomarse de la regulación del Derecho Civil que resulta aplicable en la mayoría de sus principios y reglas”.<sup>42</sup>

En la legislación guatemalteca, se confirma la opinión del autor citado, ya que el Código de Comercio de Guatemala, no define el contrato mercantil, únicamente establece principios especiales con los cuales se deberá regir. Por tanto al adecuar la definición de contrato que establece el Código Civil guatemalteco, en su Artículo 1517,

---

<sup>42</sup> Arce Gargollo, Javier . “Contratos mercantiles atípicos”. Pág. 33 y 34.



resultaría de la siguiente manera: “Hay contrato cuando dos o más personas convienen en crear, modificar o extinguir una obligación de naturaleza mercantil”.

Se puede concluir ratificando, que el contrato mercantil es el acuerdo de voluntades entre dos o más personas, con el fin de crear, modificar o extinguir una relación jurídica, cuyo objeto es, ya sea, una operación referente a bienes mercantiles, cuando uno de los sujetos contratantes es un comerciante o cuando se refiere a una actividad comercial.

### **3.1. Criterios para distinguir el contrato mercantil del contrato civil**

Para poder distinguir cuando se trata de un contrato civil o uno mercantil tomaremos en cuenta que “Para determinar cuando un contrato es civil o mercantil, existen diversos criterios que se exponen brevemente:

- a) Una primera opinión señala que la nota característica de los contratos mercantiles es el fin de lucro o provecho, sin atender a la cualidad de las personas, ni a ninguna otra consideración.
  
- b) Un criterio de orden práctico son aquellos que constituyen alguno de los actos de comercio enumerados por el Artículo 75 del Código Civil (de México). del análisis detallado de los actos de comercio que enumera el precepto citado, se desprende que, en su mayoría, estos se producen mediante la celebración de un contrato.



- c) Otro criterio derivado de la materia que regula o debe reglamentar el derecho mercantil y que puede servir de base para determinar la mercantilidad de un contrato, es la que ha sostenido Rodríguez Rodríguez sobre el contenido de esta rama del derecho privado. Para este autor, el Derecho mercantil es el derecho de los actos en masa realizados por empresas.
- d) Una posición que se abre paso en la doctrina es la tesis que considera que los contratos mercantiles son aquellos que surgen las relaciones a que da lugar el ejercicio de una empresa o que están vinculados a la actividad empresarial. En medida reciente, la empresa o negociación y la ejecución por ella de actos en masa, ha venido adquiriendo un papel preponderante en el moderno derecho mercantil mexicano, hasta el punto de tener que considerarla como elemento ampliamente predominante de la legislación y como base y fundamento de la mayor parte de los demás elementos de tal disciplina”.<sup>43</sup>

La fórmula para determinar si un contrato es mercantil o civil, es mediante el análisis de sus elementos, personales, reales y formales y en atención a lo siguiente:

- a) Legislación aplicable: el contrato civil está regulado por el Decreto Ley 106, Código Civil, mientras que el contrato mercantil está regulado por el Decreto 2-70, Código de Comercio de Guatemala, aunque se aplica supletoriamente el Código Civil para lo no

---

<sup>43</sup> Arce Garrollo, Javier. **Ob. Cit.** Pág. 34, 35 y 36



estipulado por el Código de Comercio de Guatemala, (Artículo 1, Decreto 2-70, Código de Comercio de Guatemala).

b) Personas que intervienen en la contratación: para que el contrato sea mercantil debe darse entre comerciante o cuando menos una de las partes debe ser comerciante para que sea tipificada como tal.

c) Tipificación: los contratos civiles están plenamente establecidos en el Código Civil, el cual detalla las partes, la forma y demás características propios de cada contrato, por el contrario en materia mercantil, no obstante el Código de Comercio de Guatemala regula algunos de los contratos mercantiles, estos se extienden mucho más y no se limitan a los específicamente regulados por la ley, ya que existen muchos contratos atípicos.

d) Finalidad: el contrato civil no obstante tener siempre una contraprestación cuando se es bilateral, no tiene como principal fin el lucro, lo que si sucede en materia de contratación mercantil ya que aquí el principal fin es lucrar con el producto que se ofrece o bien con el servicio que se presta.

e) Objeto: en el contrato mercantil el objeto de ese contrato será siempre algún bien o servicio que tenga la característica de ser mercantil, ya sea producida por una empresa o bien las propias cosas mercantiles.



Las consecuencias de calificar a un contrato de mercantil y no de civil, traera como principales efectos la aplicación del derecho sustantivo mercantil y las normas adjetivas, especialmente las vías procesales en caso de litigio.

### 3.2. Elementos del contrato mercantil

a) Elementos personales: se refiere a los sujetos que intervienen en la contratación. “debe establecerse que en la conciencia común se tiene la idea de que un comerciante es aquella persona que con intenciones de lucro compra para revender colocándose o desarrollando una actividad intermediadora entre el productor y consumidor de bienes y servicios. Pero como veremos más adelante, la idea doctrinaria y la legal rebasa el simple intermediario para darnos una visión más amplia sobre la concepción del comerciante”.<sup>44</sup>

Las personas que intervienen en la contratación mercantil reciben diferente denominación dependiendo del contrato de que se trate, lo que se debe de tomar en cuenta es la necesidad de que uno de los que forman la relación jurídica contractual sea comerciante. Tal y como lo señala el Artículo cinco del Código de Comercio de Guatemala, negocio mixto: cuando un negocio regido por este código intervengan comerciantes y no comerciantes, se aplicarán las disposiciones del mismo.

b) Elementos reales: se refiere al bien objeto del contrato, el objeto del contrato deberá

---

<sup>44</sup> Villegas Lara, Rene Arturo. “Derecho Mercantil Guatemalteco”. Pág. 46



referirse a bienes mercantiles o sea el producto, bien o servicio, que sean susceptibles de comercialización siempre y cuando haya licitud, y al precio que se paga o la contraprestación.

c) Elementos formales: la forma del contrato mercantil varía dependiendo del tipo de contrato a realizarse, pero podemos aplicar supletoriamente el Artículo 1574 del Código Civil guatemalteco que estipula que “toda persona puede contratar y obligarse por escritura pública, por documento privado o por acta levantada ante Alcalde del lugar, por correspondencia y verbalmente”; y el Artículo 1575 del mismo cuerpo legal en su segundo párrafo indica que “si el contrato no sobrepasa la cantidad de un mil quetzales puede hacerse verbalmente”. Lo anterior no se da en la actualidad ya que la forma de contratación mercantil más usual es la verbal, e incluso se han incrementado las formas de contratar ya que en la actualidad se utiliza mucho el Internet para poder celebrar contratos.

“La forma es el modo como es el negocio, es decir, cómo se presenta a los demás en la vida de relación: su figura exterior. Desde el punto de vista de este concepto, todos los contratos son formales en el sentido de que todos deben exteriorizarse para ser conocidos en el mundo jurídico. En un sentido más estricto, la forma consiste en el medio señalado por la ley para que se manifieste la voluntad en determinados casos”<sup>45</sup>.

---

<sup>45</sup> Arce Garrollo, Javier. **Ob. Cit.** Pág. 36.



Por lo tanto, si bien es cierto que la forma es la manera de dar a conocer el contrato al mundo exterior, ajeno a las partes, esta puede ser verbal, o escrita e incluso a través de las vías de comunicación como el teléfono, correspondencia e Internet, esto sin afectar la validez del contrato ya que en materia mercantil, la formalidad carece de relevancia, siempre que no esté exigida por la ley.

Lo anterior obedece a que el tráfico mercantil hoy en día requiere de formas más modernas, fluidas y rápidas, mediante las cuales los comerciales aseguren colocar en los mercados sus productos y servicios con la mayor celeridad, tanto a nivel nacional como internacional, afianzándose las ganancias que cada transacción conlleva, es por ello que dentro del ámbito mercantil los contratos pueden celebrarse mediante:

c.1. Escritura pública: tal es el caso de los contratos de fideicomiso (Artículo 771, Código de Comercio de Guatemala) y de Sociedad (Artículo 1729, Código Civil) que tienen como requisito esencial para su validez, la formalidad de celebrarse en escritura pública, sin embargo, si las partes de un determinado contrato, cualquiera que este sea, desean celebrarlo en escritura pública, no existe prohibición alguna de hacerlo así.

c.2. Contrato de adhesión: los cuales a su vez pueden ser a través de pólizas que es un documento privado redactado en uno o varios folios y en varios ejemplares que establecen las condiciones que regula un contrato y formularios impresos que se rellenan a mano o a máquina para múltiples diligencias administrativas, bancarias,



mercantiles, etcétera.

c.3. Medios de comunicación: tales como el teléfono, telegrama, telex, orden, pedido, fax, Internet, y correo electrónico.

El Código de Comercio de Guatemala, en el Artículo 669, establece que “las obligaciones y contratos mercantiles se interpretarán, ejecutarán y cumplirán de conformidad con los principios de verdad sabida y buena fe, a manera de conservar y proteger las rectas y honorables intenciones y deseos de los contratantes, sin limitar con interpretación arbitraria sus efectos naturales”.

“Lo que se trata es de insistir en que, por el poco formalismo con que se dan, esos principios funcionan como parte de su propia sustancia; 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 otra interpretación distinta a los contratos ya que de otra manera se destruiría la seguridad del tráfico mercantil”.<sup>46</sup>

Por lo tanto, al celebrar un contrato mercantil, se presume que las partes lo hacen bajo estos principios, entendiendo como buena fe guardada la presunción de la buena intención que tienen los sujetos de contratos mercantiles de cumplir sus respectivas obligaciones haciendo valer el contrato como ley entre las partes, tomando cada uno de los integrantes del mismo la responsabilidad de cumplirlo a cabalidad. Y como

---

<sup>46</sup> Villegas Lara, Rene Arturo. “Derecho Mercantil Guatemalteco. Obligaciones y contratos”. Pág. 1





verdad sabida, el conocer la amplitud o alcances que tiene el contrato, con cada una de sus cláusulas, entender de manera amplia cuales son los derechos y obligaciones que corresponde a cada una de las partes.

### **3.3. Obligaciones mercantiles**

Las obligaciones mercantiles constituyen el conjunto de preceptos enmarcado en el Código de Comercio de Guatemala que deben ser observados, en toda contratación de carácter mercantil para lo protección de los intereses y derechos de los contratantes; el surgimiento de las mismas se basan en las exigencias de rapidez en el planteamiento y liquidación de las relaciones obligatorias de derecho mercantil. Esto debido a la celeridad de las operaciones mercantiles, por lo que al no hacerlo generaría hechos negativos en el tráfico del comercio.

De conformidad con Código de Comercio de Guatemala, el Artículo 689 indica que “la nulidad que afecte a las obligaciones de una de las partes, no anulará un negocio jurídico plurilateral salvo que la realización del fin perseguido con este resulte imposible si no subsisten dichas obligaciones”.

En materia de obligaciones y contratos mercantiles la nulidad debe reducirse al máximo, obedeciendo a la naturaleza del derecho mercantil sobre todo por su rapidez y poco formalismo y solo opera en los negocios plurilaterales.



