

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



LA DECLARACIÓN DEL CONSENTIMIENTO EN LOS CONTRATOS
ELECTRÓNICOS DE *CLICK WRAP* Y *BROWSE WRAP*

LUISA FERNANDA SAENZ SIERRA

GUATEMALA, NOVIEMBRE DE 2017

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

**LA DECLARACIÓN DEL CONSENTIMIENTO EN LOS CONTRATOS ELECTRÓNICOS
DE *CLICK WRAP* Y *BROWSE WRAP***

TESIS

Presentada A La Honorable Junta Directiva

de la

Facultad De Ciencias Jurídicas Y Sociales

de la

Universidad De San Carlos De Guatemala

Por

LUISA FERNANDA SAENZ SIERRA

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales

ABOGADA Y NOTARIA

Guatemala, noviembre de 2017

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

DECANO: Lic. Gustavo Bonilla
VOCAL I: Lic. Luis Rodolfo Polanco Gil
VOCAL II: Licda. Rosario Gil Pérez
VOCAL III: Lic. Juan José Bolaños Mejía
VOCAL IV: Br. Jhonathan Josué Mayorga Urrutia
VOCAL V: Br. Freddy Noé Orellana Orellana
SECRETARIO: Lic. Fernando Antonio Chacón Urizar

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente: Lic. Héctor Rene Granados Figueroa
Vocal: Lic. Mauro Danilo García
Secretario: Lic. Carlos Alberto Cáceres Lima

Segunda Fase:

Presidenta: Licda. Adela Lorena Pineda
Vocal: Lic. Carlos Ernesto Garrido
Secretario: Lic. Jorge Mario Yupe Cárcamo

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).



**Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Unidad de Asesoría de Tesis. Ciudad de Guatemala,
 01 de julio de 2015.**

Atentamente pase al (a) Profesional, MARIELA DEL ROSARIO HERNÁNDEZ FUENTES
 _____, para que proceda a asesorar el trabajo de tesis del (a) estudiante
LUISA FERNANDA SAENZ SIERRA, con carné 201014249,
 intitulado LA DECLARACIÓN DE VOLUNTAD EN LOS CONTRATOS INFORMÁTICOS.

Hago de su conocimiento que está facultado (a) para recomendar al (a) estudiante, la modificación del bosquejo preliminar de temas, las fuentes de consulta originalmente contempladas; así como, el título de tesis propuesto.

El dictamen correspondiente se debe emitir en un plazo no mayor de 90 días continuos a partir de concluida la investigación, en este debe hacer constar su opinión respecto del contenido científico y técnico de la tesis, la metodología y técnicas de investigación utilizadas, la redacción, los cuadros estadísticos si fueren necesarios, la contribución científica de la misma, la conclusión discursiva, y la bibliografía utilizada, si aprueba o desaprueba el trabajo de investigación. Expresamente declarará que no es pariente del (a) estudiante dentro de los grados de ley y otras consideraciones que estime pertinentes.

Adjunto encontrará el plan de tesis respectivo.

DR. BONERGE AMILCAR MEJÍA ORELLANA
 Jefe(a) de la Unidad de Asesoría de Tesis

Fecha de recepción 11 / 07 / 2015

Asesor(a)
 (Firma y Sello)

Licenciada en
Mariela Del Rosario Hernández Fuentes
Abogada y Notaria



Licenciada
Mariela del Rosario Hernández Fuentes
Abogada y Notaria
11 calle 9- 55, Of. A2, zona 1
Teléfono. 22208271 / 57179578



Guatemala 04 de septiembre de 2017

Licenciado:
Roberto Fredy Orellana Martínez
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala



De conformidad con la resolución de fecha uno de julio del año dos mil quince, emitida por la unidad a su cargo y por medio del cual fui nombrada como asesora de la Bachiller **LUISA FERNANDA SAENZ SIERRA**, quién se identifica con el número de carné 201014249, en la elaboración de su trabajo de tesis titulado **LA DECLARACIÓN DE VOLUNTAD EN LOS CONTRATOS INFORMÁTICOS** título que por mi instrucción y recomendación fue cambiado a **LA DECLARACIÓN DEL CONSENTIMIENTO EN LOS CONTRATOS ELECTRÓNICOS DE CLICK WRAP Y BROWSE WRAP**. Declaro expresamente no ser pariente de la estudiante dentro de los gados de ley, por lo que procedo a entregarle el presente dictamen, y realizo las siguientes observaciones:

- a) El contenido científico y técnico del trabajo de tesis elaborado por la estudiante se distribuye en cuatro capítulos en los cuales se expone la doctrina y las disposiciones legales que dan origen a los fundamentos jurídicos que evidencian la importancia de predeterminar "La declaración del consentimiento en los contratos electrónicos de Click Wrap y Browse Wrap". La estudiante observó las modificaciones y adiciones sugeridas al título y al contenido capitular, mismas que fueron realizadas.
- b) Los métodos y técnicas de investigación utilizadas para el desarrollo de la investigación fueron las correctas, la investigación se basó en un análisis doctrinario y legal, cuyo fin fue determinar "la declaración del consentimiento en los contratos electrónicos de Click Wrap y Browse Wrap". Así mismo, se utilizaron correctamente los métodos analítico, sintético, deductivo, analógico o comparativo, apoyadas en la técnica bibliográfica y la documenta, la que permitió el fundamento argumentativo necesario. De igual manera es importante mencionar que, a lo largo de la exposición del contenido capitular, se recomendó al estudiante la utilización de las referencias bibliográficas en beneficio de la protección de los derechos de autor con el fin de evitar el plagio y ofrecer mayor precisión.
- c) Respecto a la redacción del trabajo, se considera que la misma es acorde a los fines de la tesis de grado que se presenta, el uso técnico de las normas

Licenciada
Mariela del Rosario Hernández Fuentes
Abogada y Notaria
11 calle 9-55, Of. A2, zona 1
Teléfono. 22208271 / 57179578



gramaticales y de términos jurídicos son los apropiados para un trabajo de tesis de grado, así como de la correcta estructuración de los capítulos y subtítulos que permiten desarrollar los temas que posibilitan comprender las razones por las cuales cada uno de los fundamentos jurídicos señalados en el capítulo final de tesis son procedentes en cuanto a evidenciar la importancia de predeterminar de "la declaración del consentimiento en los contratos electrónicos de Click Wrap y Browse Wrap". Lo que facilita el estudio de dicha investigación.

- d) El aporte científico del bachiller es primordial para el fortalecimiento de la creación y aplicación del derecho en Guatemala, cumpliendo con el deber universitario de promover la investigación científica la cual se ha realizado mediante los procedimientos adecuados. Asimismo, es procedente señalar que, en el contenido de la investigación, se satisfacen los requisitos reglamentarios establecidos; se hizo acopio de información objetiva, clara y concisa respecto al tema tratado.
- e) La conclusión discursiva es correcta, se plantea de forma clara y precisa, acorde al análisis practicado; es una correcta argumentación de la interpretación del contenido del trabajo de tesis, presenta los hallazgos y aportes pertinentes en "la declaración del consentimiento en los contratos electrónicos de Click Wrap y Browse Wrap".
- f) Para la realización de la tesis que se presenta, se consultaron las fuentes bibliográficas adecuadas, lo cual permitió que las afirmaciones científicas presentadas a lo largo del trabajo tuviesen el fundamento y argumentación suficiente, fortaleciendo la tesis presentada por la estudiante.

De acuerdo con lo anterior expuesto, se considera salvo mejor opinión técnica en contrario, que la tesis presentada por la Bachiller **LUISA FERNANDA SAENZ SIERRA** cumple con los requisitos pertinentes y exigidos por el Artículo 31 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, razón por la cual procedo a emitir **DICTAMEN FAVORABLE**, por lo que puede ser trasladado al revisor correspondiente, para su posterior evaluación por el Tribunal Examinador en el Examen Público de Tesis, a optar el grado académico de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales. Sin otro particular, me suscribo atentamente.


Licda. Mariela Del Rosario Hernández Fuentes
Abogada y Notaria
Asesora de Tesis
Col. 9483

Licenciada
Mariela Del Rosario Hernández Fuentes
Abogada y Notaria



USAC
TRICENTENARIA
 Universidad de San Carlos de Guatemala

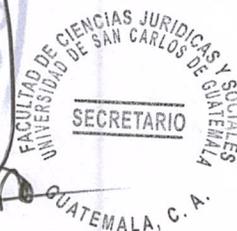


DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, 06 de octubre de 2017.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis de la estudiante LUISA FERNANDA SAENZ SIERRA, titulado LA DECLARACIÓN DEL CONSENTIMIENTO EN LOS CONTRATOS ELECTRÓNICOS DE CLICK WRAP Y BROWSE WRAP. Artículos: 31, 33 y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

RFOM/srrs.

[Handwritten signatures and scribbles]





DEDICATORIA

A DIOS:

Quien es mi motivación, quién me dio las fuerzas, el favor y la gracia necesaria para poder culminar esta meta, grandes son sus promesas para los que creen.

A MIS PADRES:

Víctor Manuel Saenz Pineda y Carmen Azucena Sierra Hoil, por darme la mejor vida que han podido, por el apoyo absoluto, por su trabajo, por los desvelos, las risas y las lágrimas, por enseñarme a nunca darme por vencida, este triunfo es más suyo que mío.

A MIS HERMANAS:

María Alejandra Saenz Sierra y Andrea Daniela Saenz Sierra, espero que este logro sea suyo y les sirva de escalón para ustedes poder llegar a sus metas, las quiero.

A MIS ABUELOS:

Víctor Enrique Saenz López (QDP), Angelica María Pineda Guzmán (QDP); y Ricardo Sierra Leal (QDP), Rosa Ramona Hoil Heredia(QDP). Gracias por sus esfuerzos.

A MI FAMILIA:

A mis tíos, tías, primos, primas, sobrinas y sobrinos pues se han alegrado de mis triunfos durante toda mi vida y han estado presentes tanto en los buenos como en los malos momentos, me han acompañado en cada uno de los pasos que fueron necesarios dar para llegar hasta acá y especialmente a mi Tía Rosana Patricia Saenz Pineda (QPD). Gracias.



A: Jonathan Hernández, gracias por el apoyo incondicional en los momentos que más lo necesite, por la paciencia y el cariño tan especial, fuiste mi respaldo en momentos decisivos, gracias.

A LOS LICENCIADOS: Avidán Ortiz Orellana, Mariela Hernández Fuentes, Luis Alfonso Padilla Meléndez, Mario Alegría, Fredy Orellana y Madeline Recancoj muchas gracias por la amistad, la confianza, las lecciones y el apoyo dado.

A MIS AMIGOS: Amigos de vida, quienes me han acompañado durante este camino y lo han hecho aún más agradable, por los buenos momentos y por el apoyo incondicional que recibí, no tengo palabras para agradecer tanto. Especialmente a Mónica Barillas y Sandra Higueros, muchas gracias.

A: La tricentenaria Universidad de San Carlos de Guatemala, por abrirme sus puertas y permitirme cumplir uno de los tantos sueños. Y al pueblo de Guatemala.

A: La Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, especialmente a sus trabajadores administrativos y catedráticos siempre será un orgullo y honor haber egresado de esta casa de estudios.

PRESENTACIÓN



Esta investigación cualitativa describe las cualidades de un problema que se suscita en la realidad, representada en la necesidad que surge de analizar la controversia creada según autores doctrinarios en cuanto a la legitimidad de la declaración del consentimiento de los contratos electrónicos de *click wrap* y *browse wrap* y si cumplen con los requisitos necesarios para ser contratos o si únicamente son clases de declaración de la voluntad. La temática fue realizada en el ámbito del derecho informático, relacionándose con el derecho civil y mercantil. La investigación fue realizada en Guatemala en el año 2017.

El objeto de la investigación consistió en determinar si los contratos informáticos de *click wrap* y *browse wrap*, cumplen con los elementos necesarios para ser tomados como contratos o si únicamente son clases de declaración de la voluntad de otros contratos electrónicos, así mismo la legitimidad de las declaraciones de voluntad de los contratos de *click wrap* y *browse wrap* según la legislación guatemalteca y el derecho comparado. Los sujetos de la investigación son el Estado de Guatemala, los usuarios y las empresas propietarias de las aplicaciones o páginas web que utilizan los contratos objeto de la investigación. El aporte de la investigación consiste en analizar en qué consiste la declaración del consentimiento de los contratos electrónicos *click wrap* y *browse wrap* y si estos cumplen con los requisitos que determina el Código Civil guatemalteco para ser considerados contratos validos o si únicamente son formas de declaración del consentimiento de otros contratos informáticos.

HIPÓTESIS



Los contratos electrónicos *click wrap* y *browse wrap* son mecanismos legítimos para expresar el consentimiento en los contratos electrónicos, consentimiento que no vulnera los derechos del usuario y que tiene respaldo legal suficiente para ser valorado como prueba al momento en que sea necesario valorarlo en *litis*.



COMPROBACIÓN DE LA HIPÓTESIS

Mediante el estudio cualitativo del tema de contratos de *click wrap* y *browse wrap*, se ha determinado que dado el derecho comparado y jurisprudencia internacional los contratos de *click wrap* efectivamente cumplen con las estipulaciones necesarias para ser contratos, debido a que la voluntad del usuario es dada de manera expresa mediante un *click wrap* en el cual determina si existe el consentimiento del usuario y en qué momento se da la perfección del contrato, así mismo si este acepta las condiciones de uso y políticas de privacidad de la página web o la aplicación que esta pronta a utilizar; caso contrario, en el contrato de *Browse Wrap* la doctrina y la jurisprudencia internacional no están de acuerdo con el método de aceptación tácita de estos contratos, debido a que no determina en que momento el usuario acepta los términos y condiciones y no es posible comprobar el perfeccionamiento del mismo, por lo que esto no es prueba suficiente al momento de presentarse ante alguna corte o sistema de justicia; sin embargo, en Guatemala aún no hay ley que indique que estos contratos no crean vínculo legal, por lo tanto, estos contratos por uso son legales en Guatemala, debido a la libertad de contratación. Y luego del análisis en relación a la doctrina, y legislación guatemalteca aplicable a dichos contratos, se llega así a comprobar la hipótesis planteada y para lograrlo se utilizó el método siguiente: Deductivo, el cual se utilizó para analizar los hechos fundamentales de la presente investigación, y por los cuales se analizan el contrato de *click wrap* y *browse wrap*, cada tema se trató a nivel particular para luego llegar a generalizar el problema; la técnica de investigación utilizada fue la documental, informática y bibliográfica, constituyendo así una investigación científica jurídica.

ÍNDICE

	Pág.
Introducción	i

CAPÍTULO I

1. El contrato	1
1.1. Definición	1
1.2. Antecedentes históricos del contrato	2
1.3. Causas de la relación jurídica	4
1.4. Negocio jurídico	6
1.5. Vicios del consentimiento	21
1.6. Definición de contrato	26
1.7. Principios del contrato	27
1.8. Clasificación de los contratos	30
1.9. Contrato mercantil	34

CAPÍTULO II

2. Contrato electrónico	47
2.1. Definición	47
2.2. Características	49
2.3. Sujetos	52
2.4. Clasificación	54
2.5. Contrato informático	58



2.6. Manifestación de voluntad de contratos por la vía electrónica

CAPÍTULO III

3. Legislación aplicable y derecho comparado	69
3.1. Contrato electrónico en Argentina.....	69
3.2. Contrato electrónico en España.....	71
3.3. Contrato electrónico en Chile.....	73
3.4. Legislación aplicable en Guatemala.....	77
3.5. Perfeccionamiento del contrato según el derecho comparado.....	80

CAPÍTULO IV

4. Contratos <i>Click Wrap</i> y <i>Browse Wrap</i>	83
4.1. Definición de <i>Click Wrap</i>	84
4.2. Definición de <i>Browse Wrap</i>	86
4.3. Condiciones de uso y políticas de privacidad.....	88
4.4. <i>Click Wrap</i> y <i>Browse Wrap</i> como formas de declaración del consentimiento de otros contratos electrónicos.....	91
CONCLUSIÓN DISCURSIVA	97
BIBLIOGRAFÍA	99

INTRODUCCIÓN



Debido a que las tecnologías de la información y comunicación han beneficiado el desarrollo del mundo acortado distancias, incidiendo en numerosos aspectos de la vida social, principalmente en Siglo XXI, ya que se ha creado un mundo paralelo al real, el cual se mantiene en constante transformación, por lo que cada vez es más fácil y necesario hacer en el mundo virtual todo lo que se puede hacer en el mundo real, incluso la contratación por vías electrónicas con la diferencia que estos contratos pueden ser celebrados entre personas que no se encuentran en el mismo lugar, incluso en el mismo continente. En Guatemala, para determinar si un contrato, sea de cualquier rama, es legítimo y cumple con los requisitos necesarios se utiliza supletoriamente el Código Civil en cuanto a las generalidades del contrato y estos contratos específicamente, para ubicarlos en la rama mercantil, se utiliza la libertad que dieron los legisladores en el derecho mercantil, ya que previeron el desarrollo anteriormente mencionado y dejaron la libertad, dado que son bienes y servicios virtuales y tecnológicos, recordando que el Código de Comercio plantea que toda vez una de las partes es comerciante, el contrato se considera mercantil, por lo tanto, los contratos electrónicos, según la investigación realizada son contratos atípicos mercantiles.

Dentro de los contratos electrónicos existen dos contratos en particular conocidos como contrato de *Click Wrap* y Contrato de *Browse Wrap*, estos podrían ser los contratos mayormente utilizados y a los que cualquier usuario está expuesto al momento de usar internet, sin embargo, existe la disputa según algunos autores que estos son formas de aceptación de otros contratos informáticos y si estos cumplen o no los requisitos para ser contratos motivo por el cual son el objeto de la investigación, siendo hipótesis de la presente investigación los contratos electrónicos click wrap y browse wrap son mecanismos legítimos para expresar el consentimiento en los contratos electrónicos, consentimiento que no vulnera los derechos del usuario y que tiene respaldo legal suficiente para ser valorado como prueba al momento en que sea necesario valorarlo



en *litis*, la cual fue comprobada de manera positiva ya que el ordenamiento guatemalteco vigente no contempla dentro de su doctrina así como dentro su legislación, vulnerabilidades a la aceptación, al acuerdo y a la declaración de voluntad de las partes, por lo que su aplicación es viable dentro del marco legal guatemalteco y si puede ser valorado con un análisis técnico.

