

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

**EL CONSENTIMIENTO EN LOS CONTRATOS ELECTRÓNICOS A TRAVÉS DE LA
FIRMA DIGITAL**



OSCAR RENÉ LÓPEZ MÉRIDA

GUATEMALA, MARZO DE 2016

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

**EL CONSENTIMIENTO EN LOS CONTRATOS ELECTRÓNICOS A TRAVÉS DE LA
FIRMA DIGITAL**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

OSCAR RENÉ LÓPEZ MÉRIDA

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Y los títulos de

ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, marzo de 2016

**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.	Jonathan Josué Mayorga Urrutia
VOCAL V:	Br.	Freddy Noé Orellana Orellana
SECRETARIO:	Lic.	Daniel Mauricio Tejeda Ayestas

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente:	Lic.	Mario Adolfo Soberanis Pinelo
Vocal:	Licda.	Ana Reyna Martínez Anton
Secretario:	Lic.	Eduardo Samuel Camacho de la Cruz

Segunda Fase:

Presidente:	Lic.	Carlos Erick Ortiz Gómez
Vocal:	Lic.	Estuardo Abel Franco Rodas
Secretario:	Lic.	Juan Ramiro Toledo Álvarez

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

DEDICATORIA

- A DIOS:** Por haberme iluminado el camino para alcanzar el éxito.
- A MI MADRE:** Olga Yolanda Mérida Girón, por haberme dado la vida y enseñanzas justas.
- A MIS ABUELITOS:** Mario Socorro Mérida Calderón (+) y Sara Melchora Girón Méndez (+), por sus sabios consejos.
- A MI ESPOSA:** Karina Emperatriz González Lemus, por sus consejos edificadores.
- A MIS HIJOS:** Oscar Alejandro, Sergio Rene y Lupita del Carmen López González, por ser mi inspiración.
- A MI TIO:** Lic. Hugo Ildelfonso Mérida Girón (+), por su templanza y ejemplo en la vida.
- A MIS TIAS:** Norma Elizabet, Irma Ethel y Rosa Esmeralda Mérida Girón, por su apoyo incondicional.
- A PRIMO:** Lic. Marlon Mérida, con fraternal cariño.
- A:** La Universidad de San Carlos en especial a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales por la enseñanza brindada.
- A:** Usted en especial.

ÍNDICE

	Pág.
Introducción	i

CAPÍTULO I

1. El contrato	1
1.1 Aspectos generales	1
1.2 Aspecto histórico	3
1.3 Concepto	9
1.4 Objeto	12
1.5 Elementos	14
1.6. Clasificación del contrato	16
1.7. Regulación legal	18

CAPÍTULO II

2. Consentimiento contractual	25
2.1. Concepto	25
2.2. Elemento subjetivo del consentimiento	28
2.3. Elemento objetivo del consentimiento	32
2.4. Perfeccionamiento del consentimiento	34
2.5. Vicios del consentimiento	37

CAPÍTULO III

3. Comercio electrónico	41
3.1. Aspectos generales	41
3.2. Aspecto histórico	43
3.3. Concepto	52

	Pág.
3.4. Características	54
3.5. Clasificación	57

CAPÍTULO IV

4. El consentimiento en los contratos electrónicos a través de la firma digital.	61
4.1. Aspectos generales de la firma digital	61
4.2. Formato de la firma electrónica	66
4.3. Función	67
4.4. Principios doctrinarios	74
4.5. Seguridad de la firma digital	75
4.6. Ventajas.....	78
CONCLUSIONES	81
RECOMENDACIONES	83
BIBLIOGRAFÍA	85

INTRODUCCIÓN

El uso de los medios de comunicación electrónica han impactado las estructuras jurídicas y han puesto en crisis conceptos normativos pacíficamente aceptados por la doctrina y la jurisprudencia durante mucho tiempo, pero el derecho es evolutivo por naturaleza y deben adaptarse a los cambios y proveer a la sociedad del marco jurídico necesario para hacer relevante el uso de estas nuevas tecnologías.

Actualmente, son innumerables los contratos electrónicos que se dan en el mundo comercial guatemalteco, los cuales necesitan actos realizados por las partes que les otorguen validez jurídica, en donde el mecanismo de la firma digital debe cubrir los requerimientos y virtudes de un firma ológrafa, en cuanto a la autenticación que asegura que el mensaje no ha sido alterado y no repudio en virtud de que nadie excepto el emisor puede haberlo firmado y en consecuencia, nadie podrá negar su existencia y validez legal.

Se debe tomar en cuenta la hipótesis planteada en la presente investigación jurídica, la cual hizo referencia a la certeza jurídica de los contratos electrónicos signados digitalmente, corresponde otorgarla al Estado guatemalteco, a través de la vigencia de preceptos normativos que convaliden la actividad virtual al ejercicio contractual efectuado en la notaria de un profesional del derecho.

Por otra parte, dentro de los objetivos planteados se encuentran demostrar el abismo jurisprudencial que en materia de otorgamiento digital a través de la firma, existe dentro de los contratos electrónicos, así como establecer las principales formas de firmas digitales que pueden darse en la contratación electrónica, definir los principales medios de intercambio de datos electrónicos, dentro del comercio virtual y su consentimiento a través de la firma electrónica y establecer los rasgos específicos del firma digital en cada uno de los medios de intercambio electrónico de datos.

La presente investigación jurídica, se encuentra dividida en cuatro capítulos, en el primero se hace referencia al contrato, señalando los aspectos generales e históricos, así como el concepto, el objeto, los elementos, la clasificación y la regulación legal; en el segundo, se indica el consentimiento contractual, con algunos conceptos, los elementos tanto subjetivos como objetivos y los vicios del mismo; en el tercero, se hace referencia al comercio electrónico, con algunos aspectos generales e históricos, así como algunos conceptos, las características y la clasificación; en el cuarto, se presenta lo relativo al consentimiento en los contratos electrónicos a través de la firma digital, con los aspectos generales de la firma digital, el forma de ésta, la función, los principios doctrinarios, la seguridad de la firma digital y las ventajas que ésta representa.

Los métodos empleados para la realización de la investigación fueron el analítico, por ser el que distingue los elementos de un fenómeno para posteriormente proceder a revisar ordenadamente cada uno de ellos por separado, el sintético, ya que es un proceso mediante el cual se relacionan hechos aparentemente aislados y se formula una teoría que unifica los diversos elementos. Dentro de las principales técnicas empleadas se encuentran el fichaje, la recopilación de documentos y la bibliográfica.

Con la presente investigación, se busca dar a conocer aspectos generales del contrato electrónico, así como la importancia de la veracidad de esta y que la misma sea no solamente conocida por los estudiantes y profesionales guatemaltecos, sino que también se conozcan cuáles son los requisitos que se deben cumplir en esta clase de contratos, en especial lo relativo a la firma que es la forma por medio del a cual se da a conocer la voluntad de las partes contratantes.

CAPÍTULO I

1. El contrato

Se debe tomar en consideración que el contrato es un negocio jurídico ya sea este unilateral o bilateral, el cual es constituido por el acuerdo pleno, consciente y libre de voluntad por las personas así como ante la ley, que fundado en una causa lícita produce efectos jurídicos idóneos para crear, modificar, transmitir o extinguir obligaciones de naturaleza patrimonial.

1.1. Aspectos generales

Tomando en cuenta que el contrato, ha sido parte de la vida del hombre y de la sociedad desde las primeras formas de organización social, en la actualidad es una de las instituciones del derecho civil que se relaciona con todas las ramas del derecho.

Para lo cual se considera importante señalar con respecto a la relación a la historia romana que en el imperio romano, no pudo ser precisado de forma definitiva y general, porque se crearon distintos tipos de contrato los cuales se originaban de conformidad con las necesidades prácticas de las personas, más que de alguna otra circunstancia, por lo que a éstos se les denominó pacto o convenio y no contrato.

Con respecto al contrato, el ponente indica que este consistía en un acuerdo de voluntades el cual no generaba ninguna obligación y por otra parte, la convención era,

también, un acuerdo de voluntades, sin embargo este necesitaba de un requisito o en su caso de la entrega de una cosa, para su existencia, en consecuencia los romanos no tenían la necesidad de otra figura contractual y por ello no se preocuparon en dar a conocer una definición o concepto preciso de dicha figura.

“En la época romana el contrato se consideraba celebrado, válidamente, si uno de los contratistas ejecutaba la parte que le correspondía, por lo que se consideró válido con el simple acuerdo de voluntad por las partes, en algunos contratos, tales como la compraventa o el arrendamiento.”¹

“Fue en el siglo XIX, a raíz de los progresos técnicos y la prosperidad de los pueblos durante el período liberal, cuando se definió la palabra contrato, esto debido a la influencia de carácter típico y político. Y fue allí cuando se funda en la obligatoriedad y la fuerza vinculante, condiciones que provienen del acuerdo de voluntades entre las partes. A consecuencia del sentir liberal, el contrato se transformó en el pilar que serviría para expresar y construir toda clase de instituciones jurídicas.”²

Hasta la presente fecha, la tendencia del contrato como dominante del mundo jurídico, está sufriendo una gran transformación, lo cual se debe a que se pretende reemplazar básicamente las bases sobre las cuales descansa la contratación, para el efecto, en la actualidad se entiende que: “El contrato es un medio de satisfacción económica, que,

¹ Puig Peña, Federico, **Compendio de derecho civil español**. Pág. 320.

² **Ibid.** Pág. 322.

como todas las instituciones fundamentales, quedan articuladas en la sociedad, para el bien común”³

De lo anterior, se puede observar que con el contrato desde su origen lo que se buscó fue proteger a la sociedad en general, pues con esto se asegura el patrimonio de las personas.

1.2. Aspecto histórico

Como se indicó al inicio la ordenación histórica de las relaciones jurídicas, específicamente en materia contractual esta surgió en Roma, como una forma de acuerdo, por lo que la convención era vista como el consentimiento de dos o más personas que se avenían sobre una cosa que debían dar o prestar alguna cosa, para el efecto se señala lo siguiente: “La convención se dividía en pacto y contrato, siendo el pacto aquel que no tenía nombre, ni causa y el contrato como aquel que si lo tenía. El contrato se aplicaba a todo acuerdo de voluntades dirigido a crear obligaciones civilmente exigibles, estaba siempre protegido por una acción que le atribuía plena eficacia jurídica. Los contratos se dividían en verdaderos y cuasi-contratos; eran verdaderos los que se basaban en un consentimiento expreso de las partes y los cuasi-contratos basados en el consentimiento presunto. A su vez, los contratos verdaderos se dividían en nominados e innominados; eran nominados los que tenían nombre

³ Puig Peña, Federico. **Ob. Cit.** Pág. 330.

específico y particular confirmado por el derecho, e innominados los que aun teniendo causa no tenían nombre.”⁴

Como se observa en el derecho romano existían contratos unilaterales y bilaterales, para lo cual se los primeros, obligaban a una de las partes y los segundos, obligaban a ambas partes, y para el efecto se indica lo siguiente:

- “Entrega de la cosa, que equivalía a los contratos reales: mutuo, comodato, depósito y prenda.
- Palabras solemnes, que equivalían a los contratos verbales, por derecho antiguo eran: el señalamiento de la dote y la promesa jurada de obras; por derecho nuevo únicamente quedó la estipulación.
- Instrumentos que equivalían a los contratos literales, del cual el que se conocía era el vale.
- Consentimiento, que equivalía a los contratos consensuales que eran: la compraventa, locación y conducción, sociedad y mandato”⁵.

De los argumentos antes señalados, se observa que desde el derecho romano se tomó en cuenta la entrega de la cosa que como es del conocimiento de todos, está es indispensable para la celebración de un contrato, en el cual se podía celebrar de forma verbal o escrita y lo principal se tomaba en cuenta el consentimiento de las partes.

⁴ **Ibíd.** Pág. 126.

⁵ **Ibíd.** Pág. 127.

“En un primer momento se consideró esencial, como necesario para obtener ese plus ineffectu, la observancia de una forma especial. Más tarde se reconoció como válidamente celebrado si había ejecución por parte de uno de los contratantes a título de crédito, o mediante la transcripción de ellos en los libros de -data- y -haber- de todo pater familias. Por último -y como enlace con el derecho moderno-, se admitió excepcionalmente que para ciertos contratos -compraventa, arrendamiento, sociedad y mandato- bastase el solo acuerdo de voluntades. De aquí los contratos verbales, consistían en el empleo de las palabras prescritas en forma de pregunta y respuesta; literales -nomina transcriptitia, synagrapta-, en los que la causa consistía en la transcripción realizada en los libros como consecuencia de operaciones jurídicas libremente consentidas por las partes; reales -mutuo, comodato, depósito y prenda-, que se integraban por la recepción por el deudor de la cosa a título de crédito, y consensuales, admitidos así por la especial naturaleza e importancia de la relación jurídica, de la relación jurídica que supone la compraventa, el arrendamiento, la sociedad y el mandato.”⁶

Tal y como lo indica el tratadista antes citado el contrato en el derecho romano fue considerado de una forma especial, por medio de la cual las partes después de dar su consentimiento ya sea de forma verbal o escrita, este podía ejecutar el contenido del mismo, al momento del incumplimiento de lo establecido en el mismo o al momento de entregar la cosa pactada.

⁶ Castán Tobeñas, José. **Derecho civil español común y foral**. Pág. 420.

“La evolución del derecho romano posterior determinó el abandono del viejo rigorismo. La degeneración de las formas solemnes de la stipulatio, la inexistencia de la antigua forma del contrato literal, la creación de la categoría de los contratos innominados, la admisión de los pactos vestidos, etc., hizo poco a poco descomponerse el sistema cerrado de los tipos contractuales y el inicio de un camino tendente a la admisión franca de una categoría abstracta y general del contrato, que va después a recibir su fuerza obligatoria por sí mismo, independientemente de las causas anteriormente señaladas.”⁷

Importante señalar que después de distintos cambios que tuvo el contrato, el mismo se continuó en el derecho intermedio y obtuvo mayor realización, en virtud de fuerzas de las más diversas naturalezas, como el cristianismo y el desarrollo del comercio.