“Negocio jurídico plurilateral es aquél en que los sujetos que intervienen no tienen intereses ni status jurídicos contrapuestos, como en el caso del contrato de sociedad”.<sup>47</sup>

### 3.4. Características de la contratación mercantil

Las características de los contratos mercantiles obedecen a los principios del derecho mercantil y las características de las obligaciones mercantiles.

Dentro de las principales características de los contratos mercantiles podemos señalar las siguientes:

- a. Onerosidad: puesto que supone equivalencia entre las prestaciones del comprador y el vendedor, ya que se realizan derechos y gravámenes recíprocos.
  
- b. Contratación en serie: puesto que las manifestaciones de la voluntad de las personas van relacionadas entre sí, y destinadas a un sin número de personas denominadas consumidores o usuarios y ante la imposibilidad de celebrar un contrato individual con cada uno de ellos se hace necesaria la contratación en serie.

Por lo tanto esta nueva contratación ha surgido como una respuesta a la necesidad de agilizar el comercio entre los hombres.

---

<sup>47</sup> Villegas Lara, René Arturo. **Ob. Cit.** Pág. 8



c. Tiende a ser internacional: porque los movimientos y actividades mercantiles que se realizan, tienden a borrar las fronteras y buscan espacios más amplios para el desarrollo de la contratación.

“Enfocamos el comercio internacional en sus relaciones generales con el derecho internacional; en forma alguna tratamos el aspecto económico propiamente dicho. El comercio es tan antiguo como el ser humano. El comercio internacional aparece cuando trasciende las fronteras de los Estados”.<sup>48</sup>

El ser humano es un ser sociable por naturaleza que se relaciona con sus semejantes aún fuera de su territorio, como producto de esto nace el comercio internacional, en donde se involucran diferentes impuestos, restricciones, cuotas, tarifas preferenciales, mercados comunes, etcétera. De ahí radica la importancia de puntualizar que la contratación mercantil no conoce límites territoriales y se desenvuelve a nivel mundial traspasando fronteras.

d. **Ánimo de lucro:** en todo acto mercantil se persigue conseguir ganancias o provechos equivalentes para los comerciantes. Según lo indica el autor Edmundo Vásquez Martínez “Si la empresa mercantil tiene por objeto ofrecer al público con propósito de lucro y de manera sistemática, bienes o servicios (Artículo 655 del Código de Comercio), tal objeto solo puede realizarse jurídicamente a través de las obligaciones. De ahí que se pueda decir que las obligaciones son el instrumento

---

<sup>48</sup> Larios Ochaita, Carlos. **Ob. Cit.** Pág. 217



jurídico mediante el cual la empresa realiza su objeto y también que las obligaciones y contratos mercantiles por su instrumentalidad con respecto a la empresa, poseen ciertas características que la particularizan”.

La opinión del autor citado, resalta la importancia del ánimo de lucro que se maneja el campo mercantil, resaltando al mismo como una característica propia de las obligaciones y contratos mercantiles, que distingue de la contratación puramente civil.

e. Poco formalismo: la simplifica permitiendo que la contratación se realice sin la existencia de normas rígidas y que permiten la realización rápida de los negocios.

Según el Código de Comercio de Guatemala, Artículo 671, formalidades de los contratos; establece: “los contratos de comercio no están sujetos, para su validez, a formalidades especiales cualesquiera que sea la forma y el idioma en que se celebren, las partes quedarán obligadas de la manera y en los términos que aparezca que se quiso obligar cuando el contrato se celebre en Guatemala y surtan efectos aquí, deberá usarse el idioma español en concordancia con las leyes fundamentales de la república”.

f. Libertad de contratación: según René Arturo Villegas Lara “el contrato ha sido considerado como la máxima contención de la libertad jurídica, entendida ésta como el desiderátum de las personas para hacer o no hacer lo que la ley permite. Ninguna persona está obligada a celebrar contrato”. En este sentido el Artículo 681 del Código



de Comercio establece que a nadie se le puede obligar a contratar sino cuando rehusarse a ello significa un acto ilícito o abuso de derecho”.

La libertad de contratación consiste en el más amplio albedrío de poder celebrar contratos con quienes se desee, más sin embargo, existen caso en los cuales no puede concurrir esa libertad de contratación, tal es el caso de los comerciante o grandes empresas que solamente ellos ofrecen un producto o prestan un servicio de suma utilidad, estas personas no pueden negarse a contratar, puesto que al hacerlo cometerían un abuso de derecho, puesto que si el consumidor o usuario no tiene la facultad de elegir entre la libre competencia, el proveedor o prestador del servicio tampoco puede elegir su clientela.

A no ser por lo anterior, la libertad de contratación se traduce como la más amplia autonomía de contratar con quien más le convenga.

### **3.5. Integración del Código de Comercio de Guatemala y el Código Civil**

Esta integración parte del Artículo primero del Código de comercio de Guatemala, en donde establece claramente lo siguiente: Los comerciantes en su actividad profesional, los negocios jurídicos mercantiles y cosas mercantiles, se regirán por las disposiciones de dicho Código y en su defecto por las del derecho civil que se aplicarán e interpretarán de conformidad con los principios que inspira el derecho mercantil.



Así mismo el Artículo 694 del Código de Comercio de Guatemala, establece que a los negocios, obligaciones y contratos de naturaleza mercantil, se le aplicara supletoriamente, lo establecido al respecto dentro del Código Civil.

La contratación civil y mercantil, se encuentran aunadas en cuanto a la legislación, no obstante que el Código de Comercio de Guatemala establece normas específicas de aplicación a las obligaciones mercantiles, por lo que se debe de aplicar supletoriamente la Legislación Civil únicamente en ausencia de disposiciones específicas.

### **3.6. El Contrato como fuente de las obligaciones mercantiles**

“No cabe duda de que el contrato es la fuente por excelencia de las obligaciones mercantiles. Cabe recordar que conforme a los indicados preceptos, el contrato es una especie del género convenio y que el primero de tales vocablos solo debe de emplearse para aquellos acuerdos de voluntades por virtud de los cuales se producen o transfieren obligaciones o derechos; cuando se modifiquen o extingan obligaciones, será menester el empleo de la palabra convenio”.<sup>49</sup>

Apenas si hace falta detenerse en consideraciones sobre los inconvenientes de la dualidad de expresiones, cuyo empleo en estrictos términos legales, podría ofrecer en la práctica dificultades a veces insuperables: ¿cómo llamar al acuerdo de voluntades para modificar o extinguir derechos?, no será contrato, por cuanto no se producen o

---

<sup>49</sup> Dias Bravo, Arturo. “Contratos Mercantiles”. Pág. 25



transfieren obligaciones y derechos. Tampoco será convenio, puesto que el mismo implica acuerdo de voluntades para crear, transferir, etc. obligaciones pero no derechos. Por otra parte ninguna razón justifica la dicotomía legal, luego es perfectamente válido e inatacable a pesar de lo dispuesto por el Artículo 1793, un contrato para modificar o extinguir obligaciones.

Ahora bien, dentro de la amplia gama del mundo contractual existen en la moderna vida mercantil, acuerdo de voluntades que, por una u otra razón, ofrecen algunas dificultades para encuadrarlos como contratos, en ocasiones por una injustificable resistencia de los otorgantes a emplear el término contrato, en otras, por razón de una de las partes o ambas, no disponen de libertad para elegir sobre las estipulaciones que consideren más convenientes plasmar, por el hecho de que quedan supeditados a las condiciones previamente establecidas por el ente que presta determinado servicio.

Cuando se habla de fuente de obligaciones se refiere a cual es el origen o de donde surgen las obligaciones. El contrato, efectivamente es una fuente de obligaciones porque como el mismo vocablo lo indica, obliga a los sujetos celebrantes del contrato.

La obligación o el nexo que vincula a los sujetos se da en el preciso momento en que los sujetos deciden obligarse y vincularse entre sí debiendo cada parte cumplir con las condiciones establecidas en el contrato.

El contrato mercantil en cuanto a su importancia, no tiene ninguna diferencia con el



contrato civil, que es en donde surge la compleja figura del contrato y de conformidad con la doctrina civil el contrato es una de las principales fuentes de las obligaciones, por lo tanto el contrato mercantil de la misma forma lo es.

### **3.7. Clasificación de los contratos mercantiles**

“Las clasificaciones no son ni verdaderas ni falsas, son serviciales o inútiles, sus ventajas o desventajas están supeditadas al interés que guía a quien las formula, y a su fecundidad para presentar un campo de conocimiento de una manera más fácilmente comprensible o más rica en consecuencias prácticas deseables”.<sup>50</sup>

No habría, por consiguiente, que conceder excesiva importancia al problema de la clasificación de los contratos, pero el hecho es que el propio codificador, en el Código Civil ha recogido algunas clasificaciones corrientes en su época y por otra parte, la doctrina universal ha agrupado a los contratos en diversas categorías, utilizando denominaciones que se han tornado de uso corriente en la terminología jurídica.

Los contratos pueden ser clasificados de muy distintos puntos de vista, algunos de ellos económicos y otros de ellos técnico jurídicos, algunos estructurales y otros funcionales”.

De manera pues que la clasificación de los contratos nos es útil para determinar

---

<sup>50</sup> Fontanaorrassa, Rodolfo . “Derecho Comercial Argentino. Doctrina General de los Contratos”. Pág. 131





circunstancias o características de un determinado contrato para poder agruparlos y distinguirse uno de otros.

Al hablar de la clasificación de los contratos mercantiles no podemos olvidar la clasificación del contrato de la Legislación del país, el Código Civil guatemalteco, Decreto Ley 106, la cual únicamente se debe adaptar a la contratación mercantil aplicando a cada tipo de contrato los principios por los que se rige el contrato mercantil y que los diferencia de los civiles.

Por lo tanto la clasificación de los contratos obedece a la organización de los mismos de acuerdo a las diferentes clases que existen atendiendo a sus características propias. De esto se desprende que debido a la universalidad de contratos mercantiles que hoy existen, es necesario separarlos o dividirlos en grupos de acuerdo a las diferentes condiciones o circunstancias de cada uno de ellos pudiendo hacerlo de la manera siguiente:

a) Clasificación legal

- Contratos unilaterales y bilaterales,
- Contratos consensuales y reales,
- Contratos solemnes y no solemnes,
- Contratos nominado e innominados,
- Contratos principales y accesorios,



- Contratos conmutativos y aleatorios,
- Contratos condicionales y absolutos,
- Contratos instantáneos y sucesivos, y
- Contratos típicos y atípicos.

#### b) Clasificación doctrinaria

Según el autor Edmundo Vásquez Martínez “atendiendo a la función económica:

- Contratos de cambio: son los que procuran la circulación de la riqueza (bienes y servicios), ya sea dando un bien por otro (compraventa, suministro, contrato estimatorio, operaciones de bolsa); ya sea dando un bien a cambio de un hacer o servicio (transporte, hospedaje).
- Contratos de colaboración: tanto asociativa (contrato de sociedad) como simple, en los que una parte coopera con su actividad al mejor desarrollo de la actividad económica de la otra (agencia, corretaje, comisión, edición, difusión y representación escénica, participación).
- Contratos de conservación o custodia: (deposito irregular, deposito en almacenes generales y fideicomiso).