La presente investigación se desarrolla en cuatro capítulos: I, el contrato, hace referencia a los aspectos básicos de la teoría general del contrato de acuerdo con el método deductivo; inicia con la descripción de conceptos generales; II, el contrato electrónico, introduce los conceptos específicos de los contratos electrónicos; III, legislación aplicable y derecho comparado; se elaboró el tema del derecho aplicable a los contratos electrónicos en Guatemala y el derecho comparado; y, el IV, contratos de *Click Wrap* y *Browse Wrap*, desarrollando las interrogantes de algunos usuarios, legisladores y autores de doctrina en que si estos son efectivamente contratos o si únicamente son mecanismos mediante los cuales el usuario expresa su consentimiento en otro contrato electrónico, por lo que esta investigación presenta los elementos necesarios para la comprobación de estas teorías doctrinarias.

Por ende a los nuevos servicios que se prestan dentro del mundo virtual, se crean figuras legales, las cuales en la legislación guatemalteca aún no están tipificadas, objeto por el cual esta investigación busco determinar la legitimidad de estos contratos y su forma de declaración del consentimiento por lo que se realizó un estudio por medio de los métodos deductivo, analítico, sintético y comparativo, utilizando la técnica bibliográfica, informática y la documentada, investigando doctrina, legislación nacional e internacional.

Por lo tanto, en conclusión, de la presente investigación dado que según la legislación guatemalteca los contratos de *Click Wrap* y *Browse Wrap* son *legítimos* se recomienda a los usuarios que lean cada una de las cláusulas de los contratos de *Click Wrap* y Contratos de *Browse Wrap* tomando en consideración los términos de uso y condiciones de privacidad inmersos.

CAPÍTULO I

1. El contrato

Se expone que es necesario analizar la figura del contrato para establecer cómo éste se delimita, define y legisla en Guatemala, así como la manera en la que pueda afectar a aquellas personas que quieran suscribir un contrato de investigación científica; además de establecer cuáles serán los derechos y obligaciones que surgen entre las partes, en virtud de este vínculo legal.

1.1. Definición

Según la autora Ojeda Rodríguez “el origen de la palabra contrato proviene del latín *contractus* que a su vez es participio del verbo *contrahere*, el cual significaba lo contraído; por tanto, no era más que la situación llamada *obligatio*, esta daba origen a un “vinculum iuris” de carácter especial. Para que esta existiera era preciso que los actos que dieran lugar a ella tuvieran un vinculado carácter ritual y solemne. El ordenamiento jurídico no daba fuerza obligatoria más que a un *numerus clausus* de contratos; no se concebía el contrato como una categoría general.”¹

El texto anterior determina que el significado de la palabra contrato proviene del latín, se entiende como lo contraído en una situación que daba lugar a un vínculo legal, o sea,

¹ Teoría general del contrato. Tomo I. Pág. 23



obligatorio, ritual y solemne. Este carácter era limitado a un cierto número de contratos, no era concedido a cualquier contrato en general.

1.2. Antecedentes históricos del contrato

Se considera al derecho romano como el creador del contrato, ya que, desde sus inicios, para motivos de acción u obligación este distingue entre el *actio in rem* que es la acción sobre la cosa y el *actio in personae*, la acción es contra el obligado a dar o hacer.

“El “Sponsio” es un juramento realizado por el promitente o sponsor ante los dioses, el cual era realizado en un acto religioso; el “Nexum” es una figura jurídica en la cual el deudor se encontraba sujeto y obligado al acreedor hasta el momento que pagase su deuda o la pagase otra persona por él. El contrato “Stipulatio” fue el primer contrato conocido en el Derecho Romano.”² Estos juramentos o promesas, que eran practicadas mucho antes a la ley de las doce tablas únicamente eran válidos por la simple palabra de los acreedores o promitentes, sin embargo, estas representaban una obligación, las cuales fueron reconocidas como ley, se creó una sanción al incumplimiento de las mismas a partir de la ley de las doce tablas, es acá donde se originan las obligaciones y el contrato.

“El derecho de obligaciones y contratos se reconoce en si, como el momento en el cual los jurisconsultos romanos han puesto su mayor esfuerzo y sabiduría y a esta se le

² *Ibid.* Pág. 23



conceptúa como una influencia secular. “³

Entiéndase como obligación u *obligatio*, a la relación jurídica en virtud de la cual una persona llamada acreedor, tiene la facultad de exigir a otra, denominada deudor, un determinado comportamiento positivo o negativo, de cuyo cumplimiento responde el patrimonio del deudor.

A diferencia de la actualidad, en el derecho romano únicamente son considerados contratos, aquellos tipificados por el *Ius Civile*, como por ejemplo el *Mutuidato*, *Dationes Ob Rem*, *Dationes Ob Causam*, *Commodatum*, *Pignus*, entre otros.

“Recordemos que desde el derecho romano se ha considerado la existencia de los convenios o convenciones y los contratos, dando a los primeros el carácter de género y a los segundos el de especie, considerados así también el convenio en un sentido amplio, como el acuerdo de dos o más voluntades para crear, transmitir, modificar o extinguir obligaciones y derechos; así, podemos tener al contrato como especie, con una función positiva que es la de crear y transmitir precisamente obligaciones y derechos y al convenio en sentido estricto, como género y con función negativa como medio de modificar o extinguir esos derechos y obligaciones”.⁴

Sin embargo, es de suma relevancia mencionar que se reconoce al derecho canónico como una de las mayores influencias en la formación del concepto moderno del contrato, dado que este otorga un valor superior al consenso y establece la idea que en

³ Salvat Raymundo. **Tratado de derecho civil argentino**. Pág. 7

⁴Planiol. **Derecho civil**. Pág. 815



la voluntad esta la fuente de la obligación, la matriz del principio de la buena fe del *pacta sunt servanda*, es esencialmente canonista.

En 1789, la Revolución Francesa y la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano sustentan la idea de contratación como una de las esenciales manifestaciones de libertad ciudadana; surge entonces el llamado contrato social (Locke, Rousseau) el principio del *laissez faire laissez passer* (dejar pasar, dejar hacer), se complementa con el *laissez contracter*, entendiéndose justo y equivalente lo que constituyera resultado de la libre oferta-demanda.⁵

Como mencionan los autores de la obra teoría general del contrato “El concepto moderno de contrato se basa así en tres presupuestos fundamentales, a saber: la economía liberal fundada en el *laissez faire*, la igualdad de los contratantes y la autonomía de la voluntad”⁶(Sic)

La definición anteriormente mencionada determina las principales características para que exista un contrato, las cuales son a) La libertad de contratación en conjunto a la oferta y demanda; b) la igualdad entre las partes; c) La voluntad o el consentimiento.

1.3. Causas de la relación jurídica

“Es el hecho o acto que hace nacer a la relación jurídica, o que por el contrario la

⁵ Ojeda Rodriguez, Nancy. **Op. Cit.** Pág. 23

⁶ **Ibid.** Pág. 24



modifica o la extingue. También se la denomina “causa eficiente” o “causa fin” de la relación jurídica.”⁷ (Sic)

Se entiende con base en la definición anterior, que las causas de la relación jurídica son el hecho o acto que hacen nacer, modificar o extinguir a las mismas.

1.3.1. Hecho jurídico

El autor Guillermo Cabanellas define el hecho jurídico como “Un fenómeno, suceso o situación que da lugar al nacimiento, transmisión o extensión de los derechos y obligaciones”⁸

“Los hechos jurídicos son aquellos acontecimientos que, conforme al derecho objetivo, producen la adquisición, pérdida o modificación de un derecho subjetivo”⁹

Dadas las definiciones anteriores, se concluye que un hecho para el mundo jurídico es una acción producida sin la voluntad del hombre, que produce consecuencias jurídicas.

1.3.2. Acto jurídico

“Todo hecho productor de efectos para el Derecho se denomina hecho jurídico cuando

⁷ <http://guiadederechocivil.blogspot.com/2007/05/elementos-de-la-relacion-juridica.html>, (consulta: 09 abril 2017)

⁸ **Diccionario jurídico elemental**. Pág. 180.

⁹ León Hurtado, Avelino. **La voluntad y capacidad en los actos jurídicos**. Pág. 8



este hecho precede de la voluntad humana, se denomina acto jurídico. Ha sido definido este último como el hecho dependiente de la voluntad humana que ejerce algún influjo del nacimiento, modificación o extinción de las relaciones jurídicas”¹⁰ (Sic)

En términos generales, un acto jurídico comprende aquella acción, producida por la voluntad del hombre, con consecuencias en el mundo de lo jurídico.

A. Actos jurídicos unilaterales y actos jurídicos bilaterales

Para que un acto jurídico sea unilateral con la voluntad de una sola persona para que nazca al mundo del derecho. Ejemplo: el testamento, donación *post mortem*, donación entre vivos, etc.

Son en cambio bilaterales los que requieren del acuerdo de la voluntad de las dos partes. El licenciado León Hurtado los define como “El acuerdo de las voluntades de dos partes sobre un objeto jurídico que puede consistir en crear, conservar, modificar o extinguir derechos.”¹¹ Ejemplo: Compraventa, Mutuo, Arrendamiento, etc.

1.4. Negocio jurídico

Dado que el Código Civil, Decreto Ley 106 de la República de Guatemala, distingue entre negocio jurídico y contrato, y atendiendo a los elementos que cada una de las instituciones identifican, se considera como género al negocio jurídico y especie al

¹⁰ Cabanellas de Torres, Guillermo. **Op. Cit.** Pág. 23

¹¹ **Op. Cit.** Pág. 15



contrato, según el Artículo 1521. Además, en el mismo artículo se establece que el negocio jurídico requiere para su validez: capacidad legal del sujeto que declara su voluntad, consentimiento que no adolezca de vicio y objeto lícito"; por su parte el Artículo 1517 regula que éste existe "cuando dos o más personas convienen en crear, modificar o extinguir una obligación" y no obstante el convenio en este caso es un sinónimo de contrato, el Código Civil en casos especiales hace referencia al mismo en particular; al respecto se sostiene que:

"...el convenio tiene dos funciones; una positiva, que es crear o transmitir derechos y obligaciones y otra negativa, modificarlos o extinguirlos. Por consiguiente, el contrato se distingue del convenio, tomando en cuenta que para el contrato se le asigna una función positiva, es decir la creación y transmisión de derechos y obligaciones, para el convenio o negocio jurídico se le atribuye una función negativa, la de modificar o extinguir derechos y obligaciones. Esta distinción tiene su antecedente en el Código Civil francés que estipula la convención o acuerdo de voluntades, que es el género, del contrato que es el acuerdo de voluntades para dar nacimiento a una obligación, dicho Artículo los diferencia, pues indica que el contrato es un acuerdo de voluntades cuyo objeto es dar nacimiento a un negocio jurídico mientras que, convención es todo acuerdo de voluntad sobre un objeto de interés jurídico, la convención puede tener por objeto no sólo crear obligaciones, sino también su transmisión, modificación o extinción. Por otra parte, hay que tener presente que el contrato, según la definición legal, da



nacimiento a obligaciones y a derechos de crédito, a la vez, puede crear o transmitir derechos reales, como ocurre en el contrato de hipoteca y en el de compraventa.”¹²

Por lo tanto, el negocio jurídico se diferencia del contrato en que el convenio tiene dos funciones; una positiva, que es crear o transmitir derechos y obligaciones y otra negativa, modificarlos o extinguirlos; por otra parte, al contrato únicamente se le asigna una función positiva, la cual es la creación y transmisión de derechos y obligaciones.

1.4.1. Definición de negocio jurídico

“Son actos lícitos voluntarios, conscientes y libres, constituidos por una o más declaraciones de voluntad, dirigidas de manera deliberada y específica: crear, modificar transmitir o extinguir obligaciones.”¹³

“Todo acto o actividad que presenta algún interés, utilidad o importancia para el Derecho y es regulado por sus normas. En realidad, la expresión es una innovación, de importación germánica tal vez, para sustituirla al nombre más clásico o anticuado para los innovadores de acto jurídico, preferido en Francia”.¹⁴

El negocio jurídico está tipificado en el Artículo 1251 del Código Civil, Decreto Ley 106 de la República de Guatemala, de la siguiente manera “El negocio jurídico requiere para

¹² Ramirez Castañeda, Jesse Leonel. **El contrato de tiempo compartido, su relación con otros contratos civiles, mercantiles y su ubicación en el ordenamiento jurídico guatemalteco.** Pág. 23

¹³ Hernández Fuentes, Jonathan Efraín. **Los contratos informáticos y su regulación en el sistema jurídico guatemalteco.** Pág. 8

¹⁴ Cabanellas de Torres, Guillermo. **Op. Cit.** Pág. 258

su validez capacidad legal del sujeto que declara su voluntad consentimiento que no adolezca de vicio y objeto lícito.”



En conclusión, el negocio jurídico es la declaración de voluntad del hombre libre y consiente que puede ser unilateral o bilateral para crear, modificar y extinguir obligaciones cumpliendo sus requisitos. Esta definición puede ser parecida al contrato, sin embargo, no todo negocio jurídico es un contrato ya que este puede ser unilateral.

Dadas las anteriores definiciones se torna importante determinar los elementos que conforman al negocio jurídico.

1.4.2. Elementos del negocio jurídico

“El contrato, como todo negocio jurídico, se integra por un conjunto de elementos o circunstancias necesarias para su existencia y producción de efectos jurídicos. Algunos de esos elementos son fundamentales para su nacimiento, otros se relacionan con su plena validez, de ahí la tradicional clasificación de los mismos en elementos esenciales, accidentales y naturales.”¹⁵

Quiere decir que el negocio jurídico es un conjunto de elementos los cuales son los elementos esenciales, accidentales y naturales para que este negocio sea válido únicamente necesita los elementos esenciales.

¹⁵ Valdez Díaz, Caridad del Carmen. **Derecho de contratos, teoría general de contratos.** Tomo I. Pág. 70



La legislación guatemalteca no es estricta en la celebración de un negocio jurídico o un contrato, gracias al principio de poco formalismo, sin embargo, constan requisitos que son fundamentales en estos y que sin ellos son nulos o anulables los mismos. En el Artículo 1251 del Código Civil, Decreto Ley 106 de la República de Guatemala, se observan los requisitos del negocio jurídico, que si bien es cierto en la doctrina hay varias clasificaciones, estos vienen a ser los más importantes ya que constan en el ordenamiento legal aplicable.

A. Elementos esenciales del negocio jurídico

“son elementos esenciales aquellos sin los cuales el contrato no puede existir, aquellos que no pueden faltar nunca porque de su presencia depende la vida misma del acto negocial. Si alguno de tales elementos no concurre, el contrato carece de efectividad y ni siquiera la voluntad de las partes puede remediar tal defecto. Son pues imprescindibles y necesarios para la existencia del negocio.”¹⁶ (Sic)

Entonces, son todos aquellos factores con los que el contrato no puede producirse; entendiéndose así que son aquellos que sin ellos el acto no produce efecto alguno o cuya omisión hace que el acto sea nulo, entre ellos están:

a) Declaración de voluntad

Algunos autores reconocen a la voluntad como el principal elemento del negocio

¹⁶ *Ibid.* Pág 71

jurídico. Como voluntad se puede entender por la facultad que permite hacer O que se desea¹⁷



Tipos de manifestación de voluntad

I. Manifestación de voluntad expresa

Andrés Eduardo Cusi relata que “es aquella manifestación de voluntad que es exteriorizada o realizada mediante el lenguaje oral, escrito o a través de cualquier medio directo que puede ser manual, mecánico, electrónico u otro análogo. La característica especial para la existencia de la manifestación de voluntad expresa es que ésta debe llegar de manera directa al destinatario. Así mismo, que el emisor de una declaración de voluntad lo haga de manera escrita con su puño y letra y el destinatario acepte de la misma manera. También cuando para manifestar la voluntad se realice utilizando una máquina de escribir (medio mecánico), un teléfono, fax o el correo electrónico vía Internet (medio electrónico). Como se ha señalado, para que esta manifestación de voluntad sea considerada como expresa tiene que llegar de manera directa a su destinatario.”¹⁸ (Sic)

¹⁷ León Hurtarte, Avelino. **Op. Cit.** Pág. 27

¹⁸ Cusi, Andrés Eduardo. <http://andrescusi.blogspot.com/2014/08/la-manifestacion-de-voluntad-andres.html>. (Consultado: 10 abril, 2017)



Es pues aquella en la cual la persona exterioriza la voluntad mediante gestos, palabras, escritos u otros medios de manera personal o de su representante legal su decisión de obligarse.

II. Manifestación de voluntad tácita

“Aquí la manifestación de voluntad es plasmada mediante ciertos comportamientos, actitudes, circunstancias o posturas que asume la persona, que demuestra indubitable y concreta, dan a entender la voluntad en determinado sentido. La manifestación de voluntad tácita lleva consigo el elemento conocido en la doctrina como “*facta concludentia*”, es decir hechos o actos concluyentes que, de manera idónea e inequívoca, sin ninguna duda al respecto, denotan la voluntad del sujeto que está ejecutando estos actos.”¹⁹

Es tácita cuando se deduce de las circunstancias de un hecho o se supone de una actitud, siempre y cuando estos conduzcan a la voluntad tácita y no a otra diversa o bien la presunción de la ley, en los casos que esta lo disponga expresamente.

b) Consentimiento que no adolezca de vicio

La palabra consentimiento “proviene de las voces latinas *sentire cum* que significan etimológicamente sentir juntos o al mismo tiempo. Este consiste en la concordancia de

¹⁹ Cusi, Andrés Eduardo. <http://andrescusi.blogspot.com/2014/08/la-manifestacion-de-voluntad-andres.html>. 10 (Consulta: abril de 2017)



las dos o más voluntades de las partes que celebran el contrato, sin cuyo consentimiento no puede llegar a formarse el contrato.”²⁰

Este es aquel acuerdo de dos o más voluntades con el fin de crear un negocio jurídico, esta se da de manera expresa, sin embargo, en algunas ocasiones se puede dar de manera tácita, se determina la naturaleza de este negocio, y la especificación de la cosa o sobre el negocio y el objeto a entregar.

