

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO MERCANTIL Y COMPETITIVIDAD



**LA LIBERTAD DE CONTRATACIÓN MERCANTIL,
EL CONTRATO DE ADHESIÓN
Y LA LIBRE COMPETENCIA**

LICENCIADO

RODEMIRO ENCARNACIÓN GARCÍA MIRANDA

GUATEMALA, AGOSTO DE 2019

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO MERCANTIL Y COMPETITIVIDAD

**LA LIBERTAD DE CONTRATACIÓN MERCANTIL, EL CONTRATO DE ADHESIÓN
Y LA LIBRE COMPETENCIA**



TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por el Licenciado

RODEMIRO ENCARNACIÓN GARCÍA MIRANDA

Previo a conferírsele el Grado Académico de

**MAESTRO EN DERECHO MERCANTIL Y COMPETITIVIDAD
(Magister Scientiae)**

Guatemala, agosto de 2019

**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: Licda. Astrid Jeannette Lemus Rodríguez
VOCAL II: Lic. Henry Manuel Arriaga Contreras
VOCAL III: M. Sc. Juan José Bolaños Mejía
VOCAL IV: Br. Denis Ernesto Velásquez González
VOCAL V: Br. Abidán Carías Palencia
SECRETARIO: Lic. Fernando Antonio Chacón Urizar

CONSEJO ACADÉMICO DE ESTUDIOS DE POSTGRADO

DECANO: Lic. Gustavo Bonilla
DIRECTOR: Dr. Luis Ernesto Cáceres Rodríguez

TRIBUNAL EXAMINADOR

PRESIDENTA: Dra. Lucrecia Elinor Barrientos Tobar
VOCAL: M. Sc. Viviana Nineth Vega Morales
SECRETARIA: M. Sc. Lorena Isabel Flores Estrada

RAZÓN: “El autor es el propietario de sus derechos de autor con respecto a la Tesis sustentada”. (Artículo 5 del Normativo de Maestría y Doctorado de la Universidad de San Carlos de Guatemala, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Escuela de Estudios de Postgrado).

Guatemala, 14 de mayo de 2019

Doctor Luis Ernesto Cáceres Rodríguez
Director de la Escuela de Estudios de Postgrado
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Presente.-

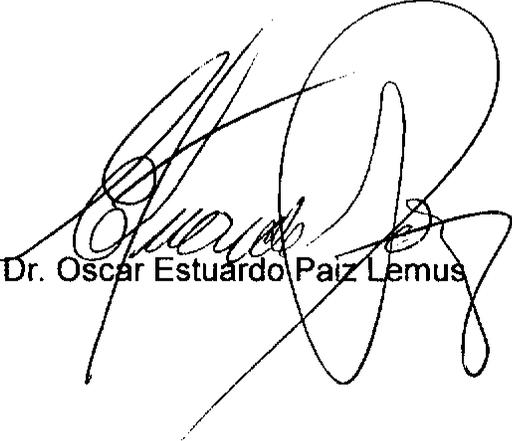
Atención: Dr. Rene Arturo Villegas Lara

Estimado Doctor Cáceres.

Por este medio cumpla informarle que en mi calidad de tutor del trabajo de investigación realizado por el Licenciado Rodemiro Encarnación García Miranda, titulado "La libertad de Contratación Mercantil, el Contrato de Adhesión y la Libre Competencia" procedía a revisar el cumplimiento de las recomendaciones que formuló el tribunal que practicó el examen de defensa de tesis, las cuales fueron atendidas favorablemente por el Licenciado García Miranda.

En virtud de lo antes indicado emito dictamen favorable para que se continúe con el trámite respectivo.

Muy atentamente



Dr. Oscar Estuardo Paiz Lemus

cc.
Archivo.

Guatemala, 08 de julio de 2019

Doctor Luis Ernesto Cáceres Rodríguez
Director de la Escuela de Estudios de Postgrado
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Ciudad Universitaria, zona 12

Señor director:

Por la presente, hago constar que he realizado la revisión de los aspectos de redacción y ortografía de la tesis denominada:

**LA LIBERTAD DE CONTRATACIÓN MERCANTIL,
EL CONTRATO DE ADHESIÓN Y LA LIBRE COMPETENCIA**

Esta tesis fue presentada por el **Lic. Rodemiro Encarnación García Miranda**, estudiante de la Maestría en Derecho Mercantil y Competitividad de la Escuela de Postgrado, de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, de la Universidad de San Carlos de Guatemala.

En tal sentido, considero que, después de realizada la corrección indicada, el texto puede imprimirse.

Atentamente,


Dra. Gladys Tobar
Revisora

Colegio Profesional de Humanidades
Colegiada 1450

Gladys Tobar Aguilar
LICENCIADA EN LETRAS
Colegiada 1450



USAC
TRICENTENARIA
Universidad de San Carlos de Guatemala

D.E.E.P. ORDEN DE IMPRESIÓN

LA ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES DE LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA, Guatemala, 16 de julio del dos mil diecinueve.-----

En vista de que el Lic. Rodemiro Encarnación García Miranda aprobó examen privado de tesis en la **Maestría en Derecho Mercantil y Competitividad** lo cual consta en el acta número 54-2019 suscrita por el Tribunal Examinador y habiéndose cumplido con la revisión gramatical, se autoriza la impresión de la tesis titulada **“LA LIBERTAD DE CONTRATACIÓN MERCANTIL, EL CONTRATO DE ADHESIÓN Y LA LIBRE COMPETENCIA”**. Previo a realizar el acto de investidura de conformidad con lo establecido en el Artículo 21 del Normativo de Tesis de Maestría y Doctorado.-----

“ID Y ENSEÑAD A TODOS”


Dr. Luis Ernesto Cáceres Rodríguez
DIRECTOR DE LA ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO



Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Escuela de Estudio de Postgrado, Edificio S-5 Segundo Nivel. Teléfono: 2418-8409

Dedicatoria

*Este peldaño en mi vida profesional lo dedico a Dios,
por permitir que el universo conspira a mi favor,
y por tener en cuenta qué necesito y cuándo lo necesito.*

*A mi madre por darme lo que nunca nadie podrá jamás,
por sus sacrificios y por ser un ejemplo de ética,
perseverancia, fortaleza y determinación.*

*Gracias madre por tu tiempo, por dar todo tu corazón
y entregar tus fuerzas para elaborar con dedicación
las perfectas y ligeras alas que me impulsan*



Contenido

INTRODUCCIÓN	i
CAPÍTULO I	1
Contratación mercantil	1
1.1. Antecedentes	1
1.2. El contrato en el derecho romano	1
1.3. El contrato en el derecho anglosajón	5
1.4. El contrato en el derecho europeo	10
1.5. El contrato y el acuerdo de voluntades	14
1.6. El contrato en la época contemporánea	17
1.7. Características de la contratación mercantil	20
1.8. La teoría del contrato y las relaciones jurídico-patrimoniales	25
1.9. El Derecho civil-patrimonial y los contratos	31
1.10. Relación derecho patrimonial y privado en el contrato	31
1.10.1. Concepto, elementos y estructura de la relación jurídica	34
1.10.2. El contrato y la seguridad jurídica	35
1.11. Contrato de adhesión	37
1.11.1. Características de los contratos de adhesión	39
1.11.2. Ventajas del contrato de adhesión	40
1.11.3. Desventajas del contrato de adhesión	40
CAPÍTULO II	41
Marco teórico de la libertad de contratación	41
2.1. La libertad contractual y las condiciones generales de la contratación	42
2.2. Cláusulas recurrentes en los contratos mercantiles	46
2.2.1. Clausula <i>rebus sic stantibus</i>	46
2.2.2. Cláusulas abusivas	49
2.3. Análisis jurídico doctrinario de los contratos de adhesión	55
2.3.1. Sujetos y capacidad	60
2.3.2. Consentimiento o voluntad	60



2.3.3. Objeto.....	62
2.3.4. Forma.....	64
2.3.5. Nulidad y anulabilidad	65
2.4. Marco jurídico de protección al consumidor.....	66
2.4.1. Artículos relevantes del Decreto 6-2003.....	68
2.5. La contratación en masa y la desigualdad de poder negociar	73
2.5.1. Ausencia de libertad contractual.....	77
2.5.2. Enfoque económico del contrato	80
2.5.3. Dimensión económica del contrato.....	81
2.6. Contratación mercantil.....	84
CAPÍTULO III	87
La libertad de contratar y la libre competencia.....	87
3.1. La autonomía de voluntad en el contrato de adhesión	90
3.2. El contrato de adhesión y la restricción de la libertad contractual	95
3.3. El mercado como corrector de la falta de libertad contractual	101
3.4. El mercado y su imposibilidad de reemplazar la libertad contractual.....	104
3.5. Eficiencia de mercado y eficiencia económica.....	109
3.6. Tipos de competencia dentro de la estructura de mercados.....	114
3.7. Ausencia de mecanismos para regular la competitividad	119
3.7.1. Necesidad de una ley de competencia.....	121
3.7.2. Legislación de la competencia en Centroamérica	123
3.7.3. Legislación en pro de la libre competencia en Guatemala	124
Conclusiones	135
Referencias.....	136

INTRODUCCIÓN



Una de las más significativas consecuencias del desarrollo de la sociedad industrial ha sido el fenómeno de la contratación en masa. La realidad de que los bienes y servicios que producen los empresarios y profesionales son adquiridos y se destinan a grandes sectores de la población. Lo anterior fue un factor decisivo para la aparición de una nueva forma de contratación, un nuevo marco de relaciones jurídicas, con manifestaciones en el mercado y con no menor trascendencia en el ámbito jurídico procesal.

Esa Revolución Industrial, que alcanza su máxima expresión en el pasado siglo XX, originó la aparición de grandes y poderosas empresas con capacidad de producir bienes en serie en forma masiva, lo que permitió reducir costos y precios y la creación, en definitiva, de riqueza y empleo del que se benefician sectores muy amplios de la sociedad, ostentando al mismo tiempo poder real en el mundo económico e incluso en el político.

La producción en masa requiere de métodos más rápidos que prescinden del trato individual y se sirve de modelos de contratos que generalizan las condiciones de la transacción y establecen una única *ley del contrato* que el potencial contratante se limitará a firmar, *adhiriéndose* a esta y quedando vinculado a todas las condiciones y disposiciones, aunque no haya participado en su elaboración ni tenga posibilidad alguna de modificarlo, lo cual causa un desequilibrio en el principio de libertad de contratación mercantil es por ello que se considera oportuno investigar cuales son los factores que están influyendo en dicho desequilibrio.



En ese sentido, es imperativo plantearse el problema, ¿existe libertad de contratación mercantil en las operaciones en las que se utilizan contratos de adhesión y cómo influye este tipo de contratación en la libre competencia?

Lo que se dice de los bienes es aplicable, de igual modo, a los servicios de telefonía en Guatemala, que tanto personas individuales como jurídicas contratan día tras día, bajo ese marco en el que se utilizan las condiciones generales de contratación, se considera que la libertad de contratación mercantil en las operaciones que involucran contratos de adhesión se ha limitado significativamente la libertad de contratación mercantil, a causa de la falta de igualdad entre las partes en el momento de negociación y de la estructura oligopólica del mercado de la telefonía en Guatemala.

Para determinar lo expresado en la hipótesis anteriormente planteada, la investigación se divide en tres capítulos; en el primero se tratan los aspectos generales del contrato, los antecedentes históricos y su evolución, tanto en el derecho romano como en el derecho anglosajón.

También se aborda el contrato desde las distintas latitudes y se hace un repaso específico sobre cómo operan los contratos en la Unión Europea, dada sus características de comercialización en bloque y estandarización de criterios.

En el segundo capítulo, se describe la libertad de contratación mercantil y las teorías contemporáneas que justifican las condiciones generales de la contratación, la relación que existe entre el derecho mercantil y los contratos administrativos mediante los cuales el Estado impone sus condiciones y obligaciones para contratar.



Se describen la situación actual de la contratación mercantil, abordando lo relacionado con las cláusulas abusivas que estos contienen, principalmente de los contratos tipo formulario que evitan la negociación de las cláusulas y su incidencia en la restricción de la libertad de contratación.

En el tercer capítulo, se determina si existen condiciones que faciliten la libre competencia en el ramo de la telefonía, cual es la estructura de mercado y sus características desde un enfoque de dominación del mercado y como esto incide en la competitividad en Guatemala, aspecto relevante que tiene una estrecha relación con la limitación a la libertad de contratación mercantil y la calidad de los servicios que se prestan a los guatemaltecos, lo que constituye uno de los objetivos permanentes del Estado de Guatemala y que el derecho en todas sus manifestaciones deben proteger.

Finalmente, se presentan las conclusiones a las que se arriba como resultado de la investigación y se establece sí la hipótesis planteada inicialmente ha sido o no comprobada.



CAPÍTULO I

Contratación mercantil

Previo a desarrollar los antecedentes históricos de la contratación mercantil, es importante comprender que es contrato, de tal manera que:

Desde un punto de vista etimológico la palabra contrato proviene del latín *cum* y *traho*, venir en uno, ligarse; que significa, por consiguiente, la relación constituida a base de un acuerdo o convención.

En los ordenamientos primitivos el mero acuerdo de voluntades no era un contrato, en el sentido de fuente de las obligaciones, puesto que la voluntad por sí sola no podía crear obligaciones válidas y eficaces (Arnau, 2009, p. 132).

1.1. Antecedentes

Los antecedentes que tienen relación con la contratación mercantil, para efectos de la presente investigación se considera citar los siguientes:

1.2. El contrato en el derecho romano

La historia de los contratos y el derecho mercantiles data desde el tiempo de la antigua Roma. Para ese periodo se produjeron dos grupos de contratos relacionados con el derecho romano, los nominados (tenían un nombre) y los inominados (no tenían un nombre).



En aquellos tiempos era importante que se tuviera un nombre por si surgía algún inconveniente con los términos del contrato celebrado. Pero, actualmente, no posee un gran peso el ponerle nombre a un contrato. Toda vez que el actual derecho difiere del romano en ciertos elementos, el que el contrato no tenga nombre no impide que las partes lleguen a los Tribunales de Justicia a reclamar sus derechos por posibles incumplimientos en los términos establecidos en los contratos. Básicamente, en la era romana se distinguían los siguientes cuatro tipos de contratos:

1. Los contratos *verbis*, en donde se promete hacer tal cosa.
2. Los contratos *litteris*, la cual se hacía por escrito.
3. Los contratos *re*, la cual se refiere a la entrega de una cosa, y;
4. Los contratos *consensu*, la cual se derivaban del consentimiento.

En ese orden de ideas, el contrato en el derecho romano aparece como una forma de acuerdo de voluntades. Cuando se analiza este, se deben dejar claros los conceptos de Convención, Pacto y Contrato. Los cuales se detallan a continuación: convención: es un acuerdo entre partes que cae sobre un negocio jurídico que tiene por objetivo generar algún cambio en un derecho, con la finalidad de producir efectos. El Pacto son aquellas relaciones que carecen de acción, debido a que solo engendran una excepción y el contrato que es el tema principal del presente capítulo, este es aplicable a todo acuerdo entre partes reconocido por el derecho civil, con la finalidad de crear obligaciones exigibles en la sociedad.



En tal virtud, en el derecho romano el contrato aparece como una forma de acuerdo con los que denominaban conventio, que no es más que el consentimiento de dos a más personas que convienen sobre una cosa que deben dar o prestar, de tal manera que la consensualidad era el prototipo dominante y consecuentemente la convención se dividía en:

- a. *Pactum* –pacto-, y
- b. *Contractus* –contrato, siendo el pacto aquel que no tiene nombre ni causa y el contrato aquel que lo tiene

En este contexto se entiende por nombre la palabra que produce la acción -el pacto se refiere únicamente a relaciones que solo engendran una excepción-. La causa es alguna cosa presente de la cual se deriva la obligación. El pacto fue paulatinamente asimilándose al contrato al considerar las acciones el instrumento para exigir su estricto cumplimiento.

El contrato en el derecho romano se aplicaba a todo acuerdo de voluntades dirigido a crear obligaciones civilmente exigibles y estaba siempre protegido por una acción que le atribuía plena eficacia jurídica. En tal virtud, los contratos se dividían en verdaderos y en cuasicontratos, eran verdaderos los que se basaban en el consentimiento expreso de las partes y eran cuasicontratos los basados en el consentimiento presunto. A su vez los contratos verdaderos se dividían en nominados e innominados, eran nominados los que tenían nombre específico y particular confirmado por el derecho –compraventa- e



innominados los que aun teniendo causa no tenían nombre; por otra parte, los contratos innominados eran cuatro siendo los siguientes:

1. Doy para que des.
2. Doy para que hagas.
3. Hago para que des.
4. Hago para que hagas.

En el derecho romano existían contratos unilaterales y bilaterales:

Los contratos unilaterales obligaban solo a una de las partes; es decir, que solo existía la declaración de la voluntad de un solo sujeto como sucede con el testamento, la aceptación de herencia, la emancipación y los bilaterales es creado por la voluntad de dos sujetos en cuanto a venidas a concierto, es decir, a acuerdo –*consensus*–, como la compraventa, la adopción y el matrimonio (Arnau, 2009, p. 27).

En ese sentido, en el derecho romano, todo contrato era un negocio jurídico bilateral, las nociones de unilateralidad y bilateralidad, aplicaba también al campo contractual, si bien es cierto que tienen distinto significado. Un contrato es unilateral cuando solo acarrea obligaciones para una de las partes y es bilateral cuando surgen obligaciones para las dos partes.

Como ya se explicó que el negocio jurídico es la voluntad, de tal manera que la voluntad se cifra en tener conciencia del negocio las partes que lo realizan, queriendo efectivamente realizarlo. La voluntad interna no es suficiente para que el negocio nazca



en la vida jurídica, porque es requisito sine qua non en el derecho romano la declaración de dicha voluntad, tal declaración se realizaba en forma oral o escrita, expresa o tácita, con solemnidad o sin ella.

El silencio en general no equivale a la declaración de voluntad. En ciertos negocios- *mancipatio* e *in iure cessio*-, el propio derecho romano otorgaba al silencio, ritualmente consustancial al gesto, al *gestus*, valor de asentimiento. Fuera de ellos, el silencio tiene eficacia cuando la índole del acto o las particulares circunstancias del caso excluyen que se guarda silencio por razones diversas de la voluntad de consentir.

Cuando se habla de silencio –*silentium* o *perseverantia voluntatis, tacere, non contradicere, non dissentiré, non recusare*-, hácese referencia a una voluntad consciente, solo que juzgada por tal mediante interpretación. Se trata en todo caso, de una voluntad efectiva, si bien manifestada a través de un comportamiento pasivo (Ernout y Meillet, 2001, p. 10).

Es importante resaltar que en el derecho romano la voluntad puede manifestarse por medio de otra persona, denominado intermediario o *nuntius* no es más que un agente o instrumento, un vocero del declarante. En cualquier caso, el negocio produce sus efectos en cabeza del sujeto que se sirve del *nuntius*; es decir, de la persona que actúa como intermediario.

1.3. El contrato en el derecho anglosajón

El contrato en el derecho inglés también denominado como *common law* y en particular, el de contratos que es el tema principal que es de interés en el presente



subcapítulo, despierta, cuando menos, la curiosidad, además del interés académico y profesional, de los juristas de otros sistemas jurídicos, en especial, del derecho civil -civil law system-.

Si bien es cierto que ambos responden a una evolución histórica diferente, su preocupación por la justicia, el hacer justicia, obedece a necesidades imperiosas del ser humano. En tal virtud, sino se hace justicia o se pretende hacerla, la vida en comunidad se desintegra por lo tanto no es posible.

El término *common law* tiene significados muy variados. En su acepción más limitada menciona al derecho cuya huella o rastro puede encontrarse en las decisiones judiciales -*common law court decisions*- desde la temprana Edad Media hasta finales del siglo XIX. En el ejercicio de la abogacía, en derecho moderno, son las decisiones recaídas desde finales del Siglo XIX. Se contraponen a la -equity-, que son las decisiones emanadas del King's -Queen's Chancellor o Canciller- (Ruiz, 2016, p. 2).

En ese sentido, el common law es el derecho hecho por los jueces (judge - made law), de tal manera que el derecho inglés es aquel perteneciente a Inglaterra y Gales. Hay que significar que en el Reino Unido hay tres sistemas legales separados, a saber: Inglaterra, Gales y Escocia e Irlanda del Norte.

No puede dejar de mencionarse que si bien es cierto que el common law inglés es el que da origen a los de otros países citando como ejemplo, el de los Estados Unidos de América, hay diferencias entre ellos. En tal virtud, el common law descansa en el derecho de Inglaterra; por lo que no existe un sencillo y coherente listado de principios jurídicos



del cual puedan deducirse respuestas a cuestiones legales, por lo que el razonamiento jurídico de un abogado no se inicia de principios generales, como puede acaecer en el sistema de derecho civil que puede fundamentarse en un Código específicamente.

En ese orden de ideas, en el derecho anglosajón, por el contrario, las soluciones se deben encontrar en las decisiones judiciales recaídas en los casos que se suscitan para tal efecto, por lo que el derecho del caso:

Es la principal fuente del derecho (*case-law is the principal source of law*); la identidad personal de los jueces tiene mucha importancia *-judges have a significant and individual status-*. Los jueces de los más altos tribunales tienen una elevada categoría/posición en el sistema legal; los escritos, la literatura jurídica, no es tan significativa *-academic writing is not so significant-*, como en el derecho civil *-civil law system-* (Ruiz, 2016, p. 3).

De tal manera que una regla o doctrina establecida en el derecho anglosajón puede ser revocada, modificada, total o parcialmente por el Parlamento, mediante legislación al efecto. Así, por ejemplo: “la doctrina del *privity of contract* fue modificada en 1999, desde entonces, un extraño al contrato, en las circunstancias que se permite por la ley de 1999, puede exigir el cumplimiento de este para su propio beneficio” (Ruiz, 2016, p. 4).

Las normas jurídicas son las reglas básicas del derecho privado que establecen los contratos, propiedad, responsabilidad civil extracontractual no son parte de ninguna legislación escrita; sino que residen en la casuística, en el en el derecho anglosajón; es decir, que los jueces al resolver una *litis* como consecuencia de un contrato no se basan



en las normas jurídicas o principios del derecho privado para resolverlo, de tal manera que acuden a la razón para solucionar los problemas morales y éticos.

La doctrina del precedente es:

En Inglaterra, más estricta, que en los Estados Unidos de América. Debido a ello, mientras más antiguo sea un caso, más renuentes son los tribunales ingleses para revocarlo o modificarlo. Hablar del precedente nos conduce a distinguir entre el *stare decisis*¹ y el *obiter dicta* (*things said in passing*)² (Ruiz, 2016, p. 4)

Es importante aclarar para los efectos de la presente investigación lo que quiere decir el concepto de precedente, no es más que el comentario dicho de pasada al decidir un caso que es innecesario para la resolución de este, por lo cual no es vinculante.

Hay una diferencia innegable entre el razonamiento judicial en el derecho anglosajón y la interpretación judicial de un Código en el derecho civil. Como es de conocimiento el código civil contempla principios como punto de partida, mientras que en el derecho anglosajón el juez debe descubrir los principios relevantes considerando los casos resueltos con anterioridad como precedentes.

En síntesis, el contrato en el derecho inglés ocupa una posición muy similar o igual a la que ocupa en otros sistemas legales. Es parte del derecho de obligaciones conocido como: *law of obligations*. Debe destacarse que el derecho de contratos inglés carece de

¹ Sostenerse en lo decidido (*to stand by things decided*).

² Comentario dicho de pasada al decidir un caso que es innecesario para la resolución de éste, por lo cual no vincula.



un principio general de buena fe, contrario a otros ordenamientos del derecho anglosajón, particularmente los Estados Unidos de América y Australia; además, especialmente en cuanto se refiere al cumplimiento contractual. La redacción de los contratos, particularmente los mercantiles, es extensa y llena de detalles. Los tribunales ingleses se rehúsan a imponer un deber general de descubrimiento o revelación de información durante las negociaciones conducentes a la contratación. Volcando la atención a la formación del contrato, puede decirse que se requiere, entre otros, la oferta y la aceptación y la tan mentada *consideration*, a la cual, inevitablemente, los autores ingleses dedican muchas páginas.

La *consideration* no admite traducción alguna, como consideración, sino es: *a valuable consideration in the sense of the law, may consist either in some right, interest, profit, or benefit accruing to the one party, or some forbearance, detriment, loss, or responsibility, given, suffered, or undertaken by the other*" (Ruiz, 2016, p. 6).

Hay que destacar los aspectos relativos al control directo sobre la honradez en la contratación. Así no se permiten las cláusulas de exclusión de responsabilidad por el fraude personal de una de las partes contractuales. Las cláusulas penales tampoco son permitidas, pero hay que contraponerlas a las cláusulas sobre los daños líquidos que constituyen un pre estimado genuino de daños, como se conoce en el derecho privado civil como daños y perjuicios que se ocasionan por el incumplimiento de lo pactado por las partes.

Mediante legislación se ha aprobado el Unfair Contract Terms Act de 1977 y del Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations de 1999. Esta última implanta en

el Reino Unido la Directiva de la Unión Europea sobre Unfair Terms in Consumer Contract (Ruiz, 2016, p. 7).