- Contratos de crédito: en los que al menos una parte concede un crédito a la otra (apertura de crédito, descuento, cuenta corriente, reporto, carta orden de crédito, tarjeta de crédito, crédito documentario).
  
- Contratos de prevención de riesgo: en los que una parte cubre a la otra las consecuencias económicas de un determinado riesgo (Seguro: a) daños: incendio, transporte, agrícola y ganadero, responsabilidad civil, automóviles; y b) personas: Reaseguro).
  
- Contratos de garantía: aseguran el cumplimiento de las obligaciones (fianza y reafianzamiento)”

### **3.8. Interpretación de los contratos**

La interpretación de las normas contractuales consiste en fijar el sentido de cada una de las estipulaciones contenidas en el contrato, puesto que en el momento de la contratación, ambas partes se encuentran de acuerdo, pero durante su ejecución o cumplimiento podrán surgir problemas sobre cuestiones dudosas, que no cuentan con reglamentación dentro del mismo contrato por lo que hace imperiosa su interpretación.

El Código Civil guatemalteco en el Artículo 1593 en adelante establece para el efecto las reglas o principios de interpretación siendo las siguientes:



- a) Se estará al sentido literal de las cláusulas del contrato cuando sus términos son claros y no existe duda sobre la intención de las partes.
- b) Prevalece la intención cuando esta es contraria al sentido literal.
- c) No deberá entenderse contenida en las cláusulas del contrato cosas distintas y casos diferentes sobre aquellos que las partes propusieron obligarse.
- d) Las frases o palabras que puedan interpretarse en varios sentidos se entenderá en aquel que sea más conforme con la materia del contrato.
- e) Cuando dos o más cláusulas se contradigan y haga imposible su coexistencia, prevalecerá la cláusula que sea más conforme al contrato y con la intención de las partes.
- f) Las cláusulas se interpretaran en su contexto por las otras atribuyendo a las dudosas el resultado que provenga de todas; las ambiguas se interpretaran según el uso y costumbres del lugar en que el contrato se otorgo.
- g) En los contratos de Adhesión se interpretará a favor del contratante que se ha adherido al contrato.
- h) Si la duda no puede resolverse por los medios indicados debe resolverse a favor



del obligado.

i) Tratándose de una obligación, debe restarse, en caso de duda, mas por la negativa que por la afirmativa, y viceversa, si se trata de una liberación.

j) Cuando por los términos porque esta concedido el contrato, no pueda conocerse la voluntad o intención de los contratantes sobre el objeto principal, la obligación carece de valor.

### **3.9. Contratos celebrados a través del internet**

Como anteriormente se expuso, el Internet, ha resultado ser la principal vía de comunicación que permite la celebración de contratos mercantiles, sobrepasando las barreras del clásico contrato.

“Internet es mucho más que un nuevo canal de distribución comercial; es un mercado, abierto internacional por naturaleza, un centro mundial de actividad mercantil electrónica que funciona sobre la base de un protocolo (lenguaje informático) y de estándares técnicos homogéneos a nivel internacional, pero también representa una realidad cualitativamente distinta: un nuevo modelo de hacer negocios, también para determinadas actividades, como la venta de software o los servicios financieros, un nuevo sistema de contratación que puede acabar sustituyendo el tradicional, porque las características de estos negocios de naturaleza intangible y digitalizable de su materia



prima y de las prestaciones en que consisten, resultan singularmente propicias para ser canalizadas a través del tráfico electrónico”.<sup>51</sup>

En Internet se produce un proceso especial de contratación (un proceso de contratación on-line) que difiere de la tradicional negociación y formalización de contratos con presencia física de las partes contratantes y también de la venta a distancia o contratación entre ausentes conocida desde antaño”.

En la coyuntura contractual mercantil se discute si la contratación que se realiza a través de internet lograra cumplir con los principios más fundamentales de la dogmática contractual; definitivamente las legislaciones incluyendo la del país no están preparadas para el impacto que este tipo de contratación conlleva, pero la evolución de la misma es una realidad, está desplazando la contratación por escrito.

La contratación a través de Internet no va a generar una nueva teoría de las obligaciones, pero sí que siendo validos quizá, más que nunca, los principios clásicos del derecho patrimonial privado, Internet representa un nuevo ámbito o mercado de contratación, en el que esos principios han de ser revisados y actualizados a la de una realidad tecnológica que rompe con una tradición de siglos en lo que se refiere al modo y a la forma en que las personas se conocen, se ponen en contacto, se relacionan, y contratan, modifican, revocan, pagan, cumplen o incumplen obligaciones y reclaman sus derechos. Un nuevo modo desconocido hasta ahora de prestar el

---

<sup>51</sup> Aguilar Guerra, Vladimir Osman. **Ob. Cit.** Pág. 140 y 141



consentimiento a un acto o negocio jurídico, diferente tanto de la forma verbal como de la forma escrita”.<sup>52</sup>

Es evidente que el fenómeno de Internet es una muestra más, que tanto el derecho y por consiguiente la contratación, se mantiene en una constante evolución, corresponde a los estudiosos y profesionales del derecho resolver los problemas y vicisitudes que se presentan día a día en la convivencia humana.

Dentro de sus características principales están:

a) La transacción en Internet es electrónica e internacional; b) Su materia principal es información y equivale a un servicio; c) Los contratos puede formarse electrónicamente y cumplirse físicamente, o formarse y cumplirse en línea haciendo complejo decidir la jurisdicción aplicable en este último caso y d) La identificación y ubicación de las partes es crucial, ya que a través de esto se puede determinar la jurisdicción aplicable.

### **3.9.1 Procedimiento contractual**

“El procedimiento contractual puede ser descrito del siguiente modo: el cliente, incluso el nuevo cliente o, en un sentido más amplio, el ínter nauta, entra en la página “web”, “website”, “sitio”, o “destino” de la entidad prestadora del servicio, en la que existe un lugar de acogida (“home page”) con información general sobre la misma y las entradas

---

<sup>52</sup> Aguilar Guerra, Osman Vladimir. *Ob. Cit.* Pág. 142



o ventanas de acceso a informaciones y operaciones concretas. Una vez situado en el segundo nivel de navegación, el cliente suele encontrar en pantalla un formulario que tiene que llenar para poder acceder a la oferta comercial concreta (o para hacerse cliente de la entidad si no lo fuera). Acto seguido, o en una sesión o comunicación posterior, el cliente debe digitar las claves de identidad de las que es titular (contraseña y firma electrónica). A partir de ese momento, comienza la sesión o desarrollo de la transacción propiamente dicha, mediante la ejecución "on line" por parte del cliente de la solicitud u orden correspondiente, proseguida por los actos de aceptación y confirmación, en su caso, que sean propios de la operación".<sup>53</sup>

La contratación a través del Internet, obedece al incesante avance de la tecnología, y a la necesaria agilización de las actividades de comercio a lo largo del mundo, es por esto que la contratación por esta vía de comunicación, se encuentra en nuestros días en un constante crecimiento, traspasando de esta forma las barreras de la contratación genérica, pues en base a lo anterior expuesto, se hace evidente que la celebración de un contrato se ha simplificado de tal manera, que ya no es necesaria la presencia física de las partes.

El procedimiento para poder contratar a través del Internet es sumamente sencillo, en donde se producen declaraciones de voluntad, negociación (en algunos de los casos), y expresión del consentimiento.

---

<sup>53</sup> Aguilar Guerra, Vladimir Osman. **Ob. Cit.** Pág. 142.





Como regla general el contrato electrónico es un contrato a distancia. Por ello es necesario dilucidar si se trata de un contrato celebrado entre persona físicamente presentes o entre ausentes.

En las contradicciones por vía telefónica, la doctrina ha considerado separadamente el momento y el lugar de celebración. Con el uso del teléfono la comunicación es instantánea, por lo que se considera que es entre presentes. En cambio, con relación al lugar, como las personas están físicamente disjuntas, el contrato es regido por las normas relativas a su contratación entre ausentes. En este último caso hay una distancia geográfica que se traduce en un tiempo de comunicación jurídicamente relevante, pero el medio utilizado neutraliza la geografía, ya que la comunicación es instantánea.

El lugar celebrado del contrato tiene efectos importantes para fijar la competencia; la ley aplicable; el carácter nacional o internacional del contrato y para interpretarlo conforme a los usos y costumbres.

En la mayoría de los casos que presentan conflictos hay lugar de celebración y cumplimiento fijados, pero las relaciones virtuales tienden a ser autónomas por su configuración de sistema, lo que hace que en algunos sectores, el lugar sea virtual. Es una evolución hacia la abstracción totalmente controlable

El domicilio de las personas físicas o jurídicas, el lugar de los contratos en las



relaciones globales es una cuestión de atribución de efectos jurídicos y no de determinar quien vive en ese lugar o si estuvo presente en la celebración o ejecución del contrato.

El lugar jurídico puede ser un nombre de dominio, que no coincida con el lugar real donde efectivamente este el sujeto. La noción del lugar es un concepto normativo.

Como regla general es el que fijen las partes: en su defecto del lugar del contrato se juzgara en donde lo diga el legislador y en este punto hay diferencias importantes. Si se trata de una empresa: el domicilio del oferente debe ser precisado, distinguiéndose entre domicilio principal y sucursales y en la contratación electrónica se agrega donde está organizado el sistema informático.

La ley modelo de UNCITRAL (United Nations Comision on Internacional Trade Law) indica que el lugar de celebración del contrato es donde el destinatario tiene la sede principal; independientemente del lugar de instalación del sistema informático Artículo uno, un mensaje electrónico se considera expedido en el local donde el remitente tenga su establecimiento u recibido donde el destinatario tenga su establecimiento.

La firma digital puede ser definida como una secuencia de datos electrónicos que se obtienen mediante la aplicación a un mensaje determinado de un algoritmo (fórmula matemática) de cifrado asimétricos o de clave pública, y que equivale funcionalmente a la firma autógrafa en orden a la identificación del autor del que procede el mensaje.



Desde un punto de vista material, la firma digital es una simple cadena o secuencia de caracteres que se adjuntan al final del cuerpo del mensaje firmado digitalmente.

Este instrumento que permite, entre otras cosas, determinar de forma fiable si las partes que intervienen en una transacción son realmente las que dicen ser y si el contenido del contrato ha sido alterado o no posteriormente.

También es un conjunto de datos asociados a un mensaje que permite asegurar la identidad del firmante y la de la identidad del mensaje. La firma digital no implica que el mensaje este oculto, es decir, que este no puede ser leído por otras personas; al igual que cuando se firma un documento holográficamente este puede ser visto por otras personas.

En jurisdicciones de todo el mundo, las firmas digitales ganan gradualmente el mismo peso legal que la firma manuscrita. No es una firma escrita, si no un software.