“La época liberal, por influencia de diversos factores de tipo doctrinal y político, se llegó a la concepción que se ha vivido hasta la época presente, y caracterizada por la obligatoriedad y fuerza vinculante del contrato, nacida única y exclusivamente del convenio o acuerdo de voluntades, por la soberanía absoluta del mismo en todos los órdenes de la vida transaccional privada, así como la abstención del Estado frente a los diversos contratos creados por la autonomía de la voluntad y por el sentido de justicia intrínseca, ya que solamente tenía importancia la voluntad de las partes.”⁸

Por lo que se hace referencia a las siguientes consideraciones con respecto a contrato:

⁷ **Ibíd.** Pág. 427

⁸ **Ibíd.**

- a) “Los hombres, en efecto, para la satisfacción de sus necesidades, tanto de orden primario como de matiz accesorio, entran en relaciones entre sí, dando vida a multiplicidad de acuerdos o convenciones que constituyen el entre cruce de toda intensa y variada actividad; representan el exponente de la solidaridad humana, sin la cual pueden aquéllos vivir en el trato con sus semejantes. Estas convenciones descubren la gama extraordinaria del contenido sobre el cual puede versar el trato con los demás: relaciones patrimoniales, de amistad, de favor, de complacencia, de diversión, etc.
- b) Pero un sector de las mismas queda acotado, desde el momento en que el objeto de ellas tiene un interés jurídico. Entonces el derecho se hace cargo y verifica todo un deslinde de este conglomerado convencional. Estamos ya entrando en el terreno del contrato que tiene, de momento, aquel basamento inicial -convención- y un polo especial de referencia -objeto con interés jurídico-.
- c) Muchas veces el derecho -tanto científico como legislado- se detiene ante ese umbral. Ve el contrato en eso, y no quiere seguir indagando. Si hay una convención y ésta tiene un interés jurídico, estamos -se dice- ante un contrato, cualesquiera que fuesen los designios de las partes; bien se muevan éstos en el ámbito patrimonial, bien trasciendan del mismo para integrar relaciones de familia o incluso acuerdos de propia sustancia pública. El antiguo código italiano decía a este respecto que el contrato era el acuerdo de dos o más personas para constituir, regular o disolver entre sí un vínculo jurídico.
- d) Pero las insistentes investigaciones de la doctrina cuidaron de seguir describiendo trazos, para perfilar mejor la figura del contrato. Bien que éste sea una -convención

con un interés jurídico-; pero es necesario algo más -o, mejor dicho, algo menos-, pues ese objeto con interés jurídico hay que concretarlo todavía para que podamos obtener con precisión el propio campo del contrato. Entonces surge una expresión que hizo fortuna: la constitución de un vínculo obligatorio de carácter patrimonial.

- e) Este criterio se entronca en cierto sentido con el derecho romano, toma asiento legal en la época de la codificación y es seguido por la mayoría de los tratadistas, al definir el contrato como -aquella convención jurídica manifestada en forma legal, por virtud de la cual una persona se obliga a favor de otra, o varias entre sí, al cumplimiento de una prestación de dar, hacer o no hacer-.
- f) Este criterio general de considerar el contrato como el acuerdo de -constitución- de un vínculo obligatorio. Hoy día, en efecto, se entiende que el contrato puede ir dirigido no sólo a la creación de ese vínculo obligatorio, sino también a la modificación o extinción del mismo. El criterio es correcto y ha merecido el beneplácito de la más selecta doctrina. En efecto el contrato, es el negocio jurídico de contenido patrimonial o económico. Ha recibido consagración legal esta doctrina, diciendo que es aquel acuerdo de dos o más personas para constituir, regular o extinguir entre ellas una relación jurídica patrimonial.
- g) Un minucioso examen del basamento jurídico del contrato ha hecho ver, finalmente, que es preciso delimitar su concepto con una sugerencia especial. Porque acuerdo hay en todos los actos jurídicos plurilaterales, y, sin embargo, el contrato es sólo una especie de ellos. A tal efecto se ha establecido que el contrato representa una coincidencia de intereses opuestos. Las partes tienen motivaciones diferentes, que se unen en el punto crucial del contrato. Entonces existe éste. No habrá, pues,

contrato propio sensu en el llamado acto colectivo, que se integra por una suma de voluntades concordantes o paralelas, como sucede, por ejemplo, con el acto constitutivo de una asociación. Tampoco es contrato lo que los alemanes llaman vereinbarung, o sea, aquellas situaciones en las cuales la norma se crea por un sujeto y las obligaciones resultantes se aceptan por otro u otros, como acontece, por ejemplo, con las subastas.”⁹

Los tratadistas citados con anterioridad, con respecto al aspecto histórico del contrato hicieron énfasis que éste es un negocio jurídico por medio del cual existen acuerdos y convenios en distintas actividades patrimoniales de las personas, por medio de éste se vela por un interés jurídico, es decir por medio de éste se puede constituir, regular o disolver un vínculo jurídico.

1.3. Concepto

Se señala con respecto al contrato lo siguiente: “Es todo acuerdo de voluntades por medio del cual los interesados se obligan. El contrato así concebido se convertirá en la institución central en la piedra angular, no solo del derecho civil, sino de todo el ordenamiento jurídico.”¹⁰

⁹ Puig Peña. **Ob. Cit.** pág. 129.

¹⁰ Aguilar Guerra Vladimir. **El negocio jurídico.** Pág. 37.

El guatemalteco antes citado, señala que el contrato es un acuerdo de voluntades, es decir, lo importante en este es el consentimiento que deben dar las partes al momento de decidir constituir, regular disolver alguna cosa.

Con respecto al contrato se indica lo siguiente: “Hay contrato cuando varias personas se ponen de acuerdo sobre una declaración de voluntad común, destinadas a reglar sus derechos. A más de olvidar las obligaciones, la amplitud definidora llega a límites tales, que cabría considerar contratos los manifiestos de los partidos políticos como plataformas electorales, expresión también de voluntad común y destinada a regular derechos, casi siempre de carácter público.”¹¹

De lo antes citado, como se indicó anteriormente la declaración de voluntad es lo esencial, pues por medio de esta las personas establecen o definen por medio de un contrato no solamente sus derechos sino también las obligaciones de conformidad con lo pactado entre las partes.

Asimismo se señala con respecto al contrato lo siguiente: “Es válido cuando se ha de llenar los requisitos de forma si así se requiere o se pide por el contratante.”¹²

El autor señalado, hace referencia a la importancia que tienen los distintos requisitos esenciales al momento de celebrar un contrato, pues si estos se cumplen a cabalidad

¹¹ Cabanellas, Guillermo. **Diccionario enciclopédico de derecho usual**. Pág. 336.

¹² Espín Cánovas, Diego. **Manual de derecho civil español**. Pág. 354.

con las leyes no existirá en el futuro algún problema que limite a una de partes a hacer valer lo establecido en el contrato.

También se hace referencia a que contrato es: “Es el acuerdo de voluntades, entre dos o más personas, con el objeto de crear entre ellas vínculos de obligaciones y, también documento escrito destinado a probar una convención. Los contratos han de ser celebrados entre personas capaces y no han de referirse a cuestiones prohibidas o contrarias a la moral o a las buenas costumbres.”¹³

El argentino citado, expresa la importancia de la capacidad que debe existir entre las partes al momento de pactar o convenir un contrato, pues en este se establecen vínculos obligacionales los cuales se deben cumplir a cabalidad con lo descrito en el contrato.

El Código Civil contenido en el Decreto-Ley número 106 en el Artículo 1517 regula: “Hay contrato cuando dos o más personas convienen en crear, modificar o extinguir una obligación.”

La normativa civil guatemalteca, señala con respecto al contrato que éste solamente puede existir cuando dos o más personas llegan a un acuerdo de voluntades en el cual deben cumplir con dar, hacer o entregar la cosa.

¹³ Ossorio, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**. pág. 233.

1.4. Objeto

El contrato tiene por objeto de conformidad con lo regulado en el Código Civil, específicamente en el Artículo 1538 lo siguiente: “No sólo las cosas que existen pueden ser objeto de los contratos, sino las que se espera que existan: pero es necesario que las unas y las otras estén determinadas, a lo menos, en cuanto a su género. La cantidad puede ser incierta con tal que el contrato fije las reglas o contenga datos que sirvan para determinarla. Los hechos han de ser posibles, determinados y en su cumplimiento han de tener interés los contratantes”.

De conformidad con la normativa civil guatemalteca, el objeto del contrato es la realidad material o jurídica sobre la que en él mismo recae. Por lo que se identifica el objeto en la prestación de la obligación pero no se debe olvidar que ésta está dirigida a la certeza del contrato de que se trate, por lo que en última instancia no puede encauzarse a otra realidad distinta que la prevista en el mismo.

El objeto del contrato puede ser posible, lícito y determinado, es decir, el objeto ha de constar al momento de la celebración del mismo. La posibilidad a la cual hace referencia el Artículo 1538 antes citado, se aprecia desde un punto de vista material como jurídico, planteando esto último, en la dificultad de deslindarla de la ilegalidad.

Con respecto a la ilegalidad del bien o de la cosa supone que está fuera del comercio de los hombres, mientras que los servicios se consideran ilegales cuando van en contra

de la ley imperativa, las buenas costumbres o el orden público. Por lo que es lógica la pretensión del Artículo 1538 al regular que el objeto del contrato ha de ser determinado, en cuanto las partes deben saber qué va a consistir en la obligación que asumen.

Ahora bien, es posible que el objeto sea determinable con posterioridad a la celebración del contrato, cuando se ha llegado a una primera identificación del mismo y se han fijado los criterios para su posterior concreción, con la suficiente precisión para que no sea necesario un nuevo acuerdo entre las partes, pues de lo contrario el objeto estaría indefinido.

El Código Civil en el Artículo 1539 regula: “Se prohíbe todo contrato sobre el derecho de suceder en los bienes de una persona que no ha fallecido, o cuyo fallecimiento se ignora”.

La normativa en mención hace referencia a la prohibición de todo contrato en relación al derecho de sucesión de los bienes de una persona que aún no ha fallecido o que el mismo sea ignorado.

Si después de que se haya celebrado un contrato bilateral ocurriere a una de las partes contratantes la disminución de su patrimonio, capaz de comprometer o de hacer dudosa la prestación, puede entonces la parte que debe efectuar su prestación rehusar su ejecución hasta que la otra satisfaga la que le concierne o dé las garantías respectivas.

1.5. Elementos

La autonomía de la voluntad, no puede significar en ningún caso que ésta sea suficiente para producir los efectos jurídicos que le son típicos, por lo que siendo esencial para su formación debe pronunciar las condiciones establecidas y los requisitos exigidos de conformidad con la ley. Por lo que para que un contrato sea eficaz, se establece que el negocio jurídico debe cumplir para su validez con lo siguiente: a) “capacidad legal del sujeto que declara su voluntad; b) consentimiento que no adolezca de vicio, y c) que el objeto sea lícito.”¹⁴

- **Capacidad legal del sujeto que declara su voluntad**

De conformidad con De Castro, la capacidad: “Es un presupuesto de la existencia del consentimiento, sino de validez y de la utilidad del negocio. Por ello, debe hablarse pura y simplemente de aptitud para contratar.”¹⁵

De lo anterior, se debe tomar en cuenta que la facultad para pactar, debe coincidir con la idoneidad en general de obrar, la que es definida por el mismo autor como: “La cualidad jurídica de la persona que determina, conforme a su estado la eficacia legal de sus actos”.¹⁶

Con respecto a la incapacidad, es importante señalar las restricciones en cuanto a

¹⁴ Diez-Picazo, Luís. **Fundamentos del derecho civil patrimonial**. Pág. 141.

¹⁵ **Ibíd.** Pág. 144.

¹⁶ De Castro, **Derecho civil en España**. Pág. 49.

la ejecución, ya que la aptitud jurídica la tienen todos los individuos desde su nacimiento hasta la muerte.

- **Consentimiento que no adolezca de vicio**

El consentimiento es el requisito considerado como “primordial y con supremacía sobre los demás, es el elemento sobre el que más han insistido tanto la doctrina como la jurisprudencia y que ha ocupado el centro del contrato, así como del negocio jurídico en general, desde el abandono histórico del formalismo”.¹⁷ La razón de ello ha de buscarse en el entendimiento de que la libre voluntad, es el origen de la regulación de los intereses de las partes.

Consiste entonces, el consentimiento en la concordancia de las dos o más voluntades declaradas de los sujetos que celebren el contrato. En otro caso, “no hay consenso, hay disenso; y entonces, no llega a formarse la voluntad de los contratantes.”¹⁸ Por lo tanto, se puede entender como el común acuerdo de los otorgantes sobre la formalización del contrato, que contiene su reglamentación y se proyecta sobre todos los elementos que lo integran.

- **Objeto lícito**

Con respecto al objeto lícito del contrato se indica lo siguiente: “Susceptible de

¹⁷ García, García, Bernal. **El negocio jurídico ante la jurisprudencia**. Pág. 107.

¹⁸ **Ibíd.** Pág. 110.

numerosas acepciones: objeto como fin, como prestación, como cosa o servicio, como materia de negocio, como la obligación que por el acuerdo se constituye, como sustancia, como resultado del convenio, como elemento de contenido, como equivalente del comportamiento debido.”¹⁹

De lo anterior, se indica que este precepto se puede inferir como objeto del contrato, ya que se entiende la realidad material o jurídica sobre la que el mismo recae, tal y como lo establece el Artículo 1538 del Código Civil antes citado.

1.6. Clasificación del contrato

Con respecto a la clasificación de los contratos, estos de conformidad con la doctrina estos son principales y accesorios, unilaterales y bilaterales, gratuitos y onerosos, conmutativos y aleatorios, consensuales y reales, típicos y atípicos, de los cuales se hace un resumen breve de cada uno de ellos, el ponente tomo en cuenta estos, por ser la clasificación que el Código Civil guatemalteco adopta.