Los cambios de circunstancias entre la formación y el cumplimiento de los contratos son, en derecho inglés, en algunos aspectos, más limitados que en muchos de los sistemas de derecho civil. Así, la doctrina sobre frustración de contrato el *frustration*, conlleva la conclusión del contrato entre las partes. Bajo el subtema de examen especial de la revisión del contrato por causa de la alteración de las circunstancias, un conocido:

En otros casos se recurre a especular, no con el consentimiento de los contratantes, sino con los otros requisitos del contrato: objeto y causa. La doctrina de la llamada pre elaboración de la base del negocio es la más conocida de las que responden a esta concepción. Una idea bastante afín es la que considera que por tratarse de un caso de prestación imposible o equiparable a la imposible es procedente reconocer la frustración del contrato (Ruiz, 2016, pp. 7-8).

Llama poderosamente la atención lo referente a los daños punitivos, que no son concedidos en una acción por el incumplimiento de un contrato. Raramente son concedidos en acciones por responsabilidad civil extracontractual.

1.4. El contrato en el derecho europeo

Previo a desarrollar el contrato en el derecho europeo, se considera importante para los efectos de la presente investigación, hacer una pequeña introducción al tema.

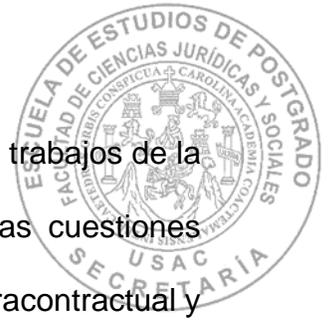


En efecto, el proceso de construcción de un derecho privado común a todos los países de la Unión Europea recibió un importante impulso con la comunicación de la:

Comisión Europea sobre derecho contractual europeo, de 11 de julio de 2001, al Consejo y al Parlamento Europeo, en la que se planteó cuál debía ser el futuro de un derecho común europeo armonizado. Constituye un primer paso concreto para la realización del estudio general solicitado en las conclusiones de Tampere sobre la necesidad de aproximar la legislación de los Estados miembros en materia civil y mercantil confirma el papel pionero del derecho contractual en una eventual política legislativa de la comunidad en el ámbito del derecho privado (Fernández, 2005, p. 6).

En esencia, la comisión inquiría acerca de los objetivos a alcanzar a través de la regulación comunitaria de un sector concreto del derecho patrimonial, el contractual, con exclusión de cualquier otro y lo hacía a través de un procedimiento de consulta pública suscitando dos bloques de cuestiones, susceptibles de desdoblarse en muchas otras: si la disparidad de ordenamientos jurídicos en el seno de la Unión Europea podían suscitar problemas y en caso afirmativo, cuáles y en segundo lugar cuál debería ser la política a seguir en materia de armonización de legislaciones.

De lo anteriormente expuesto, el 15 de noviembre de 2001, el Parlamento Europeo aprobó la Tercera Resolución relativa al acercamiento del derecho civil y mercantil de los Estados miembros, donde se lamentaba que: “la Comisión se hubiese limitado al estudio de la unificación del derecho privado contractual y que no hubiese explorado otras posibilidades, en la línea de lo acordado en el Consejo Europeo de Tampere” (Ruiz, 2016, p. 8).

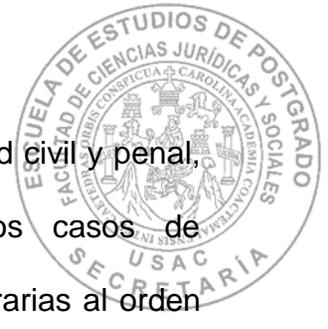


Pese a ello, el Parlamento europeo instaba a la continuación de los trabajos de la armonización del derecho contractual, prestando especial atención a las cuestiones relacionadas a las condiciones generales de forma, la responsabilidad extracontractual y a los contratos firmados con el fin de constituir una garantía real, que deberían ir paralelos a la revisión de las directivas relativas a la protección de los consumidores.

La prueba es que esta iniciativa ha contado con un cierto desarrollo al aprobar el Pleno del Consejo Económico y Social el 18 de julio de 2002 por 114 votos a favor, 3 votos en contra y 3 abstenciones un dictamen sobre derecho contractual donde se parte de que la construcción de un Código mercantil internacional, de aplicación universal o regional, sigue siendo un mito y donde se verifican los escasos índices de ratificación de los instrumentos internacionales relativos a cuestiones de derecho contractual material. Mas el dictamen reconoce la necesidad para los operadores internacionales de contar un instrumento legal útil, estable y previsible, que fomente la seguridad y la legalidad de las operaciones, así como el respeto de las disposiciones y principios correspondientes del orden público internacional, recogidos en los principales convenios internacionales y en el derecho consuetudinario (principios generales del derecho, garantías de procedimiento, principio de lealtad en los contratos, respeto de los derechos humanos y de las normas laborales fundamentales). Un *jus commune* de este tipo sería ciertamente coherente con la internacionalización de los negocios y de los contratos asociados a estos (Fernández, 2005, p. 8).

Cabe resaltar que, aunque en el espacio económico comunitario, con la existencia de una moneda única en la mayoría de los países y su mercado único, constituye un terreno favorable para la creación de un derecho contractual uniforme, que afectará a esta rama fundamental del derecho mercantil internacional, el cual, por otro lado y para ser coherentes, convendría ampliar para convertirlo en un derecho europeo en materia

de obligaciones contractuales -con posibles elementos de responsabilidad civil y penal, independientemente de la responsabilidad contractual, para ciertos casos de incumplimiento o ejecución defectuosa del contrato, o de cláusulas contrarias al orden público-.

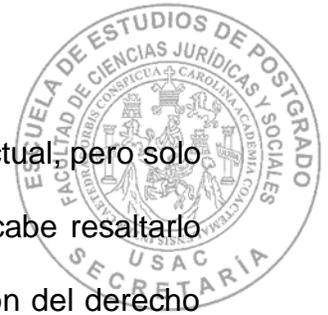


En ese orden de ideas, con el título: un derecho contractual europeo más coherente fue presentado por la comisión del parlamento el 12 de febrero de 2003, un plan de acción que estuvo precedido por la referida consulta pública realizada el año anterior y esta a su vez de la comunicación³, de julio de 2001, relativa a una eventual armonización del derecho contractual europeo (Fernández, 2005, p. 9).

En conclusión, la inseguridad jurídica que se produce con frecuencia en el tráfico diario de los contratos internacionales constituye un serio obstáculo para la expansión del comercio internacional, toda vez que en el ámbito de la Unión Europea coexisten multitud de normas autónomas y de otras fuentes normativas en materia contractual, lo que supone un freno para el comercio intracomunitario. En tal virtud: “se trata de una legislación caracterizada por su naturaleza coyuntural y poco coherente que reclama una coordinación eficaz, como elemento constitutivo de un mercado único” (Fernández, 2005, p. 10).

Por eso, uno de los objetivos armonizadores de la Unión Europea es frenar tal dispersión y atomización normativa en esta materia y en esta dirección, en los últimos

³ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo: “El Derecho contractual europeo más coherente: Plan de acción” (2003/C 63/01), DOCE, C 63, 15.3.2003.



años se ha ido produciendo una cierta armonización en el derecho contractual, pero solo de forma parcial, porque la diversidad de leyes dificulta la adaptación; cabe resaltarlo desde la perspectiva de una auténtica tendencia hacia la comunitarización del derecho de los contratos.

1.5. El contrato y el acuerdo de voluntades

El contrato es contemplado como un acuerdo de voluntades entre las partes. En tal virtud, el derecho es la fuente del contrato, de manera que donde acaba el contrato acaba también el derecho y comienza el reino de la arbitrariedad y de la fuerza. Las limitaciones a la libertad de contratar serán consideradas como atentados a la libertad de toda persona capaz de adquirir derechos y contraer obligaciones.

Se considera que el contrato es un acuerdo entre dos o más personas, por medio del cual se derivan derechos y obligaciones de cumplimiento forzoso, los cuales quedan contenidos en un contrato de carácter público o privado, con la intervención de un notario que da fe de las actuaciones que se derivan de la voluntad de los intervinientes quedando escritas en ese instrumento.

Ocurre, con el concepto de contrato, lo que algunas de las ideas más fundamentales del derecho que, no obstante, su aparente sencillez, encierran; sin embargo, una gran complejidad para lograrlas. Y es que, en realidad, para formarnos una idea exacta del contrato, es necesario situarnos en las principales fases de su evolución jurídica; pues no es lo mismo el concepto de esta figura en el mundo romano, por ejemplo, que el que se tenía en la época liberal y el que supone actualmente (Puig, 1972, p. 324).



Como todos sabemos, el individualismo es una doctrina económica, política y filosófica, que considera al individuo como el eje central de su reflexión, desplazando los valores de solidaridad y bienestar común; doctrina económica impregnada de un liberalismo, extendiendo cada vez más la creencia en la libertad esencial del hombre, fundamentada en la no intervención del Estado en la actividad económica dejando a las leyes del mercado regularse en sus leyes naturales. En ese momento histórico, nada de extraño tiene que el contrato fuera el instrumento adecuado para elaborar toda clase de instituciones jurídicas, incluso el Estado por medio del contrato social de Rousseau (Puig, 1972, p. 325).

Prescindiendo de los tiempos anteriores al derecho de Roma, - en los que el contrato solo se manifiesta como una solución pacífica al casus belli provocado por el delito- y concretándose al mundo jurídico al pueblo rey, se observa que el contrato, en ese derecho, tiene una significación especial, referida a aquellos supuestos en los que el acuerdo de voluntades podía producir plena obligatoriedad. “Sabido es, en efecto, que la mera convención o pacto (pactum convenio) era solo el simple acuerdo, que por sí solo no genera acción ni vínculo obligatorio. Para que esta convención se transformase en contractus era necesaria una causa civil” (Puig, 1972, p. 325).

En ese sentido, el concepto del contrato retoma su evolución a partir de la época liberal; época, en la que distintos tipos de doctrina y de políticas permiten llegar a la estructuración de un concepto del contrato revestido por la obligatoriedad y fuerza vinculante de ella, características surgidas del acuerdo de voluntades de las partes en el ejercicio de la autonomía de su voluntad.

Una primera aproximación al concepto de contrato puede hacerse partiendo de los datos más inmediatos del derecho positivo. El artículo 1517 del Código Civil, refiere



de la existencia del contrato desde que dos o más personas consienten en crear, modificar o extinguir una prestación. De esta forma, el contrato sería el acuerdo de voluntades generador de obligaciones entre las partes, es decir, el contrato aparece por la conjugación de los consentimientos de dos o más personas con la finalidad de ser fuente de obligaciones entre ellas (Aguilar, 2006, p. 36).

De tal manera, que no todo acuerdo de voluntades genera por sí mismas obligaciones jurídicamente exigibles, porque las personas en sus distintas relaciones de convivencia social hacen una serie de obligaciones, de carácter convencional, sin interés jurídico ni patrimonial y estas convenciones o acuerdos indudablemente no generan obligatoriedad ni dan acción de exigibilidad de forma coercitiva o ejercer su cumplimiento ante el órgano jurisdiccional competente para tal efecto.

Contrato es todo acuerdo de voluntades por medio del cual los interesados se obligan. El contrato así concebido se convertirá en la institución central, en la piedra angular, no solo del derecho civil, sino de todo el ordenamiento jurídico. El ordenamiento jurídico es contemplado desde esta perspectiva como una trama o una urdimbre de contratos que los particulares celebran. El derecho es el reino del contrato de manera que donde acaba el contrato acaba también el derecho y comienza el reino de la arbitrariedad y de la fuerza. Las limitaciones a la libertad de contratar serán consideradas como atentados a la libertad de la persona (Aguilar, 2006, p. 37).

En síntesis, el contrato es una institución jurídica de mucha importancia y necesaria para la seguridad de las personas en sus relaciones de interés económico y patrimonial, pero parece, que lo expresado por el Dr. Vladimir Osman Aguilar Guerra, responde a una ideología económica extremadamente liberal e individualista, fundada en la libertad absoluta de las personas, sin ninguna ligación legal ni moral a la autonomía de



la voluntad de los particulares y con esta concepción del contrato, sería reconocer el imperio sin límite del arbitrio individual; esta concepción responde a presupuestos de una economía liberal fundamentada en el principio de dejar hacer, dejar pasar y en la creencia de que las partes al contratar, lo hacen en igualdad de condiciones, lo cual no es cierto, en la mayoría de casos, por eso la idea del contrato en el momento dominante de la doctrina liberal, ha sufrido una crisis, intentado modificar las paredes maestras del edificio contractual.

Aun cuando sigue siendo la autonomía de la voluntad concordado su fundamento doctrinario, se deja en aspecto puramente individualista y se considera al contrato como el instrumento de satisfacción económica, que, como todas las instituciones fundamentales, quedan articuladas en la sociedad para el bien común.

En términos concretos, se puede decir que el contrato es un acuerdo de voluntades escrito, manifestando en común entre dos o más personas con capacidad legal de los sujetos que declaren su voluntad, que se obliguen en virtud de este regulando sus relaciones relativas a una determinada finalidad, cuyo cumplimiento puede compelerse de manera recíproca si el contrato es bilateral, se obliga una de las partes a la otra si el contrato es unilateral.

1.6. El contrato en la época contemporánea

El circuito económico requiere para permitir seguir en movilización de los activos, de estructuras o tipos contractuales, los cuales sirven para que los partícipes establezcan



las reglas de juego que tendrán en cuenta al definir sus obligaciones y derechos, constituyéndose entonces en marcos normativos particulares y concretos.

De hecho, el gran economista inglés John Maynard Keynes sostuvo que: “la contratación mercantil era la máxima expresión del mercado, en tanto garantizaba que los individuos pudieran satisfacer sus necesidades, absolutas o relativas, en una economía liberal, siendo entonces el principal motor de la actividad productiva” (Farina, 1999, p. 18).

Ello explica que desde mucho tiempo atrás, se despertara un profundo interés por estandarizar y regular los diversos tipos contractuales, logrando definir sus condiciones de existencia y validez, así como las principales cargas que surgían de estos, con lo cual, se logró darle una mayor agilidad al tráfico de bienes y servicios, pues los partícipes en la actividad económica tenían plena claridad de que, en caso de asumir una forma típica legalmente, tendrían un completo marco regulatorio que le serviría para definir el alcance de sus obligaciones y resolver posibles controversias.

“Es más, desde mediados del siglo XX la doctrina comenzó a hablar de la existencia de un contrato contemporáneo” (Lorenzetti, 1974, p. 247). En el sentido de que debía facilitar una mayor agilidad en la movilización de activos de forma masiva, a efecto de exigir el establecimiento de condiciones uniformes que regularan un sinfín de relaciones jurídicas, lo que redundaba en menores tiempos de contratación, reducción de costos de transacción y mayor seguridad jurídica para los prestadores de servicios o



proveedores de bienes, en tanto se suprime la fase de negociación y se fijan con precisión las reglas de juego del negocio civil o mercantil.

Estos cambios se han traducido en que la negociación ha cedido su papel a la predisposición, pues las masas de usuarios carecen de poder de la posibilidad de discutir las condiciones negócias, las cuales ya se encuentran previamente establecidas en contratos uniformes o condiciones generales de contratación y la única alternativa del consumidor consiste en adherirse o rechazar el convenio (Soto y Mosset, 2009, p. 10).

Lo anterior expuesto no supone una supresión de la contratación clásica, esto es aquella en la que es posible negociar las condiciones del contrato a través de un proceso de formación sucesiva del vínculo, a través de ofertas y contraofertas, el cual sigue ocupando un espacio en las relaciones paritarias, sin que tenga aplicación alguna en los vínculos estandarizados. Pero al lado de esta contratación se erige con vigor la contratación contemporánea, regida por unas reglas y condiciones particulares que propender por su utilización para todos aquellos vínculos masivos o estandarizados citando como ejemplo los contratos de adhesión.

En este nuevo contexto, el contrato no puede seguir considerándose como la expresión más acabada de la voluntad de las partes a través del consentimiento, sino que exige la consideración de elementos que exceden el querer de los interesados y que tienen su fuente en la naturaleza misma del vínculo o en su finalidad socioeconómica, lo que significa: “en términos de Luhmann, un paso de la frontera del *in put* a la del *out put*, en tanto exige considerar las consecuencias del contrato para determinar su real dimensión” (Jauffret, 2007, p. 40).



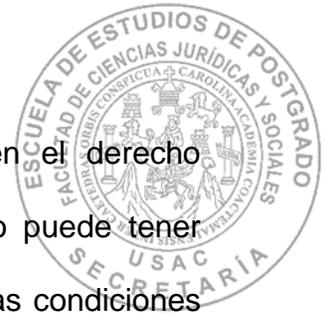
La superación del llamado dogma de la voluntad es hoy un hecho cumplido en el terreno del derecho positivo. La disciplina legislativa del contrato no hace depender la relevancia jurídica del acto de la realidad de la voluntad interna de las partes. El contrato no se valora como un fenómeno psíquico, sino como un fenómeno social, esto es, que lo que importa es el valor objetivo que este fenómeno adquiera como acto de decisión mediante el cual las partes constituyen, extinguen o modifican una relación patrimonial (Edgar, 2007, p. 41).

Es claro que la autonomía de la voluntad deja de cumplir el papel de barrera para que los sujetos eviten imponer cargas excesivas a sus contrapartes o ajenas a su interés, en tanto la adhesión a condiciones generales implica una aceptación incondicional a lo señalado por el ofertante, lo que puede conducir a que se acepten cargas desproporcionadas y que surjan obligaciones que ni siquiera se tenía consciencia de su existencia tal es el caso de los contratos de adhesión en la cual se solicita un crédito.

Y es que, a los usuarios de bienes y servicios masivos, quienes pueden desconocer la existencia de cláusulas obligatorias que son vinculantes frente al proveedor, no tienen protección diferente al análisis de las consecuencias del vínculo, pues al haber manifestado su adhesión ya no podrá excusarse en la falta de voluntad o en la existencia de vicios del consentimiento.

1.7. Características de la contratación mercantil

Entre las principales características de la contratación mercantil, resaltan las siguientes:



a. Las operaciones se formalizan mediante un contrato regulado en el derecho mercantil. Hay que tener en consideración que un mismo contrato puede tener regulaciones diferentes, según si se califica como civil o mercantil, las condiciones de una compraventa pueden ser diferentes.

b. Un contrato es privado cuando las partes son particulares. En el momento en que en un organismo público sea parte del contrato, este será un contrato mercantil público. Un ente público, puede actuar como un particular, o sea, desprovisto de potestades y firmar un contrato mercantil con un particular. En tal caso el contrato se rige por lo que establece el artículo 13 del Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala (Código de Comercio): “El Estado, sus entidades descentralizadas; autónomas o semiautónomas, las municipalidades y, en general, cualesquiera instituciones o entidades públicas, no son comerciantes, **pero pueden ejercer actividades comerciales, sujetándose a las disposiciones de este Código, salvo lo ordenado en leyes especiales**”.

Cuando una de las partes lo prefiere, puede utilizar la figura de la representación para contratar, en el derecho mercantil a esto se le ha denominado representación aparente, se da cuando una persona se manifiesta como representante de otra, sin necesidad de ostentar un mandato como requisito esencial en el derecho civil. En tal virtud el artículo 670 del Código de Comercio, establece.

Quien haya dado lugar, con actos positivos u omisiones graves a que se crea, conforme a los usos del comercio, que alguna persona está facultada para actuar

como su representante, no podrá invocar la falta de representación respecto a terceros de buena fe⁴.



En cuanto a la cláusula compromisoria, no es más que aquella que presenta diferentes definiciones dependiendo del área que se esté tratando. De esta forma, dentro del derecho internacional público este término hace referencia específicamente a la cláusula de un acuerdo o tratado en el cual se pacta el acudir a un arreglo de tipo judicial o arbitral para resolver pleitos concernientes a la interpretación o a la aplicación del contrato, el Decreto 67-95 del Congreso de la República de Guatemala, Ley de Arbitraje, establece las instituciones, partes y objetos litigiosos guatemaltecos que pueden intervenir con mayor efectividad en el comercio internacional, al separar la resolución de los litigios de los órganos jurisdiccionales ordinarios guatemaltecos.

La importancia de determinar si un arbitraje es nacional o internacional radica en cuáles normativas y sus ámbitos de aplicación afectarán al procedimiento arbitral. La ley de Arbitraje en Guatemala no define el arbitraje nacional, pero establece que un procedimiento arbitral será internacional, según el artículo 1, numeral 1.

Cuando los sujetos dentro del litigio sean Estados y el objeto del litigio tenga alguna relación con la soberanía de estos, se convierte en un objeto de estudio del derecho internacional público⁵.

⁴ Código de Comercio de Guatemala, artículo 670.

⁵ Neutze, Antonio y Gordillo Rodríguez, Rainer Armando; Pág. 20



La naturaleza del objeto del litigio existente entre las partes es lo que determina si este será un arbitraje mercantil, civil o laboral.

Según Rivera Neutze (2001) “La Convención de Nueva York⁶ comprende todo tipo de litigios, pero dejó abierta la posibilidad para que los Estados signatarios pudieran solo acoger como arbitrable al litigio comercial” (p. 20).

Por otro lado, si se habla del procedimiento civil se refiere a la cláusula que se incluyen en un contrato, comúnmente privado y de tipo comercial. Es por medio de esta cláusula que las partes del contrato evidencian su compromiso a usar el arbitraje en el caso de que surjan diferencias entre ellos.

En cuanto a los contratos mercantiles, las controversias se dirimen o se someten mediante arbitraje sin necesidad de que la cláusula compromisoria conste en escritura pública.

En relación con la libertad de contratación, es el derecho que tienen las personas para decidir celebrar contratos y con quién hacerlo, así como la libertad para determinar el contenido de estos. Por consiguiente, las personas son libres para negociar la celebración de sus contratos y las condiciones, limitaciones, modalidades, formalidades, plazos y demás particularidades que regirán la relación jurídica creada por el contrato.

⁶ En 1984 Guatemala se adhirió a la Convención de Nueva York.



En referencia a la libertad de contratación está sostenida doctrinalmente en la libertad individual y la autonomía de la voluntad, en la actualidad es reconocida como un derecho fundamental en las democracias liberales; sin embargo, se encuentra limitada y regulada por sus legislaciones nacionales en niveles que varían de país a país.

En efecto, esta no es una característica propia del derecho mercantil, sino de casi todos los contratos, puesto que determina la facultad que tiene toda persona para obligarse o ser sujetos de derechos y obligaciones, de tal manera que el legislador no quiso omitir esta facultad en el ordenamiento mercantil, tomando en cuenta que debe haber celeridad en su interpretación. Establece que a nadie se le puede obligar a contratar, sino cuando rehusarse a ello significa un acto ilícito o abuso de derecho.

Las excepciones a la libertad de contratación son las siguientes:

- a. La ley: la ley está, en primer lugar, como limite a la autonomía de la voluntad de las partes. Sin duda en las cláusulas abusivas, puesta en los contratos por adhesión en el ámbito mercantil, esta -la ley- es el primer freno que encuentra el oferente en un contrato de esta naturaleza. La ley actúa frecuentemente a modo de freno de la libertad de las personas, prohibiéndoles celebrar determinados negocios o solo vedando la inclusión en ellos de ciertas cláusulas o condicionamientos.



- b. La moral: se entiende por moral, aquel conjunto de valores de una sociedad que corresponden a la ética que prevalece en un período social determinado y a las cuales los miembros de la sociedad les dan obligatoriedad de hecho y de derecho.
- c. El orden público: al igual que la moral, su definición es bastante compleja, atreviéndonos a definirlo como el conjunto de principios y valores preestablecidos en una sociedad determinada, que funciona como limite a la contratación.

De los incisos mencionados con anterioridad, el artículo 1301 del Código Civil, establece: “Hay nulidad absoluta en un negocio jurídico, cuando su objeto sea contrario al orden público, o contraria a las leyes prohibitivas expresas y por la ausencia, y no concurrencia de los requisitos esenciales para su existencia”. Es importante hacer ver que el artículo en mención, hace referencia a la nulidad de un contrato cuando su contenido es contrario al orden público y a la moral o a las leyes; por ende, limita la libertad contractual en virtud que alguna de las partes pueda consignar cláusulas que perjudiquen el patrimonio económico de la otra parte.

1.8. La teoría del contrato y las relaciones jurídico-patrimoniales

El origen histórico de la categoría de contractus está en lo que etimológicamente viene del verbo *contrahere* referido a “lo contraído. Lo contraído es un negocio u obligación *-negotium contractum contracta-*, que le da un especial *vinculum iuris*” (Valpuesta, Capilla, López, Montes, Orduña, y Roca, 1995, pp. 488-489).



En el antiguo derecho romano, para crear una *obligatio*, era absolutamente necesario realizar ciertos actos solemnes y rituales – *nexum*, *sponcio*, *stipulatio*-, de tal manera que solo a aquellos actos que generan obligación se les pueda llamar *contractus*. Luego el derecho pretoriano admitió los denominados *judicia bonae fidei*, que consistía en que se podían contraer obligaciones excepcionales por el mero consentimiento o por el mero acuerdo de las partes y estaban limitadas a tipos muy concretos de negocios como la compraventa, arrendamiento, mandato, sociedad (Valpuesta y otros, 1995, p. 450-451).

El *nexum* fue la primera forma de contrato jurídico, que nació para los préstamos de dinero, en una ceremonia solemne (ritual) denominada *per aes et libram* el acreedor como el deudor comparecían ante cinco ciudadanos, pronunciaban palabras solemnes e invariables que determinaban el alcance de las obligaciones del contrato para cada parte y se pesaba en una balanza una cantidad de cobre que equivalía al dinero prestado (García del Corral, 1889).