### **3.10. Cláusulas abusivas dentro de la contratación mercantil**

Nadie desconoce que, en el moderno tráfico mercantil, buena parte de los contratos se instrumentan en formularios que contienen una serie de condiciones generales convertidas en contratos de adhesión, unilateralmente impuestos por una de las partes desde una situación de privilegio y a las que la otra parte debe adherirse necesariamente si quiere contratar.



Las llamadas condiciones generales de contratación, debido principalmente a esa posición de privilegio o supremacía desde la que se redactan, suelen contener, prácticamente sin excepción, una serie de condiciones que, tanto desde la óptica del jurista como desde la de cualquier otra persona, resultan abusivas, rompiendo el justo equilibrio entre los derechos y las obligaciones de las partes.

Se hace evidente cada vez más la imposibilidad de prescindir de esta forma de contratación, ya que el comercio actual lo necesita, pero eso no implica que en la mayoría de los casos se abuse de esta situación, de tal manera en convertir abusivo la totalidad del contenido de un contrato de adhesión.

Como ya se dijo anteriormente, es en este tipo de contrato en donde nace la figura de las llamadas cláusulas abusivas y es necesario hacer frente a este problema, más aun cuando este término es nuevo y hasta desconocido, tal y como sucede en nuestra legislación que no contempla casi nada acerca del tema, a pesar que la inclusión de cláusulas abusivas dentro de los contratos de adhesión es cada vez mayor, razón por la cual es de suma importancia infundir el conocimiento de este tema en pro de una educación integral que permita hacer valer derechos frente a los más fuertes evitando el abuso por parte de los mismos.

“Constituyen cláusulas abusivas que merecen ser revisadas por los tribunales, las que colocan a la otra parte a merced del empresario predisponente, como ocurre por ejemplo, con las que prácticamente dejan sin efecto las normas sobre garantía por



vicios en las cosas, las que hacen asumir al cliente los riesgos de transporte, las que liberan al empresario de toda responsabilidad por culpa o establecen a su cargo, en concepto de indemnización por concepto de responsabilidad, sumas inferiores a las que puedan corresponder, en tanto que las penalidades para el cliente son impuestas con criterio riguroso y desproporcionado a sus derechos, etcétera”.<sup>54</sup>

Concretamente se puede entender por cláusulas abusivas, las impuestas unilateralmente por el empresario que perjudican de manera inequitativa a la otra parte, o determinen una posición de desequilibrio entre los derechos y las obligaciones de los contratantes e perjuicio, por lo común de los consumidores y usuarios (aunque también de cualquier otro contratante que no llegue a revestir el carácter de consumidor como puede suceder, por ejemplo en el contrato celebrado entre una empresa monopólica y una que deba someterse a las condiciones impuestas por aquella)..

Así mismo son consideradas abusivas las cláusulas que amplían los derechos de una parte en detrimento de la otra, como por ejemplo si la empresa puede rescindir el contrato libremente y el consumidor tiene limitaciones para hacerlo o tiene un costo para ello.

“El artículo 3.2 de la Directiva 93/13/CEE, como presupuesto para la consideración de una cláusula como abusiva es definida como aquella que ha sido redactada previamente y el consumidor no ha podido influir sobre su contenido (en particular en el

---

<sup>54</sup> Farina, Juan M. Ob. Cit. Pág. 138



caso de los contratos de adhesión), con independencia de que su destino sea o no incorporarse a una pluralidad de contratos”.<sup>55</sup>

De manera pues que una cláusula es abusiva cuando causa, en detrimento del consumidor, un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones que se derivan del contrato.

Las definiciones anteriores, concuerdan en cuanto a fijar como principal característica de las cláusulas abusivas el desequilibrio entre las partes, más aun cuando los contratos son dirigidos a grandes masas, sin dar a la persona que adquiere un bien o la prestación de un servicio la oportunidad de conocer las condiciones en las cuales contrata y a pesar de la evolución constante del tema y de la lucha incesante en contra de las mismas, aún no se ha logrado mermar la existencia de dichas cláusulas dentro de la contratación en masa.

### **3.10.1. Tipología de cláusulas abusivas**

Se entiende por tipología de cláusulas abusivas, la ejemplificación de casos que de incluirse como cláusula dentro de un contrato se verificaría la figura jurídica.

- a) “Las cláusulas que otorgan la facultad de resolver discrecionalmente el contrato.

---

<sup>55</sup> Aguilar Guerra, Vladimir Osman. **Ob. Cit.** Pág. 97.



- b) Las cláusulas que perjudican de manera desproporcionada o no equitativa al consumidor o comportan en el contrato una posición de desequilibrio entre los derechos, obligaciones y las partes, en perjuicio de los consumidores y usuarios.
- c) Las condiciones abusivas de crédito que deben entenderse como la aplicación a los contratos de concesión de crédito.
- d) Los incrementos de precio por servicios, accesorios, financiaciones, aplazamientos, recargos, indemnizaciones, o penalizaciones que no correspondan a las prestaciones adicionales susceptibles de ser aceptadas o rechazadas en cada caso y expresados con la debida claridad y separación.
- e) Las limitaciones absolutas de responsabilidad frente al consumidor o usuario y las relativas a la utilidad o la finalidad esencial del producto o servicio.
- f) La repercusión sobre el consumidor o usuario de fallos, defectos o errores administrativos, bancarios, o de domiciliación de pagos que no sean directamente imputables, así como el coste de los servicios que en su día y por un tiempo determinado se le ofrecieron gratuitamente.
- g) La inversión de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor o usuario.
- h) La imposición de renunciadas a los derechos del consumidor o usuario reconocidas en la ley.
- i) Los pactos de sumisión expresa a jueces o tribunales que no sean los del domicilio del adherente.
- j) Las que acoten la libertad del adherente de contratar con terceros”.<sup>56</sup>

---

<sup>56</sup> Aguilar Guerra, Vladimir Osman. **Ob. Cit.** Pág. 97.



La facultad de rescindir un contrato en principio corresponde a ambas partes, pero es común que dentro de las condiciones generales de contratación esa facultad corresponda únicamente a una de ellas constituyéndose en ese caso como una cláusula abusiva.

“Quien posee la facultad rescisoria se encuentra en una posición de notoria ventaja respecto de la contraparte, que se expone a sufrir el ejercicio de ella con apreciable daño”.<sup>57</sup>

### 3.10.2. Cláusulas

a) Cláusula de establecimiento de pena o multa contractual: “la piedra de toque en este aspecto es el establecimiento de penas o multas. En este caso se van más allá de la simple indemnización de daños y el incumplimiento –muchas veces derivadas de las mismas exigencias desmedidas de las condiciones negócias generales- abre la posibilidad para el estipulante de poder exigir una pena exorbitante”.<sup>58</sup>

Si bien es cierto el no cumplimiento de un contrato de la forma estipulada trae como consecuencia el pago de daños y perjuicios por parte de quien incumple pero no es motivo para tomar esta circunstancia como una excusa para establecer una pena excesiva y que no se encuentra en proporción al daño o perjuicio causado puesto que se encuentra extralimitada.

---

<sup>57</sup> Rezzonico, Juan Carlos. *Ob. Cit.* Pag. 523

<sup>58</sup> Rezzonico, Juan Ccarlos. *Ibíd.* Pág. 529





b) Cláusula que permite Modificar la prestación que está a cargo del empresario: al momento de contratar se establece con precisión cuál es el bien o servicio objeto del contrato y una vez cumplida su obligación por parte del consumidor o usuario, el empresario no debe tener la alternativa de cambiar el objeto del contrato.

“Este requisito esencial no puede ser alterado en virtud de cláusulas predispuestas que dejen al arbitrio del estipulante determinar el contenido, extensión y modalidades del cumplimiento de las prestaciones cargo de una o de ambas partes pues esto afecta a la esencia misma del contrato”.<sup>59</sup>

Es lógico, que cuando un consumidor o usuario se acerca a contratar sobre un bien o servicio es debido al interés o necesidad que tiene del mismo, por lo tanto no debe existir la libertad para el empresario de poder cambiar el objeto o la prestación del contrato, sin ningún problema.

c) Cláusula de caducidad: “la cláusula de caducidad constituye una desventaja para el adherente en cuanto establece un plazo dentro del cual y solamente en él es posible hacer un derecho. Es evidente que existe interés en el estipulante en que los eventuales derechos que puedan corresponder al cliente o adherente tengan un límite temporal muy breve, en que se los pueda ejercer”.<sup>60</sup>

Dentro de este supuesto el tiempo desempeña un papel primordial, puesto que el

---

<sup>59</sup> Farina, Juan M. **Ob. Cit**, Pág. 139

<sup>60</sup> Rezzonico, Juan Carlos. **Ob. Cit**. Pág. 534.



transcurso del mismo significa la pérdida de un derecho, ya que expirado el plazo no es ejercitable en modo alguno y más aun cuando ese plazo es restringido a lo más mínimo posible.

d) Reducción de plazos de garantía en casos de vicios aparentes y ocultos: este tipo de cláusula se incorpora en el supuesto de que el predisponente no responde por los vicios aparentes de la cosa vendida aun cuando esta no hubiere podido ser examinada por el comprador, lo cual en ningún momento se apega a lo que establece la Legislación guatemalteca, puesto que, el oferente de un bien o un servicio debe responder por los vicios de los que adolece su producto y esto como regla general, sin excepción.

e) Precio: uno de los elementos reales más importantes del contrato lo constituye el precio, el cual en principio debe ser justo o equilibrado según la calidad del bien o servicio.

En principio el precio de un contrato debería de ser convenido por ambas partes, pero dentro de la contratación en masa, quien establece el precio es la empresa. Es común que dentro del comercio nos encontremos con que el precio de un bien o servicio que aparece en la oferta no es el precio real, pues al momento de contratar resulta incrementado con servicios accesorios (garantías, instalaciones, fletes, etcétera), y que no dan la oportunidad de ser contratados con terceras personas, sino por el contrario deben contratarse dichos servicios obligadamente con el empresario, quien

se aprovecha de esta situación para poner precios por encima de los reales, a los mismos.