El consentimiento es definido en el diccionario jurídico elemental como “La acción y efecto de consentir, del latín “consentire”, de “cum”, “con” y “sentiré”, compartir el sentimiento, el perecer, permitir una cosa o condescender a que se haga. Es la manifestación de la voluntad conforme entre la oferta y la aceptación y uno de los requisitos esenciales exigidos por los códigos para los contratos.”²¹

Ahora bien, el tratadista Puig Peña y el Doctor Aguilar Guerra, sostienen que” 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, ya que han ocupado el centro, tanto del contrato como del negocio jurídico, en general, desde el abandono histórico del formalismo. 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, y en este sentido, nuestro código, al igual que todos los del

²⁰ Vid. Albaladejo, M. **Derecho de obligaciones, la obligación y el contrato en general.** volumen I. tomo II. Pág. 358.

²¹ Cabanellas de Torres, Guillermo. **Op. Cit.** Pág.112



pasado siglo, es tributario del llamado dogma de la voluntad y en él se proyectan los planteamientos filosóficos racionalistas -soles consensos obligat-”²² (Sic)

Sosteniendo así la teoría que el elemento base o primordial es el consentimiento.

“El primer elemento esencial común de los contratos es el consentimiento requisito sine qua non para su existencia y validez de los mismos. El consentimiento supone: a) que las personas puedan emitirlo de una manera racional y consciente, estando adornadas de las condiciones que exige el derecho para que sus actos produzcan efectos jurídicos; b) que no exista ninguna circunstancia o vicio que excluya o disminuya aquella cualidad, c) que sea manifestando o exteriorizado oportunamente y d) que exista asimismo concordancia entre la voluntad real y la declarada.”²³ (Sic)

Lo cual quiere decir que el consentimiento se compone de varios aspectos, el primero es que las personas deben emitirlo de una manera consciente, el segundo que no existan circunstancias que lo vicien, el tercero que sea manifestado de una forma en la cual pueda entenderse y en el momento oportuno, y el cuarto que exista concordancia en cuanto a la declaración y la voluntad.

Según el Código Civil de Guatemala, Decreto Ley 106 de la República de Guatemala en su Artículo 1518, el simple consentimiento de las partes, a excepción cuando la ley establezca alguna otra formalidad como requisito esencial, para su validez, puede ser suficiente para el perfeccionamiento de los contratos.

²² **El negocio jurídico.** Pág. 112

²³ Puig Peña, Federico. **Compendio de derecho civil español.** Pág. 22



Así mismo el Código de Comercio de Guatemala, Decreto 207 del Congreso Republica en el Artículo 681, regula que nadie puede ser obligado a contratarse.

Esto quiere decir, que para que un contrato llegue a formarse no es suficiente únicamente la voluntad de las partes, sino que estas voluntades estén en consenso y que lleguen a un acuerdo, el cual sea beneficioso para ambos.

a) Capacidad legal de las partes que declaran la voluntad

La capacidad en si es la aptitud que tienen la persona para ser titulares de derechos y obligaciones, así como para hacerlos valer por sí mismos en el caso de las personas individuales o por medio de sus representantes en caso de las personas jurídicas colectivas.

Avelino León Hurtado define la capacidad como “La aptitud legal de las personas para adquirir y ejercitar por si mismas los derechos civiles”²⁴

El Código Civil, Decreto Ley 106 de la República de Guatemala, Artículo 8, señala como la aptitud para realizar actos jurídicos, la cual se da por la mayoría de edad, siendo está a partir de los 18 años cumplidos.

Es relevante aclarar que en el sistema jurídico guatemalteco existen dos tipos de capacidad; capacidad de goce, de derecho o jurídica; y la capacidad de ejercicio. Este

²⁴ Op. Cit. Pág. 231



sistema sigue la tendencia ideológica de la libertad humana, por lo cual la persona se presume capaz, siempre y cuando no exista resolución judicial que dicte lo contrario.

i. La de goce

Es aquella que se le presume a la persona, sin embargo, este no puede ejercerla por sí mismo, únicamente por medio de sus padres o un representante legal en casos específicos.

ii. La de ejercicio

Artículo 1254 del Código Civil, Decreto Ley 106 de la República de Guatemala, en su último párrafo, así lo indica “(...) toda persona es legalmente capaz para hacer declaración de voluntad en un negocio jurídico, salvo aquellas a quienes la ley declare especialmente incapaces.”

Es la capacidad que se adquiere al cumplir los dieciocho años, sin embargo, una persona puede seguir siendo incapaz, aun cumpliendo la mayoría de edad, si esta es o ha sido declarada en estado de interdicción.

En el ordenamiento jurídico guatemalteco también se observa otro tipo de capacidad, la cual comúnmente es llamada capacidad relativa y es aquella capacidad que se les otorga a ciertos menores de edad, que cumplen con los supuestos de cada una de estas situaciones especiales, por ejemplo: Art. 259 del Código Civil, Decreto Ley 106 de la República de Guatemala el trabajo de menores de edad, Art. 218 del Código Civil,



Decreto Ley 106 de la República de Guatemala las madres menores de edad que quieran reconocer a sus hijos, entre otras.

Hernández Fuentes delimita las siguientes características de la capacidad:

- Aptitud para intervenir en relaciones jurídicas
- Toda persona que, en momento de emitir el consentimiento contractual, se encuentre en situación de incapacidad natural para entender y querer, celebrar un contrato inválido.
- La capacidad o incapacidad se encuentra en función de las condiciones personales del contratante.²⁵

b) Objeto lícito

Este es la materia sobre la cual versa el negocio jurídico, de este depende que el contrato sea válido y eficaz.

El ordenamiento jurídico guatemalteco Código Civil de Guatemala, Decreto Ley 106 de la República de Guatemala en el Artículo 1538 no limita a únicamente cosas existentes, pero estas deben ser lícitas, posibles y determinadas. "...no sólo las cosas que existen pueden ser objeto de los contratos, sino las que se esperan que existan; pero es necesario que las unas y las otras estén determinadas, a lo menos en cuanto a su género."

²⁵ Op. Cit. Pág. 22

Quiere decir que no es necesario que las cosas que serán objeto del negocio jurídico existan al momento del acto, sin embargo, si debe saber de qué objeto se está hablando, aunque aún no exista.

El objeto del contrato debe cumplir con los siguientes requisitos

-Posible

Este requisito se debe entender como la limitación a la autonomía de la voluntad, ya que nadie puede obligar a otro a un acto que le sea imposible, ya sea porque no le corresponda o porque sea sub real.

-Licito

El diccionario jurídico elemental lo define como “Es justo, legal, jurídico, permitido, razonables de la calidad mandad, moral, conforme a razón.”²⁶

La licitud del objeto se debe entender que este es apegado a la ley, las buenas costumbres y al orden público; o sea todo lo que no se encuentra fuera del comercio del hombre.

El Artículo 1251 del Código Civil de Guatemala, Decreto Ley 106 de la República de Guatemala indica “El negocio jurídico requiere para su validez: Capacidad Legal del sujeto que declara su voluntad, Consentimiento que no adolezca de vicio y Objeto lícito.”

²⁶Cabanellas de Torres, Guillermo. **Op. Cit.** Pág. 232

-Determinado

Se entiende como un objeto definido en calidad, cantidad y género, que sea el querido por las partes.

B. Elementos naturales

“Los elementos naturales son consecuencias ordinarias y lógicas que normalmente producen los contratos, pudiendo excluirse del mismo por voluntad de las partes. No aparecen expresamente consignados en el acto ya que por su propia naturaleza se presume su existencia, pero si pueden excluirse o modificarse por voluntad de las partes. Más que verdaderos elementos constitutivos del negocio, son consecuencias que este produce normalmente”²⁷

Son aquellos que tacita y expresamente deben estar en un contrato y son nacidos de la índole del contrato, aquellos que aun no siendo de esencia se consideran incluidos en él sin necesidad de una clausula especial.

C. Elementos accidentales

“Los elementos accidentales no tienen igual carácter, constituyen determinaciones de la voluntad dirigidas a modificar el contenido normal del contrato, es decir, son circunstancias accesorias que no afectan la existencia y validez del acto cuando no se

²⁷ Valdez Díaz, Caridad del Carmen. *Op. Cit.* pág. 71



incorporan al mismo por voluntad de las partes, pero que se convierten en elementos de obligatorio cumplimiento cuando se hacen parte del mismo por expresa disposición de los interesados.”²⁸

Valdez Diaz señala la condición y el término como dos de los elementos accidentales más utilizados en los contratos:

“La condición es un suceso futuro e incierto del cual se hace depender el nacimiento, la modificación o extinción de los efectos de un negocio jurídico. Así pues, la condición afecta los efectos del contrato, porque los mismos se suspenden o se resuelven hasta que se produzca el acontecimiento o evento situado como condición. Es importante destacar que ambas características, la futuridad y la incertidumbre, deben estar presentes para que exista una verdadera condición, no bastando con una sola de ellas. ...El término indica el momento temporal en que comienzan o terminan los efectos de un negocio jurídico. A diferencia de la condición, el término no se caracteriza por la incertidumbre, es un suceso futuro pero cierto. La futuridad y la certidumbre son en este caso las que tipifican a este elemento accidental. Vale la pena señalar que la certidumbre puede ser exacta, en tanto las partes señalan una fecha determinada como acontecimiento constitutivo del término, que es el que se conoce como certus an et quando, o puede basarse en la necesaria llegada de ese momento señalado por las

²⁸ *Ibid.* Pág. 71



partes, aunque se ignore cuando exactamente llegará, que se conoce como termino certus an incertus quando.”²⁹

Entonces entiéndase como aquellos elementos que limitan los derechos de las partes, nacen de la voluntad de los particulares y que, si no se convienen, no afectan al contrato o el negocio jurídico ya que estos ni esencial ni naturalmente son parte del contrato y deben ir en estipulaciones o clausulas especiales. La cláusula más común en cuanto a clausulas accidentales es la cláusula de condición, esta consiste en que la modificación o extinción de los efectos de un negocio jurídico depende de un suceso futuro, el cual es incierto y a este se le pone un periodo determinado, para la creación del negocio.

1.5. Vicios del consentimiento

“Es todo hecho, manifestación o actitud con la que se anula o restringe la plena libertad o el pleno conocimiento con que debe formularse una declaración.” (Sic)³⁰

Se sabe que son aquellas circunstancias que dañan un negocio jurídico, pero no lo hacen ineficaz.

²⁹ *Ibid.* pág. 90-92

³⁰ Machicado, Jorge. **Vicios del consentimiento. Apuntes jurídicos**, 2013
<http://jorgemachicado.blogspot.com/2013/03/vco.html> (consulta: 29 junio de 2017)



1.5.1. Error

“El error es considerado por muchos el más común y significativo de los vicios que pueden afectar la voluntad. Consiste en una falsa representación de la realidad que afecta la formación interna de lo que se quiere, falso o inexacto conocimiento de dicha realidad que se produce espontáneamente, que no se provoca por otra persona. Esa falsa representación mental de la realidad conduce a la persona que la padece a la realización de un negocio que no hubiera querido efectuar, o hubiera querido realizar de forma distinta, si su conocimiento de la realidad hubiera sido exacto.”³¹

En ocasiones este error causa nulidad, a estos se les llama error de nulidad este error se encuentra tipificado en el Código Civil, Decreto Ley 106 de la República de Guatemala, sin embargo, la doctrina afirma que hay otras clases de error, como los errores que no tienen trascendencia o el mismo efecto estos son los errores indiferentes y los errores que impiden la formación del consentimiento, o sea el error obstáculo.³²

En una manera general se puede entender el error como un concepto falso de la realidad, es una situación que se cree, pero no es conforme a la verdad.

Clasificación del error

Bejarano Sánchez clasifica el error de la siguiente manera

“A. Por sus consecuencias jurídicas o efectos jurídicos.

³¹ Valdez Díaz, Caridad del Carmen. **Op. Cit.** pág. 74

³² Bejarano Sánchez, Manuel. **Obligaciones civiles.** Pág. 74



- I. Error indiferente
 - II. Error nulidad
 - III. Error obstáculo
- B. Por la materia sobre la que recae.
- I. Error de hecho
 - II. Error de derecho
- C. Por la manera en que se genera.
- I. Simple o fortuito
 - II. Inducido o calificado”³³

Observando la amplia clasificación del error, queda claro que no todo error causa vicio en el contrato, así que cabe aclarar que el derecho francés, alemán y suizo sostienen que el error que genera dicho efecto es el que recae sobre la sustancia, el objeto materia del contrato o sobre la persona. El Código Civil, Decreto Ley 106 de la República de Guatemala en el Artículo 1258 confirma dicha teoría, “El error es causa de nulidad cuando recae sobre la sustancia de la cosa que le sirve de objeto, o sobre cualquiera circunstancia que fuere la causa principal de la declaración de voluntad.”

El Código Civil, Decreto Ley 106 de la República de Guatemala en el Artículo 1312 puntualiza tres clases de error, los cuales tienen un plazo de dos años para ser anulables, por medio de un juicio ordinario de nulidad relativa.

³³Ibíd. Pág. 75- 77



i. Error en sustancia

Es cuando el error cae en la cosa que le sirve de objeto o causa principal de la declaración de voluntad.

II. Error en persona

Este únicamente invalida el negocio jurídico cuando la consideración de esta persona es el motivo principal del negocio jurídico.

III. Error en cuenta

Únicamente da lugar a la corrección de la cuenta errónea a la cuenta correcta.

1.5.2. Dolo y mala fe

“En cuanto al vicio tradicionalmente conocido en la doctrina como dolo, debe estimarse que existe cuando una persona se vale de artificios o engaños para inducir a otra a otorgar su voluntad para la realización de un negocio que de otra forma no hubiera efectuado.”³⁴

Entiéndase que el dolo es aquel que realiza una persona bajo engaños o acciones de manipulación o mentira para que otra manifieste su voluntad en un negocio jurídico.

El Código Civil, Decreto Ley 106 de la República de Guatemala, Artículo 1261 señala que “Dolo es toda sugestión o artificio que se emplee para inducir a error o mantener en él a alguna de las partes.”

³⁴ Valdez Díaz, Caridad del Carmen. *Op. Cit.* pág. 77



Bejarano Sánchez define el dolo como “La actitud malévola de pretender aprovecharse de un error ajeno, ya provocándolo, ya manteniéndolo engañosamente” y la mala fe como “La actitud pasiva del contratante que habiendo advertido el error en que se encuentra la otra parte se abstiene de alertarlo sobre dicho error, lo disimula y se aprovecha de él”.³⁵

En el Código Civil, Decreto Ley 106 de la República de Guatemala en el Artículo 1312, se reconocen tres tipos de dolo, los cuales causan el mismo efecto, la nulidad, prescribiendo en dos años.

- I. Dolo de una de las partes
- II. Dolo proveniente de un tercero
- III. Omisión dolosa

1.5.3. Violencia

“... es el temor racional y fundado que se inspira a una persona por otra, para obligarle, mediante amenaza injusta o ilícita, contraria a derecho, a emitir una declaración de voluntad”³⁶

³⁵ Op. Cit. Pág. 78

³⁶ Valdez Díaz, Caridad del Carmen. Op. Cit. pág. 77.



Es la coacción o intimidación que se realiza sobre la persona para obligarla a realizar un negocio jurídico.

Según el Código Civil, Decreto Ley 106 de la República de Guatemala en los Artículos 11264 – 1265 la violencia causa ineficacia en el consentimiento prestado, siempre y cuando esta haya causado impresión profunda en el ánimo de una persona razonable y le inspiren temor de exponer su persona o su honra o el algún familiar en los grados de ley a un mal grave o a la pérdida considerable de sus bienes; y en el Artículo 1313 prescribe en el término de un año de haber cesado la violencia o de haberse conocido el error o el dolo.

1.6. Definición de contrato

Según la legislación guatemalteca en su Artículo 1517 el Código Civil, Decreto Ley 106 de la República de Guatemala define que se debe entender que hay contrato cuando dos o más personas convienen en crear modificar o extinguir una obligación.

También se define como “un negocio jurídico bilateral o multilateral, porque intervienen dos o más personas (a diferencia de los actos jurídicos unilaterales en que interviene una sola persona), y que tiene por finalidad crear derechos y obligaciones (a diferencia



de otros actos jurídicos que están destinados a modificar o extinguir derechos y obligaciones, como las convenciones).³⁷

Por lo tanto, contrato es un negocio jurídico bilateral o multilateral en el cual se crean, modifican, extinguen obligaciones.

1.7. Principios del contrato

Hernández Fuentes delimita los principios de los contratos de la siguiente manera.

I. "Consensualismo

Basta con el acuerdo de voluntades de las partes, que crean derechos y obligaciones.

II. Formalismo

Las características que forman un contrato, ya que existen algunos contratos que deben cumplir con ciertos requisitos para que sean válidos, por ejemplo, los contratos en escritura pública.

III. Autonomía de la voluntad

Etimológicamente la voz autonomía (del griego: auto, por sí; nomos, norma) significa auto normarse. La cual relacionada al contrato lleva a la palabra libertad, libertad de elegir, de contratar y de no contratar

"libertad de contratación, lo que significa la libre opción del individuo entre contratar y no contratar, es decir, significa la libertad de constitución de la relación contractual; con

³⁷ <https://estudiosjuridicos.wordpress.com/derecho-civil/el-contrato/>. (consulta: Guatemala 28 de agosto de 2017).



libertad, por tanto, de elección del otro contratante. Significa además la libertad de elección del tipo contractual (Typenfreiheit) (...) Significa, por último, la posibilidad de modificar también libremente, en los contratos regulados por la Ley, el contenido legal de estos contratos, sustituyéndolo por otro distinto. “³⁸

“Esto quiere decir que el contenido de la autonomía de la libertad se encuentra y expresa en el momento de la autodecisión y autorregulación, ya que las partes son libres de contratar o no en calidad de iguales, así también tienen la capacidad para determinar el contenido del contrato, siempre y cuando no incurra en ningún delito o contrarié a la ley por lo que el derecho tiende a proteger estas calidades al momento de regular los vicios del consentimiento como forma de anular todo contrato o negocio jurídico que violente esta autonomía”³⁹

El autor determina que los aspectos que determinan la autonomía de la libertad se encuentran en la autodecisión y autorregulación, enfocándose puramente en la libertad de las partes para contratar o no.