Se puede determinar entonces, que se trataba de una convención, que generaba obligaciones jurídicas para ambos contratantes y para su realización existía un procedimiento establecido. Junto al *Nexum* existía otra forma de contratar, denominada *Sponsio* (del verbo *spondere*: prometer). (García del Corral, 1889).



Este tipo de contrato se perfeccionaba por el empleo de determinadas palabras solemnes, una pregunta y una respuesta, donde una de las partes (por ejemplo, el acreedor) preguntaba y la otra (deudor) respondía respecto al cuestionamiento. Esta forma de contratación se utilizaba para negocios jurídicos distintos de préstamo y se requerían testigos de ceremonia.

Siendo la *Sponsio* una ceremonia rígida y formalista, diseñada principalmente para la consolidación de promesas y que solo podía utilizar los ciudadanos romanos, apareció después y fue evolucionando una ceremonia más flexible y que podían utilizar todas las clases de personas, denominada *Stipulatio*, que utilizaba el mismo procedimiento que la anterior forma.

Los demás casos todos, el derecho romano conoció la existencia de convenciones en las cuales una parte daba alguna cosa o hacia algo para recibir luego a cambio algo que la otra parte prometía a su vez dar o hacer, así como también utilizaba la figura de los pactos, que Ulpiano definía como acuerdos de voluntades que no generaban ningún efecto jurídico inmediato.

La formación histórica del concepto moderno de contratos no se formó en el derecho romano, este se produce con posteridad a esta época, con la confluencia de varias corrientes de pensamiento que se describen a continuación:



La primera de ellas es la doctrina del derecho canónico, en donde los canonistas estaban muy influidos por motivaciones éticas y religiosas que imponen el deber de fidelidad a la palabra dada y el deber de veracidad, porque faltar a una promesa es un engaño, mentiras y por lo tanto pecado. De allí surge el principio de que los pactos son para cumplirlos (Trigo Represas & López Mesa, 2004).

La segunda corriente aparece desarrollada por el voluntarismo jurídico de la escuela escolástica por la necesidad práctica del tráfico mercantil y comercial de la época para liberar de trabas u obstáculos y formalismos a la contratación, de donde surge el principio que cualquier manera utilizada por el hombre para obligarse queda obligada (Mazaud, 1957).

La tercera corriente de pensamiento surge con ocasión de la escuela natural racionalista de los siglos XVII y XVIII y el posterior desarrollo de la Escuela de la Ilustración, porque tenía como base el racionalismo y el individualismo jurídico que ponía de presente la voluntad del individuo y de la voluntad humana, encontrando que el fundamento racional de la creación de las obligaciones se encuentra en la libre voluntad de los contratantes (Alesandri, Arturo, Somarriva, & Vodanovic, 2001).

De esta manera se llega a la concepción moderna del contrato, que han adoptado los Códigos Civiles y Comerciales de la Europa continental y de Latinoamérica, que define que Contrato es: todo acuerdo de voluntades por medio del cual los interesados se obligan, siendo este contrato la piedra angular del derecho común; es decir, del derecho

civil y el derecho mercantil y su posterior adopción a los contratos estatales que suscriben las administraciones públicas en el mundo contemporáneo.

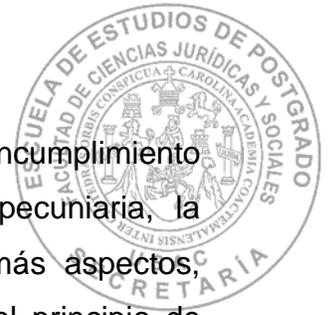


El contrato es garantía de seguridad jurídica para las partes y más si se trata de los contratos estatales en donde hay una relación de desigualdad entre el contratante estatal y el contratista particular, porque existen potestades excepcionales de las que puede hacer uso unilateralmente la administración, de tal manera que el contrato hoy por hoy es el límite del derecho en tanto a donde termina el contrato, comienza el imperio de la arbitrariedad y de la fuerza (Alesandri, Arturo, Somarriva, & Vodanovic, 2001).

El doctor Julio Inocencio Meléndez en su tesis doctoral: *La responsabilidad contractual y el derecho civil patrimonial* identifica tres presupuestos planteados por la teoría del contrato, que luego de la configuración del concepto moderno es asumido por la teoría del contrato administrativo siendo los siguientes:

El **primero** de ellos, el presupuesto económico de una economía liberal fundada en el aforismo francés de *laissez faire* y el propósito de que las leyes del mercado actúan en el propio interés de las partes, de donde surge que en el contrato estatal, si bien el particular contratista persigue una finalidad lucrativa de utilidad para sí y el Estado la finalidad de satisfacer intereses generales, el particular al contratar con el Estado debe asumir la carga de asumir el rol de colaborador del Estado, sin perjuicio de la utilidad que aspira a percibir, hoy por hoy de acuerdo con los riesgos asumidos por las partes en el contrato (Farrando y Ismael, 2002, p. 12).

El **segundo** presupuesto ideológico de la concepción moderna del contrato estatal consiste en que salvo el interés general y público que le asiste al Estado en el ejercicio de potestades excepcionales al derecho común para decretar la



caducidad, imponer unilateralmente una multa, la declaración de incumplimiento administrativo con fines de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria, la modificación, terminación e interpretación unilateral, en los demás aspectos, estipulaciones y reglas del contrato se configura la aplicación del principio de igualdad de las partes pública y privada en el contrato estatal.

El **tercer** presupuesto ideológico y socioeconómico del contrato consiste en el carácter de instrumento de seguridad y certeza jurídica que le da la concepción moderna, a los contratos estatales, para darle el carácter de formal y solemne a todos los contratos estatales, por el deber que tienen las administraciones públicas de celebrar los contratos públicos la forma y solemnidad de hacerlos constar por escrito y con las formalidades propias del procedimiento administrativo contractual⁷.

Los citados presupuestos relacionados con la teoría del contrato administrativo, son aplicables al derecho mercantil, en el primero de los casos, porque mediante los procesos administrativos el Estado define las reglas y las cláusulas a imponer en los contratos, acción que debe estar basada en el principio de obtener satisfacción para la generalidad de la población sobre el interés particular.

En el segundo presupuesto radica la capacidad e imperatividad del Estado de hacer efectivas las cláusulas pecuniarias, modificaciones (nulidad) de cláusulas que provocan desigualdad en la contratación mercantil.

⁷ Los contratos del Estado se perfeccionan cuando se logra acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y este se eleve a escrito.



Y el tercer presupuesto es aplicable en el sentido que toda la información debe obrar en archivos, con la finalidad de afianzar la seguridad jurídica y contar con información formal que permita futuras reclamaciones, modificaciones o finalización.

1.9. El Derecho civil-patrimonial y los contratos

El derecho patrimonial cumple la función de toda sociedad que pretende establecer unas reglas que permita la distribución y atribución de los bienes económicos entre los distintos miembros de la comunidad y de la sociedad que acuerdan suscribir un contrato con la atribución de determinados bienes, servicios, obras.

En ese sentido se puede decir que el contrato es la herramienta para la búsqueda de la satisfacción de necesidades y de la realización de los diversos fines del orden social, que exige unas reglas en virtud de las cuales una parte de la relación obligacional realizan prestaciones de servicio en favor de otras y la tradición de los bienes económicos de una a la otra, se puede afirmar entonces que hay un vínculo inescindible entre el derecho patrimonial y derecho mercantil, porque este último regula las diferentes operaciones que las partes contratantes y contratistas realizan en relación con los bienes y servicios de carácter económico.

1.10. Relación derecho patrimonial y privado en el contrato

Existe una relación inescindible entre el derecho patrimonial que es parte del derecho civil, el patrimonio privado de las personas naturales y jurídicas de derecho común



y el derecho mercantil, cuya seguridad jurídica se garantiza con el instituto del contrato fuente de las obligaciones (Diez, 1996, p. 241).

En este orden de ideas, se observa que el contrato es el instituto jurídico donde convergen tantos bienes económicos que constituyen patrimonio privado del particular contratista. Esto ocurre, por ejemplo, cuando una persona individual o jurídica realiza un pago anticipado al proveedor, o el desembolso del anticipo por determinado bien o servicio, se afirma entonces, que el contrato compromete recursos del patrimonio mediante el instrumento mercantil; pero el particular proveedor también compromete su patrimonio al disponer sus bienes para ponerlos al servicio de la ejecución del contrato, para ejecutar las obligaciones contraídas y facturarlas luego de las entregas parciales del objeto contratado (Urueta, 2010, p. 147).

El derecho patrimonial es una unidad fundamental, integrada por el derecho de las obligaciones y el derecho de las cosas. El derecho de las obligaciones estudia las sus fuentes, en especial el contrato, desarrollando de manera detallada todas sus tipologías, tanto del contrato de derecho privado, como de derecho mercantil. El derecho de las cosas, estudia el régimen de la propiedad; y los dos integran una unidad superior que es el derecho patrimonial o derecho de bienes (Ortiz, 2001, p. 12).

El orden constitucional protege el derecho a la propiedad en su artículo 398, que señala como cometido estatal el deber de garantizar la propiedad privada y los demás

⁸ Constitución Política de la República de Guatemala: “Se garantiza la propiedad privada como un derecho inherente a la persona humana. Toda persona puede disponer libremente de sus bienes de acuerdo con la ley. El Estado garantiza el ejercicio de este derecho y deberá crear las condiciones que faciliten al propietario el uso y disfrute de sus bienes, de manera que se alcance el progreso individual y el desarrollo nacional en beneficio de todos los guatemaltecos.

derechos adquiridos, pero igualmente le asigna a la propiedad una función social que implica obligaciones, verbi gracia, que la propiedad sea productiva y esté al servicio del desarrollo económico del país, esté al día en sus obligaciones tributarias para contribuir a financiar los gastos del Estado, así como también que cumpla con sus obligaciones ambientales, lo que significa que este propietario está cumpliendo con la función económica y social que le asigna la constitución política a la propiedad privada.

Asimismo, se encuentra otro principio del núcleo esencial del orden económico estatal propio de los Estados liberales, que permean jurídicamente los contratos estatales e inspira el Código de Comercio y es lo que se conoce como el derecho a la iniciativa privada, a la libre empresa y a las libertades económicas. Estos elementos, que son los más importantes en una economía abierta, son las reglas de la libertad de mercado, la libertad de empresa, la libre concurrencia y contratación, conforme lo señalan los artículos 43 y 130 constitucionales. Estos principios en materia de contratación se expresan, en el derecho que tienen las personas y los empresarios a competir en un mundo de mercado, garantizándoles la mayor publicidad y la libre concurrencia en los procesos públicos de selección de contratistas, el derecho a presentar su oferta, a celebrar el contrato que les fuere adjudicado y a ejecutarlos con las garantías presupuestales de pago de las prestaciones ejecutadas.



1.10.1. Concepto, elementos y estructura de la relación jurídica

La relación jurídica es aquella que se establece entre dos o más personas a través de herramientas idóneas para la realización de unos fines e intereses merecedores de tutela por parte del Estado organizado y dispuesto por el ordenamiento jurídico. La relación jurídica es de orden patrimonial, cuando versa sobre bienes, servicios o intereses de naturaleza económica y que será privada si se realiza entre dos particulares, pero cuando uno de los dos extremos de la relación contractual son las administraciones públicas, la relación es de derecho público, administrativa y propia del régimen jurídico de la contratación estatal (Palacios Hincapie, 2000, p. 73).

En las relaciones patrimoniales que se contraen con el contrato estatal, se puede identificar los elementos estructurales y otros que integran el contenido de la relación obligacional de carácter estatal. Estos elementos estructurales son esencialmente los sujetos y el objeto del contrato y el contenido está dado por la relación de poder del Estado y los sujetos contractuales, es decir, el contratista se coloca frente al objeto del contrato, para configurar la tipología contractual, de donde surge la llamada posición jurídica del administrado-contratista y la posición jurídica del administrador-contratante estatal.

El objeto de las relaciones patrimoniales contenidas en los contratos estatales está determinado o constituido por los bienes y servicios sobre los que recae la prestación, esto es, los bienes materiales ya sean muebles, inmuebles, semovientes, las energías de la naturaleza como la eléctrica, eólicas, los bienes inmateriales o creaciones



intelectuales del espíritu humano, o ingenio del hombre tales como las distintas modalidades del contrato de consultoría. Lo anterior se contrae, al objeto del contrato, a las obligaciones comunes de las partes, a las obligaciones especiales del contratista y a las obligaciones especiales del contratante.

El contenido de la relación patrimonial, contenida en el contrato estatal, está dada por los derechos subjetivos patrimoniales, a través de las cuales se le atribuye la protección consiguiente de una esfera de ejercicio del poder de señor y dueño sobre los bienes necesarios para el desarrollo del contrato, de la empresa y en especial para el cumplimiento de las obligaciones contraídas. Los derechos patrimoniales sobre el contrato estatal, son aquellos derechos subjetivos cuya finalidad consiste en la atribución dada al contratante y/o contratista de un poder de contenido económico o de un poder de disposición de los bienes de naturaleza económica contenidos en el contrato estatal.

1.10.2. El contrato y la seguridad jurídica

El contrato estatal como negocio jurídico patrimonial es el acto de autonomía de las partes que reglamenta para los contrayentes una determinada situación jurídica, cuyo efecto es el de constituir, modificar o extinguir entre las partes una situación jurídica, para establecer unas reglas de conducta por las que debe regirse los derechos y obligaciones recíprocas que recaen sobre los contratantes (Alesandri, Arturo, Somarriva, & Vodanovic, 2001, p. 121).



La naturaleza de los negocios jurídicos patrimoniales permiten mantener los principios de toda esencia de los contratos y en especial el interés público que le asiste a los contratos estatales a saber: la autonomía de la voluntad, la autonomía privada en la relación, la libertad individual y la aplicación de la idea de conmutatividad del comercio jurídico, la observancia de aquella conducta que exige en cada caso la aplicación del principio contractual de buena fe, cuyo fundamento normativo es el artículo 669 del Código de Comercio⁹.

El principio de seguridad jurídica es propio de los Estados democráticos de derecho, que tiene tres dimensiones: primero, la seguridad y estabilidad del ordenamiento; segundo, la seguridad de los derechos y tercero, la seguridad en el tráfico jurídico.

La seguridad jurídica lleva consigo la certidumbre y conocimiento del sistema normativo-jurídico en una situación determinada de tal manera que se pueda predecir o pronosticar los resultados o consecuencias que se puedan derivar. De allí, que la seguridad jurídica incorpora la institucionalización del principio de legalidad del régimen.

El principio de seguridad jurídica, igualmente comprende la seguridad de los derechos subjetivos de las personas, por ejemplo, la garantía y respeto de los derechos adquiridos, conforme al ordenamiento jurídico.

⁹ artículo 669 del Decreto 2-70: Las obligaciones y contratos mercantiles se interpretarán, ejecutarán y cumplirán de conformidad con los principios de verdad sabida y buena fe guardada, a manera de conservar y proteger las rectas y honorables intenciones y deseos de los contratantes, sin limitar con interpretación arbitraria sus efectos naturales.



Por último, la seguridad jurídica también comprende la seguridad del tráfico jurídico, porque, en el mundo real de los negocios es necesaria la protección de la confianza razonable que objetivamente merezca una situación creada por una persona en sus relaciones contractuales.

1.11. Contrato de adhesión

Para efectos de esta investigación reviste especial interés lo correspondiente a los contratos de adhesión que tienen como característica principal que una de las partes contratantes previamente redacta a su manera o impone sus condiciones en el contrato, mientras que la otra parte solamente tiene como opción aceptar los términos del contrato tal y como están redactados, sin posibilidad de modificarlos o bien tomar la decisión de no contratar.

Los contratos de adhesión surgen en virtud de nuevos usos comerciales y de la necesidad de las grandes compañías en maximizar su rendimiento y que los servicios, cualesquiera que sean, se ofrezcan con un riesgo mínimo de pérdidas.

Ante ello se ve que los principales afectados, en determinados casos, son los consumidores contratantes que se les adhieren.

En este trabajo de investigación, se analizan los contratos de adhesión dentro del ámbito comercial moderno, visto de otro modo, en la era industrial y, sobre todo, en la postindustrial, surgieron las necesidades propias de un proceso económico de



producción y comercialización nuevo, que ha dado lugar al fenómeno de la contratación en masa, tal como lo dice Alterini:

Por lo común el fabricante, o el intermediario predisponen el contenido del contrato y suministran una plantilla tipo a través de formularios que incluyen condiciones generales, o las implican; de notas de pedido pre impresas que el cliente se limita a llenar; etcétera. Y esa forma de propuesta suele ser aceptada mediante la simple adhesión, esto es, sin posibilidad efectiva de discutir las cláusulas, cuestión que adquiere singular relevancia cuando se trata de monopolios u oligopolio (Alterini, 2005, p. 125-126).

Existen varias teorías que explican las diversas concepciones de los contratos de adhesión, Romero cita y explica las siguientes teorías contractuales:

Teoría contractualista: considera esta posición que en tales convenios está presente el acuerdo de las partes nacido del doble juego de las voluntades del estipulante y el adherente. Además, se sostiene que el contrato de adhesión nace de un acto bilateral, puesto que la voluntad del contratante no queda marginada por el simple hecho de que está formado o instrumentado con base a formularios pre elaborados o que sean de redacción compleja.

Teoría anticontractualista: esta teoría estima que no hay contrato, porque se elimina la eficacia del convenio, porque la voluntad del adherente carece de relevancia jurídica, pues no hay igualdad entra las partes contratantes.

Teoría intermedia o ecléctica: en una de sus vertientes, esta tesis señala que la ley no requiere de la igualdad de las partes para contratar ni el desequilibrio vicia el acto del convenio. De tal modo, esta teoría se enmarca en la tesis contractualista, pero señalando que hay caracteres específicos en estos contratos de adhesión (Romero, 2004, p. 27).



A manera de interpretación de las diferentes teorías, se puede decir que el contrato de adhesión acarrea vicios en la contratación y limita la voluntad de quien adquiere el servicio; si bien es un contrato legal, formal, válido, implica costos para el adquirente al no prever la lectura de las cláusulas abusivas que puede contener.

1.11.1. Características de los contratos de adhesión

Dada la singularidad de estos contratos, en relación con los contratos comunes o de libre discusión, adoptan y toman como exclusivas distintas características que a continuación se describen. En estos contratos figuran como intervinientes por lo general dos partes, la que redacta el pliego de condiciones, quien es la parte fuerte de la relación comercial (**predisponente**) y la parte débil en la relación comercial, quien es la que se adhiere al acuerdo (**adherente**).

Estos contratos son instrumentos muy eficaces para la masificación de los servicios que ofrecen las grandes empresas, que surgen a partir de la Revolución Industrial y la masificación de los servicios.

Es por esta razón que estos acuerdos, a veces, suelen ser simples formularios en donde el adherente solamente agrega una serie de datos y estampa la firma (en el caso de que el contrato tenga sustento físico) o da *click* aceptando los términos y condiciones en casos donde se trate de un contrato electrónico.

Asimismo, suele suceder que “el adherente se halla en estado de compulsión, del cual no puede sustraerse, pues necesita del bien o servicio que presta el predisponente, preferentemente con motivo del ejercicio de un monopolio de hecho o de derecho” (Stiglitz & Stiglitz, 1985, p. 51)



1.11.2. Ventajas del contrato de adhesión

Desde la perspectiva del predisponente se puede decir que el contrato ofrece efectividad en cuanto al ofrecimiento de bienes y servicios, así como la estandarización de los contratos. En ese sentido, la producción en masa de bienes y servicios, el tráfico en serie, exige y justifica la modalidad del contrato concluido sobre la base de condiciones generales.

Ello por sí solo importa, desde una perspectiva de organización racional de la empresa, predisponer, por medio de modelos, o formularios, un esquema que se repetirá uniformemente para una serie indefinida de contratos iguales (Uría, 1956, p. 221).

1.11.3. Desventajas del contrato de adhesión

Son aquellas que afectan lógicamente al usuario y consumidor de los determinados bienes y servicios, a priori, se puede destacar que el consumidor, en la mayoría de las ocasiones ignora el contenido esencial del pliego de condiciones contractuales y decide a pesar del desconocimiento evidente, ya sea este de tipo legal o financiero concretar el acuerdo, aceptando las condiciones ignoradas.

La mayoría de los contratos de adhesión son los instrumentos mercantiles más utilizados para la incorporación de cláusulas abusivas, debido a su característica de pre formulación y a la celeridad en la que se realizar el acto de contratación; es decir, se obvia la parte solemne, que está relacionada con la discusión de cada una de las cláusulas y de la manifiesta aceptación del adherente.

CAPÍTULO II

Marco teórico de la libertad de contratación



La figura de la libertad de contratación se originó con el desarrollo de la sociedad y con ella una de las más significativas consecuencias fue el desarrollo de la sociedad industrial, en esta se ha suscitado la contratación masiva por las múltiples necesidades que crecen día a día en la sociedad. En la actualidad los bienes y servicios que producen los empresarios y profesionales son adquiridos y se destinan a grandes sectores de la población, este ha sido un factor decisivo para la aparición de una nueva forma de contratación, un nuevo marco de relaciones jurídicas, con manifestaciones en el mercado y con no menor trascendencia en el ámbito jurídico procesal.

Este desarrollo a nivel industrial alcanzó su máxima expresión en el pasado siglo XX originó la aparición de grandes y poderosas empresas con capacidad de producir bienes en serie en forma masiva, lo que permitió reducir costos y precios y la creación, en definitiva, de riqueza y empleo del que se benefician sectores muy amplios de la sociedad, ostentando al mismo tiempo poder real en el mundo económico e incluso en el político.

La producción en masa requiere de métodos más rápidos que prescinden del trato individual y se sirve de modelos de contratos que generalizan las condiciones de la transacción y establecen una única “ley del contrato” que el potencial contratante se limitará a firmar, “adhiriéndose” a esta y quedando vinculado a todas las condiciones y

disposiciones, aunque no haya participado en su elaboración ni tenga posibilidad alguna de modificarlo (García, 1992, p. 528).



Un ejemplo a la contratación masiva se lleva a cabo en la enseñanza de idiomas a gran escala, o la enseñanza de formación profesional o la contratación masiva en los denominados *call center*, entre otros ejemplos, ya sea a distancia o presencial y este tipo de contratación y producción se realizan de forma masiva con consecuencia lógica una de otra, pues en el contexto descrito se hace difícil negociar cada contrato individualmente y la limitación y racionalización de costos alcanzará también a la fase de comercialización. Inicialmente ese era el marco en que se realizaban los contratos, en la actualidad las condiciones generales también son utilizadas por aquellos empresarios y profesionales, medianos e incluso pequeños, que podrían negociar individualmente sus contratos; sin embargo, optan por hacer uso de las condiciones generales con el fin de establecer condiciones o cláusulas contractuales homogéneas en el desarrollo de su actividad, que imponen a los que con ellos contratan, lo que facilita el trabajo de la empresa y sus empleados. Esa imposición de condiciones contractuales exigirá una mayor vigilancia en el control de legalidad de sus contenidos.

2.1. La libertad contractual y las condiciones generales de la contratación

Las relaciones comerciales suelen ir por delante del derecho, la contratación en masa recurrió al derecho existente o, mejor, a las normas generales vigentes en materia de contratación, para alcanzar los fines señalados y así las empresas ampararon su actuación en el principio de la libertad de contratación o de libertad contractual, del que

constituye una característica lo que en el derecho se conoce como autonomía de la voluntad (Xavier, 1993, p. 50).

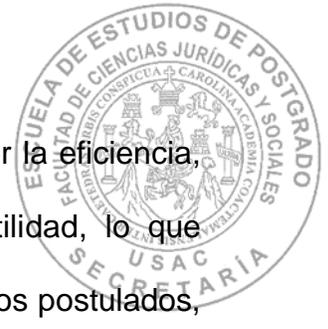


Este principio, introducido por los códigos civiles liberales del siglo XIX, estaba pensado de forma clara para otro tipo de sociedad muy diferente a la actual, aunque a los principios generales de los códigos se acogieron indistintamente empresarios pequeños, medianos y grandes, al igual que los particulares y profesionales, incluso la Administración. Nada importaba que se tratara de pequeños contratos o de servicios generales prestados en régimen de concesión o de monopolio para toda la población. Unos y otros utilizaban la libertad de contratación, en tanto conviniera a sus intereses.

En épocas recientes, las teorías más liberales han encontrado una formulación atenuada de las condiciones generales, en lo que se denomina análisis económico del derecho, desarrollado inicialmente por la Escuela de Chicago¹⁰.

Esta corriente doctrinal pretende superar la tradicional autosuficiencia de la ciencia del derecho efectuando un análisis económico de esta y busca la racionalidad de sus normas sobre la base de postulados económicos y de eficiencia, formulando una teoría general del derecho en términos de economía política.

¹⁰ Nacida en los años 60 en Estados Unidos con el nombre de "New Law and Economics". Parte esta escuela de la premisa de que toda la actividad humana (social, económica, jurídica y política) se explica desde el paradigma del "*homo economicus*". Con ello se invierte el clásico análisis jurídico de la economía, por la posición contraria de explicar el derecho desde la perspectiva económica, recurriendo a principios y conceptos económicos a través de los cuales debe ser construido el derecho.



Según la Escuela de Chicago, el objetivo del derecho es promover la eficiencia, facilitando la colocación de los recursos donde alcancen la mayor utilidad, lo que favorecería la creación de riqueza y el desarrollo social. Conforme a dichos postulados, el derecho contractual tendría como función asegurar la transacción del mercado, el contrato que sustancia la transferencia de medios donde mayor valor se pueda obtener.