- a) “**Principales y accesorios:** Son aquellos que existen por sí mismos. Por otra parte los contratos accesorios, son aquellos que están sujetos a un contrato principal para su subsistencia, por lo que si el principal es declarado nulo o bien, es inexistente también lo será el accesorio.

¹⁹De Castro, **Ob. Cit.** Pág. 50.

- b) **Unilaterales y bilaterales:** Son aquellos en los cuales a partir de su otorgamiento solo nacerán obligaciones para una sola de las partes. Los contratos bilaterales, son llamados también sinalagmáticos y se dan cuando las partes que intervienen en ellos se convierten recíprocamente en deudora y acreedora de la otra parte.
- c) **Gratuitos y onerosos:** Son aquellos cuya finalidad es obtener, de forma recíproca, beneficios o utilidades para las partes que intervienen en éstos, los cuales van a resultar de la aplicación del contrato que fue otorgado. Los contratos onerosos, son aquellos que persiguen que la ganancia que se obtenga sea únicamente para una de las personas que intervienen en éste.
- d) **Conmutativos y aleatorios:** Constituyen una subdivisión de los onerosos, en los cuales se va a apreciar un beneficio o una pérdida cierta y determinada, desde el otorgamiento del contrato. Los contratos aleatorios, también pertenecen a esta subdivisión, y se refiere a aquellos que van a depender de alguna circunstancia u acontecimiento incierto, para que se derive del contrato un aumento o un detrimento.
- e) **Consensuales y reales:** Se trata de aquellos en los cuales para que su existencia sea válida, es necesario únicamente el mero consentimiento de las partes que intervienen en éste. Por el contrario, los contratos reales requerirán de la entrega previa de la cosa objeto de éstos para su subsistencia.

f) **Típicos y atípicos:** Son los que se encuentran regulados expresamente en la ley. En consecuencia, los contratos atípicos, son aquellos que no se encuentran reglamentados de manera específica en un ordenamiento legal, por lo cual es necesario para la creación de alguno de éstos, aplicar analógicamente las reglas de los contratos típicos que sean afines.”²⁰

Como se observó la clasificación citada por el tratadista en mención son también determinados en el Código Civil, pues de conformidad con la normativa guatemalteca, estos deben existir por sí mismos, se pueden celebrar de forma unilateral o bilateral, debe haber contentamiento entre las partes, asimismo, los contratos deben llenar los requisitos establecidos en la normativa respectiva.

1.7. Regulación legal

El Código Civil guatemalteco, señala con respecto a los contratos civiles que estos existen cuando dos o más personas convienen en crear, modificar o extinguir una obligación. Para lo cual el Artículo 1518 del mismo cuerpo legal determina que los contratos se deben perfeccionar con el consentimiento de las partes, haciendo énfasis la misma normativa que existe limitación a lo anterior cuando la ley establece determinada una formalidad como requisito esencial para su validez.

La normativa civil guatemalteca determina en el Artículo 1519 que desde que éste se perfecciona obliga a los contratantes al cumplimiento de lo convenido, siempre y

²⁰ Espín Cánovas, Diego. **Ob. Cit.** Pág. 358.

cuando lo pactado estuviere en las disposiciones legales relativas al negocio celebrado, asimismo, establece la normativa que el mismo debe ejecutarse de buena fe y la común intención de las partes.

Dentro de los contratos el Código Civil guatemalteco, hace referencia al contrato de adhesión, específicamente en el Artículo 1520, el cual regula las condiciones que regulan el servicio que se ofrece al público son establecidas sólo por el donante, el contrato se perfecciona cuando la persona que usa el servicio acepta las condiciones impuestas.

En el Artículo antes citado, se establecen también las normas y tarifas de los negocios que se realicen, los cuales deben ser previamente aprobadas por el Ejecutivo, para que pueda actuar la persona o empresa que hace la oferta, incurriendo en responsabilidad en caso contrario.

En cuanto a la proposición del contrato, el Artículo 1521 del Código Civil, señala que la persona que propone a otra la celebración de un contrato fijándole un plazo para aceptar, queda ligada por su oferta hasta la expiración del plazo. Asimismo señala que ni por algún motivo no se fija plazo el autor de la oferta queda desligado si la aceptación no se hace inmediatamente.

Debe tomar se en cuenta que en el Artículo 1522 se hace referencia a: “La oferta contendrá las condiciones del contrato y se hará en términos precisos y concretos. La respuesta se dará lisa y llanamente.”

Del Artículo anterior, se indica que la oferta que señalen las partes debe ser en términos precisos y concretos, tomando en cuenta no perjudicar a ninguna de las partes. Para lo cual el Artículo 1523 establece lo siguiente: “Cuando la oferta se haga a persona ausente, el contrato se forma en el momento en que el proponente recibe la contestación de aquella dentro del plazo de la oferta. Si la oferta se hiciera sin fijación de plazo, el autor de ella quedará ligado durante el tiempo suficiente para que la contestación llegue a su conocimiento.”

Se debe tomar en cuenta de conformidad con el Artículo 1524 del Código Civil guatemalteco que el contrato por teléfono se considera celebrado entre presentes, y tanto en este caso como en el del Artículo anterior, el contrato se estima celebrado en el lugar en que se hizo la oferta.

Para lo cual en el artículo 1525 del Código Civil guatemalteco se hace referencia a que si por alguna circunstancia la aceptación llega tarde a conocimiento del oferente, éste lo debe comunicar sin demora al aceptante, bajo pena de responder por los daños y perjuicios.

En el Artículo 1526 de la normativa civil citada, señala que si el negocio fuere de aquellos en que no se acostumbra la aceptación expresa, o cuando el oferente la hubiere dispensado, se estimará concluido el contrato si la oferta no fue rehusada sin dilación. Para lo cual el Artículo 1527 del Código Civil, establece que esta se considerará considera inexistente la aceptación, si antes de ella o junto con ella, llegare a conocimiento del oferente la retractación del aceptante.

El Artículo 1528 del Código Civil, también hace referencia al momento en que no tiene efecto la oferta si el proponente falleciere o perdiere su capacidad para contratar, antes de haber recibido la aceptación; o en su caso si falleciere o perdiere su capacidad la otra parte antes de haber aceptado. Pues se debe tomar en cuenta lo establecido en el Artículo 1529 de la misma normativa cuando esta determina que los derechos y obligaciones de los contratantes pasan a los herederos y demás sucesores de las partes, a menos que lo contrario resulte de la ley, de la convención o de la naturaleza misma del contrato.

Con respecto al contrato a favor y a cargo de tercero, el Código Civil guatemalteco, en el Artículo 1530 señala que se puede prometer por el hecho de un tercero con cargo de indemnización si éste no cumple. Ya que el Artículo 1531 de la normativa en mención regula lo relativo a cual el que estipulare en favor de un tercero tiene derecho a exigir el cumplimiento de la obligación, el cual incumbe al tercero cuando así resulte del fin contemplado en el contrato.

Ya que cuando se dejare al tercero favorecido por el contrato el derecho de reclamar la ejecución de lo pactado, no dependerá del estipulante exonerar al deudor. Pues de conformidad con el Artículo 1533 el estipulante puede reservarse el derecho de substituir al tercero designado en el contrato, independientemente de la voluntad de éste y del otro contratante.

Con respecto a los efectos del contrato en el Artículo 15354 del Código Civil, se indica que las personas que celebren un contrato, automáticamente se obligan a concluirlo y a

resarcir los daños y perjuicios resultantes de la inexecución o contravención por culpa o dolo.

La normativa civil guatemalteca, en el Artículo 1535 señala que en todo contrato bilateral hay condición resolutoria y ésta se realiza cuando alguna de las partes falta al cumplimiento de la obligación en lo que le concierne.

Se debe tomar en cuenta que el interesado puede pedir la resolución del contrato o reclamar su ejecución, y en ambos casos, el pago de daños y perjuicios, si los hubiere, pues de conformidad con el Artículo 1536 de la misma normativa, también se puede pedir la resolución del contrato, aun después de haber optado por reclamar el cumplimiento, si éste resultare imposible con posterioridad a la demanda, por lo que el que ha dado motivo para la falta de cumplimiento o invalidez de un contrato, no podrá invocar en su favor esa causa para pedir su resolución.

También el Artículo 1539 del Código Civil, señala la prohibición en todo contrato sobre el derecho de suceder en los bienes de una persona que no ha fallecido, o cuyo fallecimiento se ignora.

Por su parte el Artículo 1540 del Código Civil guatemalteco, establece que si después de celebrado un contrato bilateral sobreviniere a una de las partes disminución de su patrimonio, capaz de comprometer o hacer dudosa la prestación que le incumbe, puede la parte que debe efectuar su prestación en primer lugar, rehusar su ejecución, hasta que la otra satisfaga la que le concierne o dé garantías suficientes.

El Artículo 1541 de la normativa civil guatemalteca, también hace referencia a cuando las partes no estén conformes sobre todos los extremos del contrato, no se considerará concluido. La conformidad sobre puntos aislados no producirá obligación, aunque se haya consignado por escrito.

Como se observa el Código Civil guatemalteco, determina los requisitos que se deben cumplir para el contrato tenga validez y asimismo, protege el patrimonio de las personas contratantes, pues con esta institución lo que se busca es la seguridad en los negocios jurídicos que las personas quieran realizar, así como la protección por parte de la normativa civil guatemalteca.

CAPÍTULO II

2. Consentimiento contractual

Se debe tomar en consideración que el consentimiento contractual lo constituyen dos o más declaraciones de voluntad provenientes de personas que de conformidad con las leyes deben tener capacidad y que coincidan plenamente en un asunto patrimonial de interés común, asimismo, dichas manifestaciones e voluntad deben ser verbales o escritas, pro en todo caso claramente indubitables.

2.1. Concepto

Con respeto al consentimiento contractual, se debe tener claro que el mismo se ha visto que un requisito esencial para la existencia de un contrato como se ha indicado anteriormente es el consentimiento de las partes, ya que ambas deben tener un común acuerdo y tener claro que persiguen los mismos efectos jurídicos.

Con respecto al consentimiento contractual se señala lo siguiente: “El consentimiento contractual es el común acuerdo de las partes sobre la celebración del contrato, que contiene su reglamentación y se proyecta sobre todos los elementos que lo integran”.²¹

De lo anterior, se indica que siendo el contrato un negocio bilateral requiere para su perfección plena coincidencia de la voluntad de los sujetos intervinientes, a lo que se

²¹ Brañas, Alfonso. **Manual de derecho civil**. pág. 30.

refiere el Artículo 1518 del Código Civil guatemalteco: “Los contratos se perfeccionan por el simple consentimiento de las partes, excepto cuando la ley establece determinada formalidad como requisito esencial para su validez”.

De lo señalado anteriormente, se indica que es a ese consentimiento al que se debe atender para fijar el tipo contractual y el régimen del mismo, siendo este objeto de interpretación. Desde la perspectiva en la cual se toma en consideración la voluntad de las partes, el consentimiento es la manifestación de su autonomía de voluntad, dirigida a la celebración de un determinado contrato y que ha de recaer sobre distintos extremos que lo conforman.

Se señala con respecto al consentimiento lo siguiente: “Es pues, un acuerdo pleno, genuino, consciente y libre al que se le reconoce categoría de atadura lícita, exigible y eficaz.”²²

De lo antes expuesto, se indica que las partes son libres para atar su voluntad, ya que nadie puede obligarlas a consentir, sin embargo, una vez atadas no depende de su voluntad unilateral desligarse del convenio o pacto, pues se debe ser consciente, es decir, las partes deben comprender exacta y fielmente a que se están obligando, y es por eso que se exige que sean personas capaces.

También se debe tomar en cuenta que en el consentimiento contractual las partes no deben fingir que consienten algo, sino consentir realmente, el mismo debe ser libre, por

²² Contreras Ortiz, Rubén Alberto. **Obligaciones y negocios jurídicos civiles**. Pág. 211.

cuanto nadie debe ser obligado a consentir, y si lo fuere, su consentimiento estaría viciado de violencia. Asimismo, el consentimiento debe ser pleno, es decir el acuerdo de voluntades debe comprender todos los aspectos de la negociación.

Por otra parte, se señala con respecto al consentimiento contractual lo siguiente. “Es la manifestación de voluntad conforme entre la oferta y la aceptación y uno de los requisitos esenciales exigidos por los códigos para los contratos.”²³

Asimismo, se debe tomar en consideración lo establecido en el Artículo 1541 del Código Civil, el cual señala que “Mientras las partes no estén conformes sobre todos los extremos del contrato, no se considerará concluido. La conformidad sobre puntos aislados no producirá obligación, aunque se haya consignado por escrito.” Rige aquí, el principio de que “nada está acordado hasta que todo esté acordado.”²⁴

Por lo regular siempre que hay acuerdo de voluntades se forma contrato y en la mayoría de los casos, basta el consentimiento para que el contrato este constituido entre las partes, las formalidades legales, en tales situaciones, no forman parte propiamente de la constitución del contrato excepto en los contratos denominados solemnes o rigurosamente formales, sino son elementos indispensables para su validez ante terceros, de ahí la importancia fundamental del consentimiento, pues sin él no puede haber contrato.

²³ Cabanellas, Guillermo. **Ob. Cit.** Pág. 87.

²⁴ Contreras Ortiz, Rubén Alberto. **Ob. Cit.** Pág. 212.

Asimismo, se indica lo siguiente: “En el contrato, las dos declaraciones de voluntad de las cuales es él resultante, se presupone mutuamente de manera que una sola de ellas no es un negocio jurídico unilateral, sino un fragmento del negocio jurídico bilateral.”²⁵

La anterior cita, hace referencia a las declaraciones de voluntad entre las partes y si en un dado caso existiera negativa por alguna de las partes a cumplir con su ofrecimiento, el interesado puede demandar ante juez competente la celebración del contrato de correspondiente, obviamente para que ello sea posible es necesario que el interesado haya notificado fehacientemente su aceptación al oferente, dentro del plazo y en lugar donde éste establecido y que además, no haya el oferente comunicado, con anterior la revocación de la oferta por causa justificada, las normas en que debe fundamentarse la demanda son las contenida en los Artículos 1674, 1675, 1676, 1677, 1678, 1683 y 1684 del Código Civil vigente en Guatemala.