“La doctrina civilista moderna sostiene que el principio de la autonomía de la voluntad ha entrado en decadencia como fundamento de la relación contractual. Ello se debe a que, tanto en sus fundamentos como en sus consecuencias se advierten en la actualidad desajustes con la realidad, que necesariamente han llevado a un replanteo de ciertos aspectos esenciales del vínculo contractual. Los presupuestos de hecho

³⁸ Díez Picazo, Luis. **Fundamentos del derecho civil patrimonial I**. Volumen Primero. Pág. 128

³⁹ Delgado Vergara, Teresa. **Derecho de contratos, teoría general de contratos**. Tomo I. Pág. 25.



económicos y sociales que tuvo presentes el codificador, en la época actual han variado sustancialmente.”⁴⁰

Por otra parte, la doctrina civilista sostiene que el principio fundamental de la autonomía de la voluntad, ya no es un principio probable o poco fiable en cuanto a relación contractual, debido que los presupuestos económicos y sociales han variado en la época actual.

IV. Buena Fe

“La buena fe puede ser considerada como una disposición de ánimo que lleva a proceder leal y sinceramente en las relaciones con las demás personas, o sea, como la convicción personal en que se encuentra un sujeto de que obra correctamente cuando actúa como titular de un derecho formulando una pretensión jurídica o rechazando la que le sea

interpuesta a él.”⁴¹

Otra definición señala que esta consiste en “la convicción de actuar conforme a Derecho”⁴²

⁴⁰ Ordoqui Castilla, Gustavo. **Lecciones de derecho de las obligaciones**. Pág. 215.

⁴¹ Delgado Vergara, Teresa. **Op. Cit.** pág. 3, 39.

⁴² **Op. Cit.** Pág. 46.



1.8. Clasificación de los contratos

Existe una amplia gama de clasificaciones de contratos, sin embargo, los siguientes son los que más se utilizan.

1.8.1. Clasificación de LEHR

En su obra expone la clasificación siguiente

- “Contratos que tienen por objeto la enajenación de una cosa o de un derecho (donación, compraventa)

- Contratos que tienen por objeto el uso o consumo de una cosa (préstamo, comodato, alquiler).

- Contratos que tienen por objeto una prestación de servicios o de obra (alquiler de servicios, contrato editorial, contrato de corretaje).

- Contratos que tienen por objeto la gestación de negocio ajenos (mandato, asignación, reventa, depósito).

- Contrato cuyo objeto es la gestación colectiva de negocios (sociedad).

- Contratos aleatorios (renta vitalicia, juego, apuesta, seguro).



- Contratos de garantía (reconocimiento de deuda, fianza, prenda, transacción, compromiso)”⁴³

Esta clasificación se enfoca principalmente en la clasificación de los contratos civiles, sin embargo, no cubre con los contratos laborales y mercantiles.

1.8.2. Clasificación de Planiol

Planiol clasifica tres clases fundamentales de contratos

1. “Contratos relativos al trabajo
2. Contratos relativos a las cosas
3. Contratos relativos a los derechos”⁴⁴

El autor crea una clasificación un tanto general y cubre la mayoría de los contratos, sin embargo, no cubre los contratos en materia mercantil.

1.8.3. Según el Código Civil de Guatemala Decreto Ley 106 de la República de Guatemala

El Código Civil Decreto Ley 106 de la República de Guatemala, proporciona una clasificación de los contratos en los Artículos 1520, 1587 al 1592 y son los siguientes:

⁴³ Lehr. **Derecho civil germánico.**

⁴⁴ Planiol Y Ripert. **Traité pratique de droit civil francais.** Tomo II.



-Unilaterales y bilaterales: Unilaterales: son aquéllos en los cuales, la obligación únicamente sobre una de las personas contratantes. Bilaterales son aquellos en los cuales las partes se obligan recíprocamente.

-Consensuales y reales

Es consensual cuando se perfecciona en el momento en el que las partes prestan su consentimiento. Los contratos reales son aquellos que se perfeccionan con la entrega de la cosa objeto del contrato

-Principales y accesorios

El contrato principal es cuando surte efectos por sí mismo, sin recurrir a otro, es decir, que subsiste por sí mismo. Los contratos accesorios se dan a cabo en la práctica, cuando es necesaria la existencia de otro contrato para la existencia de éste a la vida jurídica.

-Oneroso y gratuito

Onerosos son aquellos contratos en los cuales ante la obligación se tiene un derecho, mientras tanto, los contratos gratuitos se encuentran fundamentados en la libertad, es decir se da algo por nada-Conmutativo y aleatorio.

-Condicionales y absolutos

Contratos condicionales, estos se llevan a cabo cuando las obligaciones que genera se sujetan a condición supresora o resolutoria, mientras que los absolutos se dan cuando su eficiencia no está sometida a una condición.



- Nominados e Innominados

Los contratos nominados son aquellos a los cuales la ley o costumbres de los comerciantes, les dan nombre. Los innominados, son contratos que carecen de nombre por falta de regulación dentro de un sistema legal.

- Formales y no formales

Los contratos formales o solemnes: Son aquellos en los cuales la ley exige determinadas formas, que, de no solventarlas, carecen de vida jurídica; los contratos no formales, se llevan a cabo cuando el vínculo jurídico no deja de surgir por la ausencia de alguna formalidad.

- Conmutativos y aleatorios

Los contratos conmutativos son aquellos en los cuales las partes están sabidas desde que inicia el contrato cual, es la naturaleza y el alcance de sus prestaciones, de tal forma que desde que consignan el contrato sabrán el beneficio o pérdida que podría causar el negocio y es aleatorio cuando el contrato depende de un acontecimiento futuro e incierto que determina pérdida o ganancias para las partes.

- Tracto único y tracto sucesivo

Los contratos de tracto único son aquéllos en los cuales se consuma o se cumple, una sola vez en el tiempo. Los contratos de tracto sucesivo, se da cuando las obligaciones se van cumpliendo dentro de término o plazo que se prolongue después de que se prolongue el contrato.



- Típicos y atípicos

Típico es cuando un contrato está estructurado en la ley en sus elementos esenciales.

Atípico es aquel que siendo contrato por crear, modificar o extinguir obligaciones, la ley no lo contempla de forma específica.

- Contratos de adhesión

Son aquellos contratos los cuales son creados por la parte vendedora y el comprador únicamente se limita a aceptar o no el contrato, estos son llamados contratos abusivos.

1.9. Contrato mercantil

Para que un contrato sea considerado un acto de comercio es de acuerdo con la función de las partes que participen en él, debido a que la ley mercantil es clara al puntualizar que un contrato es mercantil si alguna de las partes es comerciante y si este tiene un objeto como mercantil, así mismo se hace necesario mencionar los siguientes principios, dado que en estos se basan los actos mercantiles.

- a. La verdad sabida;
- b. La buena fe guardada;
- c. Toda pretensión se presume onerosa;
- d. Intención de lucro; y
- e. Ante la duda deben favorecerse las soluciones que hagan más segura la circulación.



1.9.1. Definición

El Código de Comercio Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala no posee ninguna definición o concepto de contrato mercantil, por lo que es necesario utilizar supletoriamente la definición del Artículo 1517 del Código Civil Decreto Ley 106 de la República de Guatemala, encajándola al derecho mercantil, la cual queda de la siguiente manera.

Hay contrato cuando dos o más comerciantes convienen en crear, modificar o extinguir una obligación, que tiene por objeto una actividad comercial.

“Un contrato mercantil es un negocio jurídico bilateral que tiene por objeto un acto de comercio.”

Manuel Broseta Pont señala “los contratos mercantiles contenidos en el Código de Comercio se diferencian de los civiles de su mismo nombre y naturaleza contenidos en el Código Civil, por la presencia de un comerciante en una de las partes, porque su fin es la industria o el comercio o por el carácter mercantil del objeto sobre el que recae.”⁴⁵

El Doctor Villegas Lara por su parte menciona que, dado que el contrato es considerado como fuente del derecho, aunque no de carácter general, porque es ley únicamente entre las partes, “esté como acto jurídico constituye el medio para el desenvolvimiento en el tráfico comercial; y aun cuando las obligaciones mercantiles no necesariamente

⁴⁵ Broseta Pont, Manuel. **Contratos mercantiles, derecho de los títulos-valores.** Pág. 89



devienen de él, sigue siendo una categoría para el surgimiento de obligaciones de origen contractual.⁴⁶

En conclusión, el contrato mercantil es similar al del Código Civil, con la diferencia que una de las partes es comerciante y su fin es la industria con fines mercantiles.

1.9.2. Características del contrato mercantil

Se toma la clasificación del Doctor René Arturo Villegas Lara. Dado que es la clasificación más general y apegada al derecho guatemalteco.

a. "La representación para contratar

En el derecho mercantil funciona lo que se le llama la representación aparente, o sea que una persona se manifiesta en representación de otra, sin necesidad de presentar un mandato, siempre y cuando esta sea confirmada de manera expresa o tácitamente por la parte del representado, esta se encuentra en el Artículo 670 del Código de Comercio.

b. Forma del contrato mercantil

Según el Código Civil Decreto Ley 106 de la República de Guatemala, las personas pueden contratarse por escritura pública, documento privado, acta levantada ante el alcalde del lugar, por correspondencia y verbalmente, sin embargo, en materia mercantil

⁴⁶ Derecho mercantil guatemalteco Tomo III. Pág. 32



el Artículo 671 del Código de Comercio Decreto 2-70 del Congreso de la República los contratos de comercio no están sujetos, para su validez, a las formalidades especiales, dando así algunos parámetros generales para los mismos:

-Cualquiera que sea la forma y el idioma en que se celebren, las personas quedan vinculadas en los términos que quisieron.

-Si el contrato se celebra en Guatemala y sus efectos surten en la misma, debe usarse el idioma español, en concordancia con las leyes fundamentales de la República.

c. Clausula compromisoria

Los Artículos 270 y 272 del Código Procesal Civil y Mercantil Decreto Ley 107 de la República de Guatemala, establecen que toda controversia relativa a los contratos puede dirimirse mediante juicio arbitral, si se consigna en escritura pública, sin embargo, en materia mercantil el Artículo 671 del Código de Comercio Decreto Ley 107 de la República de Guatemala, un contrato puede discutirse en arbitraje sin necesidad de la cláusula compromisoria.

d. Contratos por adhesión

“Estos contratos son producto de la negociación en masa, son elaborados en serie, según la ley de los grandes números, sometidos a las leyes de una estandarización rigurosa, que por un proceso de tipificación contractual reduce al mínimo el esfuerzo de las partes y la pérdida de tiempo”. (Sic)



Según el Artículo 1520 del Código Civil Decreto Ley 106 de la República de Guatemala, son los contratos en los cuales las condiciones que regulan el servicio que se ofrece al público son establecidas sólo por el oferente, quedan perfectos cuando la persona que usa el servicio acepta las condiciones impuestas.

Se le considera como el medio más adecuado para aquellas transacciones que se dan en grandes cantidades, sin embargo, es criticado por poner en desventaja al consumidor frente al que ofrece el bien o servicio. Por eso se le ha considerado más adecuada esta modalidad en materia mercantil, el Código de Comercio Decreto 2-70 del Congreso de la República Guatemala, en los Artículos 672 y 673 se establecen algunas reglas para interpretar los contratos por adhesión.

I. Contratos mediante formulario, en los contratos estandarizados mediante formulario, su interpretación se rige por las siguientes reglas:

-1º. Se interpretarán, en caso de duda, en el sentido menos favorable para quien haya preparado el formulario.

-2º. Cualquier renuncia de derecho sólo será válida si aparece subrayada o en caracteres más grandes o diferentes que los del resto del contrato.

-3º. Las cláusulas adicionales prevalecerán sobre las del formulario, aun cuando éstas no hayan sido dejadas sin efecto.

II. Contratos mediante pólizas



Hay contratos que se celebran mediante póliza, factura, orden, pedido o cualquier otro documento similar suscrito por una de las partes. Si una de las partes difiere en que dicho documento no concuerda con su solicitud, deberá pedir la rectificación correspondiente por escrito, dentro de los quince días que sigan a aquel en que lo recibió, caso contrario se considerarán aceptadas las estipulaciones de ésta si no se solicita la mencionada rectificación. Si dentro de los quince días siguientes, el contratante que expide el documento no declara al que solicitó la rectificación, que no puede proceder a ésta, se entenderá aceptada en sus términos la solicitud de este último.

e. Omisión fiscal

Los actos jurídicos, sobre todo los que se refieren al tráfico patrimonial, están sujetos a cargas impositivas a favor del Estado. El hecho de que los sujetos contratantes fueran omisos en la tributación fiscal puede ocasionar que esos actos adolezcan de ineficacia. Sin embargo, como el tráfico mercantil puede verse afectado en la buena fe comercial, cuando los sujetos omiten tributar con respecto a sus contratos y obligaciones la ley establece que ello no produce ineficacia de los actos o contratos mercantiles como tampoco los libera de pagar los impuestos omitidos. En estos casos, además de pagar la carga tributaria se responderá de las multas que se imponen como consecuencia de disposiciones del Derecho tributario. (SIC)

f. Libertad de contratación

Según el Artículo 681 del Código de Comercio Decreto 2-70 del Congreso de la



República de Guatemala, ninguna persona puede ser obligada a contratar, debido a que a esto sería un abuso de derecho; el contrato es considerado como la máxima contención de la libertad jurídica, entiéndase como la decisión de las personas para hacer o no lo que la ley les permite.

g. Efectos de la cláusula *Rebus Sic Stantibus*

Esta cláusula se refiere a que el contrato se cumple siempre y cuando las circunstancias o cosas *Rebus* se mantengan *Stantibus* en las mismas condiciones o situaciones iniciales.⁴⁷

h. Contratante definitivo

“El Artículo 692 del Código de Comercio Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala, trae una particularidad del contrato mercantil; y que puede darse debido al poco formalismo del tráfico comercial. Cuando se celebra un contrato se debe saber de ante mano quienes son las personas que lo van a concertar, debido a la modalidad del representante aparente.”⁴⁸

Esto quiere decir que al momento en que se va realizar un contrato mercantil debe saberse quienes son las personas que van a celebrar dicho contrato.

⁴⁷ Mazcaud, Henry y Leon. **Lecciones de derecho civil**. Segunda Parte. Pág. 119.

⁴⁸ Ibid. Pág. 32 - 37



1.9.3. Elementos del contrato mercantil

I. Personales

Se investigo que los elementos personales de los contratos son las partes del contrato, dependiendo de qué contrato se realiza así es el nombre que se les otorga, todos o uno de estos sujetos tiene que ser comerciante y encontrarse actuando dentro de su actividad empresarial.

II. Reales

Los elementos reales, se sabe que son la cosa y el precio o remuneración. La cosa son las Mercaderías, o el objeto del contrato; y el precio, la contraprestación a cargo del comprador. Este debe ser real y cierto; real para que el contrato no sea gratuito; y cierto, en cuanto a que debe ser determinado o determinable por los contratantes.⁴⁹

III. Formales

Se sabe que la forma del contrato varía según la mercadería, el negocio que se celebre o su naturaleza. Por ejemplo, si se trata de la compraventa de un vehículo, la escritura pública es necesaria en la mayoría de los casos; si se trata de un televisor, se hace, pero documento privado con firmas legalizadas; la compra de un pantalón, por una simple factura; la compra de una bebida es verbal. No hay pues, una formula general, depende del negocio en particular.

⁴⁹ <http://www.monografias.com/trabajos64/contratos-mercantiles-guatemala/contratos-mercantiles-guatemala2.shtml>. (consulta: 04 mayo de 2017)



1.9.4. Clasificación del contrato mercantil

El Doctor Villegas Lara en su obra determina las clasificaciones más reconocidas de los contratos en Guatemala

I. "Formales o solemnes y no formales

El contrato es formal cuando la misma formalidad hace nacer el vínculo, cuando la ausencia de la misma hace nulo el contrato. El contrato es no formal, cuando el vínculo no deja de surgir por la ausencia de alguna formalidad, siendo esta la regla en el Derecho Mercantil.

II. Onerosos y gratuitos

Contrato oneroso es aquel en que la prestación de las partes tiene como contrapartida otra prestación, es decir ante una obligación se tiene un derecho, aunque no sean equivalentes las prestaciones. En cambio, los contratos gratuitos se fundan en la libertad, se da por nada, claro está que en materia mercantil no hay este tipo de contratos ya que la onerosidad es un principio de este derecho.

III. Condicionales y absolutos

Un contrato es condicional cuando las obligaciones que genera se sujetan a una condición suspensiva o resolutoria y es absoluto, cuando su eficacia no está sometida a una condición.



IV. Conmutativos y aleatorios

El contrato conmutativo es aquel en que las partes están sabidas desde que se celebra el contrato, cuál es su naturaleza y alcance de sus prestaciones, de manera que aprecian desde el momento contractual el beneficio o la pérdida que les causa o les podría causar el negocio. En cambio, el contrato es aleatorio cuando las prestaciones dependen de un acontecimiento futuro e incierto que determina la pérdida o ganancia para las partes.

V. Reales y consensuales

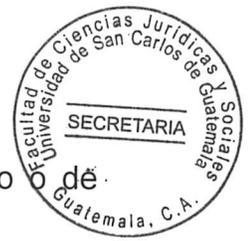
De acuerdo con lo que establece el Código Civil Decreto Ley 106 de la República de Guatemala, un contrato es consensual cuando se perfecciona en el momento en que las partes prestan sus consentimientos; en cambio, los contratos reales son aquéllos en que la perfección del contrato se da siempre y cuando se entregue la cosa objeto del negocio.