Se puede aseverar que el precio, por la importancia que tiene dentro de todo contrato debe ser plenamente determinado, sin que exista la posibilidad de ser diferido por el estipulante, por el contrario este debe de presentar al mercado el precio real, completo y justo del bien o servicio a prestar, para que al momento de que un determinado cliente desee contratar el mismo sepa de antemano cual será el precio exacto que deberá pagar y no sea sorprendido posteriormente con incrementos en el valor del bien o servicio.

f) Cláusula que restringen la facultad de contratar con terceros: es común encontrar una circunstancia que al momento de contratar un bien o servicio se nos limite la oportunidad de contratar con terceras personas alguna cuestión en relación a ese mismo bien o servicio, por ejemplo, al comprar un vehículo en determinada agencia es obligación realizar todo tipo de servicios y modificaciones dentro de la misma puesto que de hacerlo con una persona distinta, se pierde la garantía ofrecida al momento de contratar.

g) Cláusula de prórroga automática del contrato: "la tácita reconducción o renovación automática del contrato, estipula para el supuesto de que el adherente no formule su voluntad en contra con determinada antelación, puede significar para este quedar vinculado por un plazo muy superior al previsto originariamente. Esta cláusula se



predispone frecuentemente, en los contratos de duración tales como el suministro, seguro, prestación de servicios, suscripción de periódicos, etcétera”.<sup>61</sup>

El Código de Comercio de Guatemala establece en su Artículo 676 que la prórroga en las obligaciones y contratos mercantiles debe ser expresa lo cual obedece también al principio de expresividad de la prórroga en donde se descarta toda posibilidad de tomar la figura de la tacita reconducción, que es una institución propia del derecho civil.

h) Cláusula de sustitución del obligado: “por definición el contrato significa un acuerdo de dos o más voluntades y entre esos sujetos la convención producirá normalmente sus efectos; pero ello puede resultar alterado cuando –mediante la utilización de condiciones negócias generales- se deja abierta la posibilidad de que quien deba cumplir sea otro que el estipulante original”.<sup>62</sup>

Los efectos que produce el supuesto anterior son negativos más aun cuando el objeto del contrato recae sobre cualidades específicas de la persona del estipulante, tal sería el caso, del contrato de servicios profesionales, por lo que al sustituirse esta persona todo el contrato queda afectado de una grave desnivelación constitutiva.

i) Cláusula de prórroga de jurisdicción: esta es una estipulación que es frecuente que aparezca en los contratos con cláusulas predispuestas en donde se obliga al consumidor o usuario a someterse en la jurisdicción que la empresa elija.

---

<sup>61</sup> Faruina, Juan M. **Ob. Cit.** Pág. 143

<sup>62</sup> Rezzonico, Juan Carlos. **Ob. Cit.** Pág. 548

Por lo tanto cuando una persona desea presentar cualquier tipo de acción en contra de la empresa debe acudir al tribunal que le fue indicado, sin importar cual sea su ubicación, lo cual acarrea gastos extraordinarios para los cuales no puede estar económicamente preparado y ante tales circunstancias provoca abstenerse de la defensa en juicio, pues ello puede conducir a que le resulte prácticamente imposible acudir a la vía judicial en defensa de su derecho.

j) Cláusula de arbitraje: no se está en desacuerdo en cuanto a la posibilidad de encontrar en el arbitraje la solución de un determinado conflicto surgido con ocasión de la celebración de un contrato que contenga condiciones generales de contratación pero el riesgo que se corre está la decisión del árbitro o amigable componedor.

“La estipulación de una cláusula de arbitraje posibilita al estipulante imponer un derecho al cual el adherente no ha elegido someterse con plena libertad y que puede no contemplar sino de manera muy restringida los intereses de este último”.<sup>63</sup>

Es por eso, que la cláusula de arbitraje significa un riesgo para el consumidor o usuario puesto que se presenta no ante un juez que aplicaría el derecho legislado sino por el contrario se presenta a una persona que fallará sobre su leal saber y entender.

k) Cláusula sobre inversión de la carga de la prueba: la prueba se perfila así como la parte más importante de un Código Procesal, el punto central de todo el proceso, ya

---

<sup>63</sup> Rezzonico, Juan Carlos. **Ob. Cit.** Pág. 563.



que el juez debe atenerse al probatum, correspondiendo a las partes ad ferre et probare, adjudicándoles el ordenamiento procesal, la carga de esa prueba, eje de todo el sistema probatorio lo cual requiere una distribución entre las partes.

La carga de la prueba corresponde equitativamente a ambas partes, tanto para quien asegura a un hecho, como quien lo contradice, por lo que no se puede descargar toda la responsabilidad probatoria en una sola de las partes dentro de un juicio.

Al respecto el Código Procesal Civil y Mercantil de Guatemala, Decreto Ley 107, indica en su Artículo número 126 que “las partes tienen la carga de demostrar sus respectivas proposiciones de hecho, y quien pretende algo ha de probar los hechos constitutivos de su pretensión y quien contradice la pretensión del adversario ha de probar los hechos extintivos o las circunstancias impeditivas de esa pretensión”.

Corresponde pues en principio a ambas partes la aportación de la prueba por lo que no se puede dejar a solo una de ellas la responsabilidad de probar determinado hecho.

l) Cláusulas limitativas de excepciones o reclamos judiciales: “el terreno de elección para utilizar la cláusula prohibitiva de oposición es la llamada cláusulas solve et repete, también denominada “exceptio solutionis”. Constituye un caso de renuncia contractual por parte del deudor al derecho de oponer determinadas excepciones. Por medio de esta cláusula uno de los contrayentes procura asegurarse una posición de privilegio,



respecto del logro de su prestación”.<sup>64</sup>

A un significado una hipótesis típica de limitación a la oposición de excepciones, obliga al deudor a cumplir para no caer en mora debendi. La parte que queda afectada por la cláusula, no puede ni eximirse de la prestación ni retardarla, oponiendo excepciones. Debe cumplir eventualmente iniciar juicio, aparte de que con ello queda afectada la economía procesal. Del lado del beneficiario de la cláusula implica posibilidad de autotutela, pues le es dado accionar en juicio sin que pueda oponérsele obstáculos derivados de la excepción de incumplimiento, retención y análogas.

Opina Spota “que la procedencia de la cláusula Solve et Repete puede admitirse en cuanto no implique un manifiesto menoscabo del ordenamiento legal, como cuando la renuncia constituye un abuso de derecho. Ello así en cuanto al contrato individual. Tal cláusula inserta en formularios predispuestos por una de las partes es típica cláusula de riesgo”.

Constituye pues, esta cláusula, un detrimento de los derechos del consumidor y usuario, en cuanto a la facultad que este posee ya se de oponer excepciones o bien iniciar un juicio, se le limita considerablemente su derecho de acción, recordando este como la facultad que tiene toda persona de acudir a los órganos jurisdiccionales a hacer valer una pretensión y en cuanto a las excepciones la facultad que tiene de oponerse a las pretensiones del actor. Por lo tanto que facultad posee el consumidor

---

<sup>64</sup> Rezzonico, Juan Carlos. **Ob. Cit.** Pág. 542

de poderse defender ante el empresario o proveedor de un bien que generalmente se encuentra en una posición privilegiada, cuando esta es condicionada.

La inclusión de esta cláusula en un formulario pre redactado, no es más que otra forma de librarse de su responsabilidad, por parte de quien los redacta.

Según la legislación actual, no hay una tipología exacta de lo que son las cláusulas abusivas pero según el artículo 47 de la Ley de Protección al Consumidor y Usuario, Decreto Número 06-2003, existen ciertos supuestos que al ser incluidos dentro de las cláusulas no producirán efectos, por lo que se puede interpretar como cláusulas abusivas, siendo dichos supuestos los siguientes:

- a) Las que otorguen a una de las partes la facultad de dejar sin efecto o modificar a su solo arbitrio el contrato, salvo cuando esta facultad se conceda al consumidor o usuario en las modalidades de venta por correo, o a domicilio, por muestrario o catalogo, usando medios audiovisuales u otras análogas y sin perjuicio de las excepciones que las leyes establecen.
- b) Las que establezcan incrementos de precio del bien o de servicio por accesorios financiamiento o recargos no previstos, salvo que dichos incrementos correspondan a prestaciones adicionales susceptibles de ser aceptadas o rechazadas en cada caso y estén consignadas por separado en forma específica.





c) Las que hagan responsable al consumidor o usuario por los efectos de las deficiencias omisiones o errores del bien o servicio cuando no le sean imputables.

d) Las que contengan limitaciones de responsabilidad ante el consumidor o usuario, que puedan privar a este de su derecho o resarcimiento por deficiencias que afecten la utilidad o finalidad esenciales del bien o servicio.

e) Las que incluyan espacios en blanco que no hayan sido llenados o inutilizados antes que se suscriba el contrato.

f) Las que impliquen renuncia o limitación de los derechos que esta ley reconoce a los consumidores y/o usuarios.

Para controlar el uso de cláusulas abusivas en los contratos predispuestos las personas pueden defenderse durante el ejercicio de su propia libertad de contratación o autonomía privada o bien asociándose en agrupaciones de consumidores; el Estado a su vez también puede controlar los abusos en este sistema de contratación a través de mecanismos administrativos, legislativos o judiciales.

El remedio contra las cláusulas abusivas puede provenir del ejercicio de la autonomía privada de los propios contratantes quienes son los que deciden si contratan o no bajo determinadas condiciones, ya que por regla general nadie está obligado a contratar.

También pueden contrarrestarse las cláusulas abusivas de los contratos predispuestos cuando las personas actúan de manera colectiva bajo la conformación de asociaciones de consumidores y usuarios.

Otra arma importante contra las cláusulas abusivas es la información, por lo que se debe de difundir cuales son los derechos que le asisten a los consumidores y usuarios, para que éstos los puedan hacer valer; en esta medida las estipulaciones abusivas incorporadas por determinada empresa pueden llevar a que los consumidores, una vez que se encuentren adecuadamente informados, decidan no adquirir los productos o servicios ofrecidos pues sabrán que tales condiciones son perjudiciales a sus intereses.

De manera pues que se puede luchar contra la existencia de las cláusulas abusivas, al no consentirlas, pues es el consumidor quien elige lo que conviene a nuestros intereses, por lo que hay que tener muy en cuenta, el precio, la calidad, garantías, etcétera.

### **3.10.3. Forma de control**

a) Control administrativo: “singularmente ante la exigencia de una autorización previa de las condiciones generales, con el objeto de prevenir el abuso de la parte dominante, es decir, del predisponente de las mismas”.<sup>65</sup>

---

<sup>65</sup> Aguilar Guerra, Vladimir Osman. **Ob. Cit.** Pág. 89



El control administrativo se realiza antes de la celebración del contrato, mediante el se otorga a la Administración Pública (Organismo Ejecutivo) la facultad de redactar directamente las cláusulas generales de la contratación, actividad que puede lograrse a través de un reglamento.

Dentro del Decreto 06-2003, Ley de Protección al Consumidor y Usuarios, en el Artículo 52, establece la obligación de envié de una copia de los contratos de adhesión a la Dirección de Atención y Asistencia al Consumidor, para su aprobación y registro, cuando cumplan con las leyes del país en su normativa. Y al estar registrado el contrato de adhesión deberán hacer referencia a la resolución de su inscripción en dicha Dirección, en las cláusulas del contrato.

b) Control legislativo: esta clase de control va encaminado a un sistema de una regla general, está referido a una norma de contenido abstracto y de alcance general, que comprende a todas las cláusulas del contrato que desnaturalicen la relación jurídica obligatoria.