2.2 Elemento subjetivo del consentimiento

Con respecto al elemento subjetivo del contrato, éste se puede dar a conocer de diferentes aspectos, entre los cuales se encuentran la voluntad del acto, así como la manifestación y la voluntad y el disenso.

Los elementos señalados son fundamentales para que el consentimiento contractual sea tomado de una manera correcta, dichos elementos sirven como parámetro para determinar la certeza jurídica que se le da a un acto, que realizan los sujetos al

²⁵ Garrido, Roque Fortunato y Zago, Jorge Alberto. **Ob. Cit.** Pág. 32.

momento de crear derechos y obligaciones bilaterales para que dicho acto jurídico sea válido y surta los efectos esperados.

- **La voluntad del acto**

Las manifestaciones a la vez de ser coincidentes, constituyen un vehículo para exteriorizar la voluntad, de ahí la idea que el consentimiento, como se desprende del significado etimológico, entraña un encuentro de las voluntades efectivas de las partes. La concepción tradicional del contrato, como la del acto o negocio jurídico que lo engloba, tiene como núcleo la existencia de la voluntad, por cuanto se los concibe como un medio de autodeterminación de los interesados.

Por lo que puede haber una voluntad jurídicamente eficaz, aunque no encuentre sustento en una voluntad real, y a la inversa, puede haber una voluntad psicológica que resulte irrelevante para el derecho, también se debe tomar en cuenta el discernimiento y la intención, los cuales conforman los ingredientes de un concepto positivo de voluntad, por lo que puede afirmarse que esta se compone de un saber y de un querer, el sujeto obra voluntariamente, cuando lo hace con conciencia y con voluntad propiamente dicha, la intención es ese conocimiento aplicado a la realización de un acto concreto.

Con respecto al discernimiento importa saber lo que se quiere, la intención entraña querer lo que se sabe, la falta de éste determina que el acto carezca, en absoluto, de voluntad, la ausencia de la intención no excluye la voluntad en sí, solo la vicia.

Además de los elementos discernimiento y la intención, existe otro de carácter negativo que viene a sumarse para que el acto se reputa voluntario, se trata de la ausencia de coacción externa, de que no medie violencia, para que sea dable considerar que el sujeto obra con libertad.

La violencia física y la violencia moral, afectan también la libertad y convierten en involuntario un acto, a fin de tornarlo anulable, por su parte cuando la violencia es física, quien obra bajo presión de la fuerza irresistible, a la vez de carecer de libertad de elección, actúa con una falta total de voluntad.

Se ha hecho referencia a todas aquellas hipótesis jurídicamente trascendentes, de falta de voluntad o de voluntad viciada que desproveen en un acto de este atributo de voluntariedad que le es natural, ya que de conformidad con la normativa civil guatemalteca, un contrato debe llenar los requisitos esenciales y dentro de estos se encuentra que el mismo sea de forma voluntaria.

La voluntad defectuosa se distribuyen en dos grupos, que suponen distinguir si la discordancia entre la voluntad y la declaración es voluntaria o involuntaria, en los supuestos de divergencia consciente de lo querido y declarado, cabe incluir, las declaraciones vertidas con falta de seriedad, verbigracia, con fines didácticos o de representación teatral, la reserva mental, y la simulación, en las hipótesis de conformidad inconsciente entre la voluntad y la declaración, cabe enunciar el error, el disenso y los supuestos en que el declarante ve afectada su libre determinación por el hecho ilícito de otro, o en la bis compulsiva, intimidación.

- **Manifestación y voluntad**

La cuestión vinculada con la correspondencia entre la voluntad interna y exteriorización o declaración, dio lugar a una polémica que ocupó un lugar destacado en el catálogo de disputas jurídicas celebres. En la actualidad en relación al tema han declinado, hasta reputar lo superado, puesto que tuvo una significación de índole primordialmente teórica.

Puede decirse que la voluntad que no se exterioriza de alguno modo resulta irrelevante desde esta perspectiva, los denominados criterios objetivos de interpretación, adquieren una indudable importancia. Finalmente la estipulación de normas jurídicas imperativas que significan una restricción de la autonomía, determinan que en la tarea de la integración del régimen contractual, esas disposiciones vengan a poner corto al querer en contrario de las partes, cuyo ámbito se encuentra reducido, la doctrina clásica voluntarista al considerar el régimen del contrato, colocó en el vértice de su jerarquía a la voluntad de las partes intentando asignar a esta una fuerza expansiva suficiente a los fines de llenar algunas lagunas de reglamentación privada que se deban las partes.

- **El disenso**

El disenso constituye una anomalía que se da en los actos jurídicos bilaterales, en particular en el contrato, consiste en un fallido encuentro de la voluntad de los contratantes, en razón de un diverso significado que ellos dan a sus manifestaciones y que se traduce en una falta de congruencia objetiva de dichas expresiones de voluntad,

el disenso se puede establecer en evidente y oculto, pudiendo estos distinguirse el uno del otro al momento en que las partes emitan su voluntad o la plasmen en el documento respectivo que es el contrato mismo.

La distinción entre el disenso evidente y el disenso oculto se establece, en que el disenso evidente o manifiesto determina la falta de conocimiento y la inexistencia del contrato, desde que este elemento es esencial para que tenga validez jurídica, en cambio cuando el disenso es oculto existe un consentimiento viciado por el error de quien mal interpreto la declaración ajena, el que pueda conducir a la nulidad del contrato, si se dan los requisitos suficientes, es decir, la esencialidad del error y que pueda ser excusado.

2.3 Elemento objetivo del consentimiento

En el elemento objetivo del consentimiento, se establecerá las diversas formas de manifestaciones que se realizan en la concreción de un negocio jurídico de la materia que se trate, para poder entenderse de manera correcta que son indispensables en el negocio jurídico efectuado, entre las cuales se encuentran: La manifestación, siendo esta expresa, tácita y la presunta.

- La manifestación: Para que la voluntad pueda tener consecuencias jurídicas es necesario que trascienda de lo interior, se traduzca en acto y se manifieste al mundo exterior, la manifestación es el centro de la voluntad. “Expresión de ésta que

se agota al exteriorizarse, con ella el negocio jurídico no está más sujeto a las fluctuaciones y vaivenes de la voluntad del agente, voluntad objetivada y plasmada en esa manifestación”.²⁶

- Expresa: “Es aquella en la que se manifiesta verbalmente, por escrito o por otros signos inequívocos, a la vez ésta es expresa, cuando el agente con ella precisamente tiene la intención de exteriorizar una determinada voluntad”²⁷. Por lo consiguiente debe reputarse expresa la manifestación que por su naturaleza o por acuerdo de partes cabe estipular que tiene por destino hacer conocer a los otros una voluntad.

- Tácita: “La manifestación es tácita, cuando resulta de actos por los cuales se puede conocer con certidumbre la existencia de la voluntad, en los casos en que no se requiera una expresión positiva, o cuando no haya una protesta o declaración expresa contraria, o cuando si bien se orienta a otros fines, permite deducir la existencia de tal voluntad”.²⁸ La manifestación tácita se traduce en un comportamiento del agente que si bien en sí mismo considerado puede tener otro destino que dar a conocer una voluntad o bien no tiene una función participativa comunicativa de ella.

²⁶ Aguilar Guerra, Vladimir Osman. **Ob. Cit.** Pág. 177.

²⁷ **Ibíd.**

²⁸ **Ibíd.**

- Presunta: Cuando se dan supuestos en que la ley teniendo en cuenta la lo que ordinariamente ocurre, clasifica a ciertos comportamientos infiriendo de ellos una determinada voluntad de negociar. “Son las hipótesis de manifestaciones presuntas que a su vez pueden tener un doble significado pero que al manifestarse se deben de tomar de manera correcta para que el contrato no pueda acaecer de nulo o perder su forma, como la ley lo establece ésta debe de efectuarse de manera que no pueda surtir efectos legales.”²⁹
- El silencio: No solamente cabe entender la mera abstención de hablar, estos es el callar y no expresar ideas ya sea por escrito o por medio de la palabra, silencio es sinónimo de actitud pasiva que no adopta ningún medio de expresión, se trata de los enunciados, la palabra o la escritura, o por vía de gestos o cualquier otro comportamiento, el silencio atañe, pues a la actitud pasiva. “El silencio en sí y de por sí, no tiene valor como manifestación de voluntad.”³⁰

2.4 Perfeccionamiento del consentimiento

El perfeccionamiento del contrato se da cuando hay consentimiento si se trata de contratos celebrados entre presentes, la aceptación debe seguir inmediatamente la oferta, en caso contrario, ésta se reputa rechazada. En los contratos entre presentes son aquellos en que la aceptación debe seguir inmediatamente a la formulación de la oferta, sin solución de continuidad, por lo tanto en los contratos entre presentes son

²⁹ Aguilar Guerra, Vladimir Osman. **Ob. Cit.** Pág. 177.

³⁰ **Ibid.**

aquellos en que las partes se encuentran en el mismo lugar, frente a frente en el momento de celebrarse. En estos contratos lo trascendente es que la respuesta se debe de realizar de manera inmediata, pues en caso contrario se reputa que no media aceptación.

Cuando la formulación de la oferta hecha entre personas presentes, entraña aplicar un plazo expreso o implícito prudencial para que el destinatario lo examine y acepte. Cuando se trata de contratos entre ausentes, se contraponen a los contratos entre presentes. Éstos son aquellos entre los cuales la oferta y la aceptación exista una discontinuidad lo que supone, por tanto entre ellas, debe mediar un espacio de tiempo.

Cabe establecer que contratos entre ausentes, ante todo, lo que se perfecciona por personas situadas en diferentes lugares en el momento de la celebración y que no disponen de un medio de comunicación inmediato. Lo que impide que el intercambio de manifestaciones de voluntad pueda llevarse a cabo con una inmediatez temporal, ello ocurre en los contratos celebrados por vía de correspondencia, mediante la utilización de una carta o un telegrama.

Cuando los contratos son celebrados por medio de agentes o mensajeros, corresponde hacer una distinción de dos puntos de vista que son cuando el agente ha sido encargado de traer una respuesta, la aceptación debe ser inmediata a la comunicación de la oferta, el contrato, por lo tanto debe ser considerado entre presentes.

Por otra parte, suponiendo que el supuesto de que el agente no haya sido encargado de traer la respuesta, su misión consistirá en transmitir la oferta al destinatario quien, a su vez deberá comunicar la eventual aceptación, que caracteriza a los contratos entre ausentes.

No revisten el carácter de contratos entre ausentes los que se negocian entre personas que si bien se encuentran en lugares distintos en el momento de su celebración, disponen de un medio de comunicación instantáneo que les permite el intercambio inmediato de sus recíprocas declaraciones. La precisión del momento en que se perfecciona el consentimiento y por tanto, el contrato, tiene indudable trascendencia es por las siguientes consecuencias que le dan un valor legal correcto y son en los sistemas en que la oferta es retractable mientras no sea aceptada, como el nuestro dicho momento marca el límite hasta el cual el proponente puede redactar la oferta.

Asimismo, en el instante en que se produce el encuentro de las dos meditaciones de voluntad, el oferente pierde el señorío que tiene sobre su declaración y queda vinculado por el negocio jurídico bilateral que nace a la vida jurídica, por obra de esa coincidencia entre oferta y aceptación, dicho momento constituye el punto de partida para el cómputo de los plazos fijados en el contrato para el cumplimiento de sus prestaciones. El consentimiento se pueda perfeccionar de manera correcta en un contrato cualquiera que sea su denominación, lo esencial es que se actué de conformidad con lo que establece la ley, especialmente que éste no adolezca de ningún vicio que pueda afectar su validez.

En concreto se habla de un consentimiento cierto, cuando éste se realiza de manera perfecta no incurriendo en ningún aspecto que pueda tacharlo de ilegal, para que el contrato que se realice quede perfeccionado de manera que sus efectos jurídicos van a surtir efectos sin ningún problema legal, con el consentimiento se está estableciendo que es un elemento indispensable en la elaboración de negocios jurídicos, por lo que es indispensable y efectivo que este consentimiento quede perfeccionado legalmente.

Es importante señalar que el consentimiento es indispensable para todos los actos, negocios, contratos, declaraciones, todos de carácter Jurídicos, ya que es indispensable que el consentimiento se realiza en la vida cotidiana de las personas, y que éste pueda también surtir los efectos jurídicos legales necesarios que la ley establezca como tales, para que éste sea tomados como legal y verídico. En complemento se establece que tanto en los contratos entre personas presentes y los contratos entre personas ausentes, el consentimiento tiene que ser de manera correcta y veraz.

2.5. Vicios del consentimiento

Con respecto a los vicios del consentimiento el ponente considera que son aquellas circunstancias particulares que sin suprimirlo, lo dañan y afectan. Por lo que se indica que cuando uno de los llamados vicios no solo daña el consentimiento, sino también lo suprime, deja de ser vicio, para determinar una falta de consentimiento.

Tradicionalmente se consideran como vicios del consentimiento los siguientes:

- El error: “Es el consentimiento confuso de la realidad y no debe confundirse con la ignorancia, porque ésta es una falta de conocimiento”.³¹ Para que el error pueda considerarse como vicio del consentimiento y por lo tanto, originar la nulidad del contrato, debe de recaer sobre el motivo determinante de la voluntad de cualquiera de los que contratantes.

- El dolo: “Se debe iniciar aclarando que la palabra dolo significa, en relación con el contrato la conducta falta de propiedad, seguida por una de las partes para engañar a la otra”.³² El dolo o mala fe de una de las partes y el dolo que proviene de un tercero sabiéndolo anulan el contrato si ha sido la causa determinante de este acto jurídico, pero si ambas partes proceden con dolo ninguna puede alegar la nulidad del acto o reclamarse resarcimientos.