VI. Principales y accesorios

El principal, cuando un contrato surte efecto por sí mismo; y es accesorio cuando depende de otro para surtir efecto.

VII. Instantáneos y de tracto sucesivo

Cuando un contrato se consuma o cumple de una vez en el tiempo, se clasifica instantáneo. Ahora bien, si las obligaciones se van cumpliendo dentro de un término o



plazo que se prologue después de celebrado el contrato se le llama sucesivo tracto- sucesivo.

VIII. Nominativos e inominativos

El contrato, sustantivamente, tiene un nombre, una nominación. Este nombre se lo puede dar la ley - nominación legal – o la práctica social – nominación social -; sin un contrato tiene un nombre proveniente de la ley es nominado, en caso contrario es innominado o sin nombre.

IX. Bilaterales y unilaterales

Los bilaterales son aquellos en que las partes se obligan en forma recíproca; y Unilaterales son aquellos en que la obligación recae únicamente en una de las partes contratantes.

X. Típico y atípicos

Se sabe que un contrato es atípico cuando la ley lo estructura en sus elementos esenciales, cuando aparece en un listado en la ley; y, es contrato atípico o sea sin tipicidad, porque crea, modifica o extingue obligaciones, aunque la ley no lo contemple específicamente.⁵⁰

Cabe mencionar que dentro de los contratos atípicos se encuentran los contratos electrónicos, debido que estos contratos encuadran según las siguientes

⁵⁰ Op. Cit. Pág. 38-39



características: a) Son contratos de adhesión; b) Por lo menos una de las partes es comerciante: c) Tienen fines de lucro; d) No se encuentran tipificados en Guatemala.



CAPÍTULO II



2. Contrato electrónico

Tomando en cuenta que, a criterio propio, los contratos electrónicos son atípicos mercantiles, es necesario puntualizar que existe una amplia clasificación de los mismos, estando dentro de estos los contratos de *Click Wrap* y *Browse Wrap*, igualmente, se ha llegado a cometer el error de confundir los contratos electrónicos con los informáticos, por lo que ha sido necesario aclarar la diferencia entre los mismos y en qué momento estos llegan a interrelacionarse; es relevante no confundir los conceptos para una comprensión más clara de los contratos de *Click Wrap* y *Browse Wrap*.

2.1. Definición

Según la autora María Inés Arias, “el contrato electrónico es una convención, celebrada sin la presencia física simultánea de las partes, para constituir, reglar, modificar, transmitir o extinguir entre ellas un vínculo jurídico, en los cuales las declaraciones de voluntad que contienen la oferta y la aceptación, o al menos, ésta última se transmite por medio de equipos electrónicos de generación, procesamiento o almacenamiento de datos, conectados a una red de telecomunicaciones. Esta red de telecomunicaciones son sistemas de información gestionados por terceros, ajenos a la relación contractual.”⁵¹

⁵¹La formación y perfección del contrato por medio de internet. Pág. 2.



Quiere decir que el contrato electrónico es una convención de voluntades que se celebra sin la presencia física de las partes y mediante el cual la voluntad se expresa mediante un equipo electrónico.

Según el autor Davara Rodríguez, la contratación electrónica “es aquella que se realiza mediante la utilización de algún elemento electrónico, cuando esta tiene o puede tener, una incidencia real y directa sobre la formación de la voluntad, el desarrollo o interpretación futura del acuerdo.”⁵²

Otra autora señala que “se refiere aquel contrato en el que la oferta y la aceptación se transmiten por medio de equipos electrónicos de tratamiento y almacenamiento de datos, conectados a una red de telecomunicaciones” y que “En términos de contratación electrónica se comprenderían, tanto aquellos contratos celebrados y realizados parcialmente por medios tradicionales (...) siempre que las declaraciones de voluntad contractual fueran emitidas electrónicamente”⁵³

Otros autores lo definen como “Es en sentido estricto, aquellos contratos que se perfeccionan mediante un intercambio electrónico de datos de ordenador a ordenador”.⁵⁴

⁵²La contratación electrónica, derecho informático. pág. 183.

⁵³ Sierra Flores, María. Impacto del comercio electrónico en el derecho de la contratación. Pág. 75.

⁵⁴Márquez, José F. y Moisset de Espanés, Luis. La formación del consentimiento en la contratación electrónica. Pág. 4.



Hernández Fuentes define el contrato electrónico como “Es aquel contrato que se hace por medio de cualquier dispositivo electrónico y subsiste”⁵⁵

Entonces, dadas las anteriores definiciones se determina que contrato electrónico es aquel contrato realizado de manera parcial o total, mediante un computador o dispositivo electrónico conectado a una red de telecomunicaciones, en el cual las partes manifiestan su voluntad y subsiste, no importando cual sea el objeto del mismo.

2.2. Características

Según lo anteriormente investigado en diferentes obras los contratos informáticos cumplen con las mismas características de los contratos mercantiles, por tener la modalidad de contrato atípico mercantil, tiene la libertad de cumplir con cualquier característica que le sea necesaria, siendo las siguientes.

I. innominados o atípicos

Es aquel contrato que no se encuentra tipificado en la ley o al cual la ley no le da un nombre determinado, sin embargo, cumple con los requisitos necesarios para ser válido.

II. Bilaterales

Debido a que es un acuerdo de voluntades y este genera obligaciones recíprocas, se

⁵⁵ Hernández Fuentes, Jonathan Efraín. **Informática y derecho**. Pag. 46.



dice en algunos casos que es unilateral, debido a que son contratos de adhesión sin embargo, ambas partes están obligadas tanto a dar como recibir.

III. Onerosos

Se sabe que para que el proveedor dé un bien o servicio este debe recibir alguna remuneración por parte del usuario, generalmente los proveedores como se menciona con anterioridad son personas jurídicas, conocidas como comerciantes, por lo que, por su naturaleza de comerciantes, su fin u objeto es la remuneración del bien o servicio prestado.

IV. Conmutativo

Es aquel contrato en el cual las prestaciones que se deben las partes son ciertas desde el momento en que se celebra el acto.

V. Principal

Debido a que es un contrato que subsiste por si solo y no depende de otro para existir.

VI. De adhesión

Un contrato de adhesión es aquel en cual sus cláusulas son redactadas por una sola de las partes, por lo que la otra se limita en aceptar o rechazar el contrato en su totalidad.

El contrato electrónico cumple con las mismas características que todo contrato, no obstante, cabe mencionar que debido a su modalidad de ser por vía electrónica el autor Villalobos, adiciona las siguientes.



I. Es una convención

Dado que involucra el acuerdo de voluntades de dos o más personas con el objeto de crear, modificar o extinguir una obligación o un vínculo jurídico.

II. Regula relaciones o vínculos jurídicos de carácter patrimonial

Debido que estos son susceptibles de ser valorados desde un punto de vista económico.

III. Produce los efectos para todas las partes

Siendo el contrato el resultado de la libre manifestación de voluntades de las partes contratantes e imperando en el derecho moderno el principio Consensualita, es obvio que se da de obligatorio cumplimiento para las partes quienes así lo han querido y consentido en limitar sus respectivas voluntades.

IV. Ausencia de papel

La documentación de los actos no se soporta en papel sino en soportes informáticos.

V. Se perfeccionan sin necesidad de exigir ninguna formalidad

VI. Ausencia de firma manuscrito y presencia de firma electrónica

La firma electrónica proporciona seguridad a dichos contratos. en Guatemala la ley para el reconocimiento de las comunicaciones y firmas electrónicas.⁵⁶

⁵⁶ Villalobos Battig, Edison. **Los contratos informáticos**. Pág.18

2.3. Sujetos

A. Usuario

Según la autora María Inés Arias, “son las partes contratantes que intercambian mensajes electrónicos portadores de cualquiera de las declaraciones, de voluntad, que se producen en la ejecución y perfeccionamiento del contrato.”⁵⁷

Por lo tanto, los usuarios son las partes que declaran su voluntad aceptando o no las cláusulas, políticas o condiciones, la oferta y demanda que se encuentran en el contrato y obligándose así a una remuneración, bien o servicio.

B. Emisor

Es una persona jurídica o física que se encarga de enviar o generar el mensaje de datos.

El autor Gabriel Zepeda en su obra realiza una clasificación más específica la cual se citará a continuación.

A. Proveedores

Estos son quienes brindan el servicio o quienes facilitan la conexión entre usuarios.

Estos son clasificados de la siguiente manera.

⁵⁷ Op. Cit. Pág. 5.

I. Proveedores de servicio

Es la denominación común para dos tipos de sujetos que posibilitan la conexión entre el usuario y el proveedor de contenido.

II. Proveedores de alojamiento

Son quienes brindan el servicio de alojamiento de página web en su propio servidor, así como otros servicios adicionales.

III. Proveedores de red

Son quienes brindan una estructura técnica (líneas telefónicas, de cable o antena), a fin de que el usuario se conecte a través del proveedor de acceso con la página o sitio almacenado por el proveedor de alojamiento.

B. Destinatario

Persona natural o jurídica designada por el emisor para recibir el mensaje.

C. Intermediarios

Se conoce como el transporte de los mensajes de datos desde el emisor hasta el destinatario.⁵⁸

Los Portales: “Un sitio que sirve o pretende servir como sitio principal de partida para

⁵⁸ Zepeda, Gabriel. **Los contratos electrónicos celebrados por internet y su consagración en la ley de protección al consumidor.** Pág. 12.



personas que se conectan a Internet. Algunos portales vienen configurados de la siguiente manera: a.- Los que están insertos en el disco de instalación del proveedor de acceso, como, por ejemplo, en www.terraadsl.cl; b.- Los que vienen como página de inicio en los *browser* o navegadores, como es el caso de Microsoft Explorer; o c.- Los que deben ser seleccionados por el usuario, por ejemplo, en Yahoo.com Los portales se pueden clasificar en horizontales y verticales. Los 1º son de alcance general, se encargan de pre-clasificar temas dentro del género respectivo como noticias, deportes, compras, etc. También, pueden ser sitios de interés comercial o que presten servicios de mecanismos de búsqueda. Los 2º se especializan en un tema determinado o se dedican a prestar sus servicios en un área geográfica determinada.”⁵⁹ (Sic)

Los Portales son lugares no físicos en los cuales varios usuarios pueden navegar mediante la internet, estos dan lugar al préstamo de servicios o venta de bienes, pueden ser de interés comercial, navegadores, sitios de búsqueda o redes sociales.

2.4. Clasificación

Se ha determinado que existe una amplia variedad de contratos informáticos y estos generalmente se utilizan en conjunto o de manera mixta, utilizando al menos dos de ellos al mismo tiempo.

Por lo tanto, se concluye que los siguientes son los que mayormente se conocen y se utilizan.

⁵⁹Zepeda, Gabriel. **Op. Cit.** Pág. 13



A. Por su forma de ejecución

I. Contrato de comercio electrónico directo

Es aquel que permita la entrega virtual de bienes inmateriales o la prestación de servicios que no precisen de presencia física de su prestador. Esta entrega o prestación puede ser, a su vez, inmediata o diferida. Ejemplos: adquisición de licencias de uso de programas informáticos o derechos sobre canciones y vídeos o la contratación de servicios de hosting, gestión de pagos, y servicios virtuales.

II. Contrato de comercio electrónico indirecto

Aquel que requiere la entrega física de bienes materiales o la prestación presencial; compras con pago en línea, pero entrega física Su ejecución es necesariamente diferida. Ejemplos: compra de cartuchos de tinta, contratación de pintor de casas, contratación de servicios jurídicos.

B. Por los sujetos que son parte del contrato electrónico

I. Contrato electrónico de consumo

El contrato será de consumo cuando en él participe al menos un consumidor o usuario.

Ejemplo: compra de boletos de evento a través de una página web.

II. Contrato electrónico mercantil



El contrato será mercantil cuando todas las partes contratantes sean empresarios o profesionales. Ejemplo: Compraventa de madera para la fabricación de sillas.

En Guatemala, según el Código de Comercio, un contrato es mercantil cuando al menos una de las partes es comerciante, otra observación que se puede realizar es que existe la posibilidad que no todos los contratos informáticos son de materia mercantil.

Adicionalmente puede hacerse una clasificación de contratos electrónicos en función de la forma de pago que las partes hayan establecido o por el objeto del contrato:

C. Por la forma de pago (sólo aplicable a contratos onerosos)

I. Contrato con pago electrónico

El medio de pago elegido por las partes es el dinero electrónico. Los ejemplos más comunes son los siguientes: pago con tarjeta de crédito, transferencia bancaria, PayPal. Sin embargo, cada vez tienen más relevancia los pagos realizados con moneda privada (Bitcoins).

- *BITCOINS*: En páginas web de comercio electrónico y subastas, el pago se realiza por medio de monedas virtuales conocidas generalmente como Bitcoins, sin embargo, pueden ser llamadas como el usuario desee, por ejemplo, en *Second Life* los pagos se realizan en *Linden Dollars* (L\$), en algunas páginas se compra con *tokens* y en *WOW* con monedas de oro.



II. Contrato con pago tradicional

El medio de pago escogido es el dinero en efectivo o cheque, pudiéndose entregarse mediante su envío postal o contra reembolso.

D. Por el objeto del contrato

Esta clasificación está unida a la indicada por forma de ejecución.

I. Contratos de entrega material - de entrega inmaterial

II. Contratos de prestación instantánea - de prestación diferida

E. Por la emisión de las declaraciones

I. Contrato electrónico puro

Las declaraciones de voluntad se manifiestan íntegramente a través de medios electrónicos tales como el correo electrónico o las páginas interactivas en las que el usuario declara su voluntad directamente con otro usuario.

II. Contratos reactivos

Exigen de las partes el uso de herramientas adicionales de comunicación para poder llevar a cabo la contratación. Son los más comunes en sistemas de micro pagos, contratación de servicios personalizados y venta por catálogo. Ejemplos: Contratación a través de e-mail, Suscripción a servicios por medio del envío de mensaje de texto - Contratos Interactivos: El lugar en que se encuentra la oferta permite por sí mismo efectuar la contratación.



III. Contrato electrónico mixto

La contratación combina sistemas electrónicos de manifestación de voluntad con otros tradicionales. Ejemplo: Descarga de formulario de solicitud de pedido para su envío por fax o correo postal o incluso la confirmación de la contratación realizada por medio de mensaje de texto o correo electrónico.

IV. Contratos de *Click Wrap*: La formalización del contrato exige del aceptante o usuario una manifestación expresa de voluntad, consistiendo está en la pulsación del botón que se indica a tal efecto y que habitualmente contiene la palabra Acepto. Ejemplo: Aceptación por medio *click* de las condiciones de uso de una red social online.

V. Contratos *Browse Wrap*: El contrato se formaliza con el mero acceso o permanencia a la página o sitio web, sin necesidad de aceptación expresa. Ejemplos: Aceptación tácita de las condiciones de uso de una página web o de su aviso legal, el ingresar a buscadores virtuales, aceptando las políticas de privacidad. Sin embargo, existe controversia en si estos son o no contratos.⁶⁰

2.5. Contrato informático

“Se sabe que la definición de contrato informático se puede tomar en dos sentidos, en sentido amplio u objetivo, que son aquellos que abarcan todos aquellos convenios cuyo

⁶⁰ <http://www.pablofb.com/pabloburgueno.c3om/2010/06/tipos-y-clasificacion-de-contratos-electronicos/>. (consulta: 29 junio de 2017)



objeto sea un bien o servicio informático, independientemente de la vía por la que se celebren.”⁶¹

El objeto del contrato, por tanto, sería la prestación de un servicio informático. En sentido restringido o formal, son aquellos contratos cuyo perfeccionamiento se da por vía informática, indiferentemente de cuál sea la vía por la que se celebre.

2.5.1. Definición de contrato informático

Para comprender los contratos informáticos, a criterio propio, es fundamental aclarar qué son los bienes informáticos, estos son todos aquellos elementos que forman el ordenador en cuanto al *hardware*, ya sea la unidad central de proceso o sus periféricos, así como todos los equipos que tienen una relación directa de uso con respecto a ellos y que, en conjunto, conforman el soporte físico del elemento informático. Asimismo, se consideran bienes informáticos los bienes inmateriales que proporcionan las ordenes, datos, procedimientos e instrucciones, en el tratamiento automático de la información y que, en su conjunto, conforman el soporte lógico del elemento informático; y como servicios informáticos, todos aquellos servicios que sirven de apoyo y complemento a la actividad informática en una relación de afinidad directa con ella.⁶²

Según el autor Jonathan Hernández, es la operación jurídica por la cual se crean, modifican, transmiten o extinguen relaciones u obligaciones sobre bienes y servicios

⁶¹ Villalobos Battig, Edison. **Op. Cit.** Pág. 1

⁶² <http://www.monografias.com/trabajos/contratosv/contratosv.shtml>. (consulta: 11 de Julio de 2017).



informáticos, los cuales se integran por lo general en un sistema el cual está compuesto de él hardware (elemento material) y el software (elemento inmaterial)⁶³.

En la obra Derecho de las Nuevas Tecnologías Sandra Camacho habla de los contratos informáticos como todos aquellos contratos cuyo objeto está constituido por un bien y/o servicio informático (...) acorde a la complejidad y especialidad del bien objeto de los contratos informáticos, la contratación informática puede darse sobre cada parte configuradora del equipo, hardware y software, pero también puede darse sobre la conjunta de ambos, son los llamados contratos de equipamiento de equipo.⁶⁴

El autor Villalobos afirma que, si se toma en cuenta que el concepto de informática significa "información automatizada", cuando hablamos de contratos informáticos, estamos hablando de contratos que tienen por objeto un bien o servicio que automatice información, independientemente del medio que se celebre, sea internet o de la manera tradicional.⁶⁵

Por lo tanto, se concluye que el contrato informático es aquel contrato que su objeto es un bien o servicio informático, los cuales pueden darse sobre hardware o software, pudiendo celebrarse mediante un dispositivo electrónico o no, siendo lo más importante su objeto y no la vía mediante la cual se celebra.

⁶³ **Op. Cit.** Pág. 70-71.