En esa línea el derecho debe, por una parte, minimizar los conflictos en el proceso de intercambio y los costes de transacción para facilitar la conclusión de los contratos; de ahí que el derecho dispositivo deba ofrecer un *modelo contractual* que a priori sea deseable por ambas partes y susceptible de eliminar los costes de negociación y previsión, evitando los que hicieran inviable el contrato; y, por otra parte, el derecho contractual tiene la función de asegurar el cumplimiento de lo pactado, garantizar la fuerza vinculante del contrato, dando seguridad al mercado y extendiendo la confianza en su cumplimiento, evitando los costes que implicaría desarrollar sistemas privados de cumplimiento contractual.

Según el doctor Arturo Villegas Lara, el contrato es considerado como la máxima contención de la libertad jurídica, entendida esta como el desiderátum de las personas para hacer o no lo que la ley permite.

Por consiguiente y en consonancia con las garantías y derechos fundamentales establecidos en la Constitución Política de la República de Guatemala, ninguna persona está obligada a celebrar contrato.



En este sentido “el artículo 681 del Código de Comercio establece que a nadie se le puede obligar a contratar, sino cuando rehusarse a ello significa un acto ilícito o abuso de derecho” (Villegas, 2015, p. 37).

Se puede decir entonces que el legislador lo que previó en el dicho artículo es que cuando una persona habilita una empresa de producción de bienes, servicios o intermediación para cubrir la demanda del público, esta tiene, la libertad jurídica para decidir si contrata o no con cualquier persona que se encuentre en condiciones de contraer obligaciones.

Sin embargo, existen casos en que por prejuicios de distinta naturaleza un comerciante puede decidir que no contrata o negocia con sujetos por pertenecer a determinada religión, raza o condición económica. La actitud anterior no puede considerarse como un ilícito o un abuso de derecho, toda vez que en el campo mercantil existen comercios únicos para proveer un bien o un servicio –monopolio-, colocados en una posición de privilegio. El comerciante en tal caso, estaría incurriendo en un abuso de derecho si se negara a contratar, esto, “considerando el dictamen que contiene el anteproyecto del Código de Comercio: si el consumidor no tiene la facultad de elegir proveedor, este tampoco debe poder elegir su clientela” (Villegas, 2015, p. 37).

En ese contexto es preciso valorar cuáles son las premisas para que la voluntad de los particulares, que hace nacer el contrato, deba tener la protección estatal, es decir, la fuerza coactiva suficiente para, en caso de incumplimiento, exigir ante la Jurisdicción



lo convenido. Todo el camino recorrido para llegar al contrato sería una pérdida de tiempo si al final no se pudiera exigir su cumplimiento forzoso en caso de incumplimiento de lo convenido y es aquí donde las leyes sustantivas y procesales deben dar respuesta para conseguir una tutela efectiva de las partes tendente a reforzar el valor de los pactos y la confianza del mercado en que el convenio será cumplido. La tendencia del contrato de adhesión a traído consigo la incorporación de cláusulas que protegen principalmente a quien elaboró el contrato previamente, en ese sentido se considera necesario hacer una descripción de las cláusulas más recurrentes en la contratación mercantil, haciendo énfasis en las más utilizadas en la contratación en masa, las cuales se convierten en mecanismos que afectan a los usuarios en términos económicos como en los derechos de que debe tutelar el derecho mercantil o en su defecto el derecho de los consumidores.

2.2. Cláusulas recurrentes en los contratos mercantiles

2.2.1. Clausula *rebus sic stantibus*

La formulación de la cláusula *rebus sic stantibus* se debe, como tantas otras instituciones del derecho mercantil, a la doctrina emanada de los jurisconsultos romanos, de modo que las teorías de algunos autores (Gayo, Africano) acerca de la modificabilidad del contrato de tracto sucesivo como consecuencia del acaecimiento de un hecho imprevisto quedaron plasmadas en el Digesto: “*contractus qui tractu successum habent, vel dependentiam de futuro, rebus sic stantibus intelliguntur, rebus sic stantibus et aliquo novo non emergentibus*” (Rosamanta, 2012, p. 150).



El párrafo anterior manifiesta la necesidad de que el contrato desarrolle sus efectos a lo largo del tiempo y se encuentra expuesto al acaecimiento de hechos futuros, deba ser interpretado de modo que su contenido jurídico se adapte a la realidad de las cosas.

Para el doctor Villegas, «esta cláusula contractual conocida como “Teoría de la Imprevisión”, quiere decir que el contrato se cumple siempre y cuando las circunstancias o cosas –rebus- se mantengan –*stantibus*- en las mismas condiciones o situaciones iniciales» (Villegas, 2015, p. 38).

Sin variar el sentido de lo que la doctrina y el Código Civil establece en el artículo 1330 y a su vez el Código de Comercio en su artículo 688 estipula que: “El deudor puede demandar la terminación del contrato únicamente en los de tracto sucesivo y en los de ejecución diferida, si sobrevienen hechos extraordinarios e imprevisibles que hagan oneroso el cumplimiento de la prestación. Se puede determinar que la terminación que se diera por esas circunstancias no afectaría las obligaciones ya cumplidas ni aquellas en las que ya se ha incurrido en mora” (Villegas Lara, 2015, p. 38). Es decir, que se trata únicamente de las obligaciones pendientes de cumplimiento.

Lo que significa, sin más, la necesidad de que el contrato que desarrolla sus efectos a lo largo del tiempo y está expuesto al acaecimiento de hechos futuros, deba ser interpretado de modo que su contenido jurídico se adapte a la realidad de las cosas.

La teoría de la imprevisión no se puede aplicar, por la fuerza de las cosas, más que en los contratos sucesivos. En efecto, supone que se hayan tornado en exceso



gravosas las obligaciones de una de las partes, en el curso de su cumplimiento (Zea, 1986, p. 308).

En ese contexto, se puede determinar que la terminación que se diera por esas circunstancias no afectaría las obligaciones ya cumplidas ni aquellas en las que ya se ha incurrido en mora. Es decir, que se trata únicamente de las obligaciones pendientes de cumplimiento.

Para el doctor Villegas, el artículo 688, tiene una defectuosa redacción, porque era innecesario indicar en que clases de contrato opera la cláusula de imprevisión, porque es natural que únicamente pueda serlo en los contratos sucesivos, y no en los instantáneos. A este respecto, el tratadista Mazeud dice:

La teoría de la imprevisión [...] no se puede aplicar, por la fuerza de las cosas, más que a los contratos sucesivos. En efecto, supone que se hayan tornado en exceso gravosas las obligaciones de una de las partes, en el curso de su cumplimiento (Mazeud, 1965, p. 119).

En relación con el último párrafo del artículo citado, dice que la imprevisión no funciona en los contratos aleatorios ni en los conmutativos, si la onerosidad que sobreviene es riesgo normal del contrato.

A manera de ejemplo, el doctor Villegas en su libro *Derecho mercantil guatemalteco* indica, que:

Si se contrata un seguro, solo se ha pagado una prima y sucede el siniestro, aun cuando hubiera desproporción entre la prima y la indemnización, no se podría invocar esa cláusula, porque se trata de un contrato aleatorio, cuya desproporción

entre las prestaciones es riesgo propio de su misma naturaleza (Villegas, 2015, p. 38).



2.2.2. Cláusulas abusivas

El Código de Comercio de Guatemala no establece una definición respecto a las cláusulas abusivas, Ester Navas las define como: todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato (Navas Pastor, 2018).

Estas cláusulas usualmente se encuentran incorporadas a los contratos de adhesión, para efectos de la presente investigación se estudian las cláusulas abusivas dentro de los contratos de adhesión.

Para conceptualizar este término es útil citar la siguiente definición:

La cláusula abusiva puede entenderse como aquella que crea un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones del consumidor y los del profesional, tiene un ámbito propio en relación con los consumidores y usuarios y puede darse tanto en condiciones generales de contratación como en cláusulas predispuestas para un contrato particular al que el consumidor se limita a adherirse. Por lo tanto, la protección frente a las cláusulas abusivas se da en los contratos con consumidores y usuarios exclusivamente (Paños, 2010, p.75).



Por lo tanto, es indispensable diferenciar cláusulas abusivas de condiciones generales de la contratación, pues las cláusulas abusivas afectan a los consumidores mientras las condiciones generales a cualquier persona, incluidos los intermediarios.

La utilización del concepto abusiva obedece a las intenciones de las empresas que ofrecen bienes o servicios, que, ante la masificación de sus operaciones comerciales, optan por competir en el mercado bajo un riesgo mínimo de pérdidas, lo que las lleva a muchas de ellas a recurrir a estas cláusulas, que por lo general se basan en exoneraciones de responsabilidad por daños causados (en sentido amplio) o por la calidad del bien o servicio ofrecido.

Doctrinariamente, las cláusulas abusivas han sido desarrolladas, la jurisprudencia internacional ha definido teóricamente, en los siguientes extractos lo concerniente:

Concretamente, se puede entender por cláusulas abusivas, las impuestas unilateralmente por el empresario, que perjudiquen de manera inequitativa a la otra parte, o determinen una posición de desequilibrio entre los derechos y las obligaciones de los contratantes, en perjuicio, por lo común, de los consumidores y usuarios (aunque también de cualquier otro contratante que no llegue a revestir el carácter de consumidor, como puede suceder, por ejemplo, en el contrato celebrado entre una empresa monopólica y una que deba someterse a las condiciones impuestas por aquella) (Farina, 1999, p. 138).

Por otra parte, la doctrina reconoce que las cláusulas, en última instancia, entrañan una lesión del principio de la buena fe contractual. En este sentido se sostiene: “Podemos



decir que, en síntesis, todo el problema referido a las cláusulas debe hallar su adecuado remedio en la necesaria observancia de la buena fe en la celebración de estos contratos” (Farina, 1999, p. 149).

En efecto, el problema de las cláusulas abusivas, tanto en los contratos de libre discusión como de adhesión, no puede analizarse con independencia del principio de la buena fe que debe regir en toda relación contractual.

Para finalizar este apartado considero de utilidad mencionar el tratamiento que han hecho otros ordenamientos como el argentino, respecto a las cláusulas abusivas. En ese sentido la Sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, 4 de marzo de 1986, Caso Guerrero Wattman SAC/ Exim SRL S/ Sumario, dice:

Para precisar el carácter abusivo debe tomarse en cuenta la economía general del contrato: cuando en su conjunto el predisponente se ha asegurado la obtención de todo el lucro, desplazando sobre el adherente todo el riesgo, es decir, con sensible perjuicio a la relación de equivalencia, el comportamiento del predisponente se aparta de la buena fe.

Ello unido al modo de contratación mediante condiciones pre formuladas por quien obtiene las ventajas, permite hablar de abuso en el contenido de ciertas cláusulas que imponen al cocontratante un perjuicio excesivo y desconsiderado. Tal el caso en que se haya estipulado un resarcimiento exorbitante para el supuesto de inexecución de las obligaciones a cargo del adherente. Sin necesidad de previsión legislativa específica y con base en el principio rector de la buena fe, el juzgador está facultado para anular la cláusula abusiva o morigerar la pena.



Se puede concluir entonces que, las cláusulas abusivas o estipulaciones no negociadas individualmente, van en contra de las exigencias de la buena fe y causan un grave perjuicio al consumidor, provocándole un desequilibrio significativo en los derechos y las obligaciones de las partes que se derivan del contrato.

Actualmente no existe una definición específica acerca de las cláusulas abusivas, y, según lo observado aún existen en los contratos mercantiles a pesar de que hay normativas que las prohíben de alguna manera, por lo cual los términos o cláusulas abusivas son las que mayormente afectan de gran manera al consumidor en la comparación entre los derechos y obligaciones de ambas partes, resulta difícil transcribir el perjuicio que le ocasiona al consumidor eso que la ley llama inequitativo.

En Guatemala, aún no existe una norma que regule la precisa prohibición de las cláusulas abusivas, esta situación es de suma importancia, porque actualmente existen miles de contratos escritos con este tipo de cláusulas que continúan en la realidad guatemalteca y que trasciende no solo en el caso de los contratos de servicios públicos, sino también privados y el tema a tratar de esta investigación son específicamente como este tipo de cláusulas afectan o inciden en la libre competencia y contratación mercantil.

De la conceptualización se puede comprender que la cláusula abusiva es aquella que perjudica en manera desigual o de figura no equitativa al consumidor o que establece una posición de desequilibrio siempre en perjuicio del consumidor.

Lógicamente en los contratos de adhesión, en los que solo interviene una de las



partes en su redacción existe un margen muy amplio que facilita la aparición de cláusulas abusivas beneficiosas para quien redactó el contrato, y, por lo tanto, perjudiciales para la otra parte.

El tratadista Durán al exponer al tema expresa que:

Son aquellas que en contra de las exigencias de la buena fe causa en detrimento del consumidor un desequilibrio injustificado de las obligaciones contractuales y puede tener o no carácter de condición general, porque también puede darse en contratos particulares cuando existe negociación individual (Durán, 2011, p. 120).

Estas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas en las que se aprecie el carácter abusivo.

En el párrafo anterior se puede comprender que cada una de las disposiciones de un contrato, “siendo las cláusulas parte integrante del acto jurídico, a ellas alcanzan los efectos y la obligatoriedad relativa al mismo” (Durán, 2011, p. 120).

El término cláusulas abusivas puede referirse a cualquier contexto contractual, sin que ello tenga que identificarse necesariamente con las condiciones generales. Estas no son siempre perjudiciales, aunque puedan serlo, porque, esto también puede ocurrir con las establecidas en un acto particular celebrado entre las partes.

Cuando las cláusulas abusivas del servicio que fue contratado, ...hagan onerosa las normas y tarifas aceptadas en los contratos de adhesión, puede el Procurador General de la Nación... pedir la revisión de las condiciones impuestas, según lo establece el



Código Civil en su artículo 1520 último párrafo; con el objeto de evitar el agravio pecuniario al adherente y proteger las rectas y honorables intenciones y deseos de los contratantes, principio filosófico de la contratación mercantil contenido en el artículo 669 del Código de Comercio.

Del mismo modo el Código de Comercio en su artículo 672 regula los contratos celebrados mediante formularios y para ello impone las siguientes reglas:

1. Se interpretarán, en caso de duda, en el sentido menos favorable para quien haya preparado el formulario.
2. Cualquier renuncia de derecho solo será válida si aparece subrayada o en caracteres más grandes o diferentes que los del resto del contrato.
3. Las cláusulas adicionales prevalecerán sobre las del formulario, aun cuando estas no hayan sido dejadas sin efecto.

En función del principio de autonomía de la voluntad, cuando una cláusula abusiva esté provocando daños al adherente, se puede iniciar un proceso de nulidad, bajo el precepto de anteponer el derecho público a la autonomía privada, la legislación aplicable es el artículo citado previamente (672 Código de Comercio), lo cual permitirá iniciar el proceso normal de nulidad, en tanto se dirime el litigio, el contrato subsiste con las cláusulas principales de contratación, en el momento de finalizar el proceso y la cláusula de interés fuese declarada nula, se tendrá por no puesta.

La declaración judicial de nulidad de las cláusulas abusivas puede ser instada por

el adherente de acuerdo con las reglas generales de la nulidad contractual, en los términos que establecen los artículos 1257 y 1261 del Código Civil.



2.3. Análisis jurídico doctrinario de los contratos de adhesión

Al definir los contratos mercantiles el tratadista Cabanellas, lo define como:

El peculiar del derecho de la contratación comercial o el que, común en ciertos aspectos básicos con el homónimo del derecho civil, se rigen, según la legislación mercantil por ser comerciante al menos uno de los que intervienen o por tratarse de actos de comercio, caracterizados por el lucro y la profesionalidad sobre todo (Cabanellas, 1980, p. 346).

Para el tratadista Vicente y Gella, el contrato:

Es aquel en que la finalidad única perseguida por las partes es crear, modificar, o extinguir una obligación. Por el contrato puede una deuda nacer, transformarse, transmitirse o desaparecer. Además, se establece: que los contratos mercantiles en todo lo relativo a sus requisitos, modificaciones, excepciones, interpretación y extinción se regirán en todo lo que no se halle expresamente establecido en dicho código o en leyes especiales por las reglas del derecho común (Vicente y Gella, 1960, p. 29).

Al examinar a los distintos autores en cuanto a la contratación mercantil, puede observarse que el contrato mercantil ocurre cuando dos personas, convienen en crear, modificar y extinguir una obligación en donde uno de los sujetos personales es consumidor, cuyos fines son lucrativos y en cuanto a la aplicabilidad, los consumidores en su actividad profesional, los negocios jurídicos mercantiles y cosas mercantiles se regirán por disposiciones del Código de Comercio y en su defecto por el derecho civil que



se aplicarán e interpretarán de conformidad con los principios que inspiran el derecho mercantil, esto de conformidad con lo que establece el artículo 1 Código de Comercio.

En el caso de las condiciones generales, se pone el énfasis en un instante anterior a la imposición: la predisposición. En otras palabras, se subraya el momento en el que se redacta previamente las cláusulas que conformarán eventualmente el contenido de los contratos que celebre el predisponente. De esta manera, parte de la doctrina se hace eco de esta situación y define a las condiciones generales como conjuntos de reglas que un particular, empresario, grupo o rama de industriales o comerciantes, ha establecido para fijar el contenido, derechos y obligaciones de los contratos que sobre un determinado tipo de prestaciones se propone celebrar (De Castro y Bravo, 1995, p. 163).

Se puede apreciar que ambos autores se refieren a un mismo fenómeno:

La contratación en masa, pero visto desde ángulos distintos”¹¹ “Porque hay que tomar en consideración que, al hablar de contrato de adhesión, se tiene presente no solo que su contenido ha sido impuesto por uno de los contratantes al otro, sino, al mismo tiempo, que las condiciones generales que se imponen han sido predispuestas para una pluralidad de contratos (Viguri, 2007, p.122).

Por ello, no tiene sentido mencionar contratos de adhesión, sin tomar en cuenta que el contenido de estos está conformado, al menos en parte, por condiciones generales. Una de las confusiones frecuentes entre ambos términos se debe a que no se repara que contrato de adhesión se refiere a una unidad, en cambio condiciones

¹¹ Los documentos contractuales utilizados en la contratación en masa también son conocidos como contratos tipo, contratos estándar, contratos-formulario, contratos en masa, contratos automáticos, condiciones generales de la contratación, condiciones generales de los contratos, etc.



generales se refieren a una parte o fragmento de aquel. Es decir, intentar diferenciar uno y otro, es diferenciar el todo y la parte. Para evitar esto, es preferible utilizar contrato celebrado bajo condiciones generales como sinónimo de contrato de adhesión, porque ambos términos se refieren al contrato como una unidad.

Sin embargo, parte de la doctrina sostiene que todo contrato que incorpore condiciones generales será un contrato de adhesión, pero no sucede lo mismo en sentido inverso; es decir, que no todo contrato de adhesión está compuesto por condiciones generales, debido a que existen los contratos de adhesión particulares.

Estos son en aquellos cuyas cláusulas han sido predispuestas para un solo contrato, por lo tanto, carecen de una de las características de las condiciones generales: haber sido predispuestas con la intención de ser utilizadas para una pluralidad de contratos.

Se llega a concluir que contrato de adhesión y contrato celebrado bajo condiciones generales no son figuras coincidentes. Para resolver esto hay que recordar que el motivo de la predisposición de las cláusulas es debido a la necesidad racionalizadora y organizativa de las empresas. Se logran mayores niveles de eficiencia mediante la predisposición de las cláusulas que serán utilizadas para una pluralidad de contratos. Es decir, que la predisposición de cláusulas, cobra sentido únicamente cuando se hace de forma generalizada o masificada, de lo contrario no se daría el factor racionalizador.

De lo contrario carecen de incentivo para predisponer cláusulas. Es la contratación en masa la que provoca la regulación y control de cláusulas predispuestas e impuestas,



y no la utilización de estas para contratos particulares.

En lo que se refiere a esta investigación los contratos son el punto de partida para el análisis jurídico del llamado contrato por adhesión, el cual ha sido discutido profundamente en la doctrina, por la forma en que se da el negocio como en lo referente a su conveniencia, por la obtención a las manifestaciones de voluntad.

Por lo que a continuación se realiza un análisis jurídico de los contratos de adhesión con la finalidad de determinar vulneración a la libertad de contratar, que es uno de los principios que el derecho debe preservar y proteger.

Para establecer la forma de interpretación de los contratos se puede partir de lo que en la doctrina y la legislación se ha estudiado.

Doctrinariamente, López y López señala que por interpretación se entiende la determinación del sentido y alcance de una norma jurídica, la interpretación del contrato no es, sino la idéntica determinación con respecto a la reglamentación intersubjetiva que nace de una concorde voluntad sobre un objeto y con un concreto fin económico- social (Cossio y Corral, 1975, p. 765).

La interpretación constituye un proceso mental por medio del cual se persigue que se haga una declaración, explicación, aclaración, a través de métodos que conlleven determinar el verdadero sentido de las palabras o cláusulas de un contrato para facilitar su aplicación y efectos jurídicos.



Previamente conviene determinar que interpretar un contrato no es lo mismo que explicar la ley que rige materia de los contratos.

Cuando se interpreta un contrato se está frente a una cuestión de hecho, esto es, cuando la interpretación tiene por objeto indagar cuál es la intención común de los contratantes, propiamente la materia del asunto. En el caso de la interpretación de una cuestión de derecho, Díez Picazo indica que la interpretación del contrato es una cuestión de derecho, porque lo que importa es interpretar el verdadero sentido de la declaración de voluntad, sin que interese la prueba de lo que los declarantes puedan haber pensado en su fuero íntimo y no han exteriorizado (Díez, 1996, p. 127).

Además, es importante hacer la diferenciación entre la interpretación de la ley y la interpretación del contrato, en el primer caso, esta debe ser de manera objetiva, mientras que en la interpretación de los contratos se aplica una interpretación objetiva o subjetiva, siendo la interpretación subjetiva la que toma como referencia la común intención de las partes.

Bajo ese orden de ideas que establece la doctrina, se analizan los contratos, los cuales contienen elementos generales que comprenden aquellos aspectos esenciales, los cuales deben concurrir para que todos los contratos puedan considerarse válidos en principio.



A continuación, se describen estos elementos:

2.3.1. Sujetos y capacidad

En este tipo de contratos intervienen estrictamente necesaria dos personas y, como consecuencia lógica, para los contratos igualmente se requiere la participación de dos o más personas.

La interrogante que aparece es si solamente se requiere que la o las personas simplemente existan, según lo establece el artículo 671 del Código de Comercio, para que un contrato sea válido, no es necesario someterse a formalidades especiales, independiente de la forma o el idioma en el que se celebren, las partes quedarán obligadas de la manera y en los términos, que ellos mismo hayan pactado o hayan querido obligarse. Todos los contratos celebrados en territorio guatemalteco, redactarse en idioma español y sus efectos surtirán en el territorio de la República.

Del párrafo anterior se puede deducir que la legislación permite evitar cualquier tipo formalidades para en la contratación mercantil, a excepción de los contratos que la ley exige contemplen formas determinadas, entre ellos se puede mencionar el contrato de sociedad y el de fideicomiso.

2.3.2. Consentimiento o voluntad

Según la Real Academia de la Lengua Española, ‘consentimiento’ significa la “conformidad que sobre su contenido expresan las partes”. En relación con los contratos,



dicha conformidad se entiende que debe ser libre, es decir, en donde no medie la intimidación, entre otros aspectos, que vician la voluntad. Por ello es importante destacar que “el querer interno debe haber sido formado libremente para que produzca, con su exteriorización, los efectos jurídicos correspondientes. La voluntad debe estar libre de vicios: error, intimidación y dolo” (Baudrit, 1990, p. 15).

De la definición anterior se puede entender que ‘error’ es la falta de representación de la realidad y en cuanto a los contratos este sucede cuando, debido a ese error, el sujeto decide llevar a cabo determinado contrato, es decir, en circunstancias normales, si se tiene ese conocimiento de la realidad que rodea al contrato, muy posiblemente la persona no llegaría a formalizar el acuerdo.

Es necesario hacer la aclaración que dicho error es involuntario; es decir, no hay intención de provocarlo en la otra persona, caso contrario, se estaría frente a la figura conocida como dolo, el cual consiste en las maquinaciones que se efectúan para provocar un error en una persona que la llevará a declarar un contrato. Solamente es vicio del consentimiento cuando esas maquinaciones las realiza uno de los contratantes. Cuando es un tercero quien realiza las maniobras dolosas, el contrato es válido, sin perjuicio del derecho de la víctima de ser indemnizada de los daños y perjuicios por ese tercero (Baudrit, 1990, p. 16-17).

Con respecto a la intimidación, entiéndase esta como una reducción suficiente del ámbito de decisión de una persona provocada por otra, mediante violencia física o moral, con la intención de llevar a cabo un contrato; es claro que en estos casos no habría

consentimiento.



Es necesario el análisis del consentimiento o la voluntad con respecto a las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión. Considero que en estos la parte adherente firma el acuerdo existiendo de por medio un vicio en el consentimiento ante la necesidad de obtener determinado bien o servicio, salvo excepciones.

2.3.3. Objeto

El objeto del contrato es la prestación o prestaciones que las partes resultan obligadas a rendirse en virtud del acuerdo. La prestación puede recaer sobre una conducta del sujeto obligado, la que puede referirse al destino de una cosa.

El objeto debe tener características básicas, entre las que se pueden mencionar:

- **Licitud:** se refiere a que todo objeto contractual debe estar permitido por el ordenamiento jurídico y que no contravenga la moral y las buenas costumbres.