- La simulación: Esta existe cuando se declara cosa distinta de lo que pasa entre las partes, de conformidad con el Artículo 1284 del Código Civil guatemalteco, en forma consciente y con el acuerdo de la persona a quien está dirigida esa declaración. “Hay dos clases de simulación la absoluta y la relativa, la primera, cuando detrás del acto ficticio, no existe ningún acto jurídico en realidad y la segunda, cuando el

³¹ Aguilar Guerra, Vladimir Osman. **Ob. Cit.** Pág. 256.

³² **Ibid.** Pág. 264.

acto simulado encubre a otro acto jurídico que las partes quisieron ocultar bajo el ropaje de aquél.”³³

- La violencia: Es la presión física o moral hecha sobre una persona para obligarla a realizar un acto que sin concurrencia de esa circunstancia no realizaría. “El contrato celebrado por violencia, ya provenga ésta de alguno de los contratantes, de un tercero, interesado o no, de conformidad con la ley es nulo.”³⁴

El consentimiento es la base del contrato, su esencia y su razón da la posibilidad de obtener bienes y servicios y pagarlos posteriormente, pero requiere para cumplir tan necesaria y frecuente finalidad, que le acompañe de manera inseparable la confianza pública, si perdiera el contrato la fe popular de que goza regresaría inevitablemente la sociedad a la ya superada etapa de la exclusiva contratación de pago inmediato.

³³ Aguilar Guerra, Vladimir Osman. **Ob. Cit.** Pág. 224.

³⁴ **Ibid.** Pág. 271.

CAPÍTULO III

3. Comercio electrónico

El comercio electrónico, de conformidad con el ponente es concebido como la oferta y la contratación electrónica de productos y servicios a través de dos o más ordenadores o terminales informáticos conectados a través de una línea de comunicación dentro del entorno de red abierta, que constituye internet, representa un fenómeno de plena expansión, con cuotas de crecimiento extraordinarias en número de conexiones de clientes y operaciones, la internet ya no es sólo un gran sistema de información con acceso abierto e ilimitado a nivel mundial, sino también un mecanismo de interrelaciona social que mucho más que un nuevo canal de distribución comercial está alumbrado un modelo revolucionario de funcionamiento de los mercados y de gestión de los negocios.

3.1. Aspectos generales

El comercio electrónico, conlleva una serie de ventajas dentro de las cuales se puede indicar la reducción de costos, ya que esto se observa en la publicidad, es decir, en la entrega del bien requerido, para el efecto, la internet, ha permitido que muchas empresas desarrollen varias actividades a distintos lugares y a un bajo costo. Asimismo, se puede observar que la mayor eficiencia se ve por una parte en lo interno de las empresas, el de su organización y gestión, además, es impulsada por el aumento de la competencia entre distintos proveedores. Como se observa la internet ofrece oportunidades por medio de las cuales se puede mejorar la calidad en la prestación de

servicios de cada empresa, lo cual permite acelerar el desarrollo de nuevos productos y la prueba de su aceptación en el mercado.

Por otra parte el comercio electrónico, también reduce los gastos que puede ocasionar el contar con infraestructuras que llamen la atención al público, así como el tener sucursales para la obtención de clientes y ofertas, asimismo evita los gastos de control que se utilizan al realizar la actividad comercial de manera física.

Asimismo, no existe necesidad de esperar largo tiempo para determinar si la persona decide adquirir un bien. Pues como se observa el mercado no se limita al campo local, sino que trasciende de tal manera que se convierte en global. Lo anterior, conlleva a que no es necesario ubicarse en un lugar específico para reunirse con los clientes y los socios pueden contactarse en cualquier momento del día.

Se debe tomar en cuenta que por medio del comercio electrónico, se obtiene mayor información de clientes, proveedores, competidores, productos, servicios y precios.

Es importante señalar que existen varios problemas que afrontan, a los cuales se debe buscar la solución más eficaz tomando en cuenta el bienestar y la satisfacción tanto de quien promueve sus productos y servicios dentro de la red, como de quien los adquiere o solicita. Se debe tomar en cuenta que una de las mayores ventajas de éste comercio es que no se necesitan intermediarios, pues los productos llegan al consumidor y al vendedor directamente, ahorrándose o evitándose gastos extras.

Asimismo, el consumidor puede elegir entre una gran variedad de productos y de productores, que no se encuentra limitada a un espacio físico, pues el consumidor pagará solamente el precio justo, no la publicidad de los mismos, ni las ganancias de terceras personas.

3.2. Aspecto histórico

“El ponente considera de suma importancia señalar que con el surgimiento de internet o World Wide Web (www), red mundial de comunicación electrónica, la cual tuvo un largo proceso evolutivo desde los años setenta, mismos que se presentó como tal, durante el año de mil novecientos noventa y cinco, el mundo tecnológico y a nivel general sufrió una gran evolución, abriendo una puerta de comunicación global, la cual se ha convertido en una de las herramientas más utilizadas alrededor del mundo, para diversos propósitos como la comunicación, la información, el entretenimiento, el comercio, la banca y operaciones diversas, facilitando de esta manera el acceso a dichas actividades, mediante el uso de una computadora.”³⁵

Como se indicó anteriormente, en el año de mil novecientos noventa y cinco el número de computadoras conectados a internet, aumentó a una gran velocidad debido a la facilidad de acceso que proporcionaron varias compañías de telecomunicaciones, para

³⁵ Alonso Conde, Ana Belén. **Comercio electrónico: Antecedentes, fundamentos y estado actual.** Pág. 6.

el efecto, se señala lo siguiente. “llegando al año 2001 a un número aproximado de cien millones de ordenadores con acceso a la web.”³⁶

También se hace referencia a lo siguiente: “Internet es hoy una tecnología omnipresente. En poco tiempo se ha convertido en foco de atención por parte de las más diversas organizaciones, consumidores, gobiernos y medios de comunicación. Este fenómeno no es extraño si pensamos que en la actualidad estamos evolucionando hacia una economía de servicios en la cual la habilidad de mover información es tan esencial como el siglo pasado fue la habilidad de mover mercancías y, sin lugar a dudas, Internet potencia este proceso.”³⁷

De lo anterior, se indica que la internet, introdujo grandes cambios en el entorno comercial ya que en las actividades relacionadas al mismo, se encontraron herramienta de fácil acceso y por medio de las cuales se facilitó la compraventa de bienes y servicios por medio de internet, dicha actividad en la actualidad, es conocida como comercio electrónico.

Por otra parte, se señala lo siguiente: “Una de las empresas pioneras de Comercio Electrónico fue Amazon.com, la primera librería on-line, fundada por Jeff Bezos en 1994 y que abrió sus “puertas virtuales” en junio de 1995. El éxito de Amazon.com fue notable, alcanzando unas cifras de ventas de cerca de 16 millones de dólares en 1996, cuando todavía el Comercio Electrónico y la cultura de Internet eran muy incipientes.

³⁶ Alonso Conde, Ana Belén. **Ob. Cit.** Pág. 6.

³⁷ González López, Oscar Rodrigo. **Comercio electrónico.** Pág. 20.

Aunque inicialmente se centró en la venta de libros por Internet, posteriormente amplió su oferta de productos a música, DVDs, vídeos, juguetes, electrónica de consumo, software, juegos de ordenador, etc. Amazon.com es sin duda un referente importante en la breve historia de Internet y quizás uno de los modelos de Comercio Electrónico más estudiado y analizado durante los últimos años.”³⁸

También se hace referencia a lo siguiente. “La paradoja del Comercio Electrónico se produjo con el extraordinario aumento del número de usuarios con conexión a Internet. Este insólito crecimiento consiguió alcanzar más de 500 millones de usuarios en menos de cinco años, siendo mucho más rápido que el de otros medios globales como la televisión o la radio, que habían necesitado más de una década. Este rápido crecimiento produjo una gran inquietud y expectación en los mercados. Por extensión, los analistas preveían un crecimiento similar en las transacciones de negocio realizadas a través de estos mercados emergentes y, por tanto, un gran movimiento de recursos económicos, llegándose a especular sobre la creación de una Nueva Economía con parámetros y características distintas. A pesar de no haberse alcanzado las expectativas si se han generado en muchos casos mercados cotizados diferenciados como el caso de Nasdaq 100 o los llamados nuevos mercados donde cotizan de forma independiente las empresas tecnológicas.”³⁹

Es importante señalar que son varios países que en forma gradual tuvieron un incremento en la actividad del comercio electrónico debido al desarrollo de internet,

³⁸ Alonso Conde, Ana Belén. **Ob. Cit.** Pág. 12.

³⁹ Líberos, Eduardo. **El libro del comercio electrónico.** Pág. 318.

también se vieron en la necesidad de regularla por medio de sus legislaciones locales, siendo la Unión Europea y Estados Unidos, los países que cuentan con la regulación legal más avanzada y completa al respecto, sin dejar de lado, lo relativo al derecho internacional, por el hecho de las operaciones de e-Commerce que se dan a nivel transfronterizo. Sin embargo, existen varios países, que no cuentan en la actualidad con una regulación legal específica o adecuada para este tipo de actividad comercial y se basan únicamente en normas análogas que pueden ser de aplicación general al comercio.

Para el caso de Guatemala, el primer cuerpo legal relacionado a esta materia, se generó en el año 2008, por medio de una iniciativa impulsada en gran parte por la Cámara de Comercio de Guatemala, promulgándose finalmente la Ley para el Reconocimiento de las Comunicaciones y Firmas Electrónicas, Decreto número 47-2008 del Congreso de la República.

Es por ello que a raíz de la revolución tecnológica que contrajo la globalización de la web, el comercio dio un giro importante, que hace muchos atrás, nadie hubiese imaginado. En la década de los años 90, el crecimiento de Internet avanzó a una gran velocidad, permitiendo la implementación de esta nueva modalidad comercial, convirtiéndose en una fuente generadora de empleos y nuevas economías, generando un aumento gradual en cuanto a fuentes de ingreso, tanto a nivel individual como empresarial.

Asimismo, se indica lo siguiente: “En febrero de 1993 la web experimentó un notable avance, gracias a la aparición del navegador gráfico Mosaic para sistemas UNIX, desarrollado por Marc Andersen y Eric Bina del Centro Nacional de Aplicaciones para Supercomputadores de la Universidad de Illinois. Las principales novedades de este nuevo navegador eran, por una parte su facilidad de uso y por otra, su versatilidad, ya que, además de texto con formato, era capaz de incorporar imágenes, enlaces de hipertexto para acceder a otras páginas con un solo “clic”, e incluso pequeños archivos multimedia con sonido e imágenes en movimiento. Además de todas estas ventajas, el software del navegador Mosaic era de distribución libre y gratuita para el entorno UNIX, uno de los sistemas operativos más utilizados por la comunidad científica e investigadora, por lo que su uso se extendió rápidamente, registrándose millones de descargas de este software en los primeros meses de 1993. Durante este año, el uso de la www creció de forma exponencial, no solo en número de clientes, sino también en número de servidores, ya que cada vez el personal de un organismo o institución con conexión a Internet descubría las ventajas de la web con respecto a la posibilidad de intercambio de información, rápidamente montaban su propio servidor para poner a disposición del resto de usuarios las actividades desarrolladas por su institución, tales como documentos de trabajo, artículos, proyectos, software, etc. En vista del éxito de este navegador, la Universidad de Illinois vendería la licencia de Mosaic a una empresa denominada Spyglass fundada con capital riesgo y meses después a la empresa Microsoft.”⁴⁰

⁴⁰ Alonso Conde, Ana Belén. **Ob. Cit.** Pág. 12.

De lo anterior, el ponente indica que a partir de este momento, se dio el más grande impulso de creación de la red mundial www, creciendo a una velocidad impresionante, incorporando poco a poco, la actividad comercial mediante la habilitación de servidores, nuevas páginas web y toda una infraestructura que dio lugar al comercio electrónico.

La autora en mención también señala: “En 1994 Jim Clark desarrolla Netscape, un nuevo y más potente navegador web que incorpora el protocolo SSL (“Secure Socket Layer” o capa de conexión segura) para permitir transacciones seguras a través de Internet, basado en un mecanismo de encriptación por clave pública. Se desarrollan versiones de este navegador para UNIX y Microsoft Windows y su éxito sería rotundo. Con este nuevo navegador la tecnología web alcanzaba un alto grado de madurez. En esta época el éxito Internet y de la web estaba avalado por varios millones de adeptos que empezaban a extenderse por todos los rincones del mundo. Esta combinación de factores hizo que Internet se convirtiese en un medio atractivo para el comercio, lo que dio lugar al desarrollo del Comercio Electrónico.”⁴¹

La autora en mención, indica que de esta manera se incorporaron miles de empresas alrededor del mundo, que promocionaron sus productos y servicios, con la ventaja de poder acceder a ellos desde cualquier lugar con acceso a internet, por medio de un ordenador, lo cual en esta etapa aún tenía un costo elevado, pero que implicaba una gran comodidad no solamente para estos como empresarios sino también para los usuarios.

⁴¹ Alonso Conde, Ana Belén. **Ob. Cit.** Pág.12.

Por su parte se indica. “Algunos autores van más allá y apuntan que la red de redes ha liderado una nueva revolución, la revolución de la información. Como afirma Peter Drucker, no es la información en sí la que generará el cambio, ni la inteligencia artificial, ni el efecto de los ordenadores sobre los procesos de decisión, determinación de políticas o desarrollo de estrategias; es internet la que está produciendo profundas transformaciones en la economía, en los mercados y en las estructuras de industrias enteras; en los bienes, servicios y en sus flujos; en la segmentación, en los valores y en el comportamiento de los consumidores; en los mercados de trabajo; pero tal vez sea mayor el impacto ejercido sobre la sociedad, la política y la visión que tenemos acerca del mundo y acerca de nosotros mismos.”⁴²

Como se observa, la internet se convirtió en una herramienta fundamental para la sociedad, ya que la misma proporciona el acceso más eficiente a la información, así como a todas las operaciones que pueden realizarse por medio de la red, razón por la cual, los de usuarios de esta tecnología, deben contar con los medios de protección legal que conlleva cualquier transacción de índole comercial.