⁶⁴ **Derecho de las Nuevas Tecnologías.** Pág. 87-88.

⁶⁵ Villalobos Battig, Edison. **Op. Cit.** Pág. 3.



2.5.1. Sujetos del contrato informático

A. Usuarios

Según el diccionario de la Real Academia Española es quien usa ordinariamente algo.

El término, que procede del latín *usuarius*, hace mención a la persona que utiliza algún tipo de objeto o que es destinataria de un servicio, ya sea privado o público.⁶⁶

Son aquellas personas individuales, generalmente, que hacen uso del bien o servicio que presta el proveedor.

B. Proveedores

Se sabe que generalmente son personas jurídicas, encargados de proporcionar un bien o servicio, según el autor Villalobos se dividen en: a) Creadores o productores, son aquellas personas que realizan el servicio o crean el bien; b) Los distribuidores, que son aquellos quienes ponen en manos del usuario los bienes y servicios suministrados por los proveedores.⁶⁷

Los sujetos del contrato informático pueden llegar a ser exactamente los mismos que un contrato electrónico, media vez este se celebre por una vía electrónica.

⁶⁶ Real Academia Española. **Diccionario**. Madrid.

⁶⁷ Villalobos Battig, Edison. **Op. Cit.**. Pág. 5.



2.5.2. Características de los contratos informáticos

Según lo investigado, estas son las características más comunes en los contratos informáticos.

I. innominados o atípicos

Es aquel contrato que no se encuentra tipificado en la ley o al cual la ley no le da un nombre determinado, sin embargo, cumple con los requisitos necesarios para ser válido.

II. Bilaterales

Debido a que es un acuerdo de voluntades y este genera obligaciones recíprocas, se dice en algunos casos que es unilateral, debido a que son contratos de adhesión, sin embargo, ambas partes están obligadas tanto a dar como recibir.

III. Onerosos

Se sabe que para que el proveedor dé un bien o servicio este debe recibir alguna remuneración por parte del usuario, generalmente los proveedores como se menciona con anterioridad son personas jurídicas, conocidas como comerciantes, por lo que, por su naturaleza de comerciantes, su fin u objeto es la remuneración del bien o servicio prestado.



IV. Conmutativo

Es aquel contrato en el cual las prestaciones que se deben las partes son ciertas desde el momento en que se celebra el acto.

V. De Tracto Sucesivo

Dado que el cumplimiento de las prestaciones se realiza en un periodo determinado, y por deseo de las partes se puede extender para satisfacer sus necesidades primordiales, pueden ser: a) ejecución continuada; b) ejecución periódica; y, c) ejecución intermitente.

VI. Principal

Debido a que es un contrato que subsiste por si solo y no depende de otro para existir.

VII. De adhesión

Un contrato de adhesión es aquel en cual sus cláusulas son redactadas por una sola de las partes, por lo que la otra se limita en aceptar o rechazar el contrato en su totalidad.⁶⁸

2.4.3. Clasificación de los contratos informáticos

Existe una variedad de clasificaciones sobre los contratos informáticos, sin embargo, el autor Villalobos cita a Bonneau y propone la siguiente clasificación: por el objeto y por el

⁶⁸ Ibid. Pág. 8-10



negocio jurídico.⁶⁹

A. Por su objeto

I. Contrato de Hardware

Es el contrato por medio del cual su objeto es directamente todo aquel objeto físico que forme parte del equipo.

II. Contrato de Software

Es aquel contrato por medio del cual su objeto es todo aquel programa que se utiliza para el funcionamiento del equipo.

III. Contrato de instalación llave de mano

Es aquel contrato por medio del cual su objeto lleva el equipamiento de tanto el software como el hardware.

IV. Contrato de servicios auxiliares

Es el contrato cuyo objeto es el mantenimiento de equipos y la capacitación de personas quienes se encarguen del mismo.

B. Por el negocio jurídico

El autor Villalobos cita a Mantilla Catherine y su clasificación según el negocio jurídico,

⁶⁹ Villalobos Battig, Edison. *Op. Cit.* Pág. 13.



los cuales a criterio propio son los siguientes los de mayor relevancia.

I. Licencia de uso

Es el contrato en virtud del cual el titular de los derechos de explotación de un programa de ordenador autoriza a otro a utilizar el programa, conservando el cedente la propiedad del mismo.

II. Contrato de información

Es aquel contrato por medio del cual el titular de una base de datos vende a otro una copia de esta, dándole la libertad al adquiriente de usarla y comercializar con ella.

Se concluye, en base a lo anteriormente expuesto que la diferencia fundamental entre el contrato electrónico e informático es, que el contrato electrónico se celebra y perfecciona por un medio o vía electrónica, no importando el objeto; y el contrato informático tiene por objeto la prestación de un bien o servicio informático, no siendo relevante el medio por el cual se celebre. Sin embargo, un contrato puede llegar a ser electrónico e informático al mismo tiempo y ambos son catalogados como contratos de adhesión.

2.5. Manifestación de voluntad en los contratos por la vía electrónica

Según la Ley Para el Reconocimiento de las Comunicaciones y Firmas Electrónicas Decreto 47-2008 del Congreso de la República de Guatemala, "En la formación de un contrato por particulares o entidades públicas, salvo acuerdo expreso entre las partes,



la oferta y su aceptación podrán ser expresadas por medio de una comunicación electrónica. No se negará validez o fuerza obligatoria a un contrato por la sola razón de haberse utilizado en su formación una o más comunicaciones electrónicas.”

En la comunicación de ordenador a ordenador el contenido de las declaraciones de voluntad se transmite en forma codificada, no inteligible por el hombre. La transmisión han de ajustarse, además, a una sintaxis lógica determinada.

El problema de la prueba de los contratos electrónicos es, en realidad, un aspecto del problema general del valor jurídico de los documentos electrónicos.

Debido a las limitaciones de la ley en cuanto a la contratación vía electrónica Manuel Heredero Higuera menciona tres problemas que la doctrina enfatiza en cuanto a la viabilidad del contrato informático “a) la imputación de la declaración de voluntad, b) la imputabilidad de ésta por vicios de la “voluntad, y c) la perfección del negocio.”⁷⁰

Como se mencionó con anterioridad, los contratos electrónicos pueden ser aceptados de manera tácita o expresa, el usuario al momento de permanecer en el sitio web, confirmar con un mensaje de texto, email, fax o dar un *click* en la palabra “acepto” se obliga a las condiciones de uso y políticas de privacidad de la página web, siendo así irrelevante la capacidad de la persona atrás del sistema electrónico, entonces se debe aclarar que en el mundo virtual recae la responsabilidad en el usuario dejando atrás a la

⁷⁰ Heredero Higuera, Manuel. **El comercio electrónico, su incidencia en la contratación de bienes y servicios.** Pág. 95.



persona física, no pudiendo demostrar que persona realmente se obliga y si esta tiene las capacidades para obligarse en el mundo real.

2.5.1. La firma electrónica

Se investigo que, en lo que respecta a la imputación de las declaraciones de voluntad electrónicas, la doctrina alemana sostiene que existe un negocio jurídico electrónico, constituido por una declaración de voluntad electrónica, y construye una teoría dentro del marco de la regulación general del negocio jurídico del Código Civil y estima que en lo que respecta a la imputación de la declaración a una persona, la declaración de voluntad electrónica no se diferencia de la convencional, expresada verbalmente o por escrito, por cuanto que en todos los casos el declarante crea del lado del destinatario una confianza de que está vinculado por la declaración.

En los contratos electrónicos, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, en la Ley Modelo para el Comercio Electrónico y el Derecho Comparado, en general, aceptan pacíficamente que el contrato queda perfeccionado en el momento que la aceptación ingresa al sistema informático del oferente. No es necesario que el oferente tenga conocimiento de la aceptación. Basta que ingrese en su esfera de control.

En Guatemala, como ya se mencionó con anterioridad existe la Ley para el Reconocimiento de las Comunicaciones y la Firma Electrónica por lo que no está de



más citar el Artículo 2 de la Ley Para el Reconocimiento de las Comunicaciones y Firmas Electrónicas Decreto 47-2008 del Congreso de la República de Guatemala :

Los datos en forma electrónica consignados en una comunicación electrónica, o adjuntados o lógicamente asociados al mismo, que puedan ser utilizados para identificar al firmante con relación a la comunicación electrónica e indicar que el firmante aprueba la información recogida en la comunicación electrónica.

Firma electrónica avanzada

La firma electrónica que cumple los requisitos siguientes.

- a. Estar vinculada al firmante de manera única;
- b. Permitir la identificación del firmante;
- c. Haber sido creada utilizando los medios que el firmante puede mantener bajo su exclusivo control;
- d. Estar vinculada a los datos a que se refiere, de modo que cualquier cambio ulterior de los mismos sea detectable.”

En conclusión, el contrato electrónico es todo aquel contrato que se realiza por vía electrónica y el contrato informático es aquel cuyo objeto es la prestación de algún bien o servicio de materia informática, no importando la vía, sin embargo, estos pueden llegar a interrelacionarse y ser contratos electrónicos informáticos, siendo estos los contratos *Click Wrap* y *Browse Wrap*, dado que se dan únicamente por vía electrónica, pero prestando bienes y servicios informáticos.

CAPÍTULO III



3. Legislación aplicable y derecho comparado

La legislación del mundo se ha visto en la necesidad de acoplarse y actualizarse, sin embargo, el desarrollo virtual es tan rápido que sería imposible crear una ley para cada situación legal que se va creando en el ciberespacio debido que este no tiene fronteras, lo cual lo hace aún más complicado.

Debido a que la legislación aplicable al contrato electrónico en Guatemala, por el hecho que estos contratos son relativamente nuevos y no están tipificados, se utiliza supletoriamente los conceptos generales del contrato del Código Civil Decreto Ley 106 de la República de Guatemala, del Código Mercantil Decreto Ley 107 de la República de Guatemala y recientemente el Congreso de la República decretó la Ley para el Reconocimiento de las Comunicaciones y Firmas Electrónicas Decreto 47-2008, por otro lado las legislaciones de países como Argentina, Chile y España se encuentra en una posición superior a la de Guatemala, por lo que es necesario comparar otras legislaciones para el estudio de estos contratos y así poder determinar los aspectos básicos de los mismos, los cuales son aplicados a nivel internacional.

3.1. Contrato electrónico en Argentina

Cabe destacar la ley más reciente en Argentina fue sancionada en agosto de 2015 y



establece un nuevo Código Civil y Comercial de la Nación Redactado por la Comisión de Reformas Designada por Decreto 191/2011, el cual se encarga de regular, en relación a los Contratos de Consumo, la contratación electrónica, en sus Artículos 1105, 1106, 1107, 1108 y 1109, los que se ocupan de los contratos celebrados a distancia, la utilización de medios electrónicos, la información sobre los medios electrónicos, y la oferta por medios electrónicos.

3.1.2. La aceptación

En el Derecho argentino, la mayoría de los contratos se consideran perfeccionados por el consentimiento de las partes, es decir cuando se encuentran la oferta y la aceptación.

Señala el Artículo 1154 del Código Civil argentino que “la aceptación hace sólo perfecto el contrato desde que ella se hubiese mandado al proponente” (...) El Código Civil argentino puntualiza la distinción, entre presentes y entre ausentes. Al respecto, señala en el Artículo 1144 que el consentimiento contractual “debe manifestarse por ofertas o propuestas de una de las partes y aceptarse por la otra”, agregando el Artículo 1145 que entre presentes el consentimiento puede manifestarse verbalmente, por escrito o por signos inequívoco (expreso) o resultará de hechos, o de actos que lo presuponan o autoricen a presumirlo (tácito); mientras que entre “...personas ausentes el consentimiento puede manifestarse por medio de agentes o correspondencia epistolar”.



Menciona el autor argentino Novelli que “En este sentido, la interpretación acciase de tales disposiciones, ya consolidada en doctrina y a la que adherimos, considera que el factor decisivo para tener en cuenta es el tiempo que media entre oferta y aceptación. De modo que se regirán por las normas relativas a los contratos entre presentes aquellos celebrados on-line, mientras que a los denominados off line se les aplicarán las disposiciones de los contratos entre ausentes. Este fue también el criterio adoptado por unanimidad en las XVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, que abordaron la cuestión.”⁷¹

3.2. Contrato electrónico en España

La legislación española es una de las más avanzadas en relación al derecho informático, siendo uno de los pioneros no solo en Europa sino también en América constituyendo así parte de la necesidad de regular la interacción entre el usuario y la informática.

3.2.1. Definición

La Ley española 34/2002 de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico -LSSI-CE- define el contrato electrónico, en la letra “h” de su Anexo, como “todo contrato en el que la oferta y la aceptación se transmiten por medio de equipos

⁷¹ Novelli, H. Mariano. **El perfeccionamiento de los contratos celebrados por medios electrónicos en el derecho argentino y comparado.** Pág. 10.

electrónicos de tratamiento y almacenamiento de datos, conectados a una red de telecomunicaciones”.



3.2.2. La aceptación

La literal “y” del anexo de la Ley 34/2002 de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico -LSSI-CE- no deja lugar a dudas: sólo podrán ser calificados como contratos electrónicos aquéllos en los que tanto la oferta como la aceptación se transmitan electrónicamente.

3.2.3. Lugar en el que se celebra el contrato

En relación con el lugar en que se tiene por concluido el contrato, se cita la normativa española señalada y que establece que, los contratos regidos por la Ley 34/2002 se regularán por el Artículo 26, dispone “que para determinar la celebración de los contratos electrónicos se estará a lo dispuesto en las normas de Derecho Internacional Privado del ordenamiento jurídico español.” Estas normas sobre ley aplicable vienen contenidas en el Artículo 10.5 del Código Civil Español, que establece varios criterios: la ley a que las partes se hayan sometido expresamente, siempre que tenga alguna conexión con el negocio de que se trate; en su defecto, la ley nacional común a las partes; a falta de ella, la de residencia habitual común y, en último término, la ley del lugar de celebración del contrato.



El Artículo 29 de la ley anteriormente citada regula la conclusión de los contratos acudiendo a las presunciones siguientes:

A. "Si se trata de contratos celebrados por vía electrónica en los que intervenga como parte un consumidor se presumirán celebrados en el lugar en que éste tenga su residencia habitual. Como vemos no se trata de distinguir contratación civil/mercantil, sino de establecer, en la línea de las disposiciones de derecho internacional, unas reglas protectoras de los consumidores y usuarios, en la línea establecida en el Tratado de Roma.

B. Por el contrario, si se trata de contratos electrónicos entre empresarios o profesionales el Artículo 29 norma que, en defecto de pacto entre las partes, se presumirán celebrados en el lugar en que este establecido el prestador de servicios. "

3.3. El contrato electrónico en Chile

La legislación aplicable en Chile para sostener que el contrato electrónico y el comercio electrónico es legítimo es la siguiente:

Código Civil de Chile, en el derecho civil, en especial la autonomía de la voluntad y la libertad de la contratación; este principio consiste en que los individuos son libres para regular las relaciones jurídicas sin la intervención del legislador, sin otra limitación que no pueden ir contra la ley imperativa o prohibitiva, el orden público y las buenas

costumbres.



Este principio de la autonomía de la voluntad alcanza en este caso a los medios o instrumentos. “Las partes pueden utilizar cualquier instrumento que le permita satisfacer sus necesidades y, en el caso de la contratación electrónica, los instrumentos utilizados son medios de comunicación y/o medios informáticos”.

La regulación chilena regula la autonomía de la voluntad, dejando claro que está permitida emitirla mediante cualquier medio informático o de comunicación, dando así cavidad a las declaraciones de voluntad que los contratos electrónicos de *Click Wrap* y *Browse Wrap* presentan para su perfeccionamiento.

“En la legislación chilena la autonomía de la voluntad encuentra su espacio en la propia Constitución de la Republica, más específicamente en el Artículo 19 que en su numeral 21 señala “el derecho a desarrollar cualquier actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen” y en el numeral 23 “La Constitución asegura a todas las personas...la libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes, excepto aquellos que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres o que deben pertenecer a la Nación toda y la ley lo declare así”. Estas normas constitucionales han recogido un principio que sólo se había reconocido a nivel legal específicamente en el artículo 1545 del Código Civil, que otorga fuerza de ley a los contratos, en el artículo 12 del mismo cuerpo legal que permite renunciar a los derechos que se confieren y cuya renuncia no



se encuentre prohibida, el artículo 1560 que establece la primacía de la voluntad de las partes al interpretar los contratos ⁷².

3.3.1. La aceptación

La formación del consentimiento, es decir, el intercambio de oferta y aceptación, de acuerdo con la ley chilena puede llevarse a cabo por cualquier medio posible, siempre que se cumpla con los requisitos que indica el Código de Comercio.

La oferta y la aceptación pueden ser tácitas, incluso el silencio puede constituir manifestación de voluntad, la ley menciona que no importa el instrumento por el cual se forma el consentimiento, lo fundamental es que se cumplan con los requisitos legales; el legislador dejó la puerta abierta para que los contratantes usaran el medio que más cómodo les fuera, por lo tanto, no se ve obstáculo para que el consentimiento se forme por medios electrónicos al no existir una prohibición, se debe entender que está permitido.

Ahora bien, también se encuentra un reconocimiento expreso a los contratos electrónicos, en la Ley 19/799, establece estos contratos a los otorgados en soporte papel, en la medida que hayan sido suscritos mediante firma electrónica; al efecto la ley ya mencionada, en su Artículo 1 establece “La presente ley regula los documentos electrónicos y sus efectos legales, la utilización en ellos de firma electrónica, la

⁷² Zepeda, Gabriel. **Los contratos electrónicos celebrados por internet y su consagración en la ley de protección al consumidor.** Pág. 23-25.



prestación de servicios de certificación de estas firmas y el procedimiento de acreditación al que podrán sujetarse los prestadores de dicho servicio de certificación, con el objeto de garantizar la seguridad en su uso. Las actividades reguladas por esta ley se someterán a los principios de libertad de prestación de servicios, libre competencia, neutralidad tecnológica, compatibilidad del soporte electrónico al soporte de papel. “

Posteriormente, en su Artículo 3, esta ley señala de manera general, con las excepciones correspondientes que los actos y contratos suscritos por medio de firma electrónica tendrán la misma validez y los mismos efectos que los celebrados por escrito y en soporte de papel. Es por ello por lo que ante este reconocimiento expreso de la ley chilena que se puede reconocer la validez de los contratos electrónicos, como medios eficaces para formar el consentimiento y por consiguiente obligar a las partes.