Esta clase de control, necesita como base una ley, la cual fije parámetros de las Condiciones Generales de Contratación, y una lista de supuestos de cláusulas, que de ser incorporadas al contrato, serán calificadas como abusivas y por consiguiente, nulas.

c) Control judicial: la intervención judicial en el control de las cláusulas abusivas



incorporadas en los contratos predispuestos, es un control *ex post*, mediante este control los jueces pueden declarar la nulidad e ineficacia de determinadas cláusulas abusivas, aún de todo el contrato, con posterioridad a la celebración del contrato.

d) Nulidad de las cláusulas abusivas: para entender la nulidad de estas cláusulas es necesario saber que es la nulidad, entendiéndose esta como la circunstancia jurídica en la cual no se crean efectos jurídicos, más aún cuando se trata de la nulidad absoluta, nula *Ipso Iure* la cual constituye la nada jurídica y que no nace a la vida jurídica.

“Ineficacia de un acto jurídico como consecuencia de carecer de las condiciones necesarias para su validez, sean ellas de fondo o de forma; o Como dicen otros autores, vicio de que adolece un acto jurídico si se ha realizado con violación u omisión de ciertas formas o requisitos indispensables para considerarlo como válido, por lo cual la nulidad se considera ínsita en el mismo acto, sin necesidad de que se haya declarado o juzgado”.<sup>66</sup>

“La no incorporación de las cláusulas abusivas tratan en el fondo evidenciar que faltó, o estaba mal formado el consentimiento por falta del adherente. Las condiciones generales que no queden incorporadas por falta de conocimiento completo del adherente, o por su ambigüedad u oscuridad, revelan que la autonomía privada no ha existido o ha quedado notablemente reducida, por lo que una de las partes no formó

---

<sup>66</sup> Osorio, Manuel. **Ob. Cit.** Pág. 491



su autorregulación de intereses en el clima de libre decisión consustancial al contrato.

En el ámbito de los contratos celebrados por consumidores y usuarios, las listas de cláusulas abusivas por inconcreción, oscuridad, lesión de la buena fe contractual, vinculación del consumidor a la voluntad exclusiva del profesional, ausencia de equilibrio entre las prestaciones y de reciprocidad de intereses, etcétera, muestran una defectuosa configuración de la autonomía privada y el propósito del legislador de restablecer la igualdad y la libertad de las partes contratantes a la hora de consentir”.<sup>67</sup>

Al hablar de cláusulas abusivas, sabemos que son estipulaciones amenazantes o transgresoras de un derecho del consumidor o usuario, quien en su situación desprotegida, se encuentra como la parte más afectada y como solución a este problema existe la nulidad de estas disposiciones, rescatando así un poco del tan dañado equilibrio contractual y la casi nula autonomía de la voluntad, pero que sucede cuando la persona que se adhiere no sabe cuáles son sus derechos y a quien y como acudir en caso de una trasgresión o detrimento de los mismos, y es aquí donde radica uno de los peores problemas del mundo del comercio y consumismo, la ignorancia, pues no se conocen las formas de poder hacer valer sus derechos y esto lleva a unos pocos a aprovecharse de la situación y otro gran sin número de personas a quedarse con la peor parte de este problema, si bien es cierto sí existe la nulidad, pero su sola existencia no remedia los problemas.

---

<sup>67</sup> Aguilar Guerra, Vladimir **Ob Cit.** Pág. 101

La nulidad necesita de una aplicación positiva, lo que implica más conocimiento del tema, por parte de los consumidores y usuarios, para lograr así sentar precedente, y empezar a disminuir el uso de estas cláusulas dentro de los contratos.

### **3.11 Diferencia entre condiciones generales de contratación y cláusulas abusivas**

“Por condiciones generales de la contratación, se entiende, las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea exclusivamente imputable a una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos o declaraciones jurídicamente relevantes”.<sup>68</sup>

Es decir que al hablar de condiciones generales de contratación no son más que las disposiciones que han sido destinada para formar parte de un futuro contrato de adhesión los cuales a su vez están destinados a un sin número de personas, dependiendo del producto o servicio que se ofrezca.

Se pretende así distinguir lo que son cláusulas abusivas de lo que son condiciones generales de la contratación, conceptos que no tienen por qué coincidir.

Una cláusula es condición general cuando está predispuesta e incorporada a una

---

<sup>68</sup> Ministerio de Justicia, C/ San Bernardo, 45-4728015 Madrid, “Proyecto De Ley Sobre Condiciones Generales De La Contratación”, Exposición de motivos.



pluralidad de contratos exclusivamente por una de las partes, y no necesariamente tiene por qué ser abusiva.

Cláusula abusiva es la que en contra de las exigencias de la buena fe causa en detrimento del consumidor un desequilibrio importante e injustificado.



## CAPÍTULO IV

### **4. Análisis crítico de las principales cláusulas abusivas que incluye la empresa TELGUA en la contratación mercantil en Guatemala**

Como ya se expuso anteriormente, en Guatemala existen normas que protegen al consumidor y usuario dentro de la contratación, desde la Constitución Política de la República de Guatemala que establece en el artículo 119 como obligaciones del Estado se contempla la de defender a los consumidores y usuarios en cuanto a la preservación de la calidad de los productos de consumo interno y de exportación para garantizarles su salud, seguridad y legítimos intereses económicos.

Así mismo el Código Civil guatemalteco, señala en el artículo 1520 que cuando se trate de contratos de adhesión las normas y tarifas de los negocios deben ser previamente aprobadas por el Organismo Ejecutivo, situación que no se cumple, pues mencionado organismo estatal, no interviene como ente fiscalizador de esta clase de contratación.

El Código de Comercio de Guatemala establece en el Artículo 672 establece las reglas para los contratos mediante formularios, que constituyen una forma particular de la mayoría de contratos mercantiles, e indica que se interpretaran en caso de duda, de la forma menos favorable para quien allá redactado el formulario, así mismo especifica que la renuncia de derechos por parte del adherente solo será válida si aparece subrayada o en caracteres más grandes y por último las cláusulas adicionales



prevalecen sobre las del formulario, pues se considera que estas últimas si tienen la oportunidad de ser discutidas por ambas partes del contrato y en donde si se incluye una manifestación de voluntad por parte del adherente, mucho más amplia que la sola adhesión.

La norma anterior, tampoco puede decirse con certeza, que es cumplida, pues la mayoría de contratos hechos de esta manera, no cumplen las reglas establecidas, pues si son escritos, están redactados en caracteres diminutos, que no permiten una clara interpretación del contrato y en la generalmente en estos contratos no se resalta la renuncia de derechos y en cuanto a la discusión de cláusulas adicionales que prevalezcan sobre las ya redactadas, no se verifican tales cláusulas, en su gran conjunto son contratos pre redactados que no se pueden alterar por ninguna disposición, más que por las establecidas posteriormente por la propia empresa que realiza el contrato pre redactado.

Para subsanar las realidades existentes en la contratación mercantil y la situación indefensa de los consumidores y usuarios se creó la Ley de Protección al Consumidor y Usuarios, la cual contempla los derechos básicos de los consumidores y usuarios, así como la creación de la Dirección de Atención y Asistencia al Consumidor (DIACO), que es una dependencia creada por el Ministerio de Economía.

No obstante, existir las normas anteriores, que buscan un equilibrio entre los contratantes en el tráfico mercantil, aún se está muy alejado de cumplir ese objetivo,



pues el poderío económico del que gozan las empresas que ofrecen bienes o prestan servicios, constituyen una amenaza latente para los derechos del consumidor y usuario.

Una de las manifestaciones más palpables de la restricción y contravención de los derechos de los consumidores y usuarios es la inclusión de cláusulas abusivas dentro de la contratación en masa, que ponen en quebranto los derechos de las personas que por utilidad o necesidad contratan con estas empresas.

En Guatemala poco se ha establecido en cuanto a la inclusión de las cláusulas abusivas, a pesar de ser el instrumento que viola los derechos de los consumidores y usuarios.

Esta circunstancia se ha convertido en una problemática dentro de la contratación mercantil, a la cual no se le ha encontrado una solución eficaz que merme sus efectos negativos.

Para demostrar la inclusión de cláusulas abusivas dentro de la contratación mercantil, que menoscaban los derechos de los consumidores y usuarios se acudió a diferentes empresas que ofrecen bienes y prestan servicios en Guatemala, en donde se obtuvieron diferentes formularios que contenían contratos de adhesión, pero ante la imposibilidad de analizar todos los contratos mercantiles destinados a grandes masas, así como la totalidad de los formularios obtenidos, para demostrar la inclusión de



cláusulas abusivas en la contratación se tomaron como ejemplificación la situación de una de las principales empresas de Guatemala que prestan servicios a grandes masas y que dentro de sus formularios que constituyen los contratos de adhesión, se ha podido señalar cláusulas que menoscaban el equilibrio contractual y transgreden los derechos de los consumidores y usuarios catalogándose dichas cláusulas, de conformidad con lo que se ha explicado en el presente trabajo sobre ellas, como abusivas.

#### **4.1. Servicios prestados por Telecomunicaciones de Guatemala S.A. “TELGUA”**

En la actualidad se desarrollan nuevas modalidades dentro de la contratación tradicional, siendo una de ellas la masificación contractual, la cual ha sido inspirada en la rapidez y celeridad con que deben celebrarse los contratos hoy en día.

En el país, los servicios de telecomunicaciones, se realiza a través de este tipo de contratación, ya que la cantidad de personas a las que va dirigido el mismo, no permite que sea de otra forma.

Al presentarse el servicio de telecomunicación, como condiciones generales de contratación, lo encontramos como una manera de poder ejemplificar, todo lo que se ha venido exponiendo sobre el tema, desde los elementos propios del contrato, hasta la inclusión de cláusulas abusivas dentro del mismo, tema que trae consigo los derechos del consumidor y usuario.



## 4.2. Antecedentes

La empresa guatemalteca de Telecomunicaciones, fue creada por el Decreto Número 14-71 del Congreso de la República el 14 de Abril de 1971; .era una entidad dotada con personalidad jurídica, patrimonio propio, autonomía funcional y plena capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones, que estaba constituida entre otros bienes, con el valor de los bienes activos que el Estado le transfería en propiedad para el desarrollo de sus actividades y los que la propia empresa adquiriera para ese mismo fin.

En agosto de 1996, el Gobierno de Guatemala, finaliza la elaboración del proyecto de la Ley General de telecomunicaciones, que tres meses después fue aprobada, contenida en el Decreto Número 94-96 del Congreso de la República, en donde se autoriza la venta de activos.

En diciembre de ese mismo año, se contrato a la firma auditora Arthur Anderson Consulting para asesorar al Organismo Ejecutivo y auditar el proceso.

Por su experiencia en asesoría a operadores internacionales, en febrero se elige al banco de inversión JP Morgan para hacerse cargo de la promoción y venta de la compañía.

En mayo de 1997 autoridades de La empresa Guatemalteca de Telecomunicaciones,

S.A. y JP Morgan inician la búsqueda de compradores.

El Mecanismo se da a conocer el 27 de junio de 1997, cuando se publica en el Diario Oficial el traslado del patrimonio de GUATEL, a una Sociedad Anónima.