El acceso a la internet, así como al comercio electrónico es prácticamente universal, ya que la diversidad tecnológica que ha incorporado dicho acceso a sus sistemas, ha facilitado su uso, pudiendo ingresar a la web por medio de celulares inteligentes, tablets, laptops, televisores inteligentes, computadoras de escritorio, entre otros, lo cual

⁴² González López, Oscar Rodrigo. **Ob. Cit.** Pág. 20.

lo convierte en un modelo de comercio eficiente, accesible y de alta rentabilidad, para la sociedad.

Asimismo se indica lo siguiente. "...el Comercio Electrónico implica básicamente un nuevo modelo de relación empresarial basado en interacciones electrónicas que sustituyen los requisitos de presencia física de los sistemas tradicionales. En términos generales, podemos definir Comercio Electrónico (eCommerce) como la realización de la actividad de intercambio a través de un medio electrónico. Más específicamente, implicaría la realización de la actividad comercial de intercambio asistida por las telecomunicaciones y herramientas basadas en ellas. Esto supone un nuevo enfoque a la hora de entender la relación de intercambio entre comprador y vendedor, ya que en este caso las partes interactúan electrónicamente."⁴³

A pesar de la comodidad que el comercio electrónico ofrece, también se dan situaciones de riesgo que pueden generar contingencias legales y económicas para los usuarios, ya que como en cualquier área del comercio, existe la mala utilización de los medios establecidos, pudiendo darse actividades punibles e ilícitas, que necesitan una regulación legal más profunda, para evitar cualquier acto contrario a la ley.

Se refiere a la seguridad del comercio electrónico de la siguiente manera: "Una de las principales barreras, que hace referencia tanto a la privacidad de los datos personales como a la de los medios de pago. El comercio electrónico, como el tradicional, se basa

⁴³ González López, Oscar Rodrigo. **Ob. Cit.** Pág. 114.

muchas veces en la confianza construida entre cliente y vendedor y todavía existe mucho temor en lo que respecta a Internet, en buena parte motivado por el desconocimiento y por la mala prensa de la que ha sido objeto. Sin embargo es más una inseguridad percibida que real, ya que con los medios adecuados (protocolos SSL, 3Dsecure) la realización de transacciones comerciales en Internet es bastante segura y, en todo caso, mucho más segura que otros medios de pago generalmente aceptados, como las tarjetas de crédito. Piense en el caso del pago a través de tarjeta de crédito en un establecimiento desconocido en el que el dependiente o camarero se lleva la tarjeta para realizar el cobro.”⁴⁴

Los medios de seguridad indicados anteriormente, garantizan la privacidad y el éxito en un convenio, pero así mismo, debe tenerse en cuenta la reputación y prestigio de las empresas con quienes se efectuará un convenio comercial a través de internet y de esta forma evitar las contingencias económicas provenientes de comerciantes ilegítimos, de los cuales se puede encontrar una cantidad considerable en la web.

También, se debe tomar en cuenta que otro medio de seguridad dentro del comercio electrónico, es la firma digital, que es un código único de validación electrónica, para las transacciones efectuadas en internet, por medio de la cual se genera un código de seguridad encriptado e irrepetible, que garantiza la validez de la transacción y que puede tener la modalidad de clave pública, la cual es un conjunto de caracteres descifrable por cualquier persona, o clave privada, la cual puede ser descifrada

⁴⁴ González López, Oscar Rodrigo. **Ob. Cit.** Pág. 161.

únicamente por las personas que intervienen en la transacción y sus efectos jurídicos se establecen en la Ley para el Reconocimiento de las Comunicaciones y Firmas Electrónicas, contenida en el Decreto 47-2008 del Congreso de la República de Guatemala, específicamente en el artículo 33 el cual regula: “Efectos jurídicos de una firma electrónica o firma electrónica avanzada. La firma electrónica o la firma electrónica avanzada, la cual podrá estar certificada por una entidad prestadora de servicios de certificación, que haya sido producida por un dispositivo seguro de creación de firma, tendrá, respecto de los datos consignados en forma electrónica, el mismo valor jurídico que la firma manuscrita en relación con los consignados en papel y será admisible como prueba en juicio, valorándose ésta, según los criterios de apreciación establecidos en las normas procesales...”

3.3. Concepto

En lo relativo al comercio electrónico se debe comprender cada concepto de manera singular, atendiendo a la amplitud e importancia que cada palabra encierra en su definición también se puede determinar que es una, para el efecto, se indica: “Negociación o actividad que busca la obtención de ganancia o lucro en la venta, permuta o compra de mercaderías”⁴⁵.

El tratadista arriba citado, hace referencia que el comercio electrónico, no es más que una negociación la cual producirá ganancias entre las partes que decidan utilizar esta forma de convenio.

⁴⁵ Cabanellas, Guillermo. **Diccionario de derecho usual**. Pág. 154.

El comercio electrónico es: “Es el uso de las tecnologías computacional y de telecomunicaciones que se realiza entre empresas o bien entre vendedores y compradores, para apoyar el comercio de bienes y servicios”⁴⁶

Como se observa para este autor, es indispensable el uso de medios electrónicos tales como la computadora, pues de esta forma se logra la realización de negocios por medio de la internet.

Por otra parte, se indica que el comercio electrónico es: “la posibilidad de realizar negocios comerciales a través de medios electrónicos”.⁴⁷

De lo anterior, se indica que el comercio electrónico es el conjunto de actividades económicas o negocios a través de redes de telecomunicaciones basándose en la transmisión electrónica de datos.

Otro concepto en cuanto al comercio electrónico es: “La aplicación de la avanzada tecnología de información para incrementar la eficacia de las relaciones empresariales entre socios comerciales. La disponibilidad de una visión empresarial apoyada por la avanzada tecnología de información para mejorar la eficiencia y la eficacia dentro del proceso comercial”⁴⁸

⁴⁶ Lorenzetti, Ricardo. **Comercio electrónico**. Pág. 28.

⁴⁷ Del Águila, Ana Rosa, **Comercio electrónico y estrategia empresarial hacia la economía digital**. Pág. 146.

⁴⁸ Lorenzetti, Ricardo. **Ob. Cit.** Pág. 22.

El autor en mención, indica que el comercio electrónico no es más el avance tecnológico, pues solamente de esta manera los empresarios logran tener una visión más amplia sobre los futuros negocios.

También se indica que es: “La oferta y la contratación electrónica de productos y servicios a través de dos o más ordenadores o terminales informáticos conectados a través de una línea de comunicación dentro del entorno de red abierta que constituye Internet”.⁴⁹

El autor citado, al igual que los anterior, señala que el comercio electrónico es la oferta y contratación electrónica tanto de productos como de servicios, los cuales se ofrecen a través computadoras conectadas al a internet.

3.4. Características

Dentro de las características del comercio electrónico de conformidad con el autor guatemalteco Vladimir Aguilar se encuentran las siguientes:

“a. Es un comercio abierto las veinticuatro horas durante los siete días de la semana
(sin gastos adicionales).

b. Un comercio que continuamente busca y registra potenciales clientes.

⁴⁹ Aguilar Guerra, Vladimir. **El negocio jurídico**. Pág. 93.

c. La posibilidad de realizar las transacciones de forma instantánea, mediante la verificación en tiempo real, lo que maximiza su disponibilidad de fondos.

d. Un control exhaustivo de dicho comercio.”⁵⁰

Las anteriores características encierran un sin número de posibilidades que el comercio electrónico aprovecha, de los cuales el comercio convencional no puede valerse. A través del comercio electrónico una empresa puede obtener clientes del otro lado del mundo sin tener que reunirse o conocerse personalmente para llevar a cabo la negociación. De esta forma de comercio tan extensa surgen varias preguntas e inconvenientes a los cuales debe buscarse una solución específica.

El autor Lara, señala otras características con respecto al comercio electrónico, para el efecto señala que dentro de las diferencias más importantes que existen entre un sistema de pago tradicional o electrónico se encuentran las siguientes:

“Sistema tradicional de pagos	Pagos electrónicos
Control por parte del banco central	Distintos puntos de vista sobre el tipo de control
Sistemas de control muy definidos	Sistema muy tecnificado pero aun sin diseñar
Abundante legislación y doctrina	Escasa doctrina
Medios físicos de pago: cheque,	Moneda electrónica intangible

⁵⁰ Aguilar Guerra, Vladimir. **Ob. Cit.** Pág.133.

moneda	
Amplia infraestructura de cobertura	Dimensión reducida y computarizada
Sistema intensivo de trabajo	Sistema intensivo en capital
Elevado coste de las infraestructuras	Sistema descentralizado de bajo costo
Control bancario de las transferencias	Transferencias desde el ordenador personal
Necesidad de cámaras de compensación marginales	Compensación solo en caso
Transporte: correo, tierra, mar o aire	Telecomunicaciones
Moneda de uso mundial. \$USA	Una única moneda
Fronteras económicas nacionales	No hay fronteras
Jurisdicciones delimitadas	Superposición, jurisdicción desconocida” ⁵¹

Asimismo, el ponente considera entre las características típicas del comercio electrónico, las siguientes:

- a) El comercio electrónico, radica en el desarrollo de una actividad comercial por vía electrónica, basándose en la elaboración y transmisión de datos, entre ellos los que tengan formato audio y vídeo, por vía electrónica.
- b) Percibe las actividades más variadas, tales como la comercialización de las mercancías y servicios por vía electrónica, hasta la distribución en línea de contenidos digitales, la realización por vía electrónica de operaciones tales como la

⁵¹ Lara, Luis. **El comercio en la era del internet**. Pág. 79.

transferencia de fondos, compraventa de acciones, ventas en subasta, proyectos de ingeniería en cooperación, la venta directa al consumidor y los correspondientes servicios de postventa;

- c) Incluye a los productos en general, tales como los productos de consumo y a los servicios como a los servicios de información y financieros, asesoría jurídica, entre otros, ya sean de tipo tradicional o de la nueva tecnología.

3.5. Clasificación

Con respecto a la clasificación del comercio electrónico, el ponente considera que dentro de estas se encuentran lo relativo a la atención del elemento subjetivo, dentro de las cuales se encuentran las siguientes:

- a) Comercio electrónico B2C (business to consumer) negocio a consumidor: Esta clase está enfocada al público en general; empresas o comerciantes ponen a disposición la venta de sus productos o servicios vía Internet y el usuario o consumidor podrá disponer de una gran variedad de estos y de información detallada sobre los mismos.
- b) Comercio electrónico B2B (business to business) negocio a negocio o relaciones entre empresas: En esta clase de comercio electrónico existen empresas que tienen relaciones directas con otras en cuanto a prestación de servicios o bienes, es decir que son entornos virtuales que facilitan procesos de negocio entre

empresas, utilizando la tecnología para realizar transacciones, facilitar la relación entre compradores y vendedores y optimizar los gastos de gestión, siendo su objetivo final la compra venta de bienes y servicios por medios telemáticos.

- c) Comercio electrónico C2C (consumer to consumer) de consumidor a consumidor: Este se lleva a cabo directamente entre particulares y en la mayoría de las ocasiones, las transacciones son llevadas a cabo mediante subastas.

Por otra parte, se encuentran las que atienden al tipo o clase de bienes o servicios que se van a comercializar y a la forma de entrega de los mismos:

- a) Comercio electrónico directo: Cuando el total de la transacción celebrada se completa por la red, lo que incluye el suministro en línea de los bienes o servicios.
- b) Comercio electrónico indirecto: Cuando una parte de la transacción celebrada se realiza fuera de la red.

De todo lo anterior, se debe tener claro que existen diferencias sustanciales entre el denominado derecho información y el nuevo derecho de internet, en primer lugar, se diferencian por su ámbito respectivo de proyección económico y social, la internet es mucho más que un nuevo canal de distribución comercial, es pues un mercado abierto internacional por naturaleza, un centro mundial de actividad mercantil electrónica que funciona sobre la base de un protocolo y de unos estándares técnicos semejantes a nivel internacional.

Pero también representa una realidad cualitativamente distinta para el efecto se señala: Un nuevo modelo de hacer negocios y 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, la naturaleza intangible y digitalizable de su materia prima y de las prestaciones en qué consisten, resultan singularmente propias para ser canalizadas a través del tráfico electrónico.”⁵²

De lo anterior, se indica que en la internet se produce un proceso especial de contratación que difiere de la tradicional negociación y formalización de contratos con presencia física de las partes contratantes y también de la venta de distancia o contratación entre ausentes conocida desde tiempos antiguos.

También es preciso señalar que si para determinados sectores como el financiero, internet está siendo un fenómeno catalizador y dinamizador de transformaciones radicales, la revolución desde el punto de vista jurídico, no va a ser menor.

Por lo que se está alumbrando un marco innovador de seguridad jurídica preventiva, un modelo de negocio jurídico y una estructura de contrato que se está empezando a imaginar y concebir, no se cree que la contratación a través de internet vaya a dar lugar a una nueva teoría de las obligaciones, pero sí que siendo válidos quizá más que nunca, los principios clásicos del derecho patrimonial privado, internet representa un

⁵² Aguilar Guerra, Vladimir. **Ob. Cit.** Pág. 141.

nuevo ámbito o mercado de contratación en el que esos principios han de ser revisados y actualizados a la luz 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, negocian y contratan, modifican, revocan, pagan, cumplen o incumple obligaciones y reclaman sus derechos.

Importante, dar a conocer que todo el proceso se desarrolla en tiempo real y visualizando el cliente en pantalla las cláusulas del contrato correspondiente, se producen declaraciones expresas de voluntad y existe un margen abierto a la negociación, a la modificación o personalización del contrato, frente a la estructura rígidamente estandarizada de las transacciones automáticas.

CAPÍTULO IV

4. El consentimiento en los contratos electrónicos a través de la firma digital

Los rápidos avances tecnológicos y la dimensión mundial de internet han necesario un planteamiento abierto a diferentes tecnologías y servicios de autenticación electrónica de datos, por lo que la firma digital pretende garantizar la seguridad en las comunicaciones electrónicas para la rápida difusión de lo que se ha venido en llamar la sociedad de la información, así pues la firma digital, lo que produce es una transformación de un mensaje utilizando una criptosistema asimétrico de manera que una persona que reciba el mensaje firmado y que conozca la clave pública del firmante puede determinar con exactitud si la transformación mencionada se produjo mediante la utilización de la clave privada que le corresponde con la clave pública del firmante o si el mensaje firmado ha sido alterado posteriormente.