3.3.2. Lugar en que se celebra el contrato

En el caso de la determinación del lugar en el que se celebran los contratos se debe señalar que en Chile no existe una norma que lo regule expresamente, sin embargo, existe una norma de carácter procesal que señala "Artículo 50 A.- Los jueces de policía local conocerán de todas las acciones que emanan de esta ley, siendo competente aquel que corresponda a la comuna en que se hubiera celebrado el contrato respectivo, se hubiere cometido la infracción o dado inicio a su ejecución, a elección del actor.



En el caso de contratos celebrados por medios electrónicos, en que no sea posible determinar lo señalado en el inciso anterior, será juez competente aquel de la comuna en que resida el consumidor.”

3.4. Legislación aplicable en Guatemala

Se reconoce la libertad de industria comercio y trabajo en el país, regulado en el Artículo 43 de la Constitución Política de la República de Guatemala, en ese sentido, el comercio, entendido como la actividad lucrativa que ejerce cualquier persona física o jurídica, sea en forma individual o colectiva, intermediando directa o indirectamente entre productores y consumidores, con el objeto de facilitar y promover la circulación de la riqueza, se encuentra especialmente reconocido y protegido por el Artículo 43 de la Constitución Política de la República de Guatemala, el cual preceptúa que el mismo puede ejercerse libremente, salvo las limitaciones que por motivos sociales o de interés nacional impongan las leyes. El precepto aludido formula una reserva en lo relativo a que sólo mediante leyes, dictadas por el Congreso de la República, puede restringirse la actividad de comercio.

El Código Civil Decreto Ley 106 de la República de Guatemala, regula lo relativo a los conceptos generales del contrato en los Artículos 1517 al Artículo 1673, estos conceptos son aplicables para el contrato electrónico debido a que según el artículo 1 del código de comercio “Los comerciantes en su actividad profesional, los negocios jurídicos mercantiles y cosas mercantiles, se regirán por las disposiciones de este



Código y, en su defecto, por las del Derecho Civil que se aplicarán e interpretarán de conformidad con los principios que inspira el Derecho Mercantil.” No obstante, La Ley para el Reconocimiento de las Comunicaciones y Firmas Electrónicas Decreto 47-2008 del Congreso de la República de Guatemala, en su artículo 23 norma que “Las consecuencias jurídicas de las comunicaciones electrónicas se regirán conforme a las normas aplicables al acto o negocio jurídico contenido en dicho mensaje de datos.”

Según el Artículo 1574 del Código Civil Decreto Ley 106 de la República de Guatemala, toda persona puede contratar y obligarse:

- A. Por escritura pública
- B. Por documento privado o por acta levantada ante el alcalde del lugar;
- C. Por correspondencia; y
- D. Verbalmente

No obstante, la Ley para el Reconocimiento de las Comunicaciones y Firmas Electrónicas en el Artículo 15 reconoce otra forma mediante la cual las personas pueden de contratar:

- E. Contratos por vía electrónica

Tomando en cuenta que aun cuando la tecnología en las comunicaciones y por ende en las formas de contratación avanza inmesuradamente; y siendo, además, que la mayoría



de países en el mundo se encuentran en la hazaña de la regulación internacional del comercio y la contratación por internet, hoy día en Guatemala no existe una norma de carácter civil o notarial sobre este medio, salvo el caso de la materia mercantil, para la que existe la Ley para el Reconocimiento de la firma digital.

La Ley para el Reconocimiento de las Comunicaciones y Firmas Electrónicas Decreto 47-2008 del Congreso de la República de Guatemala, Artículo 11, otorga valor probatorio a cualquier comunicación electrónica “Las comunicaciones electrónicas serán admisibles como medios de prueba. No se negará eficacia, validez o fuerza obligatoria y probatoria en toda actuación administrativa, judicial o privada a todo tipo de información en forma de comunicación electrónica, por el sólo hecho que se trate de una comunicación electrónica, ni en razón de no haber sido presentado en su forma original.” Siempre y cuando con su debida excepción “... se habrá de tener presente la fiabilidad de la forma en la que se haya generado, archivado o comunicado el mensaje; la fiabilidad de la forma en la que se haya conservado la integridad de la información; la forma en la que se identifique a su iniciador y cualquier otro factor pertinente.”

En cuanto al perfeccionamiento del contrato electrónico, debido a que La ley Para el Reconocimiento de las Comunicaciones y Firmas Electrónicas no determina el momento en el que se perfecciona de manera supletoria se toma el artículo 1518 del Código Civil, Decreto Ley 106 de la República de Guatemala, el cual norma “Los contratos se perfeccionan por el simple consentimiento de las partes, excepto cuando la ley establece determinada formalidad como requisito esencial para su validez.”



3.5. Perfeccionamiento del contrato electrónico según el derecho comparado

En el Derecho argentino, la mayoría de los contratos se consideran perfeccionados por el consentimiento de las partes, es decir cuando se encuentran la oferta y la aceptación. En los contratos entre presentes, la formación del consentimiento debe hacerse con inmediatez dado que, si el contrato no nace en ese momento, la oferta queda sin efecto.

Señala el Artículo 1154 del Código Civil argentino que la aceptación perfecciona el contrato desde que ella se hubiese mandado al proponente, sin embargo, existen dos excepciones una de ellas es la del Artículo 1155, primera parte, que posibilita al destinatario de la oferta retractar su aceptación antes de que llegue a conocimiento del oferente; la otra está contenida en el Artículo 1149, primera parte, que establece la caducidad por muerte o incapacidad en similares circunstancias.

La legislación española establece que la perfección del contrato se realiza por el consentimiento que se manifiesta por el concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato. Si se encuentran en lugares distintos el que hizo la oferta y el que la aceptó, hay consentimiento desde que el oferente conoce la aceptación o desde que, habiéndosela remitido el aceptante no pueda ignorarla sin faltar a la buena fe. El contrato, en tal caso, se presume celebrado en el lugar en que se hizo la oferta. En los contratos celebrados mediante dispositivos automáticos hay consentimiento desde que se declaró la voluntad.



Y por último la legislación chilena regula los contratos informáticos y sus efectos legales con el objeto de garantizar la seguridad de su uso sometiéndose así a los principios de libertad de prestación de servicios, libre competencia, neutralidad tecnológica, compatibilidad del soporte electrónico al soporte de papel. La aceptación puede llevarse a cabo por cualquier medio posible, siempre que se cumpla con los requisitos que indica el Código de Comercio, puede ser tácita, incluso el silencio puede constituir manifestación de voluntad, no importando el instrumento por el cual se forma el consentimiento, lo fundamental es que se cumplan con los requisitos legales y en cuanto al lugar en el que se celebra el contrato electrónico, en que no sea posible determinar lo señalado en ley, será juez competente aquel de la comuna en que resida el consumidor.

Cabe mencionar que en la legislación guatemalteca no se encuentran tipificados los aspectos anteriormente mencionados en cuanto a contratos electrónicos.





CAPÍTULO IV

4. Los contratos de *Click Wrap* y *Browse Wrap*

Los contratos *Click Wrap* y *Browse Wrap* son una categoría de contratos electrónicos, los cuales se celebran en línea o por internet, generalmente; esta categoría de negocios y contratos jurídicos en línea se ha creado en el derecho anglosajón, es de suma relevancia determinar sus diferencias y determinar si estos son únicamente una forma de aceptación de cualquier contrato electrónico o son un contrato electrónico en sí.

Los contratos *Click Wrap*, son aquellos en el que los usuarios deben manifestar consentimiento a los términos y condiciones, haciendo clic en la casilla estoy de acuerdo o acepto, un contrato online *Browse Wrap* no requiere este tipo de manifestación expresa de consentimiento, esta se da con la simple navegación de la página web o la descarga del software.⁷³

La interrogante si la declaración del consentimiento de estos contratos es legítima o si son realmente contratos es mayor en cuanto a los contratos *Browse Wrap*, dado que estos no solicitan que se lean las positivas de privacidad y las condiciones de uso para darse como aceptadas las mismas, por lo que el usuario en la mayoría de ocasiones no se entera de las condiciones futuras a las que ya se ha obligado a partir del momento de utilizar el sitio web.

⁷³Gomez Gomez, Christian Camilo. **El comercio electrónico incidencias y desafíos en el derecho del consumidor.** Pag. 4

En Guatemala aún no existe jurisprudencia en cuanto a contratos en línea, sin embargo, la jurisprudencia de Estados Unidos y Canadá ha sido más dinámica, por lo que cabe mencionar dos casos que se dieron en relación con estos contratos.

Un ejemplo es el caso *ticketmaster vs. tickets.com*. *Ticketmaster Corp., Et Al. V. Tickets.Com, Inc Case No. 99-Cv-07654, United States District Court For The Northern District Of California, 2000*, se señaló que, contrariamente, el mero hecho de poner en pantalla un acceso a las condiciones generales no implica que ellas sean admitidas, sino se ha previsto que a tal fin sea oprimido el botón Acepto, en cuatro de las sentencias se cuestionó la validez de la cláusula de elección de jurisdicción aceptada mediante *Click Wrap*.

4.1. Definición de contrato *Click Wrap*

El autor Gomez define los contratos de la siguiente manera, “Los click wrap requieren que el cliente o usuario revise afirmativamente los términos de un acuerdo a través de una serie de ventanas pop-up que piden a los clientes hacer click en un botón que muestra que están de acuerdo con las condiciones. En virtud de un Acuerdo *click wrap* la página web pone los términos del acuerdo directamente delante del usuario y les obliga a demostrar que afirmativamente aceptan los términos haciendo clic en un botón.”⁷⁴ (Sic)

En los contratos *Click Wrap* el consentimiento se expresa a través del señalamiento del puntero, por medio del mouse del computador a un botón o un gráfico, el cual

⁷⁴ Gomez Gomez, Christian Camilo. *Op. Cit.* Pág. 3.



generalmente dice la palabra acepto y previo a indicar que se han leído las condiciones de uso y políticas de privacidad una casilla que diga estoy de acuerdo; en unos casos generalmente, se obtiene además una clave por teléfono o por correo electrónico que le da mayor seguridad al sistema.

El autor Ricardo Fernández indica que los contratos de *click wrap* “hacen referencia al modelo de contratación por el cual las condiciones y términos de un sitio web deben ser aceptados expresamente con anterioridad a completar una transacción, a través de un acto expreso que normalmente consiste en un *click*, en el hecho de pulsar sobre un botón con la leyenda Acepto, *I agree* o similar. Es decir, si bien se trata de contratos de adhesión que el común de los mortales jamás leerá, se exige un acto expreso de aceptación para entender vinculado al usuario de la web con los términos de uso de ésta. En estos casos es el *click* el que perfecciona el contrato entre las partes.”⁷⁵

Por lo tanto, se definen los contratos *Click Wrap*, como aquellos contratos de adhesión, electrónicos e informáticos, mediante los cuales las condiciones y términos de uso y políticas de privacidad de un sitio web o una aplicación, son aceptados expresamente mediante un *click* sobre una casilla de verificación que generalmente tiene la palabra acepto o cualquier termino que haga referencia a que ha leído las condiciones y está de acuerdo.

⁷⁵ Fernández Flores, Ricardo. <http://www.economistjurist.es/articulos-juridicos-destacados/la-ejecucion-de-los-contratos-click-wrap-y-browse-wrap-en-derecho-espanol/>. (consulta: 08 de agosto de 2017).



4.1.2. Características del contrato de *Click Wrap*

Kappam señala dos características que diferencian al contrato de *Click Wrap* de cualquier otro y son las siguientes:⁷⁶

A. *Checkbox* o Casilla de Verificación: En esta la empresa requiere que un usuario compruebe o presione la casilla Acepto para crear una cuenta, solicitar un producto, continuar hacia una nueva sección del sitio web, etc.

B. Aviso: La empresa también proporciona una mayor notificación de sus acuerdos legales, por ejemplo: “Al hacer clic en el siguiente botón, usted acepta”

Características con las que el contrato de *browse* no cuenta.

4.2. Definición de contrato *Browse Wrap*

Los contratos *Browse Wrap*, son en los que, “el consentimiento sobre las aceptaciones de uso de un programa lo expresa un usuario por el hecho de navegar y bajar el programa de un sitio en el cual aparecen, no siempre de manera visible, las condiciones generales de licenciamiento”.⁷⁷

Ricardo Fernández define que “mediante el mecanismo del *browse wrapping*, el empresario online pone a disposición del usuario los términos de uso de la web (normalmente al final de la página bajando con el ratón, esto es, haciendo *scroll down*) siendo la aceptación fruto de un acto presunto que normalmente consiste en el mero

⁷⁶ <http://www.kappam.com/contratos-browsewrap-y-clickwrap/>. (consulta: 08 de agosto de 2017).

⁷⁷ Varios Autores. *El contrato por medios electrónicos*. Pág. 186.



uso, en el mero hecho de navegar por el sitio web, sin ser necesario ulterior acto de manifestación de una u otra voluntad.”⁷⁸

Otra definición dice “*Browse wrap* es un contrato o acuerdo de licencia que abarca el acceso o el uso de materiales en un sitio web o en un producto descargable. En un acuerdo *browse wrap*, los términos y condiciones de uso de un sitio web u otro producto descargable se publican en el sitio web, normalmente como un hipervínculo en la parte inferior de la página.”⁷⁹

A criterio propio los contratos *Browse Wrap*, son aquellos en los cuales el usuario expresa su aceptación a las condiciones de uso y políticas de privacidad al momento de navegar y utilizar un sitio web, aun cuando estas condiciones no sean fácilmente localizadas por el usuario y sin necesidad que la manifestación de voluntad sea expresa, las cláusulas de los contratos *browse wrap* asumen que el usuario conoce y acepta el contrato *browse wrap*.

La polémica en cuanto a estos contratos es que algunos autores manifiestan su inconformidad en cuanto a que es imposible determinar en qué momento se perfecciona este contrato, dado que el usuario únicamente debe permanecer en la página web o la aplicación para demostrar su consentimiento a las condiciones de uso y políticas de privacidad, sin embargo, que el usuario permanezca no determina si este leyó dichas

⁷⁸ Fernández Flores, Ricardo. <http://www.economistjurist.es/articulos-juridicos-destacados/la-ejecucion-de-los-contratos-click-wrap-y-browse-wrap-en-derecho-espanol/>. (consulta: 08 de agosto de 2017)

⁷⁹ <http://www.kappam.com/contratos-browsewrap-y-clickwrap/> (consulta: 08 de agosto de 2017)



condiciones; otros autores, debaten esta posición indicando que es posible determinar que el usuario permaneció y con eso expreso su consentimiento debido a las direcciones IP, dado que estas son únicas para cada usuario y que como bien norma el Artículo 3 de la Ley del Organismo Judicial Decreto 2-89 del Congreso de la República de Guatemala “Contra la observancia de la ley no puede alegarse ignorancia, desuso, costumbre o práctica en contrario.” Y dado que según la jerarquía de las normas los contratos son normas individuales, las cuales son ley entre las partes que se obligan.

4.3. Condiciones de uso y políticas de privacidad

Al momento de ingresar a una página web, el propietario es quien establece en qué condiciones se puede hacer uso de ese sitio y cómo estarán conformados los contratos que se celebren. Así, es posible encontrar en esas páginas enlaces como “Términos de uso” y “Términos y condiciones de venta”.

Habitualmente, estos conjuntos de disposiciones se denominan términos y condiciones de uso, *información legal*, disposiciones legales, descargo de responsabilidad, condiciones de uso, condiciones generales y responsabilidad, reglas de uso, *terms of us*”, aviso con respecto del uso del contenido, aviso legal, *disclaimer*, acuerdo legal, *legal information* y Políticas de Privacidad.

Acuña Navas cita a Polanco indicando que “para que los términos y condiciones generales sean parte de los contratos y vinculantes, estos deberán ser de fácil acceso y



conocimiento previo por parte del usuario. Así, es como resulta importante referirse en las páginas siguientes a los contratos de Click Wrap, Shrink Wrap y Browse Wrap, que cada vez adquieren mayor incidencia en las páginas webs. Estos contratos tienen en común ser contratos de adhesión, toda vez que el empresario ya tiene preestablecida una propuesta y el usuario se limitará a aceptarla o rechazarla.”⁸⁰

Quedando claro que estos términos y condiciones generales son los que establecen las cláusulas, condiciones y términos, cabe la redundancia, de cómo se llevara a cabo el contrato que está próximo a celebrarse, siendo fundamental para la debida protección del consumidor, que estos sean accesibles, dado que estos contratos futuros a celebrar son contratos de adhesión, en los cuales el usuario se encuentra limitado a rechazar u aceptar.

4.3.1 Pactos arbitrales *hyperlink*

Se define “El hyperlink es también muy a menudo llamado hipervínculo, en computación, un enlace (o link) es una referencia a un documento que el lector puede seguir directamente, o que se sigue de forma automática. Estos se dan cuando al momento de entrar a una página web principal, en donde esta proporciona un hipervínculo, el cual se debe aceptar para dirigirse al siguiente enlace de la página web principal, el cual debe ser aceptado para seguir utilizando el sitio web y este hipervínculo contiene una cláusula en la cual se acepta ir a arbitraje en caso sea

⁸⁰ Acuña Navas, Adriana y Cordero Esquivel, Eugenio. **Los contratos de shrinkwrap, clickwrap y browwrap: Un enfoque desde la perspectiva del derecho del consumidor.** Pág. 103.



necesario, generalmente en los países en los que se encuentra la sede de empresas.”⁸¹

Esto quiere decir que se puede entender como *hyperlink* el vínculo o enlace que sigue de forma automática al momento de darle un click a un texto, imagen u objeto, para redireccionar de manera inmediata a otro sistema o medio de información, el cual, puede estar cargado a estos, esta redirección se hace por lo regular a través de una redirección URL mediante un anclaje en una página web.