“El 11 de agosto del mismo año se informa que, las compañías France Telecom, GTE, MCI, Southwestern Bell y TELMEX, serán los operadores precalificados para pujar en la subasta; en ese mes se designa a Citibank, para custodiar las acciones de la Sociedad Anónima, la empresa queda formalmente inscrita como Telecomunicaciones de Guatemala, S.A. (TELGUA) con el aporte de 2,800 millones de quetzales, empezando sus operaciones el 1 de septiembre del mismo año”.<sup>69</sup>

“A la subasta sólo concurrió un oferente, en un proceso de licitación muy controvertido por su falta de claridad y publicidad: el consorcio LUCA, S.A. al que se adjudicó el 95% de las acciones, por un monto global de US\$ 700.1, equivalentes a Q.4.570 millones que serían pagados a plazos. Tal venta estuvo respaldada por el banco de inversión JP Morgan y por la firma auditora Arthur Andersen. Más de 6,000 trabajadores de TELGUA recibieron el 5% restante de acciones. La negociación fue cerrada en New York y el contrato celebrado entre las partes fue redactado en idioma inglés, violando claros preceptos constitucionales”.<sup>70</sup>

---

<sup>69</sup> [www.monografias.com/trabajos28/privatizaciones-Guatemala](http://www.monografias.com/trabajos28/privatizaciones-Guatemala/). (05 de agosto de 2011).

<sup>70</sup> Morfin, Anabella. Montenegro, Mario Leonel. “Colección de Educación fiscal. Gestión del Patrimonio del Estado”. Pág. 74 y 75.



“La subasta pública del activo estatal fue anunciada para el 17 de diciembre de 1997, la que se llevo a cabo en el Teatro de Cámara del Centro Cultural Miguel Angel Asturias, pero sin embargo se recibe una sola oferta de quinientos veintinueve millones ciento cincuenta y tres mil cuatrocientos veintitrés punto ocho dólares de Estados Unidos de Norte América ( \$ 529.153,423.8) de la firma teléfonos de México (TELMEX), la cual fue rechazada por la Junta Directiva de la Empresa Guatemalteca de Telecomunicaciones GUATEL, con ello el proceso quedo detenido durante un largo período”.

“Díez meses después, el uno de octubre de 1998, se efectúa la segunda subasta pública, en la cual se adjudica por setecientos millones de dólares de Estados Unidos de Norte América, (\$700,000,000) al consorcio LUCA, S.A. una firma guatemalteca, que reúne a empresarios centroamericanos, el cual debía cancelar su oferta dentro del plazo de tres años”.

“Lo ocurrido desde la desincorporación de GUATEL y la privatización de las telecomunicaciones para transformarse luego en TELGUA, se ha convertido en un caso famoso de gestión pública en Latinoamérica, porque pese a la oposición y crítica a causa de la forma en que se hizo, los objetivos se alcanzaron.”<sup>71</sup>

Es de esta forma como el servicio de telecomunicaciones paso de ser un servicio público a un servicio masificado bajo el amparo de la contratación mercantil.

---

<sup>71</sup>www.monografias.com. Ob. Cit. (05 de agosto de 2011).



### 4.3. Análisis de resultados y propuestas

Resulta evidente que la contratación ha sufrido modificaciones a lo largo del tiempo, lo principios contractuales establecidos para la celebración de un convenio, son de poca observancia, la formalidad es casi nula, y la voluntad se ve limitada a los más mínimo.

El contrato en nuestros días ya no está limitado, a aquel convenio entre dos personas, que provoca derechos y obligaciones recíprocos, hoy por hoy, la contratación se realiza destinado a grandes masas, en donde intervienen todos los habitantes de un país en su calidad de consumidores y usuarios.

La masificación trae consigo ciertas controversias, pues el contrato se da ahora entre grandes empresas y consumidores y usuarios, por lo que la equidad contractual es un principio de inobservancia dentro de esta contratación, pues es evidente que el poderío económico por parte de las entidades proveedoras de un bien o prestadoras de un servicio se encuentran en una situación privilegiada ante la del cliente.

En virtud de la contratación masiva, no es posible prescindir de la utilización de condiciones generales de contratación, situación que limita de manera casi absoluta la voluntad de quien se adhiere, y no bastando lo anterior, también se transgreden sus derechos pues es amenazado por la inclusión de cláusulas abusivas que se incluyen en los contratos a través de sus formularios en los cuales constan las cláusulas a las cuales se deberá someter.

En el capítulo anterior se ha ejemplificado, como es que se da la inclusión de cláusulas abusivas dentro de la contratación mercantil destinada a grandes masas, tomando como muestra unos de los principales contratos que se celebran dentro del tráfico mercantil, y en todos ellos existía más de alguna cláusula que deliberadamente restringe los derechos de los consumidores y usuarios de un determinado servicio.

Es imposible debido a la magnitud de diversidad de contratos típicos y atípicos que se celebran dentro del ámbito mercantil, analizar cada uno de ellos, eso aunado a la característica casi generalizada de este tipo de contratación, que obedece al principio de antiformalismo, ya que la mayoría de contratos únicamente se pactan verbalmente, lo que dificulta su análisis en cuanto a la inclusión de cláusulas abusivas, pero esto no significa que dentro de la contratación mercantil verbal, que es la más común, no existan cláusulas que menosprecien los derechos de los consumidores y usuarios, pues de igual manera se da, con la única diferencia que no constan por escrito, lo que hace difícil su comprobación, que es uno de los fines de este trabajo.

Por lo anterior se procedió a acudir a diferentes instituciones en búsqueda de la obtención de los contratos que celebraban en las mismas, y entre todos los formularios obtenidos se procedió a analizar el contrato de suministro de servicios de telecomunicaciones de TELGUA y SERCOM. Así como el mismo contrato de suministro de la entidad TEM de Guatemala (Telefónica).

En búsqueda de un contrato bancario se analizó una muestra del formulario que





contiene el contrato de tarjeta de crédito, de la entidad Credomatic.

Y por último se tomo la muestra de un contrato de garantía, el cual corresponde a la fabrica Peugeot, el cual es un contrato accesorio al contrato de compraventa de vehículo, el cual carece de constancia escrita.

Lo mencionados contratos corresponden, a los formularios escogidos para ser analizados dentro del presente trabajo, debido a la gran trascendencia que representan dentro del mercado actual y a la gran cantidad de quejas presentadas por los usuarios respecto a los mismos.

#### **4.4. Principales cláusulas abusivas encontradas en los contratos**

Dentro de dichos contratos, establecidos mediante formularios, se pudieron detectar cláusulas que no permite un justo equilibrio entre los contratantes y que colocan en una posición privilegiada a la entidad proveedora o prestadora del servicio.

Entre las principales cláusulas abusivas que coincidían en todos los formularios, catalogándose como las más comunes, están las siguientes:

- a) Excesiva limitación de responsabilidad por parte de la entidad proveedora de bienes o prestadora de servicios.
- b) Imposición excesiva de obligaciones al cliente.

- c) Sometimiento a plazos rigurosos, bajo pena de indemnizar daños y perjuicios por terminación anticipada, sin la correlativa obligación por parte del empresario.
- d) Cambios en cuanto a los elementos del contrato, decididos unilateralmente por la Empresa.
- e) Restricción de contratar con terceras personas ajenas a la entidad contratante.
- f) La redacción del contrato en caracteres diminutos, que no permiten una interpretación plena del contrato, y que provoca la no lectura de las cláusulas, y que da como consecuencia que el cliente se adhiera al contrato en pleno desconocimiento de las obligaciones que adquiere, sin embargo, la letra pequeña dentro de los formularios, se ha convertido ya en una característica de los mismos.

#### **4.5. Propuestas de conversión de las cláusulas abusivas, a disposiciones equitativas y justas**

Por lo que estas cláusulas deberían de tomar el sentido siguiente:

- a) En cuanto a la responsabilidad: Tanto el proveedor de un bien o el prestador de un servicio y el consumidor y/o usuario, deben de tener un justo equilibrio entre sus responsabilidades, sin que ninguna de ellas pueda auto limitarse su responsabilidad, obligando a ambas partes del contrato al pago de daños y perjuicios o bien librando a ambas del mismo.
- b) Imposición de obligaciones: si se imponen obligaciones excesivas a una de las partes, debe de concedérsele en igual forma derechos, y la condición de la otra



parte en cuanto a sus derechos y obligaciones debe ser equitativa o en proporción a las conferidas.

- c) Plazos rigurosos: si se señalan plazo dentro del contrato los cuales son de forzoso cumplimiento, se debe de dar la oportunidad a ambas partes de dar por terminado el mismo, y si se condena al pago de daños y perjuicios por el vencimiento anticipado, esta responsabilidad no podrá ser evadida por la otra parte.
- d) Cambios de los elementos del contrato: no se permita el cambio de los elementos esenciales del contrato, sin el consentimiento de la otra parte, y cuando estos cambios sean manifiestamente necesarios, se le de la oportunidad a la otra parte previa notificación, de dar por terminado el contrato, sin responsabilidad alguna.
- e) Restricción de contratar con terceros: si existen cuestiones accesorias al contrato que deben adquirirse por aparte, quien impone las condiciones deberá dejar abierta la posibilidad de ser adquiridas con terceras personas, y si son ofrecidas por el mismo, sus precios deberán ser adecuados a los del mercado conforme a la calidad de los mismos, sin extralimitarse.
- f) Redacción del contrato en caracteres diminutos: Los contratos que sean redactados en letra extralimitadamente pequeña, carecerán de valor.

Así mismo es importante recalcar, que únicamente el contrato de garantía de la fabrica PEUGEOT cumplía con la disposición legal que indica que dentro de los formularios que contengan un contrato de adhesión deberá hacerse constar la resolución que



aprueba el mismo por la Dirección de Atención y Asistencia al Consumidor, pero dicha norma no se cumple, razón por la cual se permite aún más que dentro de estos contratos sea común encontrar disposiciones que menoscaban los derechos del consumidor y/o usuario.

Esto aunado a la aplicación de las leyes, puesto que en materia servicios de telecomunicación se rige por el Decreto 94-96 del Congreso de la República “Ley General de Telecomunicaciones” y lo relativo a tarjeta de crédito, regulado por el Código de Comercio de Guatemala y el Decreto número 19-2002 del Congreso de la República de Guatemala “Ley de Bancos y Grupos Financieros”. Por lo que al existir legislación específica, el consumidor o usuario afectado, debe acudir a los entes específicos y si allí no es resuelta la queja, ya se puede asistir a la Dirección de Atención y Asistencia al Consumidor DIACO, para que conozca del asunto.

Ahora bien, el problema está al descubierto, la situación del consumidor y usuario dentro del tráfico mercantil, es débil, necesita ser reforzado y amparado, para poder cumplir con los mandatos legales y principalmente constitucionales, en donde se establece la igualdad entre los habitantes de la república, la búsqueda del bien común y más concretamente en donde el Estado se obliga a la defensa de los consumidores y usuarios en cuanto a la preservación de la calidad de sus productos de consumo interno y de exportación para garantizarles su salud, seguridad y legítimos intereses económicos.