4.1. Aspectos generales de la firma digital

La firma digital es, en la transmisión de mensajes telemáticos y en la gestión de documentos electrónicos, un método criptográfico que asocia la identidad de una persona o de un equipo informático al mensaje o documento. En función del tipo de firma, puede, además, asegurar la integridad del documento o mensaje.

La firma digital, como la firma ológrafa (autógrafa, manuscrita), puede vincularse a un documento para identificar al autor, para señalar conformidad (o disconformidad) con el

contenido, para indicar que se ha leído o, según el tipo de firma, garantizar que no se pueda modificar su contenido.

La firma digital puede ser conceptualizada como una secuencia de datos electrónicos (bits) que se obtienen mediante la aplicación a un mensaje determinado de un algoritmo (fórmula matemática) de cifrado asimétrico 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 adjunta al final del cuerpo del mensaje firmado digitalmente.

La aparición y desarrollo de las redes telemáticas, de las que internet es el ejemplo más notorio, ha supuesto la posibilidad de intercambiar entre personas distantes geográficamente mensajes de todo tipo, incluidos los mensajes de contenido contractual. Estos mensajes plantean el problema de acreditar tanto la autenticidad como la autoría de los mismos.

Concretamente, para que dos personas puedan intercambiar entre ellos mensajes electrónicos de carácter comercial que sean mínimamente fiables y puedan, en consecuencia, dar a las partes contratantes la confianza y la seguridad que necesita el tráfico comercial, esos mensajes deben cumplir los siguientes requisitos:

- Identidad, que implica poder atribuir de forma indubitada el mensaje electrónico recibido a una determinada persona como autora del mensaje.

- Integridad, que implica la certeza de que el mensaje recibido por B (receptor) es exactamente el mismo mensaje emitido por A (emisor), sin que haya sufrido alteración alguna durante el proceso de transmisión de A hacia B.
- No repudiación o no rechazo en origen, que implica que el emisor del mensaje (A) no pueda negar en ningún caso que el mensaje ha sido enviado por él.

La firma digital es un procedimiento técnico que basándose en técnicas criptográficas trata de dar respuesta a esa triple necesidad apuntada anteriormente, a fin de posibilitar el tráfico comercial electrónico.

Por otra parte, a los tres requisitos anteriores, se une un cuarto elemento, que es la confidencialidad, que no es un requisito esencial de la firma digital sino accesorio de la misma. La confidencialidad implica que el mensaje no haya podido ser leído por terceras personas distintas del emisor y del receptor durante el proceso de transmisión del mismo.

- La teoría

La firma digital de un documento es el resultado de aplicar cierto algoritmo matemático, denominado función hash, a su contenido, y seguidamente aplicar el algoritmo de firma (en el que se emplea una clave privada) al resultado de la operación anterior, generando la firma electrónica o digital. El software de firma digital debe además efectuar varias validaciones, entre las cuales podemos mencionar la vigencia del

certificado digital del firmante, la revocación del certificado digital del firmante (puede ser por OCSP o CRL) y la inclusión de sello de tiempo.

La función de la firma digital es un algoritmo matemático que permite calcular un valor resumen de los datos a ser firmados digitalmente, funciona en una sola dirección, es decir, no es posible a partir del valor resumen calcular los datos originales. Cuando la entrada es un documento, el resultado de la función es un número que identifica inequívocamente al texto. Si se adjunta este número al texto, el destinatario puede aplicar de nuevo la función y comprobar su resultado con el que ha recibido. No obstante este tipo de operaciones no están pensadas para que las lleve a cabo el usuario, sino que se utiliza software que automatiza tanto la función de calcular el valor de la firma digital como su verificación posterior.

- Las posibilidades de red

Para que sea de utilidad, la función de la firma digital debe satisfacer dos importantes requisitos. Primero, debe ser difícil encontrar dos documentos cuyo valor para la función de la firma digital sea idéntico. Segundo, dado uno de estos valores, debe ser imposible producir un documento con sentido que dé lugar a la firma digital.

Existen funciones de la firma digital, específicamente designadas para satisfacer estas dos importantes propiedades. SHA y MD5 son dos ejemplos de este tipo de algoritmos.

Algunos sistemas de cifrado de clave pública se pueden usar para firmar documentos. El firmante cifra de la firma digital es calculado de un documento con su clave privada y cualquiera que quiera comprobar la firma y ver el documento, no tiene más que usar la clave pública del firmante para descifrar la firma, y comprobar que es el que corresponde al documento.

- La solución

Un algoritmo efectivo debe hacer uso de un sistema de clave pública para cifrar sólo la firma. En particular, el valor de la firma digital se cifra mediante el uso de la clave privada del firmante, de modo que cualquiera pueda comprobar la firma usando la clave pública correspondiente. El documento firmado se puede enviar usando cualquier otro algoritmo de cifrado, o incluso ninguno si es un documento público. Si el documento se modifica, la comprobación de la firma fallará, pero esto es precisamente lo que la verificación se supone que debe descubrir.

El Digital Signature Algorithm es un algoritmo de firmado de clave pública que funciona como hemos descrito. DSA es el algoritmo principal de firmado que se usa en GnuPG.

También se debe tomar en cuenta que la base del comercio internacional, es la firma digital y la certeza que de ella emana, dicha firma es ya una realidad y se usa en el mundo, por lo que los países que han legislado en la materia equiparan la firma electrónica o digital a la tradicional firma manuscrita u ológrafa, que tiene características

propias, la principal de ellas es que es aceptada legalmente, esto quiere decir que si una persona firmó un documento adquiere tanto los derechos como las obligaciones que de él deriven y si no cumple con obligaciones a su cargo el tenedor del documento puede demandar judicialmente el cumplimiento de la misma, la autoridad competente acepta las responsabilidades adquiridas con solo calificar a la firma como válida.

Es importante recalcar que la firma comprueba la identidad de una persona, de tal modo que se sabe quién es la persona que firmó y es persona no puede negar las responsabilidades que adquiere en un documento firmado asimismo, muchas veces se recurre a un escribano o notario público que certifica la autenticidad de la firma.

La presente investigación jurídica tiene por objeto presentar desde una perspectiva técnica jurídica la oportunidad de mejorar el ordenamiento jurídico nacional en materia de contratos y por supuesto especialmente el área mercantil de los mismo, ya que lo que se busca es promover información básica que permita una mejor discusión y un marco conceptual para elaborar las propuestas necesarias, adaptadas a la realidad nacional.

4.2. Formato de la firma electrónica

Las normas TS 101 733 y TS 101 903 definen los formatos técnicos de la firma electrónica. La primera se basa en el formato clásico PKCS#7 y la segunda en XMLDsig firma XML especificada por el consorcio W3C.

Bajo estas normas se definen tres modalidades de firma:

- a) Firma básica. Incluye el resultado de operación de hash y clave privada, identificando los algoritmos utilizados y el certificado asociado a la clave privada del firmante. A su vez puede ser "attached" o "detached", "enveloped" y "enveloping"
- b) Firma fechada. A la firma básica se añade un sello de tiempo calculado a partir del hash del documento firmado por una TSA (Time Stamping Authority)
- c) Firma validada o firma completa. A la firma fechada se añade información sobre la validez del certificado procedente de una consulta de CRL o de OCSP realizada a la Autoridad de Certificación.

La firma completa libera al receptor de la firma del problema de ubicar al Prestador de Servicios de Certificación y determinar los procedimientos de validación disponibles.

4.3. Función

La firma digital funciona utilizando complejos procedimientos matemáticos que relacionan el documento firmado con información propia del firmante, y permiten que terceras partes puedan reconocer la identidad del firmante y asegurarse de que los contenidos no han sido modificados.

El firmante genera, mediante una función matemática, una huella digital del mensaje, la cual se cifra con la clave privada del firmante. El resultado es lo que se denomina firma digital, que se enviará adjunta al mensaje original. De esta manera el firmante adjuntará al documento una marca que es única para dicho documento y que sólo él es capaz de producir.

Para realizar la verificación del mensaje, en primer término el receptor generará la huella digital del mensaje recibido, luego descifrará la firma digital del mensaje utilizando la clave pública del firmante y obtendrá de esa forma la huella digital del mensaje original; si ambas huellas digitales coinciden, significa que no hubo alteración y que el firmante es quien dice serlo.

- La criptografía como base de la firma digital

La firma digital se basa en la utilización combinada de dos técnicas distintas, que son la criptografía asimétrica o de clave pública para cifrar mensajes y el uso de las llamadas funciones de la firma digital o funciones resumen.

El diccionario de la Real Academia Española de la Lengua define la criptografía como "el arte de escribir con clave secreta o de forma enigmática."⁵³ La criptografía es un conjunto de técnicas que mediante la utilización de algoritmos y métodos matemáticos sirven para cifrar y descifrar mensajes.

⁵³ Diccionario de la Real Academia Española. Pág. 314.

La criptografía ha venido siendo utilizada desde antiguo, fundamentalmente con fines militares. Tradicionalmente se ha hablado de dos tipos de sistemas criptográficos: los simétricos o de clave privada y los asimétricos o de clave pública.

Los llamados sistemas criptográficos simétricos son aquellos en los que dos personas (A y B), que van a intercambiarse mensajes entre sí, utilizan ambos la misma clave para cifrar y descifrar el mensaje. Así, el emisor del mensaje (A), lo cifra utilizando una determinada clave, y una vez cifrado, lo envía a B. Recibido el mensaje, B lo descifra utilizando la misma clave que usó A para cifrarlo. Los sistemas criptográficos simétricos más utilizados son los conocidos con los nombres de DES, TDES y AES.

Los principales inconvenientes del sistema simétrico son los siguientes:

- a) La necesidad de que A (emisor) y B (receptor) se intercambien previamente por un medio seguro la clave que ambos van a utilizar para cifrar y descifrar los mensajes.
- b) La necesidad de que exista una clave para cada par de personas que vayan a intercambiarse mensajes cifrados entre sí.

Lo anterior, determina que los sistemas de cifrado simétricos no sean aptos para ser utilizados en redes abiertas como internet, en las que confluyen una pluralidad indeterminada de personas que se desconocen entre sí y que en la mayoría de los

casos no podrán intercambiarse previamente claves de cifrado por ningún medio seguro.

Los sistemas criptográficos asimétricos o de clave pública se basan en el cifrado de mensajes mediante la utilización de un par de claves diferentes (privada y pública), de ahí el nombre de asimétricos, que se atribuyen a una persona determinada y que tienen las siguientes características:

- a) Una de las claves, la privada, permanece secreta y es conocida únicamente por la persona a quien se ha atribuido el par de claves y que la va a utilizar para cifrar mensajes. La segunda clave, la pública, es o puede ser conocida por cualquiera.
- b) Ambas claves, privada y pública, sirven tanto para cifrar como para descifrar mensajes.
- c) A partir de la clave pública, que es conocida o puede ser conocida por cualquiera, no se puede deducir ni obtener matemáticamente la clave privada, ya que si partiendo de la clave pública, que se puede o ser conocida por cualquier persona, se pudiese obtener la clave privada, el sistema carecería de seguridad dado que cualquier podría utilizar la clave privada atribuida a otra persona pero obtenida ilícitamente por un tercero partiendo de la clave pública.

Este dato se basa en una característica de los números primos y en el llamado problema de la factorización. El problema de la factorización es la obtención a partir de un determinado producto de los factores cuya multiplicación ha dado como resultado ese producto. Los números primos (números enteros que no admiten otro divisor que no sea el uno o ellos mismos), incluidos los números primos grandes, se caracterizan porque si se multiplica un número primo por otro número primo, da como resultado un tercer número primo a partir del cual es imposible averiguar y deducir los factores.

El criptosistema de clave pública más utilizado en la actualidad es el llamado RSA, creado en 1978 y que debe su nombre a sus tres creadores (Rivest, Shamir y Adleman).

La utilización del par de claves (privada y pública) implica que A (emisor) cifra un mensaje utilizando para ello su clave privada y, una vez cifrado, lo envía a B (receptor). B descifra el mensaje recibido utilizando la clave pública de A. Si el mensaje descifrado es legible e inteligible significa necesariamente que ese mensaje ha sido cifrado con la clave privada de A (es decir, que proviene de A) y que no ha sufrido ninguna alteración durante la transmisión de A hacia B, porque si hubiera sido alterado por un tercero, el mensaje descifrado por B con la clave pública de A no sería legible ni inteligible. Así se cumplen dos de los requisitos anteriormente apuntados, que son la integridad (certeza de que el mensaje no ha sido alterado) y no repudiación en origen (imposibilidad de que A niegue que el mensaje recibido por B ha sido cifrado por A con la clave privada de

éste). El tercer requisito (identidad del emisor del mensaje) se obtiene mediante la utilización de los certificados digitales, que se analizan en otro apartado de esta guía.

- Las funciones Hash

Junto a la criptografía asimétrica se utilizan en la firma digital las llamadas funciones hash o funciones resumen. Los mensajes que se intercambian pueden tener un gran tamaño, hecho éste que dificulta el proceso de cifrado. Por ello, no se cifra el mensaje entero sino un resumen del mismo obtenido aplicando al mensaje una función.

Partiendo de un mensaje determinado que puede tener cualquier tamaño, dicho mensaje se convierte mediante la función de una firma digital en un mensaje con una dimensión fija (generalmente de 160 bits). Para ello, el mensaje originario se divide en varias partes cada una de las cuales tendrá ese tamaño de 160 bits, y una vez dividido se combinan elementos tomados de cada una de las partes resultantes de la división para formar el mensaje-resumen, que también tendrá una dimensión fija y constante de 160 bits. Este resumen de dimensión fija es el que se cifrará utilizando la clave privada del emisor del mensaje.