En este sentido cabe citar que el contrato de adhesión se encuentra regulado en el Código Civil se regula en el artículo 1520 que dice textualmente:

Los contratos de adhesión, en que las condiciones que regulan el servicio que se ofrece al público son establecidas solo por el oferente, quedan perfectos cuando la persona que usa el servicio acepta las condiciones impuestas. Las normas y tarifas de estos negocios deben ser previamente aprobadas por el Ejecutivo, para que pueda actuar la persona o empresa que hace la oferta, incurriendo en responsabilidad en caso contrario. Cuando la variación de las circunstancias en que fue autorizado un servicio de carácter público haga

demasiado onerosas las normas y tarifas aceptadas, puede el Ministerio Público o el representante de la municipalidad respectiva pedir la revisión de las condiciones impuestas.



De lo anterior se puede decir que la legislación vigente, sobre todo la ley civil, tiene prevista la regulación de estos contratos sin embargo, en el orden civil, no es posible hacer viable la protección jurídica a los consumidores o usuarios con este tipo de contratos, por cuanto, deja en manos del ejecutivo la aprobación de este, además de que permite a través de la norma en que intervenga el Ministerio Público (pudiéndose determinar que en este caso, por ser de naturaleza civil la institución, se refiere a la Procuraduría General de la Nación), o el representante de la Municipalidad respectiva, pedir la revisión de las condiciones impuestas y esto es lo que a juicio de quien escribe, no se suscita, no se da, no es positivo, por cuanto, se investigó en el desarrollo de la presente investigación y se tiene conocimiento que no existen reportes relacionados con usuarios que hayan acudido al Ministerio Público o a la Municipalidad respectiva a denunciar la revisión de las condiciones impuestas, puesto que precisamente se refiere a imposición, si lo quiere tómelo y si no lo quiere, no lo tome.

- Determinabilidad: quiere decir esto que en el contrato debe fijarse el contenido de las prestaciones expresamente, o bien, los métodos para que sean fijadas, de conformidad con criterios objetivos.
- Valor patrimonial: con base en la definición del término contrato, se analiza que este implica consecuencias de naturaleza patrimonial, es decir, las prestaciones deben ser susceptibles de valor económico.



2.3.4. Forma

Una definición muy concreta y clara es la siguiente: “la forma es el conjunto de esos signos sensibles por medio de los que se manifiestan el consentimiento de los contratantes” (Baudrit, 1990, p. 17). Las formas no deben verse como un requisito per se, porque cumplen una función en virtud del contenido esencial del contrato, por ejemplo, en contratos a los que el ordenamiento les da mucho mayor tutela, se exige que estos sean inscribibles, además de otros requisitos, tal es el caso de cualquier tipo de actos registrales con bienes inmuebles, o vehículos automotores que requieren para su validez que sean presentados en el registro correspondiente.

La forma del contrato analizado se encuentra regulada en el artículo 671 del Código de Comercio y hace referencia a que puede ser de distinta forma y cuando proceda su redacción se realice en el idioma oficial, en cuanto a sus efectos únicamente pueden ser ejecutados en el territorio nacional. Posteriormente el artículo 672, define el contrato mediante formulario, el espíritu de la ley es “disciplinar de manera uniforme determinadas relaciones contractuales”¹² haciendo énfasis en la observancia de las siguientes reglas: en caso de duda, en el sentido menos favorable para quien haya preparado el formulario y cualquier renuncia de derecho solo será válida si aparece subrayada o en caracteres más grandes que los del resto del contrato. A las reglas ya mencionadas se suma lo que establece el mencionado artículo, esta indica que las cláusulas adicionales prevalecerán sobre las del formulario, aun cuando estas no hayan

¹² Decreto Número 2-70 artículo 672, numerales 1, 2 y 3

sido dejadas sin efecto. Lo anterior deja un vacío que favorece al predisponente, porque a mi criterio son cláusulas que se desconocen.



2.3.5. Nulidad y anulabilidad

En relación con estos dos conceptos, hay que entender que

La nulidad es un vicio originario del contrato, cuya declaración implica, normalmente –y salvo casos de excepción- la eliminación retroactiva de los efectos del contrato. La noción de nulidad se utiliza como sinónimo de la palabra invalidez. Bajo este sentido amplio, la palabra nulidad comprende tanto la nulidad absoluta como la nulidad relativa (llamada también rescisión o anulabilidad) (Torrealba, 2009, p. 430).

Las diferencias entre estas dos figuras tradicionalmente se han dispuesto de la siguiente manera: en la nulidad absoluta la pueden solicitar cualquier persona que esté interesada y, además, es declarable aún de oficio, mientras que en la nulidad relativa solamente están legitimados para accionar los intervinientes en el contrato o los autorizados expresamente en la ley o en el mismo contrato. Otra diferencia básica radica en que en la nulidad relativa es posible la convalidación del contrato subsanando los defectos que originaron el vicio, caso contrario sucede con la nulidad absoluta, en la cual no existe, salvo contadas excepciones, posibilidades de convalidación.

La nulidad en el ordenamiento jurídico está regulada en el artículo 689, que establece que la nulidad que afecte las obligaciones a una de las partes, no anulará un negocio jurídico plurilateral, salvo que la realización del fin perseguido con este resulte



imposible, si no subsisten dichas obligaciones¹³.

Se hace necesario aclarar los términos contrato de adhesión y condiciones generales, puesto que existe parte de la doctrina que los trata como supuestos distintos, cuando en realidad, no existen diferencias sustanciales entre uno y otro. La utilización de uno u otro término, depende de en qué se quiere poner énfasis.

Así, si se emplea contrato de adhesión, se hace énfasis en la imposición del contenido contractual al adherente, es decir, remarca que este ante esa situación únicamente tiene dos opciones: aceptar o adherirse simplemente al conjunto de cláusulas que se le presentan, sin posibilidad de negociarlas, o, la otra opción es no contratar. Así se dice que los contratos de adhesión se caracterizan, porque una de las partes intervinientes en este no hace más que prestar su asentimiento a una normativa de la relación contractual rígidamente predispuesta de antemano sin intervención alguna por su parte (García, 1969, p. 150).

2.4. Marco jurídico de protección al consumidor

La Constitución de la República que en su artículo uno establece lo relativo a la protección a la persona y señala que el estado de Guatemala se organiza para proteger a la persona y a la familia, porque su fin supremo es la realización del bien común, en base en este artículo se puede deducir que un objetivo fundamental del estado es

¹³ Decreto 2-70, artículo 689.



garantizar a todos las personas tanto jurídicas como individuales, la debida protección a sus intereses, incluyendo a los consumidores y usuarios de productos y servicios.

En atención a lo que establece la norma de mayor rango, se puede decir entonces que el derecho de los consumidores se puede definir como un derecho de rango constitucional.

En específico la ley de protección al consumidor y usuario se encuentra regulada en el Decreto 6-2003 del Congreso de la República de Guatemala, tiene como antecedente lo contenido en el artículo 119 literal i) de la Constitución Política de la República de Guatemala, en el que se establece la defensa de los consumidores y usuarios, sobre todo para garantizar sus legítimos intereses económicos.

Asimismo, según las directrices para la protección del consumidor, aprobadas por la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas, mediante resolución número 39/248 del 9 de abril de 1985, en las que se define el que hacer de los gobiernos para la concreción de una efectiva protección y salvaguarda de los derechos e intereses legítimos de los consumidores.

Dentro de este marco legal se establece la Dirección de Atención y Asistencia al Consumidor y Usuario (DIACO) que tiene entre sus principales funciones tutelares a implementar, la de educar y orientar al consumidor o usuario en cuanto a los derechos que le asisten como tal y cómo y dónde los puede ejercer y reclamar.

El órgano administrativo anteriormente citado debe realizar acciones que tiendan a educar al consumidor o usuario sobre sus derechos a elegir y escoger que clase de



servicio o producto consumir, donde lo puede adquirir en las mejores condiciones de mercado y de acuerdo con sus gustos y preferencias, donde lo puede obtener de manera satisfactoria a sus intereses.

Sin embargo, del análisis efectuado a la presente ley se ha podido determinar que esta ley es un derecho vigente, pero no positivo, porque la DIACO no fue dotada de autonomía para ejercer una función coercitiva y ejecutiva en favor de los consumidores y usuarios.

Al mismo tiempo, los procedimientos establecidos en dicha ley no son funcionales ni operativos para los usuarios y consumidores en virtud de que carece de un proceso judicial en el cual se puedan hacer valer los derechos de los consumidores, porque actualmente los procesos establecidos en el artículo 78, para la resolución de los conflictos y controversias que surjan entre proveedores y consumidores o usuarios son: el arreglo directo conciliatorio, arbitraje de consumo, procedimiento administrativo, alternativas que no se consideran suficientes para dirimir las controversias que se dan entre consumidores y proveedores

2.4.1. Artículos relevantes del Decreto 6-2003

A continuación, se presenta un análisis de la Ley de Protección al Consumidor y Usuario, con la finalidad de identificar los derechos tutelados y los mecanismos de defensa del consumidor o usuario.

artículo 1. En el objeto de la Ley queda plasmado el sentido de la DIACO, cuando se establece que su finalidad es la promoción, divulgación y defensa de los derechos de



los consumidores y usuarios. Adicionalmente se expresa que el cumplimiento de este implica la aplicación de sanciones definidas en la ley. Otro elemento por destacar es que las normas de esta ley son tutelares de los consumidores, así como del interés social y orden público prevaleciente en esta.

El artículo 2 se refiere el ámbito de aplicación de esta, incluye los actos jurídicos que se realicen entre proveedores y consumidores y usuarios dentro del territorio nacional. No se encuentran afectados por esta los servicios públicos ni los servicios técnicos y profesionales.

En el artículo 4 son abordados los derechos del consumidor y del usuario. Dentro de los elementos contenidos en este se destaca lo relacionado a la protección a la vida, la salud y la seguridad de los consumidores, la libertad de elección del bien o servicio; **libertad de contratación**, sostenibilidad de precios y la utilización del libro de quejas.

Artículo 5 se consideran como obligaciones del consumidor las siguientes: pago de los bienes y servicios en tiempo establecido; utilizar los bienes conforme a las especificaciones; uso racional de estos para prevenir la contaminación ambiental.

Entre los artículos del 6 al 13 se definen los requerimientos que deben llenar las organizaciones civiles, que velan por la defensa de los consumidores y usuarios, estableciendo los mecanismos bajo los cuales debieron ser inscritas y registradas.

El artículo 14 se refiere a los derechos de los proveedores, siendo estos el derecho de percibir ganancias o utilidades; exigir cumplimiento del contrato al consumidor y libre acceso a los órganos administrativos y judiciales para resolución de conflictos.



Las obligaciones de los proveedores se encuentran contenidas en el artículo 15, en donde se realiza una numeración exhaustiva de esta. Entre las principales obligaciones se pueden destacar: la especulación, el acaparamiento como delito y cobrar por concepto de intereses por moras y cheques rechazados, recargos evidentemente desproporcionados.

El Artículo 16 contiene entre otras las siguientes prohibiciones a los proveedores: cobro de un precio superior al exhibido; la fijación de precios fraccionados; adulteración de los productos; adulteración del peso, masa, volumen y calidad de los productos.

El artículo 18 se refiere a información y publicidad considerando que todo bien o servicio debe brindar información básica sobre las medidas, composición, peso, calidad, precio, instrucción de uso y riesgos. También se debe establecer las condiciones de pago, garantía, fecha de fabricación y vencimiento, etiquetas, envolturas, envases y empaques, dentro de las disposiciones más destacadas, las cuales están contenidas entre los artículos 19 al 25 de la ley.

En el artículo 27 hace referencia a las operaciones de crédito, definiéndose dentro de los aspectos más relevantes el precio al contado y el precio al crédito, dando a conocer la tasa de interés y el procedimiento para el cobro de la moratoria, el monto de cualquier cobro adicional que sea procedente cobrar de conformidad con la ley o el contrato respectivo.

Los artículos del 30 al 34 regulan el tema relacionado con la prestación de los servicios, siendo sus principales componentes lo concerniente a las obligaciones, la garantía sobre estos, de los servicios prestados sin contrato, de los bienes abandonados



por los consumidores, para los que establece el plazo de un año, para que puedan ser considerados como abandonados en favor del proveedor.

Entre los artículos 35 al 38 establecen la facultad de la DIACO para verificar el precio y los instrumentos de medición de los servicios públicos, especialmente en lo relacionado con energía, combustibles, comunicaciones o cualquier otro servicio similar.

Para los casos de facturación excesiva se presume error en la facturación, para lo cual el consumidor con el amparo de una resolución judicial deberá abonar el valor de dicho consumo en un promedio de los doce meses anteriores.

La seguridad de los productos y servicios están contenidas entre los artículos 39 y 46, se define la forma en que el consumidor y usuario debe tener información sobre los productos peligrosos, las normas de estos, así como información relacionada con su fecha de vencimiento, las advertencias contenidas en los instructivos, los defectos, la responsabilidad solidaria y los daños y perjuicios, a fin de que el consumidor tome las precauciones necesarias para la utilización de estos.

Los contratos de adhesión están contenidos en los artículos del 47 al 52, estableciendo que no hay obligación para el consumidor, mientras este no reciba una copia o fotocopia certificada de este; se establece el derecho de retracto para el consumidor en un plazo de cinco días hábiles a partir de la firma del contrato, quien deberá recibir lo pagado, siempre y cuando no hubiere hecho uso del bien o servicio. La DIACO recibirá copia de estos contratos para su aprobación y registro, este número de registro deberá constar en el contrato una vez que vaya a ser firmado.



Respecto a la creación y atribuciones de la DIACO, se encuentran en los artículos del 51 al 62, en donde define que esta entidad gozará de independencia funcional y técnica, teniendo como ámbito de competencia todo el territorio nacional. Siendo sus principales funciones el velar por el respeto y cumplimiento de los derechos de los consumidores, así como aplicar las medidas necesarias para propiciar la equidad y seguridad jurídica en las relaciones entre los consumidores y proveedores.

Para el control y fiscalización de las actividades de DIACO se plantea que será realizada por Auditoría Interna y la Contraloría General de Cuentas en lo que sea su competencia.

En los artículos 66 y 67 se enumeran los programas de tutela que deberá implementar la DIACO para hacer efectiva la representación de los consumidores y usuarios, así como los programas de investigación que le permitan generar los conocimientos indispensables para la defensa del consumidor para apoyar el programa de educación y orientación al consumidor y usuario.

Respecto a las infracciones, en el artículo 68 se expresa que toda acción y omisión por parte de los proveedores que implique violaciones de las normas de esta ley, constituye infracción sancionable por la DIACO.

Las sanciones se establecen en el artículo 69: a) Apercibimiento escrito, b) Apercibimiento público, c) Multas (ajustables siempre que no exceda del 100% del valor del bien).



Respecto a la resolución de conflictos el artículo 78 identifica los tipos de procedimiento para la solución de los conflictos surgidos entre proveedores y consumidores, los cuales son:

- Arreglo directo conciliatorio entre las partes
- Arbitraje de Consumo
- Procedimiento Administrativo

La aplicación de las sanciones es una competencia exclusiva de la DIACO, salvo en los casos cuyo conocimiento y sanción corresponda a los órganos jurisdiccionales.

Previo a la emisión de las sanciones se desarrolla un proceso administrativo, a fin de determinar la veracidad de las denuncias presentadas. En ese sentido en primer término se comienza con la recepción de las quejas, siguiéndole en su orden, notificación, citación, audiencia, procesamiento, prueba dictamen y resolución, se definen los procedimientos y mecanismos utilizados para hacer efectiva la sanción o multa, pudiéndose presentar recursos de conformidad a lo estipulado por la Ley de lo Contencioso Administrativo.

2.5. La contratación en masa y la desigualdad de poder negociar

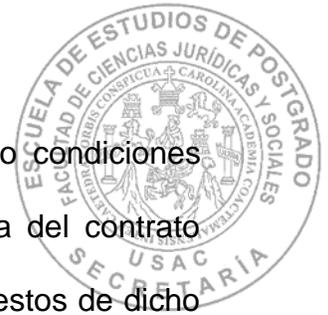
El panorama de la comercialización entre particulares y de estos con el Estado, cambió con la aparición de la producción en masa y acentuada en la actualidad por las nuevas tecnologías de los contratos a distancia, especialmente por la contratación electrónica (Uría, 1956).

A partir de la aparición de la producción en masa, no fue viable para la empresa negociar individualmente el contenido de los contratos. El ritmo acelerado de las transacciones no lo permite. Si se producen bienes y servicios en masa para ser adquiridos o utilizados por una masa de personas, la racionalización y organización de las empresas exige la uniformidad de las relaciones contractuales.

El empresario posee productos o servicios homogéneos, que necesita distribuir también mediante contratos homogéneos o uniformes. Necesitan de un contrato único o una serie de contratos redactados de antemano, que puedan ser utilizados para la generalidad de relaciones jurídicas en las que participe. Es así como las empresas se ven incentivadas a establecer de antemano la reglamentación contractual. Necesitan de contratos pre formulados a tal punto que actualmente resulta impensable la contratación sin ellos. La gran mayoría de contratación se realiza de esta forma.

Esta redacción previa de las cláusulas es realizada únicamente por una parte (predisponente), no teniendo la contraparte (adherente) la posibilidad de modificarlas, negociarlas o presentar una contraoferta. Pudiendo únicamente el adherente elegir entre contratar con las cláusulas que se le presentan o no contratar, y, en consecuencia, no obtener el bien o servicio objeto de la oferta. Resultando de esto, que los intereses del adherente no son tomados en cuenta por el predisponente en el momento de elaborar previamente las cláusulas, es decir, que estas reflejan únicamente los intereses del predisponente.





Esta figura es el contrato de adhesión o contrato celebrado bajo condiciones generales, en contraposición del contrato con negociación. El esquema del contrato ideado por la teoría clásica es afectado por este fenómeno. Los presupuestos de dicho esquema fallan. El contrato ya no es obra común de ambas partes y las normas del derecho contractual tradicional son insuficientes.

En consecuencia, la libertad contractual de configuración de contenido es mermada por la imposición de las condiciones generales al cliente; es decir, la rutina sustituye a la reflexión, con lo cual la técnica logra que la armadura contractual dé el rendimiento máximo, a expensas de la libertad de contratación, la cual se ve afectada seriamente. El adherente sí puede decidir si contrata o no y con quien contratar –en caso de un mercado no monopólico-, es decir, mantiene la libertad de conclusión¹⁴. En cambio, carece de libertad de configuración de contenido en esta forma de contratación, en otras palabras, el acto de adhesión, podrá ser voluntario, pero no libre, debido a la ausencia de autodeterminación bilateral, producto de la falta de posibilidad al adherente de contribuir a conformar la reglamentación del negocio, la cual regula la relación contractual que se establece.

Las partes no se encuentran en una situación de igualdad. En definitiva, si el adherente desea obtener el bien o servicio, debe aceptar en bloque el contrato que se le

¹⁴ La libertad contractual posee dos vertientes: la libertad contractual de conclusión, la cual es también comúnmente conocida como libertad de contratación; y la libertad contractual de configuración de contenido, conocida también como libertad contractual. La primera consiste en la libertad de las personas de decidir si contratan o no, y decidir con quién contratar. En cambio, la libertad contractual de configuración de contenido es la que poseen las partes para determinar de común acuerdo las cláusulas y estipulaciones que poseerá el contrato a celebrar.



presenta. Esto se traduce en un poder de negociación muy superior del empresario respecto al consumidor. De ello se deduce que el consumidor se encuentra en una situación de inferior frente a los empresarios. Por lo tanto, la presunción de igualdad y libertad contractual de configuración no son más que una quimera en este tipo de contratación.

Entonces derivado del análisis y de lo que establece la doctrina, se puede concluir que existe una desigualdad entre predisponente y adherente que repercute en la imposibilidad de participación del adherente en la redacción del contenido contractual (Pardo Gato, 2004). El cliente se ve imposibilitado de participar en la determinación de las cláusulas. Ante lo cual, el predisponente puede aprovecharse e incorporar cláusulas desequilibradas en perjuicio del adherente. Por ello que parte de la doctrina llama al adherente la parte débil del contrato¹⁵.

El control de contenido implementado legalmente se concibe entonces como una medida para restaurar la libertad contractual que el adherente únicamente posee de manera formal, más no material. Solo el predisponente ejerce su libertad contractual al elaborar el clausulado de acuerdo con sus intereses, prescindiendo totalmente de los intereses de los adherentes. O bien, algunos autores afirman que el control de contenido

¹⁵ Así, KESSLER, F. «*Contracts of adhesion-some thoughts*», op. cit., p. 632, sostiene que los contratos estandarizados son utilizados usualmente por empresas con un alto poder negocial. La parte débil, con necesidad de adquirir los bienes y servicios, está frecuentemente en una situación en la que no puede buscar mejores condiciones contractuales, porque el predisponente tiene un monopolio (natural o artificial) o, porque todos los competidores utilizan las mismas cláusulas. Por ello agrega más adelante que los contratos estandarizados han servido como uno de los medios para construir y fortalecer imperios industriales. Llega al punto de afirmar que los poderosos amos industriales y comerciales imponen a los individuos un nuevo orden feudal creando con ello una gran multitud de vasallos (p. 640). Palabras dramáticas de este autor que aún en tiempos actuales son empleadas por otros autores. Entre ellos, KING, D. B., «*Standard form contracts...*», op. cit., p. 911, quien atribuye a los contratos estandarizados una naturaleza tiránica.

es una limitación a la libertad contractual o autonomía privada, necesaria por motivos de política social de protección a la parte débil.

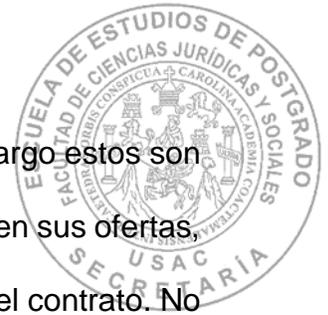


2.5.1. Ausencia de libertad contractual

La jurisprudencia ha señalado en repetidas ocasiones que en los contratos de adhesión no existe libertad de contractual, puesto que al adherente no le es posible negociar. La libertad contractual es de carácter constitucional. Entonces, si se reduce la libertad contractual a la negociación, no parece congruente a su vez dotar de eficacia a los contratos en que esta ha faltado. ¿De qué manera un acto (contrato de adhesión) puede tener eficacia jurídica cuando él es producto de una supuesta grave violación a una de sus libertades constitucionales? (Morales Quintanilla, 2018).

Entonces sostener que la contratación mercantil necesita de los contratos de adhesión por las ventajas y beneficios que la estandarización acarrea, en detrimento de la negociación, no es un argumento jurídico que valide un detrimento constitucional (inequidad en la libertad de negociación del contrato). Llevando la coherencia a las últimas consecuencias, deberían anularse todos los contratos estandarizados no negociados o en que no se haya podido negociar y con esto se conminará a las partes (en realidad al predisponente) a negociar con cada proveedor sus cláusulas.

Por otro lado, hay algunos aspectos del contrato que sin ser negociados son excluidos por regla general de cualquier intervención estatal. En referencia a las prestaciones principales. La doctrina ha señalado con vehemencia que la relación



calidad/precio no puede ni debe ser analizada por autoridades. Y sin embargo estos son aspectos que los empresarios fijan unilateralmente y con carácter general en sus ofertas, sin que los adherentes tengan la posibilidad de negociar estos aspectos del contrato. No participan en la redacción del contenido contractual, debiendo aceptar el precio y bien tal como lo ha fijado el empresario o deberá renunciar a contratar. Es decir, son aspectos en los que supuestamente no hay libertad contractual, al menos en la faceta de libertad de configuración que es predicada por el enfoque tradicional.

Esto obedece a explicaciones sobre la competencia en el sistema de economía de mercado. Argumentan estos autores que el mercado y la competencia son las que controlan los precios y la calidad de los bienes o servicios, en aplicación del artículo 130 de la Constitución Política de la República de Guatemala. Pero, aún con ello, no quedan solventados los problemas respecto a la supuesta violación de la libertad contractual.

Por estas razones, no se comparte el criterio de entender que libertad contractual y autonomía privada forman un binomio inseparable con la negociación de los contratos. En realidad, la doctrina olvida el fundamento constitucional de la libertad contractual. No llega a realizar una teoría congruente entre la libertad contractual y el orden económico en el que se encuadra. Si no se toma en cuenta la dimensión económica de los contratos, la teoría es incompleta.

La economía de mercado pretende que la competencia funcione correctamente y así los sujetos puedan elegir (no negociar) la oferta del mercado que les parezca mejor.



Si se mantiene que únicamente se ejerce la libertad contractual mediante la negociación, por lo tanto, se tendría una contradicción entre por un lado la libertad económica, libertad empresarial y libre competencia y por otro lado la libertad contractual.

Este enfoque tradicional es incongruente con diversos principios y libertades constitucionales. Es necesario articular un enfoque que no contradiga principios (igualdad, libertad, el fin social prevalece sobre el particular) y libertades constitucionales (libertad mercantil y libertad de industria), sino que sea armónica.

Es así como el enfoque siguiente armoniza las libertades constitucionales y define de forma diferente la autonomía privada. Pero, para ello, es menester explicar el sistema de economía de mercado. Solo así se entenderán las distintas libertades que de ella emanan, las cuales son, de acuerdo con Díez-Picazo, libertad de mercado, libertad de empresa, libre competencia económica y la libertad contractual (Díez-Picazo Ponce de León, 1996). Y que en conjunto funcionan como protectoras de los intereses de los individuos y evitan abusos de los empresarios.