En Estados Unidos ya se han visto los casos en las que las cortes aceptan estas cláusulas o se niegan a escuchar los casos, por lo que es claro entender que estas cláusulas son aceptadas según la jurisprudencia de la Corte de Apelaciones de Estados Unidos. *Hubbert V. Dell Corporation, Appellate Court Of Illinois, Fifth District, No. 5-03-0643, August 12, 2005.*

En Canadá la corte suprema de justicia de Canadá. *Dell Computer Corp. V. Union Des Consommateurs* del 13 De Julio De 2007, igualmente la corte determinó que la inclusión de un pacto arbitral en un contrato de adhesión no es en sí mismo abusivo y agrega que tales pactos pueden facilitar el acceso del consumidor a la justicia, así mismo la Corte consideró que la forma como aparecía el vínculo era consistente con las prácticas de la industria y por ello la cláusula de arbitraje que era accesible a través de un hipervínculo no era externa y por ello era vinculante.

⁸¹ <https://vladyisegura.wordpress.com/2013/04/06/hyperlink-vinculo/>. (Consulta: 05 de agosto de 2017)



La experiencia internacional demuestra aceptación a los pactos arbitrales contenidos en hipervínculos, siempre y cuando se respete el equilibrio contractual entre el consumidor y el oferente, debido a que estas son tomadas como beneficio a los usuarios por la facilidad para un juicio justo, sin embargo, no se ha visto un caso en Latinoamérica de arbitraje por motivo de contratación electrónica, en Latinoamérica el arbitraje se utiliza como mecanismo alternativo de solución de conflictos, por lo que habría un cierto nivel de desigualdad con el usuario al enfrentarse a un grupo empresarial, en un país extranjero.

4.4. *Click* y *Browse* como forma de declaración del consentimiento de otros contratos electrónicos

El autor Christian Gomez indica que “a pesar de que es necesario replantear temas en el derecho contractual privado con respecto a las incidencias de los mercados digitales, es menester establecer que no nos encontramos frente a un nuevo tipo contractual, sino frente a una nueva forma de celebrar contratos, en las cuales las partes aceptan su consentimiento por medios electrónicos.”⁸²

Refiriéndose así a que los contratos de *Click Wrap* y *Browse Wrap*, son más una forma para expresar el consentimiento, que un contrato en sí.

⁸² Gomez Gomez, Christian Camilo. **Op. Cit.** Pág. 3.



La contratación por medio del sistema de *Click Wrap* y el perfeccionamiento del contrato al seguirse la teoría general de obligaciones y contratos, en todo contrato debe concurrir consentimiento, objeto y causa para que estén válidamente constituidos conforme a derecho y produzcan sus efectos; dejando la cuestión de la forma de los contratos libre, a excepción de cierto número de ellos, para los que se establece la forma *ad solemnitatem*, según el Código Civil Decreto Ley 106 de la República de Guatemala.

En este sentido, el consentimiento que se presta en los contratos celebrados por medio de Internet no difiere del que se debe proporcionar en otro tipo de ámbitos fuera de la contratación electrónica, sin embargo, aún queda la incertidumbre si en el momento necesario esta manifestación de voluntad es medio suficiente de prueba.

La legislación española ha propuesto, en principio, la utilización de la firma electrónica como medio idóneo para manifestar tal consentimiento, a la que, si cumple con determinados requisitos, que sea firma electrónica avanzada, basada en un certificado expedido por una entidad reconocida por la Secretaría de Estado de las Telecomunicaciones- se equipara con la firma manuscrita, Guatemala se une a este principio ratificando la Ley para el Reconocimiento de Firmas Electrónicas Decreto 47-2008 del Congreso de la República de Guatemala, sin embargo, actualmente, no existe ningún proveedor de servicios de certificación que haya obtenido dicho reconocimiento, por lo que no podemos hablar todavía de firma electrónica equiparable a la firma manuscrita.



“No obstante, no todo es firma electrónica avanzada y basada en un certificado reconocido. Ya la Ley de Firma Electrónica (Artículo 3.2) establece que a la firma electrónica que no cumpla los requisitos anteriores no se le negarán efectos jurídicos y podrá ser admitida como prueba en juicio”.⁸³ Por lo tanto se observa que otros países ya han aceptado otros mecanismos mediante los cuales se puede declarar el consentimiento de los contratos por la vía electrónica, sin embargo, el problema de la prueba de esos mecanismos como medios fiables y seguros para acreditar el consentimiento sigue latente.

El sistema de creación de las claves es técnicamente muy seguro y solo funciona en ese sentido, de modo que de la clave privada se deriva la pública, pero no al revés. De ahí que se llame sistema de clave asimétrica.

“El emisor del mensaje aplica, al documento electrónico (ya sean textos, imágenes, animaciones, etc., en cualquier formato), la función hash y obtiene un número resumen único, que cifra con su clave privada y remite al destinatario, junto con el documento original. El receptor calculará, del propio documento, su número resumen, y descifrará, por medio de la clave pública del emisor, el número resumen cifrado con la clave privada de éste. Si ambos números coinciden, la firma es válida, garantizando tanto que el firmante del documento es quien dice ser (autenticidad) como que éste no ha sido

⁸³ Surijón, Nicolas. **El Click como medio de aceptación y perfeccionamiento del consentimiento.**
Pag. 6



alterado (integridad). En caso de que ambos números no coincidieran, podría significar que la firma no es válida o bien que el documento ha sido alterado”.⁸⁴

En determinados casos, las partes no se llegan a conocer, lo que causa que el anonimato aumente el riesgo de fraude o de que no se obtengan los resultados esperados, por lo que se suelen exigir mayores niveles de seguridad que en las transacciones que se producen fuera de la red.

Según Roig Asís, “La aceptación de acuerdos, en este sistema, se hace mediante un *click*. Mucho más habitual es encontrarnos, al realizar transacciones o trámites a través de Internet, con que se solicita la aceptación de determinadas condiciones o cláusulas, a menudo pulsando con el ratón sobre un botón en el que aparece el texto Aceptar, Estoy de acuerdo o términos equivalentes”.⁸⁵

Siguiendo la terminología del derecho anglosajón, este tipo de acuerdos pueden ser de tres formas:

a) *Shrink-Wrap* o *Click-Wrap*: Se trata del tipo de contratos, condiciones generales o licencias de uso que aparecen habitualmente dentro de las cajas de los programas de ordenador, de ahí su denominación. Pueden ir impresos en papel (*shrink-wrap*), pero también suelen aparecer en la pantalla del ordenador cuando se instala el programa o incluso cada vez que se inicia o que se utiliza una aplicación o red social (*click-wrap*).

⁸⁴ M. A. Moreno Navarrete. **Contratos electrónicos**. Pág. 81.

⁸⁵ Asís, Roig. **Documento electrónico en la administración pública**. Pág. 137.



b) *Browse-wrap*: En estos casos, el comprador no se ve obligado a aceptar ni incluso a conocer o visualizar los términos del contrato para realizar la operación, sino que únicamente se facilita un enlace a otra página del sitio web en el que constan estos. La vinculación de las cláusulas expuestas de este modo ha planteado algunas dudas, principalmente en Estados Unidos.

Lorenzetti puntualiza que el *click* constituye una forma válida de expresión de la voluntad, equiparable a la forma expresa. Es indudable que el *click* revela y exterioriza la voluntad de quien realiza la acción. En el derecho comparado se ha reconocido carácter vinculante al *click*, cuando se ha sostenido que una persona queda vinculada por las condiciones generales al pulsar el botón que dice "aceptar", luego de haber tenido oportunidad de leerlas.⁸⁶

Asimismo, en la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI-UNCITRAL), que ha adoptado la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico, del año 1996, en su Artículo 2, inciso a. establece que en la formación de un contrato, de no convenir las partes otra cosa, la oferta y su aceptación podrán ser expresadas por medio de un mensaje de datos, y que no se negará validez o fuerza obligatoria a un contrato por la sola razón de haberse utilizado en su formación un mensaje de datos⁸⁷.

⁸⁶ Lorenzetti, Ricardo L. **Comercio electrónico y defensa del consumidor**. Pág.1003.
Op.Cit. Pag. 126





CONCLUSIÓN DISCURSIVA

El derecho debe evolucionar en la misma medida que las nuevas tecnologías, es por ello que se hace necesario que este tipo de contrataciones se desarrollen en un ámbito no solo eficiente sino que también con garantías de seguridad, mediante la creación y aplicación uniforme de un marco legal, para que se garantice la protección de los derechos y valores fundamentales de cada individuo que decida utilizar la red con este fin, creando los mecanismos que puedan cumplir con los requisitos esenciales de cualquier soporte en papel, que se adecuen a la realidad tecnológica actual. La contratación de bienes y la prestación de servicios informáticos no tienen una calificación uniforme que la pueda situar, en cada caso, en un modelo o tipo de contrato de los que figuran en el ordenamiento guatemalteco.

Dentro de los contratos electrónicos existen dos contratos en particular conocidos como Contrato de *Click Wrap* y Contrato de *Browse Wrap*, estos podrían ser los contratos mayormente utilizados y a los que cualquier usuario está expuesto al momento de usar internet, sin embargo, en el ordenamiento jurídico guatemalteco es viable la aplicación de ambos, así como la valoración de los mismos en una *litis*

Los contratos de adhesión son producto de la contratación en masa que, frecuentemente, violan los derechos de los consumidores de bienes y servicios informáticos por el gran desequilibrio que se produce al faltar la emisión libre de voluntad por una de las partes en la fijación de las cláusulas del contrato.

El desconocimiento por el usuario, en términos generales, de las posibilidades y límites de la informática, hace que no todo en el contrato pueda estar basado en el principio de la autonomía de la voluntad de los contratantes. Es por ello, que se deben redactar teniendo en cuenta un equilibrio de prestaciones y evitar la existencia de cláusulas oscuras. Por lo anterior se recomienda a los usuarios que lean cada una de las cláusulas de los contratos de *Click Wrap* y Contratos de *Browse Wrap* tomando en consideración los términos de uso y condiciones de privacidad inmersos.





BIBLIOGRAFÍA

- ACUÑA NAVAS, Adriana y Cordero Esquivel, Eugenio. **Los contratos shrinkwrap, clickwrap y browsewrap, un enfoque desde la perspectiva del derecho del consumidor.** San José, Costa Rica: 2014.
- AGUILAR GUERRA, Vladimir. **El negocio jurídico.** 5ta. ed. Ed. Serviprensa S. A. 2006.
- ALSINA ATIENZA, Dalmiro. **El principio de la buena fe en el proyecto de reforma del 1936.** Buenos Aires, Argentina. (s. e). 1942.
- ARIAS, María Inés. **La formación y perfección del contrato por medio de internet.** (s. l. i.); (s.e.) (sf.).
- ASIS, Roig. **Documento electrónico en la administración pública.** Madrid. (s. l. i); (s. e.) 2006.
- BEJARANO SÁNCHEZ, Manuel. **Obligaciones civiles.** (s. l. i.); (s.e.) (sf.).
- BROCETA PONT, Manuel. **Contratos mercantiles, derecho de los títulos valores, derecho concursal.** México. Ed. Thecnos. 2014.
- CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario jurídico elemental.** Buenos Aires Argentina; Ed. Heliasta SRL. 1993.
- CAMACHO CLAVIJO, Sandra. **Derecho de las nuevas tecnologías.** Ed. Reus. Madrid. (sf.)
- DAVARA RODRÍGUEZ, Miguel. **La contratación electrónica, derecho informático.** Madrid. Ed. Aranzandi. 1997.
- DELGADO VERGARA, Teresa. **Derecho de contratos, teoría general de los contratos.** Tomo I. Habana, Cuba. 2001.
- DIEZ PICAZO, Luis. **Fundamentos de derecho civil patrimonial I.** Vol. I. 5ta ed. Ed. Civitas. Madrid. 1996.
- GOMEZ GOMEZ, Christian Camilo. **El comercio electrónico, incidencias y desafíos en el derecho del consumidor.** Ed. CIIDDI. 2016
- G. R, Marcel Planiol. **Derecho civil parte B.** México. Editorial Harla. 1997.
- HERNÁNDEZ FUENTES, Jonathan Efraín. **Informática y derecho.** Guatemala. (s.e.), 2010.
- HERNÁNDEZ FUENTES, Jonathan Efraín. **Los contratos informáticos y su regulación en el sistema jurídico guatemalteco.** Guatemala. (s.e.). 2009



HEREDERO HIGUERAS, Manuel. **Derechos inmatrimales y nuevas tecnologías de la información. Actas ii congreso internacional de informática y derecho**. Vol. I. 1996

<http://jorgemachicado.blogspot.com/2013/03/vco.html> (consulta: Guatemala 29 Junio de 2017)

<https://estudiosjuridicos.wordpress.com/derecho-civil/el-contrato/>. (consulta: Guatemala 28 de agosto de 2017).

<http://www.monografias.com/trabajos64/contratos-mercantiles-guatemala/contratos-mercantiles-guatemala2.shtml>. (consulta: 04 mayo de 2017)

<http://www.pablofb.com/pabloburgueno.com/2010/06/tipos-y-clasificacion-de-contratos-electronicos/>. (consulta: 29 junio de 2017)

<http://www.monografias.com/trabajos/contratosv/contratosv.shtml>. (consulta: 08 de Julio de 2017).

<http://www.economistjurist.es/articulos-juridicos-destacados/la-ejecucion-de-los-contratos-click-wrap-y-browse-wrap-en-derecho-espanol/>. (consulta: 08 de agosto de 2017).

<http://www.kappam.com/contratos-browsewrap-y-clickwrap/>. (consulta: 08 de agosto de 2017).

<http://www.economistjurist.es/articulos-juridicos-destacados/la-ejecucion-de-los-contratos-click-wrap-y-browse-wrap-en-derecho-espanol/>. (consulta: 08 de agosto de 2017)

<http://guiadederechocivil.blogspot.com/2007/05/elementos-de-la-relacion-juridica.html>, (consulta: 09 abril 2017)

<https://vladyisegura.wordpress.com/2013/04/06/hyperlink-vinculo/>. (Consulta: 05 de agosto de 2017)

LEÓN HURTADO, Avelino. **La voluntad y capacidad en los actos jurídicos**. Ed. Jurídica de Chile. (sf.)

LEHR. **Derecho civil germánico**. (s. l. i.); (s.e.) (sf.).

LORENZETTI, Ricardo L. **Comercio electrónico y defensa del consumidor**. Buenos Aires, Argentina. Ed. Rubinzal – Culzoni. 1999.

MAZCAUD, Henry y León. **Lecciones de derecho civil**. 2da. Parte. (s. l. i.); (s.e.) (sf.).



MARQUEZ, Jose F. y Moisset de Espanés, Luis. **La información del consentimiento en la contratación electrónica.** Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Cordoba. (sf.)

MORENO NAVARRETE, Miguel Angel. **Contratos electrónicos.** 2ª ed. España. (s.e.) 1999.

NOVELLI, H. Mariano. **El perfeccionamiento de los contratos celebrados por medios electrónicos en el derecho argentino y comparado.** Argentina. (s.e.) 2013.

OJEDA RODRIGUEZ, Nancy. **Teoría general del contrato.** Tomo I. La Habana, Cuba. (s.e.) 2001.

ORDOQUI CASTILLA, Gustavo. **Lecciones de derecho de las obligaciones.** Montevideo. (s.e.) 1998.

PUIG PEÑA, Federico, **Compendio de derecho civil español tomo III.** España: Editorial Aranzadi, 1974.

RAMIREZ CASTAÑEDA, Jesse Leonel. **El contrato de tiempo compartido, su relación con otros contratos civiles, mercantiles y su ubicación en el ordenamiento jurídico guatemalteco.** Guatemala. (sf.)

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. **Diccionario.** Madrid.

SALVAT, Raymundo. **Tratado de derecho civil argentino.** (s. l. i.); (s.e.) (sf.).

SIERRA FLORES, María. **Impacto del comercio electrónico en el derecho de la contratación.** (s. l. i.) Ed. EDERSA. 2002.

SURIJÓN, Nicolás. **El click como medio de aceptación y perfeccionamiento del consentimiento.** Publicación: Revista Argentina de Derecho Comercial y de los Negocios Número 13 fecha de publicación: 27 de agosto de 2015.

VALDEZ DÍAZ, Caridad del Carmen. **Derecho de contratos, teoría general de contratos.** Tomo I. Habana, Cuba. (s.e.) 2001.

VARIOS AUTORES. **El contrato por medios electrónicos universales.** Bogotá, Colombia. (s.e.) 2006.

VID. ALBALADEJO, M. **Derecho de obligaciones, la obligación y el contrato general.** Vol. I. Tomo II. Ed. BOSCH. Barcelona: 1994.

VILLALOBOS BATTING, Edison. **Los contratos informáticos.** Colegio de abogados de Venezuela. Venezuela. (s.e.) (sf.).



VILLEGAS LARA, Arturo Rene. **Derecho mercantil guatemalteco.** Tomo III. Guatemala. Ed. Universitaria. 2012.

ZEPEDA, Gabriel. **Los contratos electrónicos celebrados por internet y su consagración en la ley de protección al consumidor.** Chile. Escuela de Derecho IQUIQUE. (s.e.) 2006

Legislación:

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

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

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

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

Ley Para el Reconocimiento de las Comunicaciones y Firma Electrónica. Acuerdo 47-2008 Congreso de la República de Guatemala.

Ley modelo de la CNUDMI sobre comercio electrónico. Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. 1980.

Reglamento de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. UNCITRAL. 1980.

Código Civil y Comercial de la Nación. Ley 26.994. Argentina. Última modificación: 2011.

Ley de Servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico. 34/2002. Jefatura de Estado. España. 2002.

Código Civil. Ministerio de Gracia y Justicia. España. 1889.

Código Civil. Decreto Ley. Ministerio de Justicia. Chile. 2009.

Código de Comercio. Ministerio de Justicia. Chile. 1865.

Ley sobre el Documento Electrónico, Firma Electrónica y Servicios de Certificación de dicha firma. Ley 19799. Chile. 2002