#### 4.6. Búsqueda de Soluciones

Por lo anterior se hace evidente, que es al Estado a quien corresponde el deber de cuidar los intereses de los consumidores y usuario que en su calidad de tal, se encuentran desprotegidos ante la situación privilegiada en que se encuentran las entidades mercantilistas.

Asimismo los propios ciudadanos consumidores y usuarios, deben velar por la protección de sus intereses, ya sea individualmente, al momento de celebrar un contrato o bien colectivamente, a través de agrupaciones que busquen soluciones a los problemas derivados del incesante consumo en el que se vive.

Razón por la cual, como soluciones viables a este problema se plantean los siguientes:

a) Mayor intervencionismo estatal: corresponde al Estado como ente fiscalizador de la actividad de un territorio, velar por que la situación de los que habitan el mismo, sea lo más cercano posible a la equidad.

Dentro de las formas de control de las cláusulas abusivas, explicadas en el capítulo correspondiente al caso, se ha establecido que el Estado puede a través de sus organismos, buscar una situación más protegida del consumidor y usuario.

En el país ya se ha creado una ley específica que protege a los consumidores y



usuarios, siendo esta el Decreto Número 06-2003 “Ley de Protección al Consumidor y Usuarios”, sin embargo esta carece de eficacia, pues sus disposiciones no son atendidas como se deben por parte de los empresarios, y las sanciones por incumplimiento, definitivamente no cumplen una función preventiva de la acción, puesto que son muy bajas, y en el peor de los casos no se llegan a aplicar.

Los procedimientos para la aplicación de sanciones, son ineficaces e incluso pueden llegar hasta un proceso contencioso administrativo, el cual es de larga duración, por lo que una de las principales soluciones a este problema, es reforzar los procedimientos establecidos en la ley de protección al consumidor y usuario para que estos sean eficaces y que permitan al consumidor y usuario una mayor oportunidad de defensa, en donde exista contradicción y mediación por parte de los organismos de justicias para la correcta aplicación de la ley, prestándosele la importancia que es debida.

b) Participación activa de la defensoría del medio ambiente y del consumidor, de la procuraduría de los derechos humanos: el reciente siete de junio de dos mil seis, la procuraduría de los derechos humanos creo la defensoría del Medio Ambiente y del Consumidor, debido a la poca o casi nula eficacia de las instancias para la defensa de los derechos del consumidor, por lo que el Procurador de los Derechos Humanos, a través de la coordinación de Defensoría de la Procuraduría de Derecho Humanos, se compromete a promover, divulgar y proteger los derechos sociales relativos al consumidor en cumplimiento del mandato Constitucional señalado en el Artículo 119 inciso i) de la Constitución Política de la República de Guatemala.



La creación de esta entidad, no es más que una evidente muestra de la necesaria y pronta protección al consumidor y usuario, la cual se coloca como una solución aportada por el propio Estado a través de la Procuraduría de los Derechos Humanos, quien nota la falta de eficacia de la ley en la materia y la desprotegida situación en la que continúan los consumidores, ahora bien, esta defensoría del Medio Ambiente y del Consumidor, debe cumplir su objetivo y aunarse a la lucha con las entidades ya existentes, en la búsqueda de una protección efectiva del consumidor en Guatemala.

c) Difundir los derechos de los consumidores y/o Usuarios: un punto muy importante, que se debe de tomar en cuenta dentro de esta problemática, es la falta de información por parte de los consumidores y usuarios, sobre la existencia de sus derechos mínimos como tales, los cuales son poco difundidos, y que permiten que a causa de su desconocimiento, se pasen por alto y cada vez se incremente la violación de sus derechos.

Esta información al consumidor puede ser posible a través de los medios masivos de comunicación, en términos sencillos y claros que permitan el entendimiento del alcance de estos derechos en cualquier persona, para que pueda emplearlos ante los empresarios.

La Dirección de Atención y Asistencia al Consumidor DIACO, tiene dentro de sus funciones promover y difundir los derechos de los consumidores y usuarios, la cual hasta nuestros días no ha sido suficiente, la población guatemalteca en su mayoría



desconoce la existencia de estos derechos.

Es imprescindible eliminar de los ciudadanos, el desconocimiento que se tiene de sus mecanismos de defensa, de la posibilidad de exigir calidad en los bienes y servicios, que se ajusten al precio que se paga por ellos, a poder reclamar cuando no se esté satisfecho, y a no limitar su voluntad a la aceptación de imposiciones transgresoras de sus derechos y que ponen en detrimento sus intereses.





## CONCLUSIONES

1. Los contratos realizados por la empresa de telefonía TELGUA, con sus usuarios, se dan de manera unilateral, a través de contratos pre redactados, donde se insertan cláusulas abusivas únicamente en beneficio de la entidad aludida, dejando sin opción de rescisión o mejora de los contratos.
2. El Código Civil y Código de Comercio de Guatemala, establecen dentro de sus preceptos lo relativo a los contratos de adhesión en cuanto a su forma de nacimiento a la vida jurídica, pero no señala taxativamente el procedimiento a seguir, dejando que las empresas apliquen la ley a su manera.
3. La implementación de controles y vigilancia para la defensa de los derechos del consumidor y usuario es precaria, casi nula; eso propicia a que las empresas hagan los contratos de manera arbitraria.
4. La elaboración arbitraria de contratos permite que en la mayoría de veces sólo la parte oferente es la que resulta beneficiada y hace incurrir de manera mal intencionada en error a los usuarios.
5. La contratación en el país carece de una regulación adecuada y adaptada a la coyuntura contractual, que demanda mayores garantías debido a su expansión y



a la rapidez de la tecnología, se hace necesario crear normas idóneas que respondan a esas demandas.

6. La contratación en masa en el país, permite las llamadas cláusulas abusivas que incluyen dentro de los contratos pre-redactados amenazas, transgreden y ponen en detrimento los derechos del consumidor y/o usuario.



## RECOMENDACIONES

1. La celebración de contratos que realice la empresa de telecomunicaciones de Guatemala TELGUA, debido a la evolución de la contratación mercantil y la implementación de la tecnología casi en su totalidad en todas las esferas del ámbito comercial, debe ser objeto de revisión, en este caso por la Dirección de Atención y Asistencia al Consumidor.
2. El Congreso de la República de Guatemala debe implementar las reformas necesarias del Código Civil y Código de Comercio de Guatemala respectivamente con la finalidad de establecer taxativamente el procedimiento a seguir para la celebración de contratos en igualdad de condiciones.
3. El Congreso de la República de Guatemala, debe aprobar el proyecto de la Ley de Protección al Consumidor y Usuarios, para la protección de los derechos del consumidor y/o usuarios.
4. En el Congreso de la República, debe ser aprobada de manera pronta una ley para otorgarle poder coercitivo a la DIACO, para ser el ente encargado de brindar seguridad jurídica a los usuarios.
5. La Dirección de Atención y Asistencia al Consumidor DIACO debe cumplir efectivamente con su función, especialmente incrementando la fiscalización de



la forma de celebrarse los contratos, imponer las multas respectivas para los transgresores de la Ley.

6. El Congreso de la República de Guatemala a través del procedimiento de creación de la ley, debe normar la prohibición de inserción de cláusulas abusivas dentro de los contratos que celebre en este caso la entidad TELGUA, y proteger de esa manera los derechos del consumidor, cumpliendo con el precepto constitucional de seguridad jurídica.



## BIBLIOGRAFÍA

- AGUILAR GUERRA, Vladimir Osman. **El negocio jurídico**. 2ª. ed.; Guatemala: Ed. F. De León Impresos, S.A., 2002.
- ARCE GARGOLLO, Javier. **Contratos mercantiles atípicos**. 1ª. ed.; Distrito Federal, México: Ed. Impresos Aldina S.A., 1999.
- ARGERI, Saúl A. **Diccionario de derecho comercial y de la empresa**. 1ª. ed.; Buenos Aires, Argentina: Ed. Astrea., 1982.
- ARRUBLA PAUCAR, Jaime Alberto. **Contratos mercantiles, contratos atípicos**. 3ª. ed.; Santa Fe de Bogotá, Colombia: Ed. Biblioteca Jurídica Dike., 1998.
- ARRUBLA PAUCAR, Jaime Alberto. **Contratos mercantiles**. 2ª. ed.; Colombia: Ed. Biblioteca Jurídica Dike., 1992.
- CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario enciclopédico de derecho usual**. 14ª. ed.; Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta., 1979.
- DIAS BRAVO, Arturo. **Contratos mercantiles**. 4ª. ed.; México: Ed. Harla., 1983
- DIEZ-PICAZO. **Fundamentos de derecho civil patrimonial**. 4ª. ed.; Madrid, España: Ed. Madrid., 1993.
- ESPIN CANOVAS, Diego. **Manual de derecho civil español**. 4ª. ed.; Madrid, España: Ed. Revista de Derecho Privado, 1975.
- FARINA, Juan M. **Contratos mercantiles modernos**. 1ª. ed.; Buenos Aires, Argentina: Ed. Astrea., 1994.
- GARRIDO, Roque Fortunato. Jorge Alberto, Zago. **Contratos civiles y comerciales**. 1ª. ed.; Buenos Aires, Argentina: Ed. Universidad Buenos Aires., 1992.



LARIOS OCHAITA, Carlos. **Derecho Internacional Privado**. 7ª. ed.; Guatemala: Ed. Litografía Nawal Wuj., 2004.

Monografías."Privatizaciones-Guatemala" <http://www.Monografias.com/trabajos28/>. "Privatizaciones Guatemala" (05 de agosto de 2011).

MORFIN, Anabella. Mario Leonel, Montenegro. **Colección de Educación fiscal, Gestión del Patrimonio del Estado**. Guatemala: Ed. FLACSO., 2000.

OSSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas y sociales**. 8ª. ed.; Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta., 1981.

PUIG PEÑA, Federico. **Compendio de derecho civil español, Obligaciones y contratos**. 3ª. ed.; Buenos Aires, Argentina: Ed. Pirámide S,A., 1976.

REZZONICO, Juan Carlos. **Contratos con cláusulas predispuestas, condiciones negociales generales**. 1ª. ed.; Buenos Aires, Argentina: Ed. Astrea Lavalle., 1987.

REZZONICO, Juan Carlos. **Principios fundamentales de los contratos**. 1ª. ed.; Argentina: Ed. Astrea., 1999.

VILLEGAS LARA, René Arturo. **Derecho mercantil guatemalteco**. 2ª. ed.; Guatemala: Ed. Universitaria. Universidad de San Carlos de Guatemala., 1988.

VILLEGAS LARA, René Arturo. **Derecho mercantil guatemalteco, obligaciones y contratos**. 3ª. ed.; Guatemala: Ed. Universitaria, Universidad de San Carlos de Guatemala., 2000.

#### **Legislación:**

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



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

**Código de Comercio de Guatemala**, Congreso de la República de Guatemala,  
Decreto 2-70. 1970

**Ley de protección al consumidor y usuario**, Congreso de la República de  
Guatemala, Decreto 006-2003. 2003

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