Teniendo en cuenta la dimensión económica del contrato, se considera necesaria una exposición de la libertad contractual de acuerdo con la realidad económica en Guatemala y sus distintos enfoques.



2.5.2. Enfoque económico del contrato

El mercado cuando funciona correctamente es el mejor garante de la justicia contractual subjetiva. El correcto funcionamiento del mercado asegura que, a través de la elección de una de las ofertas del mercado, el adherente realiza un acto de autonomía privada. La libertad contractual no solo se puede manifestar en una negociación del contenido contractual, sino principalmente en la elección libre y voluntaria de una de las ofertas del mercado.

El mercado en las condiciones generales es incapaz para generar ofertas satisfactorias para los intereses de los clientes. Existe un fallo del mercado que no permite la competencia empresarial que garantice una correcta autodeterminación bilateral de las partes del contrato celebrado bajo condiciones generales, y, por ende, se garantice la justicia contractual en estos aspectos.

Lo anterior se puede decir posterior al análisis de los contratos y de las cláusulas generales contenidas en cada uno de ellos, la evidencia indica que hasta cierto punto llega a ser innecesaria e incluso indeseada, la negociación de las cláusulas. Por lo tanto, los aspectos de los contratos se ven sometidos a ese control de contenido que realiza el mercado, lo que explica la ausencia de mercado de condiciones generales y los peligros que esa ausencia acarrea, lo cual hace necesaria la presencia de un control legal de contenido (ya no del mercado).



2.5.3. Dimensión económica del contrato

El mejor guardián de la justicia contractual, cuando se trata de contratos de consumo, no es la negociación o discusión del contrato, sino que el correcto funcionamiento del mercado. Cuando un mercado funciona, los distintos operadores comerciales buscan satisfacer la demanda de sus clientes o potenciales clientes brindando mejores ofertas de sus productos o servicios. Se genera así una competencia entre los operadores consistente en atraer a la mayor cantidad de clientes posibles. Se quiere que estos adquieran los bienes y servicios con entera satisfacción.

Tal como afirma la Comisión Europea de Mercado Interno, si a los consumidores les es posible desempeñar completamente su papel en el mercado, tomando decisiones informadas y recompensando a empresarios eficientes e innovadores, podrán contribuir a estimular la competencia y el crecimiento económico¹⁶. Por lo que los contratos que celebren los consumidores tienen una repercusión económica aun mayor que las consecuencias de la transferencia directa de los bienes y servicios objeto del contrato.

Funcionando correctamente el mercado, el operador que desee operar en contra de estas fuerzas del mercado, no podrá competir con sus operadores, no atraerá a clientes y quedará fuera del mercado.

¹⁶ Comisión Europea, the Consumer Markets Scoreboard. Making markets work for consumers, disponible en: <http://ec.europa.eu/consumers/consumerresearch/editions/cms8en.htm> p. 3.



Debe asegurarse de brindar la oferta más atractiva, lo que incluye bajar el precio y mejorar la calidad del bien o servicio. Por ende, la competitividad empresarial en el mercado protege a los clientes de sufrir abusos de los empresarios.

La sanción para quienes no satisfacen las expectativas del consumidor es bastante grave: la salida del mercado. Agrega Bullard, que quienes ofrecen las mejores condiciones a los mejores precios irán desplazando a quienes ofrecen condiciones a más altos precios (Bullard, 2003, p. 299).

En consecuencia, es necesario comprender que el contrato tiene una función primordial en las economías de mercado como la guatemalteca. Así, en una sociedad maximizadora de beneficios, se produce la división de trabajo.

De manera simplificada, un sujeto elabora los vestidos y otro produce la comida. Pero ambos necesitan de los productos (o recursos) que elabora el otro. ¿Cómo puede obtener uno el producto que necesita del otro?

En las economías de mercado como es el caso de Guatemala, se deja a los particulares (no al Estado) la decisión de la celebración voluntaria y libre de las transacciones para la asignación eficiente de los recursos. Se otorgan libertades constitucionales para que los ciudadanos elijan libremente sus fines vitales y los medios para alcanzarlos.



Es precisamente este el significado profundo de la cláusula constitucional del libre desarrollo de la personalidad y respeto a la dignidad humana contemplada en el artículo 4 de la Constitución Política de la República de Guatemala.

Para que los individuos decidan autónomamente sobre sus fines vitales y los medios para alcanzarlos, el ordenamiento jurídico reconoce y protege la libertad contractual. Adicionalmente a esta libertad contractual, el ordenamiento jurídico reconoce otras libertades siempre con el mismo objeto. Entre otros a la libertad y seguridad en la propiedad, libertad de testar, libertad de empresa, etc.

Entonces, retomando el ejemplo, ambos sujetos para la obtención del recurso del otro, necesitan indefectiblemente realizar un intercambio de productos.

Y la forma en que se aseguran la cooperación e intercambio del otro es mediante la institución del contrato.

Esta es la herramienta óptima para la distribución eficiente de los recursos que garantizan su materialización. Un convenio vinculante realizado en ejercicio de las libertades imperantes en la economía de mercado.

De esta manera, Alfaro Águila-Real al analizar la función económica del contrato y la forma en que se materializa en el mercado sostiene:



en el ámbito en el que la realización de los intercambios de bienes y servicios se deja a los particulares, estos se realizan en función de las decisiones individuales y deben provocar transferencias de los bienes y servicios desde aquellos que les otorgan un valor inferior a aquellos que les otorgan un valor superior, en la medida en que un sujeto solo estará a aquellos que les otorgan un valor superior, en la medida en que un sujeto solo estará dispuesto a desprenderse de un bien (regla del consentimiento) si lo que se le da a cambio «vale más» para él que lo que entrega y viceversa (Alfaro, 1991, p. 97).

2.6. Contratación mercantil

Los contratos son los instrumentos del tráfico mercantil. Ese tráfico procura la circulación de valores patrimoniales, circulación que a su vez asume distintas formas: el disfrute de un bien se traspa de forma definitiva de una persona a otra, la cesión del goce es solamente por determinado tiempo o se pasa a gozar de un bien conjuntamente por dos o más personas.

Las tres manifestaciones del fenómeno circulatorio son el cambio, el crédito y asociación.

Cada una de estas manifestaciones se encuentra bajo la constitución de relaciones obligatorias y el derecho ha estructurado para ellas un régimen jurídico que abarca aspectos generales de las obligaciones y contratos.

El derecho mercantil moderno se encuentra regulado en el Código de Comercio vigente y se centra en los sujetos que explotan una actividad económica como los



empresarios o comerciantes individuales y sociales, en el régimen jurídico del mercado en el que confluyen tales sujetos y en las instituciones que hacen posible, auxilian y limitan la competencia; y demás otorgan la entrada al intervencionismo estatal.

La concepción institucional concede mayor importancia a la persona que lleva a cabo la actividad profesional de contenido económico, al medio objetivo instrumentalmente empleado y al régimen general de la actividad llevada a cabo por el empresario de una empresa; que a los medios jurídicos instrumentales utilizados para la explotación de dicha actividad.

De ello deriva que el contenido contractual del derecho mercantil se haya visto afectado por los tres siguientes fenómenos:

- el primero, consistente en el predominio del empresario sobre sus instrumentos contractuales;
- el segundo, relativo a la desaparición de la dicotomía de regulación civil y mercantil de un mismo contrato y su sustitución por un solo régimen jurídico para cada contrato y
- el tercero; la permanencia como contratos mercantiles de quienes presuponen necesariamente la condición de empresario mercantil o comerciante en ambas partes o en una sola de ellas.

En el derecho guatemalteco, como respuesta de la dualidad de códigos que se ocupan de los aspectos jurídicos privados, el Código de Comercio al tratar de los



contratos lo lleva a cabo partiendo de un conjunto de disposiciones generales referentes a las obligaciones mercantiles en general y regulando en forma especial determinados contratos.

Estos los regulan de manera exclusiva y tienen en común el hecho de ser contratos que surgen de las relaciones a que da lugar el ejercicio de una empresa.

La coexistencia de un Código Civil y un Código de Comercio ha hecho fundamental el establecimiento de los principios específicos de las obligaciones y de los contratos mercantiles y regula los contratos esencialmente mercantiles por lo que hace a las obligaciones y a los contratos mercantiles de una forma coordinada, rigiéndose tal coordinación por la norma general de que solamente a falta de disposiciones especiales del Código de Comercio, se aplican a los negocios, obligaciones y contratos mercantiles las disposiciones del Código Civil.

CAPÍTULO III

La libertad de contratar y la libre competencia



Para comprender la contratación mercantil en masa, provocada por la Revolución Industrial y el desarrollo de nuevos métodos de producción a escala, es importante exponer respecto a la legislación y la estructura del mercado.

Las modernas tendencias del derecho de contratos, específicamente el de contratos con condiciones generales, se decantan ante un control exhaustivo al ejercicio de la libertad contractual y por el proteccionismo jurídico de la parte más débil de las relaciones contractuales, convirtiendo al consumidor en el paradigma por excelencia de debilidad y al Estado paternalista en el paladín de la justicia y la equidad contractual por encima de los pactos que de manera voluntaria acuerden los sujetos, los empresarios predisponentes por supuesto, se mantienen en el otro extremo de la balanza, el de los abusos y la mala fe y serían, de no ser por la dura lex sed lex, o la intervención estatal, los más grandes abusadores de los derechos que el ordenamiento les concede como parte contractual.

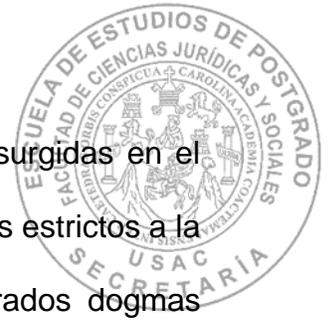
Este proteccionismo se fragua en el contexto de lo que se ha venido denominando *derecho social privado*, en el que el intervencionismo estatal en las relaciones jurídicas privadas se encuentra justificado por la protección de intereses comunes considerados más importantes que los intereses privados.



En la vieja doctrina de la autonomía de la voluntad, las obligaciones y derechos surgidos entre las partes tenían como criterio de validez la voluntad individual, limitada por la necesidad de coexistencia entre su voluntad y otras voluntades individuales, concepto superado hoy día por un criterio más abierto, la expresión menos individualista de la autonomía de la voluntad, la de la libertad contractual, aquella por la que las partes limitan el ejercicio de su derecho a los intereses comunes, pero sin verse despojados de sus facultades de normar, según su propia voluntad para asumir las obligaciones y derechos que les incumban.

La autonomía de la voluntad, tal y como se conoce, queda plasmada en los principios jurídicos del sistema liberal, según el cual las partes son los mejores guardianes de sus propios intereses y el libre juego de las fuerzas económicas produce siempre lo mejor, lo que tuvo como consecuencia que los legisladores decimonónicos diesen a sus normas sobre contratación el carácter meramente dispositivo.

La libertad contractual moderna tiende a entenderse dentro del Estado Social, en el que se invoca la protección del Estado frente a los abusos de poder de los particulares en el que el Estado se encuentra facultado para determinar hasta donde pueden llegar las voluntades de las partes y en el que el Estado se ve obligado a intervenir no solo para proteger el interés público, sino también los propios intereses privados en aquellos sectores en los que las consecuencias de la libertad de contratación causaba más daños que ventajas para quienes participaban en la celebración de contratos.



Sin embargo, aceptar que las actuales demandas de protección surgidas en el ámbito de las contrataciones modernas, requiera imponer unos límites más estrictos a la libertad contractual, no sugiere una crisis de estos principios considerados dogmas jurídicos, la voluntad contractual está subordinada a límites cuya observancia hace que el acto celebrado sea expresión y desarrollo -y no negación- de la libertad misma.

La autonomía de la voluntad no ha sido ni en su expresión más pura un principio absoluto, por el contrario, tiene límites y limitaciones: los primeros marcan la frontera, el techo normal hasta dónde puede llegar el principio, las segundas implican recortes, restricciones. En ese contexto se aborda a continuación lo relacionado con la legislación vigente para la contratación mercantil y posteriormente la autonomía de voluntad.

El Código de Comercio de Guatemala Decreto número 2-70 del Congreso de la República de Guatemala, al referirse a los contratos de adhesión lo hace en un solo artículo, el 672 que regula:

Los contratos celebrados en formularios destinados a disciplinar de manera uniforme determinadas relaciones contractuales, se regirán por las siguientes reglas:

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

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



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

Hay que observar que en este artículo se contempla la posibilidad de renunciar a algún derecho, lo que actualmente de darse el caso sería calificado como una cláusula abusiva carente de validez.

3.1. La autonomía de voluntad en el contrato de adhesión

Considero necesario desarrollar aspectos como la autonomía privada, el contrato y la libertad contractual, para concluir si en los contratos de adhesión existe limitación a la libertad de contratación.

Por lo tanto, es necesario reflexionar sobre los aspectos económicos, los cuales rigen las leyes del mercado: oferta y demanda. En consecuencia, la economía fluctúa de acuerdo con los intereses y la eficiencia individual de cada uno de los participantes en el mercado, sin intervención de ningún tipo puesto que el mercado es capaz de autorregularse, entonces en materia contractual la autonomía privada —entendida en el sentido más amplio posible— será capaz de producir resultados similares.

A partir de esta construcción filosófico-jurídica, el contrato como herramienta de regulación de los intercambios originada en el libre ejercicio de la voluntad de los contrayentes quedaba elevado a la categoría de ley privada; más aún, como lo señala



Kessler, esta ley causada en la intencionalidad de las partes está por encima de las normas jurídicas que deben permanecer *ius dispositivum* (Kessler, 1943).

Es decir, que su aplicación también debe depender de la voluntad de las partes ya sea, porque así lo decidieron o por su negligencia u omisión para regularlo de forma distinta.

El postulado de la autonomía privada¹⁷ no solo servía para permitir a los particulares la regulación de sus propios intereses en el marco de una especie de esfera privada donde cada uno de ellos era libre de perseguir su bienestar individual, sino que también servía para justificar el cumplimiento de los acuerdos realizados.

Para Demogue (1923) los pactos convenidos por los particulares en ejercicio de su autonomía son aceptados por la ley en cuanto implican una colaboración a la realización de los intereses colectivos y a la vez son irrevocables, porque así lo exige la seguridad social.

El principio de la autonomía privada alcanzó su cenit en los años del liberalismo

¹⁷ Se prefiere la expresión “autonomía privada” a la quizás más utilizada de “autonomía de la voluntad”, pues como lo advierte de Castro (1949) el término “autonomía de la voluntad” ha venido siendo criticado desde los tiempos de Savigny. El uso de la frase, en el sentido de autodeterminación de la persona individual, no corresponde a su sentido etimológico que proviene de *nomos* (ley) y *autos* (propio, mismo). Similar opinión ha sido expresada por Díez-Picazo y Gullón, quienes, con justa razón, también objetan la designación de “autonomía de la voluntad” al indicar que con esta expresión no deja de incurrirse en algún equivoco. Ello en virtud de que no es la voluntad, sino la persona la que goza de autonomía en cuanto a tal; es decir que el sujeto de la autonomía no es la voluntad, sino la persona como realidad unitaria. De la Puente y Lavalle (1983) hacen un juicioso estudio sobre ambas expresiones y nos dicen: “la expresión autonomía privada no siempre ha sido plenamente acogida, y la literatura jurídica ha preferido utilizar el término autonomía de la voluntad, por entender que la facultad de autorregularse, que es el contenido de la autonomía, se confiere a la voluntad humana” (página 26).



en los primeros códigos surgidos a través del auge de la legislación positiva con el Código Francés de 1809. El liberalismo exacerbó el reconocimiento de la libertad individual de los particulares, oponiendo a los dictados del poder del Estado un espacio de soberanía propio para las personas en el que este no tuviera injerencia; a menos, que razones de interés público así lo ameritaran.

Los acuerdos tendrían valor por la sola razón de haber sido así, querido por los interesados, con independencia de su contenido debido a que existe una garantía de justicia que deriva de voluntariedad del pacto; pues resulta claro que nadie se obligará a aquello que le resulte perjudicial.

Los humanos siempre actúan en la búsqueda de un interés propio, por lo que existe una idea de justicia implícita en el fundamento de obligatoriedad del contrato; por cuanto nadie mejor que uno mismo para reconocer lo que más le conviene o favorece, sin necesidad de que el Estado deba inmiscuirse para revisar el contenido de cada acuerdo puesto que ello implicaría una invasión al ámbito de la privacidad (Larenz, 1958).

Esta libertad en materia contractual se convirtió en una de las expresiones más importantes, sino la más, de la autonomía privada y conllevó al reconocimiento por parte del Estado de una esfera de poder propia de los individuos; de modo que las personas puedan regular sus relaciones contractuales por su cuenta y donde el poder estatal debe limitarse a garantizar, mediante su normativa, el cumplimiento de dichas relaciones voluntariamente aceptadas y generadoras de efectos vinculantes.



En otras palabras, si bien la libertad contractual significa el reconocimiento para los individuos de una zona que se podría llamar soberana dentro de la cual son libres para regular como a bien tengan sus relaciones particulares (con las excepciones igualmente previstas por la ley), según (Stromholm, 1989) también significa la intervención positiva del Estado para sancionar el incumplimiento de las partes a lo pactado, en otras palabras, el Estado tiene injerencia para darle fuerza legal a lo pactado por medio de su poder coercitivo.

La noción de la autonomía privada como eje de los efectos del contrato sería perfeccionada por la filosofía utilitarista bajo la tesis del interés positivo. No es el contenido de la norma legal lo que determina el cumplimiento de los efectos del contrato; en realidad, la legislación no regula sobre los fines de las acciones individuales, sino sobre los medios en la medida en que aquella -la legislación- es una acción gubernamental que para su realización debe afectar en mayor o menor grado a los miembros de la comunidad (Araujo, 2000); claro está, que interesa más al hombre el cumplimiento de los acuerdos que llega a celebrar que su incumplimiento debido a que al producirse este último decae la confianza que merece a sus semejantes y, en definitiva, es él mismo quien se perjudica (Soto y Mosset, 2009).

Kessler (1943) en su famoso ensayo clásico sobre la libertad contractual, retoma parte de este argumento cuando afirma que el comportamiento racional en el contexto de la cultura solo es posible si los acuerdos son respetados. Se requiere que las expectativas



razonables creadas por las promesas reciban la protección del derecho o de lo contrario se sufrirá el destino de los trogloditas de Montesquieu, los cuales perecían, porque no cumplían sus promesas.

La aparente contradicción que existe entre el reconocimiento de la noción de libertad y los límites que la ley le impone, es explicada en términos sencillos por Renato (1971) al afirmar que:

La cuestión de principios no da lugar a especiales dificultades: la noción de libertad y autonomía no puede asimilarse a la de mera arbitrariedad, por lo cual y sin contradecirse, siempre presupone límites, ante todo aquel básico respeto por los intereses ajenos. En concreto resulta natural explicar cómo la actividad de los particulares en el campo contractual, permaneciendo libre, ha de someterse a la disciplina dictada por el ordenamiento que le impone una serie de cargas y límites, a los cuales han de ajustarse sin vacilaciones los interesados, si es que quieren alcanzar sus propias finalidades dentro del derecho (p. 17).

La libertad contractual implica decidir si se contrata o no; establecer la contraparte en el contrato; escoger la figura iuris; determinar el medio o forma de expresión y estipular en forma libre el contenido contractual, lo que algunos llaman libertad de la configuración interna del contrato (Hinestrosa, 2002).

Desde la aparición del Código de Napoleón la relevancia de la figura era notable y se le atribuyen las siguientes consecuencias:

- (i) el derecho de contratar y también el de no contratar;
- (ii) la posibilidad de que las partes libremente y en un plano de igualdad, discutan



- el contenido del contrato;
- (iii) la posibilidad de escoger el tipo contractual más conveniente;
 - (iv) escoger o seleccionar las formas por las cuales la voluntad se exteriorizará;
 - (v) respetando las restricciones impuestas por el orden público, el Estado debía vigilar el respeto al contrato como si se tratara de una ley (Stiglitz y Stiglitz, 1985).¹⁸

3.2. El contrato de adhesión y la restricción de la libertad contractual

Con el advenimiento y luego con la generalización ad infinitum de los esquemas de contratación por adhesión a condiciones generales, la libertad contractual ha sido puesta en tela de juicio. En efecto, para aquel que actúa como adherente en este tipo de contratos, la posibilidad de estipular la configuración interna del contrato es una quimera inalcanzable. Quien adhiere no puede ejercer a plenitud el derecho a su libertad contractual, porque no interviene ni participa de modo alguno en la redacción del contenido del contrato; sin embargo y contra toda evidencia de la realidad material (que muestra un severo debilitamiento de esta), se sigue utilizando esta expresión, porque como anota Rescigno (2001) “se considera que el nombre todavía tiene razón de utilizarse” (p. 114).

El predominio de los contratos por adhesión ha significado el fin de la llamada

¹⁸ Se destaca que en un principio estas restricciones solo estaban constituidas por el orden público y las buenas costumbres y que fueron los comentaristas del Código Francés, sobre todo la jurisprudencia, quienes a partir de sus esfuerzos permitieron ampliar el abanico de hipótesis limitativas entre las que destacan: el enriquecimiento sin causa; la lesión enorme; la excesiva onerosidad sobreviniente; la imprevisión; la infracción de normas imperativas y la protección del débil.



soberanía del contrato, así a partir de la masificación de las relaciones contractuales se hizo ostensible que los principios del sistema del individualismo liberal no eran suficientes para la regulación de los contratos con clausulado predispuesto.

La autonomía privada como centro de gravedad de la teoría clásica del contrato comenzó a hacer agua por todos lados. Por una parte, la supuesta igualdad en la que se desarrollaban las relaciones contractuales no era más que un espejismo que se quedaba en un fundamento puramente teórico; tal vez, en el plano jurídico y en el civil las partes estuvieran en un plano de igualdad; pero, como dice (Ripert, 1949), las fuerzas eran desiguales puesto que predominaba la potencia de aquel que concentraba el poder de negociación para imponer su ley. Por otra, la teoría se construyó sobre una premisa inexacta: la supuesta equivalencia entre persona humana y persona jurídica, por ello poco a poco se fue desmoronando en la medida en que se hizo visible el papel cada vez más preponderante de las empresas en las relaciones económicas y en sus correspondientes relaciones jurídicas (Stiglitz y Stiglitz, 1985).

A esto se debe agregar que el sistema jurídico imperante en materia de contratos en muchos de los países data del siglo XIX y responde a las circunstancias sociales, económicas y políticas de dicho momento histórico; no obstante, resulta por completo insuficiente para regular las situaciones de desequilibrio creadas por la sociedad de consumo y la contratación en masa; además, se ha revelado impotente para poder restablecer las relaciones comerciales a un marco de igualdad.

La consolidación de la empresa en el lado fuerte de la ecuación contractual le



permitió imponer sus condiciones. El individuo ha perdido su libertad para determinar el contenido de los contratos, el contratante con superioridad económica no le permite la discusión de los esquemas que regirán sus relaciones hacia el futuro (Arrubla Páscar, 2007).

Las consecuencias del principio de libertad contractual en un régimen de desigualdad económica se han hecho sentir con severidad, actualmente es evidente que la libertad contractual exhibe un ostensible menoscabo; probablemente, las causas deban buscarse en los cambios que han afectado el mecanismo de formación de los contratos. El contrato libremente negociado, aquel cuya redacción era el fruto del consenso entre las partes intervinientes, aún subsiste; pero su espacio es cada vez menos visible, incluso se podría decir que es microscópico.

En su lugar se asiste al reino del contrato por adhesión con sus contenidos impuestos y predeterminados y con el agudo debilitamiento de la “sustancia consensual” (Santos, 1966, p. 33), la cual en la mayoría de los casos elimina de un tajo la libertad contractual, incluso desde las tratativas preliminares o *iter contractus*.

Los económicamente más fuertes llámense personas jurídicas, sociedades anónimas, grupos empresariales, imponen sus condiciones a los consumidores económicamente débiles confeccionando verdaderos monopolios de hecho o de derecho donde estos últimos solo pueden aceptarla o rechazarla; corriendo el riesgo, en este último caso, de no poder satisfacer sus necesidades más elementales. La libertad de



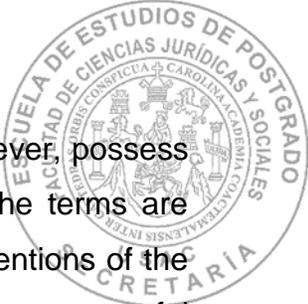
configuración del contrato se concentra con exclusividad en uno solo de los contratantes, mientras que para el adherente dicha libertad solo existe para decidir si contrata o no y en muchos casos ni siquiera conserva esta posibilidad de elección.

El principio de la libertad contractual, derivado del poder jurídico emanado de la voluntad particular, ha cedido su lugar a otro —que se podría denominar de la dependencia contractual— caracterizado, porque aquellos que ostentan el mayor poder de negociación o la posición económicamente dominante imponen a los consumidores los dictados de su arbitrio privado. Los resultados que produjo el régimen de libertad contractual durante el siglo XX dejaron claro que uno de los grandes problemas de la libertad transita por la posibilidad de formar una voluntad independiente de la dominación externa; en otras palabras, en un mundo donde cada vez es más evidente que sin libertad económica no se tiene ningún otro tipo de libertad (Sen, 2009)¹⁹, hablando en un plano estrictamente jurídico, el contrato por adhesión se ha encargado de demostrar que sin un mínimo de igualdad de poder entre las partes que lo ‘celebran’ es imposible hablar de libertad contractual.