- Los sellos temporales

En el proceso de intercambio de mensajes electrónicos es importante que, además de los elementos o requisitos anteriormente analizados, pueda saberse y establecerse con

certeza la fecha exacta en la que los mensajes han sido enviados. Esta característica se consigue mediante los llamados sellos temporales o "time stamping", que es aquella función atribuida generalmente a los Prestadores de Servicios de Certificación mediante la cual se fija la fecha de los mensajes electrónicos firmados digitalmente.

- La confidencialidad de los mensajes

En ocasiones, además de garantizar la procedencia de los mensajes electrónicos que se intercambian por medio de internet y la autenticidad o integridad de los mismos, puede ser conveniente garantizar también su confidencialidad.

Ello implica tener la certeza de que el mensaje enviado por A (emisor) únicamente será leído por B (receptor) y no por terceras personas ajenas a la relación que mantienen A y B.

En tales casos, también se acude al cifrado del mensaje con el par de claves, pero de manera diferente al mecanismo propio y característico de la firma digital. Para garantizar la confidencialidad del mensaje, el cuerpo del mismo (no el hash o resumen) se cifra utilizando la clave pública de B (receptor), quien al recibir el mensaje lo descifrará utilizando para ello su clave privada (la clave privada de B).

De esta manera se garantiza que únicamente B pueda descifrar el cuerpo del mensaje y conocer su contenido.

4.4. Principios doctrinarios

- Autenticidad: se integra en la presunción de que la firma electrónica pertenece efectivamente a la persona que la realizó, es necesario para dar a cada parte la certeza de que la otra es realmente quien dice ser.
- Accesoriedad: Con este principio no se pretende alterar las restantes formas de los diversos contratos, sino que se propone que un documento sea firmado electrónicamente y no careza de validez y eficacia jurídica únicamente por la naturaleza digital de su soporte y firma misma, es decir, en definitiva este principio se traduce a las restantes formas documentales existentes.
- Libertad contractual de las partes: Por este principio se entiende la facultad que tienen las personas de utilizar la firma electrónica para la celebración de determinados actos.
- Integridad: Este principio indica que los datos no han sido alterados desde el momento en que la firma electrónica fue añadida a ellos, lo cual garantiza que los elementos básicos del negocio como el precio, cantidad y características de lo contratados entre otros se consideran válidos, salvo que la parte en desacuerdo demuestre que efectivamente han sido alterados o no se ha incumplido con las normas de seguridad establecidas.

- Responsabilidad: exclusión de la de los certificados de clave pública por inexactitudes en los certificados emitidos que resulten de la información facilitada por el solicitante, siempre que el certificador pueda demostrar que ha tomado las diligencias necesarias según las circunstancias y el tipo de certificado que se trate.

4.5. Seguridad de la firma digital

La reciente ley de para el Reconocimiento de las Comunicaciones y Firmas Electrónicas, contenida en el Decreto número 47-2008 del Congreso de la República de Guatemala en el Artículo 33 específicamente hace referencia a los efectos jurídicos de una firma electrónica o firma electrónica avanzada, dicho Artículo determina que la firma electrónica o la firma electrónica avanzada, podrá estar certificada por una entidad prestadora de servicios de certificación, que haya sido producida por un dispositivo seguro de creación de firma, tendrá, respecto de los datos señalados en forma electrónica, el mismo valor jurídico que la firma manuscrita en relación con los consignados en papel y será admisible como prueba en juicio, valorándose este, según los criterios de apreciación establecidos en las normas procesales.

Asimismo en el Artículo 33 de la Ley en mención, se excluye lo referente a las disposiciones por causa de muerte y a los actos jurídicos del derecho de familia. Cuando una firma electrónica avanzada haya sido fijada en una comunicación electrónica se supone que el suscriptor de aquella tenía la intención de acreditar esa comunicación electrónica y de ser vinculado con el contenido del mismo. Para lo cual,

de conformidad con el artículo en mención se debe cumplir con los siguientes requisitos:

“a) Que los datos de creación de la firma, en el contexto en que son utilizados, corresponden exclusivamente al firmante;

b) Que los datos de creación de la firma estaban, en el momento de la firma, bajo el control exclusivo del firmante;

c) Que sea posible detectar cualquier alteración de la firma electrónica hecha después del momento de la firma; y,

d) Cuando uno de los objetivos del requisito legal de la firma consista en dar seguridades en cuanto a la integridad de la información a que corresponde, que sea posible detectar cualquier alteración de esa información hecha después del momento de la firma.”

Debe tomarse en cuenta que el mecanismo principal para la protección de los datos personales, es la garantía establecida en la Constitución Política de la República de Guatemala, en lo relativo al habeas data, ya que esta protege a las personas naturales en su derecho de aguardar reserva sobre la información considerada privada, no importando en que medio se conserve, comparativamente es tal como lo determina el Artículo 24 constitucional en lo relativo a la inviolabilidad de correspondencia, documentos y libros son inviolables. También señala para el efecto, que solamente podrán revisarse o incautarse, en virtud de resolución firme dictada por juez

competente, siempre y cuando estas cumplan con las formalidades legales establecidas.

Con la normativa en mención, se garantiza el secreto de la correspondencia y de las comunicaciones telefónicas, radiofónicas, cablegráficas y otros productos de la tecnología moderna. Los documentos o informaciones obtenidas con violación de este Artículo no producen fe ni hacen prueba en juicio.

Por otra parte, las personas jurídicas, en caso de agravio tendrían que demandar la protección por la vía de los procesos ordinarios, por no existir un mecanismo de protección de aplicación especial para los casos que necesitaran.

El Decreto 47-2008; del Congreso de la República de Guatemala, en el Artículo 42, inciso (c), una de las obligaciones del prestador de servicios de certificación es de garantizar la protección, confidencialidad y debido uso de la información suministrada por el firmante y llevar su registro correspondiente.

Debe entenderse que la seguridad de la firma digital, es de suma importancia para lo cual en Guatemala, existe normativa específica desde el año 2009, sin embargo la misma ha tendido varias reformas, las cuales han colaborado a mejorar su aplicación, sin embargo, la población en general aún no conoce del contenido de dicha normativa. Pero como se puede observar dentro de la seguridad de dicha firma es que esta tiene un valor probatorio en caso sea necesario.

4.6. Ventajas

La firma digital se basa en la criptografía asimétrica, donde criptografía podemos decir que es una forma de escritura oculta y asimétrica porque se utilizan dos claves para ese proceso, una para encriptar y otra para desencriptar, las cuales se llaman llave privada y llave pública. La autoridad certificadora debe expedir un certificado, al cual lo llamaremos Certificado Digital, siendo este un documento que da fe de la vinculación de las claves con un individuo o entidad.

Una de las ventajas es el ahorro del tiempo y el aumento al rendimiento, por ejemplo en Guatemala, desde el 6 de febrero de 2008 los transportistas marítimos deben presentar de forma electrónica el formulario de admisión de contenedores en la aduana, el tiempo promedio del trámite pasó de ser de 10 minutos a 1 minuto, manteniendo el mismo costo.

Otra aplicación en Guatemala que se puede indicar es el Decreto 106 del Código Civil, el cual autoriza al registrador de la propiedad a utilizar una firma electrónica para documentos oficiales, entre otros ejemplos podemos mencionar a BancaSat, Guate Compras, bancos del sistema y las compras por internet.

Se debe tener claro que al desaparecer los documentos en soporte papel y con ello, las firmas manuscritas, se hace necesaria una nueva manera de autenticar la aprobación en relación con los documentos emitidos en un soporte electrónico, pues dicha

ausencia de firma autógrafa y la sustitución por la firma electrónica, es una de las causas que genera desconfianza e ironía social a la utilización del sistema electrónico como lo es el internet como instrumento idóneo para hacer constar la voluntad de las partes, así hacer saber a las mismas de las obligaciones a las cuales se obligan y una de las razones es que derecho positivo guatemalteco no contempla expresamente la regulación de la firma digital.

Importante sería que la legislación guatemalteca cuente con una normativa clara en materia de la firma digital, pues en la actualidad la normativa que hace mención a esta se queda corta a la dimensión electrónica existente, ya que la internet ha abierto muchos mercados, sin embargo, es mínima la sociedad que tiene el conocimiento de la misma.

Lo que se busca, es alcanzar el involucramiento a un mismo nivel, con garantía de seguridad y protección de los usuarios guatemaltecos en la contratación electrónica, para así de esta manera lograr crear un mercado globalizado, en el que Guatemala país tenga la posibilidad de una competitividad igual a la de otros países subdesarrollados.

Se debe tomar en cuenta que para lograr un aprovechamiento real en tecnología el cual para el efecto, presenta muchas ventajas, se necesita es dar a conocer a la población guatemalteca de la existencia de la normativa que regula lo relativo a las firma digitales en el comercio electrónico que actualmente se lleva a cabo y específicamente la firma

electrónica, en especial por la seguridad de los contratantes, para así facilitar y promover en un espacio sin fronteras, el comercio y garantizar los derechos y obligaciones de los usuario de internet.

Como se ha observado la firma digital es un bloque de caracteres que acompañan a un documento o fichero acreditando quien es su autor y que no ha existido ninguna manipulación posterior de los datos.

Para firmar un documento digital, su autor debe utilizar su propia clave secreta, a la que solo él tiene acceso, lo que impide que pueda después negar su autoría, e esa forma el autor queda vinculado al documento de la firma.

La presente investigación jurídica se realizó desde el punto de vista jurídico, ya que el contrato electrónico es una realidad que regula relaciones mercantiles entre particulares, que al igual que las de tinta y papel, general conflictos legales entre sus otorgantes, susceptibles de ser dirimidos tanto en el área jurisdiccional, como en el área extrajudicial tal y como es el caso de los métodos alternos de resolución de conflictos, y es precisamente en el campo del resolución de estos conflictos que la firma electrónica juega un papel importantísimo para demostrar el consentimiento de las partes.

CONCLUSIONES

1. El contrato constituye la manifestación de voluntad expresa de dos o más personas cuando deciden crear, modificar o extinguir una obligación, además, para su autorización y vigencia deben cumplirse los requisitos que exige la ley tanto forma como de fondo y el mismo constituye medio probatorio en caso de promoverse un litigio.
2. Uno de los elementos indispensables en la celebración de un contrato es el consentimiento, es decir, que las partes contratantes manifiesten en forma escrita que aceptan todas y cada una de las cláusulas a las cuales se han obligado, cumpliendo de esta manera, tanto con el elemento subjetivo, objetivo y perfeccionando la relación contractual.
3. El avance de la tecnología ha contribuido a un menor desarrollo de la humanidad y en el ámbito jurídico, especialmente en materia informática, ha generado grandes avances la celebración del contrato a través del comercio electrónico como un mecanismo ágil para la realización de negocios tanto a nivel nacional como internacional.
4. El consentimiento en los contratos electrónicos a través de la firma digital es de poco uso en el medio guatemalteco, tomando en cuenta que para el efecto se necesita equipo y tecnología de alta calidad lo cual representa un costo bastante elevado para personas individuales, ya que en la actualidad pueden realizar dichas negociaciones las empresas consolidadas.

RECOMENDACIONES

1. El Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala, a través de la unidad académica, debe promover diplomados en materia de contratos electrónicos para que sus agremiados tengan el conocimiento teórico y práctico para prestar un mejor servicio profesional y estar actualizados en la contratación internacional.
2. Las Cámaras Empresariales de Guatemala, deben realizar cursos, seminarios y charlas informativas, relacionadas con los contratos electrónicos y la firma digital, para que sus agremiados conozcan el avance de la tecnología y la puedan aplicar en Guatemala, principalmente en la celebración y negociación de diversos contratos.
3. El Ministerio de Economía como parte integrante del Organismo Ejecutivo debe crear la página virtual para que los comerciantes guatemaltecos conozcan las tendencias modernas en la contratación electrónicas, y poder aplicar en sus actividades particulares y de esta forma contribuir al desarrollo económico del país.
4. La Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala, debe implementar eventos académicos en materia de contratos electrónicos y firma digital con la finalidad que los estudiantes de dicha carrera obtengan los conocimientos básicos, así como las tendencias modernas en la celebración de dichos contratos.

BIBLIOGRAFÍA

AGUILAR GUERRA, Vladimir. **El negocio jurídico**. Guatemala: Ed. Serviprensa 2002.

ALONSO CONDE, Ana Belén. **Comercio electrónico: Antecedentes, fundamentos y estado actual**. España: Ed. Dykinson, 2004.

CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario de derecho usual**. Argentina: Ed. Heliasta, 1977.

CASTAN, Tobeñas, José. **Derecho civil español común y foral**. España: Ed. Tecnos 1992.

DE CASTRO, **Derecho civil en España**. España: Ed. Tecnos. 1984.

DEL ÁGUILA, Ana Rosa, **Comercio electrónico y estrategia empresarial hacia la economía digital**. España: (s.e.), 2002.

DIEZ-PICAZO, Luis. **Fundamentos del derecho civil patrimonial**. España: Ed. Tecnos, 1993.

GARCÍA, GARCÍA, **El negocio jurídico ante la jurisprudencia**. Colombia: Ed. Legis, 2008.

GONZÁLEZ LÓPEZ, Oscar Rodrigo. **Comercio electrónico**. Madrid, España: Ed. Anaya Multimedia, 2011.

LARA, Luis. **El comercio en la era del Internet**. Madrid. Ed. IESA, 2004.

LIBEROS, Eduardo. **El libro del comercio electrónico**. Madrid: Ed. ESIC 2011.

LORENZETTI, Ricardo. **Comercio electrónico**. Argentina: Ed. Abeledo-Perrot, 2001.

OSSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**. Argentina: Ed. Heliasta S.R.L., 1981.

PUIG PEÑA, Federico, **Compendio de derecho civil español**. España: Ed. Nauta 1976.

Legislación

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

Código Civil, Decreto Ley número 106 del Jefe de Gobierno Enrique Peralta Azurdia, 1964.

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

Código de Comercio, Decreto número 2-70 del Congreso de la República, 1970.

Código de Notariado, Decreto número 314 del Congreso de la República, 1947.

Ley para el Reconocimiento de las Comunicaciones y firmas electrónicas, Decreto número 47-2008 del Congreso de la República, 2008.