En estos tiempos, el contrato de adhesión es el idioma universal de las transacciones contractuales que se celebran con consumidores tal como lo anota Little, (1997):

Millions of standardized adhesion contracts are used every day. They are neither

¹⁹ Amartya Sen, premio Nobel de economía, explica con prolijidad la relación innegable que existe entre la libertad económica y todas las demás libertades de las que se suele decir ‘goza’ el individuo. A partir de su minucioso análisis, concluye que la libertad en materia económica se superpone a todas las demás y que existe una relación causa-efecto entre la carencia de medios económicos y la falta de todo tipo de libertades tales como la educativa, la laboral o incluso la electoral.



inherently wrong nor automatically invalid. Adhesion contracts, however, possess the potential for abuse. The potential for abuse arises because the terms are drafted unilaterally and do not reflect a mutual agreement of the intentions of the parties. Kessler warned that standard contracts could become powerful instruments in the hands of the industrially and commercially powerful, “enabling them to impose a new feudal order of their own, upon a host of vassals”. Courts have, therefore, scrutinized and sometimes invalidated adhesion contracts, finding them unfair, unconscionable or violative of public policies (p.1,425).

El anterior razonamiento también es válido para la realidad de los países latinoamericanos, en los que tradicionalmente los límites al principio de la autonomía privada estaban representados por el orden público o las buenas costumbres; criterio que resultó insuficiente como se encargó de demostrarlo la economía de mercado. Las relaciones económicas de la modernidad dejaron categóricamente en claro que, con unos límites tan amplios para la autonomía privada, los grandes empresarios seguirían beneficiándose de un régimen perverso en detrimento de los consumidores —e incluso los pequeños empresarios— que estarían sometidos a unas condiciones inequitativas donde el abuso y la injusticia serían el pan de cada día.

Cuanto se entiende por las relaciones económicas, actualmente, se hacen bajo el marco de la economía de consumo; donde para la casi la totalidad de la población mundial es obligatoria la satisfacción de sus necesidades básicas a partir de la obtención de los bienes y servicios que se ofertan en el mercado. No hay manera de sustraerse del fenómeno del consumo, la noción de consumidor indica el punto terminal del proceso de intercambio de mercaderías y servicios dado que ambos se adquieren para la solución



de necesidades materiales o espirituales, y no para recolocarlos en el mercado (Rinesi, 2006). Consecuencia de ello es la recurrente presencia en el mercado de situaciones de disparidad de poder, el consumidor se encuentra en un plano de inferioridad innegable y las estructuras mercantiles contemporáneas tienden a agudizar esta situación, a no ser que se tomen los correctivos que sean del caso.

Para quienes defienden a ultranza los postulados de no intervención estatal en los asuntos económicos, argumento este fuertemente embebido de las doctrinas económicas de corte neoliberal, se considera que aún es necesario que el Estado tenga que intervenir mediante la elaboración de normas imperativas aplicables a las legislaciones sobre contratos o mediante la imposición de controles a los contenidos contractuales predispuestos. Lo anterior, se justifica puesto que el mercado no es capaz de ajustar sus propios mecanismos autorreguladores.

Es decir, que cualquier ineficiencia que en términos económicos se desprenda del desequilibrio existente entre los sujetos que intervienen en las relaciones de mercado no será corregida por el mismo mercado, en el entendido que quienes acceden al mercado con términos contractuales eficientes van a ser castigados por aquellos competidores que lo hacen a partir de términos económicamente ineficientes para los consumidores, lo que en últimas determinará una depuración de la oferta que se traducirá en mala calidad de esta y peores condiciones para que los consumidores puedan adquirir productos de buena calidad al pagar un precio no competitivo.

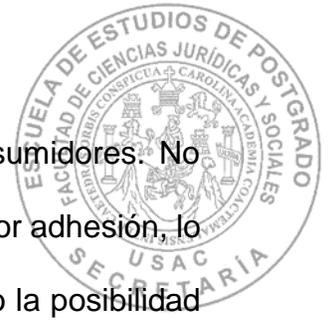


3.3. El mercado como corrector de la falta de libertad contractual

Existen quienes creen que el uso cada día más indiscriminado del contrato por adhesión a condiciones generales no representa el ocaso de la libertad contractual para los consumidores y a través de complejas construcciones teóricas han tratado de demostrarlo. En esta perspectiva coinciden varios estudiosos del *common law* y de la escuela del análisis económico del derecho, ellos alegan que existen buenas razones para sostener que la restricción de la libertad contractual no significa necesariamente que el contrato de adhesión deba ser satanizado.

En consecuencia, afirman que no es cierto que la limitación de la libertad de una de las partes tenga repercusión negativa en la defensa de sus intereses y aseveran que en realidad nunca los contratantes tuvieron idéntico poder de negociación: uno de ellos siempre ha estado en ventaja, ventaja que le permite imponer sus condiciones; así, la tan defendida libertad contractual no pasaría de ser un mero ideal utópico.

Quienes defienden este tipo de apreciación ponen toda su fe en que el mercado puede garantizar que no se obtengan resultados injustos a partir del uso indiscriminado de este tipo de contratación; sus argumentos giran sobre la siguiente premisa: si la principal función de la libertad contractual y la autonomía privada es la de permitir a los sujetos la autorregulación de sus relaciones económicas en aras a que puedan acomodarlas de la mejor forma posible a la satisfacción de sus intereses, entonces no hay problema alguno si aun excluyendo a los individuos de la discusión y la etapa formativa del contrato se puede obtener el mismo resultado que no es otro que la



satisfacción de sus intereses con el máximo de beneficio para los consumidores. No importa la restricción que para la libertad contractual significa el contrato por adhesión, lo relevante es que los individuos pueden escoger libremente en el mercado la posibilidad que más conviene a su provecho individual (Alfaro Aguila-Real, 1991)²⁰.

El objetivo que persiguen los defensores de esta idea es demostrar que el mercado puede actuar como factor corrector de la falta de libertad contractual y por consiguiente puede garantizar que se obtengan resultados benéficos para los consumidores/adherentes que no tienen influencia alguna en la elaboración de los contenidos contractuales. Patrick Atiyah, en sus ensayos sobre el contrato, explica como el desarrollo de los mercados hacia situaciones de mayor competitividad obliga a una redefinición del principio de libertad contractual al igual que reevaluar la importancia de la negociación en determinadas transacciones y contratos. En escenarios en los que cada día aumenta más y más el volumen de oferentes, bienes y servicios en el mercado y a la vez cada vez es más grande la demanda de estos bienes y servicios, nos acercamos a la situación de competencia ideal para la economía de libre mercado donde la oferta está en capacidad de reaccionar a todas y cada una de las expectativas de la demanda (Alfaro, 1991).

Así las cosas, con mercados en niveles más competitivos, los sujetos de las relaciones económicas no necesitarían de negociación sobre el contenido de sus

²⁰ Esto es lo que se denomina la posibilidad de autodeterminación que tiene un individuo en el mercado, y significa que el consumidor o adherente puede escoger entre varios predisponentes y seleccionar entre varias opciones la que más convenga a sus intereses.



contratos; pues el propio mercado sería capaz de asegurar que cada uno de ellos obtuviera lo que más le conviene a la satisfacción de sus necesidades.

Entonces, la negociación del contenido del contrato puede ser reemplazada por el mercado sin que los agentes tengan que sacrificar parte del provecho que legítimamente esperan obtener.

La aplicación de estas ideas en el caso de los contratos por adhesión sugiere que, entonces, no importa la restricción que para la libertad contractual de los consumidores/adherentes pudiera significar la difusión cada vez más amplia de estos contratos puesto que el mercado es capaz de regular el contenido de estos (Posner, 2007); por lo tanto, no necesariamente los efectos de este tipo de contrato son injustos para los consumidores.

Posner (2007) nos habla en *Economic analysis of law*, sobre la explicación “siniestra”²¹ de los contratos por adhesión, en el siguiente párrafo:

El vendedor (empresa), se rehúsa a negociar por separado con cada uno de los posibles compradores, porque ellos no tienen otra elección distinta a aceptar sus condiciones. Esto no significa la falta de competencia en el mercado. Cuando un vendedor ofrece condiciones poco atractivas, un competidor, queriendo obtener las ventas, ofrecerá condiciones más atractivas. El proceso seguirá de este modo hasta obtener las condiciones óptimas (pp. 1,134-1,144).

²¹ La explicación siniestra se opone a la “inocente”, según la cual la idea de contratar a través de contenidos pre- redactados evita a las empresas los costos derivados de la negociación y redacción de contratos por separado con cada posible contratante.



El razonamiento estándar del análisis económico del derecho sugiere entonces que, si los consumidores se comportan de acuerdo con las asunciones de la teoría del comportamiento racional de los individuos, la operación del mercado les dará a las partes oferentes los incentivos para incluir solo términos eficientes en las formas contractuales (Salazar, 2006).

Se puede decir, entonces, que el contrato de adhesión es uno de los mecanismos de expansión de las condiciones generales de contratación sobre los consumidores, propio de la Revolución Industrial y de la producción en masa, absolutamente limitativo de la libertad de negociar, el consumidor en este sentido queda supeditado a lo que pueda encontrar en el mercado (agente económico de la oferta); sin embargo, se puede decir que el contrato de adhesión permite consolidar la estructura del mercado, más cuando en este únicamente existen pocos competidores, limitando de esta manera no solo la libertad de contratar, sino la libre competencia entre empresas.

En virtud de lo anterior, se describirá lo que se entiende por libre competencia y se hace una aproximación del mercado de la telefonía en Guatemala y sus características y de cómo esta influye en la libertad de competencia, definiendo la estructura del mercado y ocupando un porcentaje significativo en el índice de dominancia del mercado.

3.4. El mercado y su imposibilidad de reemplazar la libertad contractual

Cuando en el mercado hay información asimétrica entre productores y consumidores, difícilmente los consumidores pueden evitar ser víctimas de cláusulas

favorables netamente a las empresas —e ineficientes en términos económicos—, lo que produciría contratos adhesivos de baja calidad.



Cuando los consumidores de un producto o servicio no conocen de las características o calidades de este debido a que es costoso adquirir tal información entonces no podrán saber si, por ejemplo, un precio bajo significa un producto de mala calidad.

Al tener un precio inferior al de la competencia, una empresa (con productos de mala calidad) obtendrá una mayor participación en el mercado. La competencia para poder reaccionar deberá bajar sus precios y por lo tanto su calidad; esto se traducirá en una baja de la calidad en el mercado, nunca en un efecto autorregulador para atenuar la falta de libertad de elección de los consumidores (Akerlof, 1970).

Son discutibles también los argumentos sobre la rebaja en los precios por obtener en contratos adhesivos con cláusulas desfavorables, pues estos no parecen del todo convincentes. En su artículo *Bounded rationality, standard form contracts, and unconscionability*, Korobkin (2006) desarrolla un planteamiento teórico que al partir de la idea de falla del mercado contradice las predicciones de la tesis del mercado corrector; manifestando, por el contrario, como las empresas se benefician en mayor medida cuando presentan términos ineficientes en sus contratos por adhesión.

Para llegar a esto explica que el análisis de Posner parte de una premisa inexacta:



la de creer que tanto las empresas como los consumidores cuentan con información suficiente y completa sobre el contenido del contrato y las posibles eventualidades que pudieran presentarse durante su ejecución, sin necesidad de tener que pagar por ello grandes costos.

La realidad contradice esta afirmación, expresando en cambio que la información sobre los términos contractuales de las empresas es costosa y difícil de obtener; y que los consumidores podrían entonces escoger, de manera racional, evitar comparar las ofertas de las diferentes empresas cuando perciben que los costos de ello resultan mayores que los beneficios que pudieran esperar Korobkin (2006).

En la práctica, los consumidores carecen de la información necesaria para poder escoger entre la pluralidad de firmas oferentes; resulta difícil pensar que el mercado pueda garantizar que las empresas ofrezcan sus bienes y servicios mediante contratos por adhesión que no sean de baja calidad (Schwartz & Wilde, 1979).²²

El análisis comparativo de todos los atributos relevantes para la decisión del

²² Schwartz y Wilde presentan una argumentación en la que intentan aplicar las conclusiones de los modelos de calidad de producto al tema de los contratos por adhesión. Para ellos siempre en el mercado las empresas pueden producir bienes de alta y baja calidad, y los costos marginales de la empresa varían, según la calidad de los bienes que se produzcan, de lo que depende el precio final al que se ofrecen tales bienes a los consumidores. Estos últimos no poseen la información necesaria sobre estas variables (precio y calidad), por ello no pueden saber si los bienes a adquirir son competitivos o no. Schwartz y Wilde dividen los consumidores en dos grupos: a los primeros los llaman *No-Shoppers* (no compradores), que no pierden tiempo ni esfuerzo en la búsqueda de la combinación precio/ calidad que más les convenga; y al segundo grupo lo llaman *Shoppers* (compradores), aquellos consumidores que sí conocen al dedillo la relación precio/calidad de los productos que les interesan y por ello pueden mejorar su beneficio. Los teóricos norteamericanos analizan el equilibrio del mercado en dos escenarios diferentes: cuando todos los consumidores prefieren comprar bienes de buena calidad y (ii) cuando todos los consumidores prefieren comprar productos de mala calidad. Del número de consumidores *shoppers* que lleguen al mercado depende que este pueda actuar como factor corrector de los contenidos del contrato por adhesión.



consumidor de celebrar un contrato por adhesión requiere un gasto inmenso en términos de tiempo, esfuerzo y atención mental; así pues, en realidad, lo que se presenta en la mayoría de los casos es una escogencia basada solo en el precio o en consideraciones meramente aleatorias.

En este sentido, las empresas solo redactarán en sus contratos predispuestos cláusulas eficientes en aquellos parámetros que son de influencia a la hora de sopesar la decisión del consumidor para celebrar o no el contrato; los otros aspectos, donde las cláusulas podrán ser ineficientes o incluso vejatorias, el consumidor no los tendrá en cuenta y a partir de ellos la empresa podrá incrementar sus beneficios a costa de sus clientes; así, el mercado no puede corregir la limitación que para el consumidor significa su mínima libertad contractual.

Como se ha visto, la mayoría de autores citados, coinciden en que el contrato de adhesión limita la libertad contractual, siendo este una herramienta de corte neoliberal, utilizado tanto en la industria como en los servicios, ha sido herramienta fundamental para consolidar a los agentes del mercado, que reviste de características muy especiales, para lo cual es necesario en adelante definir conceptos clave, como libertad de competencia y sus distintas modalidades, así como las características de los agentes del mercado, en términos de oferta, del ramo de los servicios de telefonía, con la finalidad de determinar quién es el dominante y determinar si existe libre competencia entre los operadores de dicho servicio.

En ese sentido, se inicia por definir la competencia, la cual constituye, uno de los



principios rectores de la economía de mercado, siendo, en el plano de las libertades individuales, la forma más importante en que se manifiesta el ejercicio de la libertad de empresa. El concepto de economía de mercado reposa de manera esencial en la libre competencia (Demsetz, 1986), que resulta de la competencia libre en el mercado de oferentes que producen bienes o servicios similares y, a su vez, consumidores que toman decisiones libres sobre sus compras en el mercado con información suficiente sobre las características de precio y calidad de los productos, sin que en estas decisiones intervengan fuerzas distintas a las del mercado mismo.

El proceso competitivo proporciona en muchas circunstancias un sistema de incentivos que impele a las empresas privadas a comportarse en formas por lo general consistentes con la asignación eficiente de recursos. Pero tales condiciones no siempre se presentan y las fuerzas de la competencia son inevitablemente débiles o inexistentes en algunos sectores, sobre todo industriales.

Existe entonces la necesidad de una política reguladora que influya en el comportamiento del sector privado, estableciendo un sistema de incentivos apropiado para guiar o restringir las decisiones económicas (Vickers & Yarrow, 1994).

Hay un creciente reconocimiento de la importancia de la competencia para el éxito de los mercados y de la necesidad de la acción gubernamental, ambas para mantener la competencia y regular las industrias donde la competencia se mantiene limitada. Las políticas de competencia y de regulación son vitales para una economía de mercado.

En términos generales consiste en la prohibición del abuso de poder de mercado



por parte de empresas monopolistas o dominantes y en la valoración de las peticiones de fusiones o adquisiciones.

La importancia de la política de competencia radica en que pretende garantizar la existencia de una competencia suficiente y protegerla frente a todo ataque contrario al interés público que sea compatible con otras leyes que regulan el mercado conforme a otras exigencias jurídicas o económicas, de orden público o privado.

3.5. Eficiencia de mercado y eficiencia económica

La competencia constituye uno de los principios rectores de la economía de mercado, siendo, en el plano de las libertades individuales, la forma más importante en que se manifiesta el ejercicio de la libertad de empresa. El concepto de economía de mercado reposa de manera esencial en la libre competencia, que resulta de la competencia libre en el mercado de oferentes que producen bienes o servicios similares y, a su vez, consumidores que toman decisiones libres sobre sus compras en el mercado con información suficiente sobre las características de precio y calidad de los productos, sin que en estas decisiones intervengan fuerzas distintas a las del mercado mismo (Méndez, 2008).

El concepto de libre competencia se aplica normalmente en un país y toma en cuenta tanto los bienes nacionales como los extranjeros. Esa es la razón que justifica la profunda interrelación entre las políticas de libre competencia y el libre comercio. El funcionamiento de los mercados competitivos explica cómo y por qué se producen ciertos fenómenos de la vida económica (en este caso, cómo se forman los precios en un

mercado en el cual cada oferente y cada demandante es relativamente pequeño en relación con la oferta y a la demanda totales).



La competencia perfecta posee un aspecto relacionado a la economía normativa que manifiesta ciertas propiedades consideradas deseables que conducen a preferirla a otros tipos de estructura de mercado, ejemplo, al monopolio (Schwart Girón, 2001).

La primordial condición normativa que manifiesta la competencia en una multiplicidad de supuestos es la eficiencia económica. Se dice que una situación es eficiente si no resulta posible mejorar el bienestar de ninguna persona sin desmejorar el de alguna otra.

Una dimensión de importancia capital en el derecho y en la política de la competencia consiste en determinar los límites al ejercicio del poder de mercado. El poder de mercado y la capacidad para fijar márgenes de precios por encima de los costes aminora con el número de empresas, pero imponer los equilibrios de las fuerzas competitivas puede generar duplicidad e infrautilización de los costes fijos y de las dimensiones eficientes. La economía define el poder de mercado de un agente económico como la capacidad que tiene este de influir sobre los precios vigentes en un mercado.

En otros términos, es la capacidad de una única empresa o de varias empresas competidoras para elevar los precios en beneficio propio por encima de los niveles de



precios de competencia y restringir ofertas por debajo de los niveles de competencia durante un periodo sostenido de tiempo. Ese poder de mercado puede brotar tanto del lado de la oferta como de la demanda, es decir, un agente económico puede poseer poder de mercado como vendedor o como comprador de un bien o servicio.

La ausencia de poder de mercado implica en cambio que el agente en cuestión se comporta como, tomador de precios, que es el comportamiento que se supone que tienen tanto los oferentes como los demandantes en un mercado competitivo.

Históricamente se ha considerado en muchos países que la protección de la libertad económica y de los procesos competitivos, así como de la equidad en las relaciones económicas como uno de los objetivos de la política de competencia²³. Dicha política conduce a las empresas a mejorar continuamente su eficiencia, que es una condición indispensable para una mejora constante en el nivel de vida.

Hay un creciente reconocimiento de la importancia de la competencia para el éxito de los mercados y de la necesidad de la acción gubernamental, ambas para mantener la

²³ "Aunque en los últimos 100 años se han asignado muchos objetivos a la política de competencia, destacan algunas cuestiones importantes. El objetivo más corrientemente citado es el de mantenimiento del proceso competitivo o de la libre competencia, o de protección o promoción de la competencia efectiva, que se considera sinónimo de eliminar o prevenir restricciones injustificadas de la competencia. Otros objetivos conexos son la libertad de comercio, la libertad de elección, y el acceso a los mercados. En algunos países, como Alemania, la libertad de acción individual se considera como el equivalente económico de un sistema constitucional más democrático. En Francia se pone el acento en la política de competencia como medio de garantizar la libertad económica, es decir, la libertad de competir" (cf. Banco Mundial y OCDE, "A Framework for the Design and Implementation of Competition Law and Policy", París, 1997, p. 2.)

competencia y regular las industrias donde la competencia se mantiene limitada. Las políticas de competencia y de regulación son vitales para una economía de mercado.

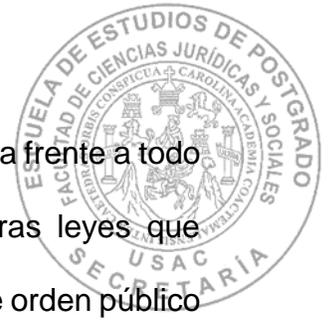


La regulación se puede llevar a cabo controlando precios, emitiendo algunas prohibiciones o restricciones sobre las empresas o bien mediante la existencia de empresas de propiedad pública, en estos casos se dice que la regulación es directa.

No obstante, también existen regulaciones indirectas tales como, los subsidios; los impuestos; las transferencias; las franquicias; las concesiones; las licencias y los permisos. Además, debe considerarse el establecimiento de estándares de calidad y desempeño. La política de competencia ha sido considerada una de las principales áreas entre las políticas económicas de las modernas economías de mercado.

Dicha política puede dirigirse tanto contra las prácticas anticompetitivas privadas como contra las medidas o instrumentos públicos que afectan a la situación de la competencia en los mercados. Por ejemplo, los obstáculos al comercio o a la inversión extranjera y los requisitos de obtención de licencias, entre otras medidas, pueden influir en la intensidad de las presiones competitivas en los mercados, por lo que muchos investigadores las consideran objetivos adecuados de la política de la competencia.

En términos generales consiste en la prohibición del abuso de poder de mercado por parte de empresas monopolistas o dominantes y en la valoración de las peticiones de fusiones o adquisiciones. La importancia de la política de competencia radica en que



pretende garantizar la existencia de una competencia suficiente y protegerla frente a todo ataque contrario al interés público siendo asimismo compatible con otras leyes que regulan el mercado conforme a otras exigencias jurídicas o económicas, de orden público o privado. Por ello, la defensa de la competencia de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación, ha de concebirse como un mandato a los poderes públicos. El establecimiento de un marco adecuado para la libre competencia entre las empresas en los mercados depende esencialmente de cuatro tipos de políticas: la liberalización, la desregulación, la defensa de la competencia y la privatización (Del Villar y Soto, 2001).

La desregulación de los mercados internos y el establecimiento de normas que no discriminen a las empresas extranjeras en favor de las nacionales. La política de competencia consiste en un conjunto de reglas y acciones emanadas del Estado, que tienen el propósito de asegurar la participación e ingreso de nuevas empresas a los mercados de bienes y servicios y la permanencia de aquellas que producen con eficiencia. Para ello, restringen las decisiones de autoridades gubernamentales que limitan la competencia y controlan las conductas anticompetitivas de los agentes económicos que gozan de posiciones de privilegio en el mercado.

Desde un punto de vista más riguroso, se atribuye a la política de competencia el carácter de instrumento para la asignación eficiente de los recursos productivos en las economías orientadas por los principios del libre mercado.

En otras palabras, sirve para garantizar que los recursos productivos de una



economía contribuyan a aumentar el nivel de actividad económica -producir más y mejores bienes y servicios, a mejor precio-, y no para engrosar las rentas de un productor monopólico u oligopólico.

Una política de competencia debe tener, a grandes rasgos, dos áreas de actividad, ambas indispensables y complementarias: por una parte, el control coercitivo de las conductas abusivas de los agentes económicos, lo que constituye su faceta más conocida y debatida de las políticas de competencia que aplican varias decenas de países alrededor del Mundo; por otra, el control y contención del poder estatal cuando este favorece la actividad de los monopolios y las prácticas restrictivas del comercio.

La política comercial y la política de competencia son coherentes entre sí con respecto a sus objetivos. Ambas persiguen el aumento de la competencia y pueden considerarse coherentes en el sentido de que ambas pueden utilizarse para lograr el objetivo de hacer más competitivos los mercados internos: la política comercial es la que abre los mercados a los suministros y los proveedores extranjeros y la política de competencia crea un clima conducente a mercados más abiertos

3.6. Tipos de competencia dentro de la estructura de mercados

La Estructura Social de Mercado (ESM) tiene entonces una influencia directa en la conducta económica de la empresa, lo que a su vez afecta su rendimiento en el mercado. En este sentido, los efectos de retroalimentación se producen de manera que el desempeño del mercado puede afectar la conducta a la estructura de mercado o viceversa (Heinz & Gilbert, 2016).



La propuesta anterior culmina en el término de paradigma ECP, o mejor conocido por sus siglas en inglés (structure-conduct-performance [SCP]), el nivel de competencia de un mercado está correlacionado positivamente con el número de competidores y correlacionado negativamente con la participación de mercado que tienen (Tarziján & Paredes, 2003).

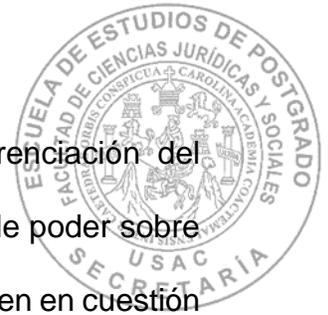
Entonces, lo que los autores dicen es que entre más alto sea el número de competidores en un determinado mercado más probabilidad que el mercado se comporte al modelo de competencia perfecta o viceversa.

La competencia es "una situación patrimonial en la cual los agentes económicos tienen la libertad de ofrecer bienes y servicios aptos en el mercado y de elegir a quién compran o adquieren estos bienes y servicios" (Stigler, 2008, p. 63).

La interacción de los agentes permite la existencia de diferentes estructuras de mercados, el análisis de la competencia, las que se destacan son las siguientes:

Competencia perfecta: es aquella en la que existe un gran número de compradores y vendedores de un bien o servicio; existe libertad absoluta para los agentes; no hay control sobre los precios ni reglamento para fijarlos. Por ello el precio de equilibrio se da cuando la cantidad ofrecida es igual a la cantidad demandada (Morales, 2003).

Competencia monopolística: es una estructura de mercado donde compiten un



gran número de empresas que elaboran productos similares. La diferenciación del producto le da a la empresa en competencia monopolística una fracción de poder sobre el mercado. La empresa es el único fabricante de la versión particular del bien en cuestión (Parkín, 2007).

Competencia imperfecta: la competencia imperfecta constituye la organización de mercado que prevalece en la realidad económica actual de la mayoría de los países, los compradores y vendedores podrán influir en el precio de los bienes y servicios, dando lugar a pérdidas de eficiencia (Rodríguez, 2018).

La competencia imperfecta incluye entre sus estructuras de mercado al monopolio y oligopolio. Por lo cual se considera importante conceptualizar las características de cada uno.

Monopolio: "el monopolio se trata de una práctica de mercado que deja en su forma más primigenia, a un solo ofertante de un determinado producto, bien o servicio, frente a la demanda de los consumidores" (Obando, 2018, p. 4).

Oligopolio: "es aquella situación de mercado en el cual existe un reducido número de empresas" (Obando, 2018, p. 11).

Para entrar al análisis de la participación y distribución del mercado telefónico en Guatemala, se observó el análisis que Galicia (2018) realizó durante el periodo del 2014 al 2016, en el cual determinó que:

El mercado telefónico guatemalteco muestra un alto auge en la última



década, esto debido al avance tecnológico a nivel mundial.

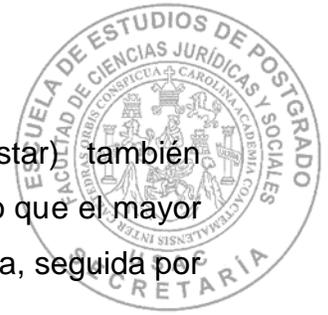
Del total de telefonías, durante el periodo 2014 al 2016 tres compañías concentran la mayor distribución de las líneas en operación activas, con lo cual, se puede argumentar que se trata de compañías grandes.

La participación y distribución del mercado telefónico para el periodo 2014 al 2016. La compañía telefónica más grande del país, según las **líneas en operación (ORL)**, es Comunicaciones Celulares, S.A. (Comcel) mejor conocido como **Tigo**, con una cuota del mercado del cuarenta y nueve por ciento (**49%**) para el año 2014; seguido por Telecomunicaciones de Guatemala, S.A. (**Claro**) y **Telefónica** Móviles Guatemala, S.A. (Movistar).

Para el año 2015, aún se mantiene la compañía Tigo con una cuota del mercado del cincuenta por ciento (50%); seguido por Claro y Movistar, **lo que significa que el cero punto cero un por ciento (0.01%) restante es disputado por compañías telefónicas más pequeñas, y no significantes** en decisiones del mercado.

La concentración del mercado viene dada por Tigo, Claro y Movistar acaparando la totalidad del mercado, debido que para el año 2016, muestra que aún se mantiene liderando la compañía Tigo, con una cuota del mercado del cuarenta y ocho por ciento (**48%**); seguido por Claro, y Movistar, lo que significa que las compañías telefónicas restantes ya no cuentan con decisiones del mercado derivado que la participación global es apenas del 0.000001%.

La evolución de los últimos tres años de la compañía telefónica, según las líneas (ORL), muestra que existe una mala distribución del mercado telefónico esto debido a que para los nuevos empresarios individuales o empresas extranjeras que quieran competir con las grandes compañías de comunicaciones en Guatemala, estarán siempre condenadas al fracaso debido que **no existe una estructura equitativa para el comercio del servicio telefónico.**



En total, estas tres compañías (Tigo, Claro y Movistar) también concentraban tres cuartas partes del total del mercado, esto debido que el mayor número de líneas (2,727,577) se ubicaron en la región metropolitana, seguida por las regiones nororiente y suroccidente.

La concentración telefónica también se observa en la distribución de la (ORL), que a diciembre 2014 era de dieciocho millones seiscientos treinta mil cientos nueve (18, 630,109).

Los resultados evidenciaron que el mercado de la telefonía guatemalteca en su totalidad, tiene una dominancia muy alta, pero cuenta con una diversidad muy baja. El valor del Índice de Dominancia (ID) del año 2016 (0.9999) indica que existe alta probabilidad que la concentración en el mercado de distribución de telefonía obstaculice la competencia entre las empresas de dicho mercado, esto debido que el valor de D del año (0.0000) indica un mercado poco diversificado con una diversidad baja, lo que implica que el mercado no cuenta con proveedores con mayor capacidad de producir los servicios de telecomunicación y así brindar sus servicios a un menor costo (p. 42).

Del análisis anterior se puede concluir que el mercado de la telefonía en Guatemala, se encuentra dominado por tres únicas empresas, Tigo, Claro y Telefónica, las que constituyen un oligopolio, por lo tanto, dejan un insignificante porcentaje de competencia a otros operadores; aunado a ello, se puede decir que los tres operadores tienen más del 75% de concentración del mercado, por consiguiente tienen la capacidad de distorsionar el mercado y de evitar una libre competencia en beneficio de los usuarios.

La participación en la economía nacional de dicha actividad representa el 8% del Producto Interno Bruto nacional, según el Banco de Guatemala, dicho porcentaje no se

debe circunscribir a la participación en la economía nacional, sino en la mejora de la tecnología de las empresas, siempre buscando el beneficio de los usuarios.



Las tres compañías anteriores utilizan para aumentar y facilitar sus procesos de contratación, contratos de adhesión, lo que les permite disminuir tiempos y costos de negociación, por lo tanto, los operadores de telefonía se encuentran en estos momentos restringiendo la libertad de contratación y distorsionando el mercado al constituirse en un oligopolio. Por lo que se puede concluir que es imperativo promover mecanismos legales para proteger al consumidor, por verse limitado en su capacidad de negociar los servicios que necesita, así como promover una ley de competencia, que regule no solo el oligopolio de las telecomunicaciones, sino otras actividades económicas que son pilares fundamentales en el desarrollo de la economía nacional y de la calidad de vida de las personas, fin con el que se organiza el Estado. Por lo que en adelante se describe lo que vendría a regular la ley de competencia y la ley protección al consumidor, específicamente en la contratación mercantil en masa.

3.7. Ausencia de mecanismos para regular la competitividad

Guatemala no cuenta con una ley de competitividad, que promueva la libre competencia desde el punto de vista comercial, pero tutelando los derechos de los consumidores.

Para el lector, podrá parecer un poco extraño que en un mismo cuerpo legal se contemple y se incentive la *promoción de la competencia* y la *defensa del consumidor*,



porque parece que en una sociedad globalizada económicamente donde existe una aparente desregulación de las actividades comerciales por parte del Estado, el principal afectado será el consumidor. Sin embargo, en esta ley no se debe buscar desproteger al consumidor, porque, aunque se promueva la libre competencia, la eliminación de trámites innecesarios para la apertura comercial y los contratos de adhesión, por otra parte, se sanciona el uso de cláusulas abusivas, se regulan los monopolios y se declara una serie de derechos del consumidor con una concepción mucho más amplia y proteccionista de lo que establecían las legislaciones anteriores.

Legislar en favor de la libertad de competencia significa incluir en la ley el régimen de responsabilidad objetiva que ciertamente coloca al consumidor en una posición sumamente ventajosa con respecto al comerciante; es por eso que en esta ley se debe establecer un equilibrio entre la búsqueda del crecimiento de la economía nacional y los derechos del consumidor. La legislación debe buscar:

(...) una combinación armónica y equilibrada de los requerimientos de la apertura comercial del país, que fomente la participación de un mayor número de agentes económicos en el mercado, con el resguardo de la posición del consumidor frente a las prácticas y estrategias comerciales. Asimismo, su espíritu no puede ser otro que proteger efectivamente los derechos del consumidor y los intereses legítimos de este, además de buscar una tutela y promoción de competencia y libre concurrencia, mediante la prevención, la prohibición de monopolios, las prácticas monopolísticas y otras restricciones al funcionamiento eficiente del mercado, así como la eliminación de las regulaciones innecesarias para las actividades económicas (www.mineco.gob.gt, 2005)

Es importante prever la regulación de los monopolios, que se dice ayuda a la libre



competencia y apertura comercial; sin embargo, tiene otra función aún más importante la cual es en beneficio del consumidor. Una de las razones por las que muchos consumidores aceptan el pliego de cláusulas (algunas abusivas) establecidas en el contrato de adhesión es, porque la empresa que ostenta el monopolio es la única que ofrece determinado bien o servicio, por lo que el consumidor no tiene una posibilidad real de elección y termina aceptando las condiciones impuestas.

3.7.1. Necesidad de una ley de competencia

Cabe destacar que, dentro del ordenamiento jurídico del país, tanto la Constitución Política de la República de Guatemala (CPRG) como también algunas leyes ordinarias contienen preceptos de relevancia en relación con la economía de mercado y la libre competencia. En efecto, el artículo 1 de la CPRG establece que, el fin supremo del Estado es la realización del bien común, por lo que el hecho de sancionar conductas comerciales que restringen la competencia en los mercados de bienes y servicios es muy importante, considerando que una parte de los esfuerzos de la política pública debe estar orientada a crear condiciones favorables para beneficio de los consumidores.

En la carta magna, asimismo, se plasman normas en materia de competencia de mercados, como el artículo 130 que se refiere a la prohibición de monopolios; sin embargo, este y otros preceptos constitucionales sobre el tema no han sido desarrollados a nivel de una ley ordinaria, como podría ser una ley de promoción o defensa de la competencia.



En otro nivel de jerarquía legal, como es el caso de las normas ordinarias, específicamente en el Código de Comercio y el Código Penal, también se tipifican normas sobre el tema de competencia, pero dejan vacíos para la aplicación de una ley que promueva la competencia en el país.

Cabe subrayar que:

Durante la segunda mitad de la década de 1990 se promovió la modernización de una parte importante de la legislación económica del país mediante la aprobación y puesta en vigencia de normas ordinarias especializadas, en cuyo contexto se sustituyó la regulación tradicional de carácter restrictivo por instrumentos reguladores con orientación de mercado (www.mineco.gob.gt, 2005, párr.1).

Este nuevo marco regulatorio está ahora estructurado por las leyes que norman el funcionamiento de los mercados de telecomunicaciones, hidrocarburos y energía eléctrica, en las cuales se establece la apertura para la competencia, aunque todavía con algunas limitaciones.

Frente a los desafíos que plantean los mercados mundiales cada vez más globalizados se estima necesario impulsar una ley marco en materia de competencia, tomando en cuenta que, las políticas de apertura comercial de carácter unilateral que aplica cada país en particular y los tratados de libre comercio, no constituyen un sustituto de la política y la ley de competencia en el nivel nacional, particularmente si se considera que la liberación del comercio y de las inversiones extranjeras pueden propiciar prácticas contrarias a la libre competencia a partir de la posición de dominio que pueden adquirir



los nuevos agentes que entran a los mercados domésticos de bienes y servicios, sea que estos actúen por sí solos o en colusión con las empresas ya existentes en tales mercados.

El análisis del marco legal vigente en Guatemala relacionado con la competencia de mercados, en cuya base se puede concluir que la promoción y defensa efectiva de la competencia plantean como una de las condiciones básicas la adopción de una ley marco en esta materia, tal y como ya lo han hecho la mayoría de los países de Latinoamérica.

3.7.2. Legislación de la competencia en Centroamérica

Desde hace varios años el tema de competencia de mercados se ha venido desarrollando en los países que conforman el istmo centroamericano. En cada país distintos cuerpos legales regulan la competencia de sus mercados internos a través de leyes ordinarias y leyes especiales.

A este respecto, los países centroamericanos se pueden dividir en dos grupos: los que cuentan con Ley de Competencia, siendo estos Costa Rica y Panamá, que ya disponen de cuerpos legales de primera generación y con instituciones públicas encargadas de velar por la aplicación de estos; por ejemplo, en Costa Rica se creó la Comisión para Promover la Competencia (COPROCOM), que es la institución encargada de velar por la aplicación tanto de la Ley de Competencia como de la Defensa del Consumidor.

Por su parte Panamá adoptó en 1996 la Ley de Competencia y del Consumidor (Ley 29), a través de la cual se creó la Comisión de Libre Competencia y Asuntos del Consumidor como institución responsable de velar por la aplicación de dicha ley.



Un segundo grupo de países está integrado por aquellos que no cuentan con ley de competencia, pero que tienen en proceso su formulación o su aprobación, siendo estos Guatemala, Honduras y Nicaragua. El hecho de que estos países aún no hayan adoptado una ley de competencia los ha situado en un nivel de rezago en el desarrollo y tratamiento de este tema económico jurídico a nivel mundial y latinoamericano.

3.7.3. Legislación en pro de la libre competencia en Guatemala

Desde el año 1997, Guatemala a través del Ministerio de Economía, ha venido desarrollando un anteproyecto de Ley de Competencia, en el cual se han incorporado los elementos de política y el marco regulatorio que rige a nivel internacional en este tema. La participación de expertos nacionales e internacionales para el desarrollo y revisión de este anteproyecto ha constituido una contribución muy importante para su elaboración, quedando pendiente la decisión política para su aprobación.

La experiencia de otros países señala que, la ausencia o demora de la voluntad política en torno a la aprobación de leyes en materia de competencia se explica por el desconocimiento del tema, o por una mala apreciación de la política de competencia, la cual es visualizada como instrumento para erradicar los monopolios. Esta concepción ha



cambiado radicalmente con la doctrina moderna de la competencia, según la cual los monopolios no deben ser destruidos por el mismo hecho de ser monopolios, sino únicamente sancionados cuando abusen de su posición de dominio²⁴ en el mercado.

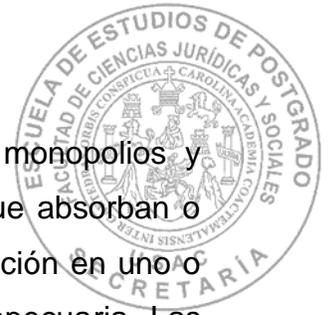
La competencia de mercados debe ser regulada en Guatemala por mandato de la Constitución Política de la República, vigente desde hace 34 años y es objeto de regulación parcial por leyes ordinarias generales, así como también por leyes especiales que datan de hace tres décadas.

En materia de competencia, el marco jurídico guatemalteco está constituido por:

- ❖ Constitución Política de la República de Guatemala
 - Código de Comercio
 - Código Penal
 - Ley de Comercialización de Hidrocarburos
 - Ley General de Telecomunicaciones
 - Ley de Bancos

La Constitución Política de la República en su sección décima titulado Régimen económico y social, se encuentra el artículo 130 en el que se establece en forma clara la prohibición de Monopolios y Privilegios, el cual dice así:

²⁴ Se entiende por Abuso de Posición de Dominio a toda conducta, acto, acuerdo de uno o varios agentes económicos que dominan una determinada industria, cuyo objeto o efecto sea o pueda ser impedir u obstaculizar la entrada o permanencia de agentes económicos en todo o parte del mercado.



Artículo 130. Prohibición de monopolios. Se prohíben los monopolios y privilegios. El Estado limitará el funcionamiento de las empresas que absorban o tiendan a absorber, en perjuicio de la economía nacional, la producción en uno o más ramos industriales o de una misma actividad comercial o agropecuaria. Las leyes determinarán lo relativo a esta materia. El Estado protegerá la economía de mercado e impedirá las asociaciones que tiendan a restringir la libertad del mercado o a perjudicar a los consumidores.

Esta norma constitucional constituye el punto de partida para el desarrollo de una ley en materia de competencia. Puede observarse que este artículo no solo se limita a prohibir los monopolios en forma per se; sino que establece como función del Estado:

Limitar el funcionamiento de empresas que absorban o tiendan a absorber la producción de uno o más ramos industriales o de una actividad comercial o agropecuaria, en perjuicio de la economía nacional.

Asimismo, esta norma constitucional delega en las leyes ordinarias la regulación de las funciones establecidas en el párrafo anterior al indicar que "las leyes determinarán lo relativo a esta materia" (Constitución Política de la República de Guatemala, 1986, p. 130).

Además, asigna otras atribuciones al Estado, tales como:

- Proteger la economía de mercado
- Impedir las asociaciones que tiendan a restringir la libertad de mercado o perjudicar a los consumidores.

Con estas dos atribuciones asignadas al Estado el legislador en forma general



incorporó los elementos del objeto de una ley de competencia, como:

- Preservar y promover la libre competencia,
- Incrementar la eficiencia económica y el bienestar del consumidor,
- El control de los actos de concentración económica, los acuerdos restrictivos o los arreglos entre empresas, fusiones o adquisiciones,
- El abuso de la posición de mercado dominante, que limiten el acceso a los mercados o de cualquier forma restrinjan indebidamente la competencia, afectando de forma adversa el comercio nacional, internacional o el desarrollo económico.
- Impedir el funcionamiento de prácticas excesivas que conduzcan a la concentración de bienes y medios de producción en detrimento de la colectividad; y prohibir las prácticas monopólicas y privilegios.

Por otra parte, la Constitución Política establece en su **artículo 119. Obligaciones del Estado, literal h)** Impedir el funcionamiento de prácticas excesivas que conduzcan a la concentración de bienes y medios de producción en detrimento de la colectividad.

Con base en esta norma, el Estado de Guatemala debe impedir el funcionamiento de prácticas excesivas como los acuerdos restrictivos, carteles y los abusos de posición de dominio.

Por su parte, el artículo 119, establece en su literal i) La defensa de consumidores y usuarios en cuanto a la preservación de la calidad de los productos de consumo interno y de exportación para garantizarles su salud, seguridad y legítimos intereses económicos.

El Estado al promover la competencia entre las diferentes industrias que participan



en los mercados contribuye a generar beneficios al consumidor, en la medida de que uno de los resultados favorables de la competencia reside en la diversidad de bienes y servicios ofrecidos, de mejor calidad y a precios más competitivos.

Otra obligación del Estado se indica en la literal l) Promover el desarrollo ordenado y eficiente el comercio interior y exterior del país, fomentando mercados para los productos nacionales.

Una buena forma de fomentar los mercados competitivos y la inversión consiste en eliminar barreras de entrada o de salida de estos para que los agentes económicos puedan desarrollar sus actividades sin ninguna restricción artificial.

Además, se establece en la literal n) Crear las condiciones adecuadas para promover la inversión de capitales nacionales y extranjeros.

La competencia como política de Estado y aplicada a través de un ordenamiento jurídico es, a la vez, un instrumento de transparencia y de certeza jurídica para los inversionistas nacionales y extranjeros, al saber que en el país existen los mecanismos legales para proteger su inversión de actos o conductas que puedan limitar su desenvolvimiento empresarial.

El análisis anterior revela la existencia de una sustentación constitucional sólida para el desarrollo de una ley de competencia, las cuales aparecen incluso en la Constitución Política de la República como parte de las obligaciones del Estado en cuanto a la protección del mercado, la consecución de la eficiencia económica, el impedimento de asociaciones que restrinjan la libertad de competir y la protección de los intereses

económicos del consumidor.



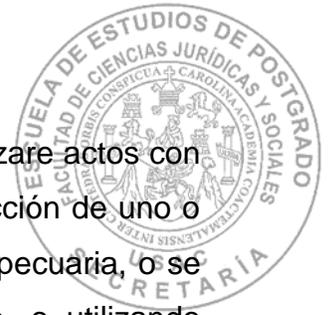
En cuanto a la normativa ordinaria, se puede acotar lo que establecen el Código de Comercio y el Código Penal. El primero es una norma de carácter ordinario de las más antiguas dentro del sistema jurídico guatemalteco.

En el artículo 361. **Prohibición de monopolios**, se establece: "Todas las empresas, tienen la obligación de contratar con cualquiera que solicite los productos o servicios que prestan, observando igualdad de trato entre las diversas categorías de consumidores".

El epígrafe de esta norma no coincide en una forma precisa con el texto del artículo, pues se establece una obligación a los comerciantes de no discriminación, lo cual está relacionada con la competencia, porque establece una obligación de igual trato a las diversas clases de consumidores y es propia de una ley de defensa del consumidor moderna.

Esta norma no desarrolla los principios establecidos en el artículo 130 de la Constitución Política ni tampoco desarrolla la obligación del Estado establecida en los incisos señalados del artículo 119 de la Constitución Política de la República de Guatemala (CPRG).

La segunda norma ordinaria, que data del año 1973, tipifica ciertas figuras o conductas en los artículos 340 y 341, dando especial trato al acaparamiento de bienes con el fin de ocasionar escasez y subir los precios.



Artículo. 340. Monopolio. Quien, con propósitos ilícitos, realizare actos con evidente perjuicio para la economía nacional, absorbiendo la producción de uno o más ramos industriales, o de una misma actividad comercial o agropecuaria, o se aprovechare exclusivamente de ellos a través de algún privilegio, o utilizando cualquier otro medio, o efectuare maniobras o convenios, aunque se disimularen con la constitución de varias empresas, para vender géneros a determinados precios en evidente perjuicio de la economía nacional o de particulares, será sancionado con prisión de seis meses a cinco años y multa de quinientos a diez mil quetzales.

Al igual que en el Código de Comercio, el epígrafe del artículo no define claramente, según la doctrina moderna, que es un monopolio u oligopolio; además agrega el elemento de tener un propósito ilícito, el cual se puede interpretar como un dolo, situación que dista mucho de la realidad y de las condiciones de un mercado. Asimismo, la sanción que establece es sumamente baja en cuanto a la multa y el plazo de la prisión es conmutable, hay que agregar también que esta norma no fomenta la eficiencia económica ni el bienestar del consumidor.

Por su parte, el artículo 341 del Código Penal, establece lo siguiente:

Otras formas de monopolio. Se consideran, también actos de monopolio contrarios a la economía pública y el interés social:

- El acaparamiento o sustracción al consumo de artículos de primera necesidad, con el propósito de provocar el alza de los precios en el mercado interno;
- Todo acto o procedimiento que impida o se proponga impedir la libre concurrencia en la producción o en el comercio;
- Los convenios o pactos celebrados sin previa autorización gubernativa encaminados a limitar la producción o elaboración de algún artículo, con



el propósito de establecer o sostener privilegios y lucrar con ellos;

- La venta de bienes de cualquier naturaleza, por debajo del precio de costo, que tenga por objeto impedir la libre concurrencia en el mercado interno
- La exportación de artículos de primera necesidad sin permiso de la autoridad competente, cuando se requiera, si con ello puede producirse escasez o carestía.
- El responsable de alguno de los hechos enumerados anteriormente será sancionado con: prisión de seis meses a tres años y multa de dos cientos a mil quetzales.

Esta norma hace una regulación más puntual sobre conductas y actos sancionados con prisión y multa, pero al igual que la anterior las sanciones son leves, y no promueven la eficiencia económica en el mercado ni el beneficio del consumidor, elementos que son esenciales para el desarrollo de una política de competencia moderna.

Sin embargo, para el caso de estudio, se considera importante analizar sobre lo que establece la Ley General de Telecomunicaciones, la cual es una ley decretada en el año 1996 como instrumento legal para viabilizar la apertura del mercado de las telecomunicaciones, en cuyo contexto se llevó a cabo la privatización de GUATEL, empresa estatal que había ejercido el monopolio de este sector estratégico en el país.

Esta nueva regulación con orientación de mercado permite que cualquier agente interesado pueda operar en el mercado. Según el artículo 22 de la ley, que se cita a continuación, las contrataciones, la fijación de precios, son libremente pactados entre las partes contratantes.



artículo 22. Libertad de competencia. Las condiciones contractuales, así como los precios, para la prestación de toda clase de servicios comerciales de telecomunicaciones, serán libremente estipulados entre las partes, y no estarán sujetos a regulación ni aprobación por autoridad estatal, excepto por lo que se relaciona con el acceso a recursos esenciales lo cual queda sujeto a lo prescrito en esta ley.

En Guatemala, se dio un paso significativo por medio de esta norma, para la apertura de sus mercados y la modernización de la economía, dado a que se realizó inversión nacional y extranjera para el desarrollo del mercado de telecomunicaciones, se desmonopolizó el mercado, dando como resultado la competencia cerrada entre operadores (Tigo, Claro/Telefónica), logrando beneficios directos para los empresarios; no obstante, todavía se señala de ciertas irregularidades en el proceso de privatización de la empresa estatal, lo cual desde la perspectiva del consumidor poco importa, pues el Estado dejó de hacer algo que hacía a paso lento o con ineficiencia y lo transfirió al sector privado, donde el mercado no es perfecto, pero es mucho mejor de lo que se tenía hace 22 años, cuando las comunicaciones vía teléfono constituían un verdadero obstáculo en las relaciones personales y comerciales.

No obstante, al abrir el mercado de las telecomunicaciones se apostó a que el mercado se regularía por sí mismo a través de la competencia perfecta, lo cual no resultó ser así, porque se realizan prácticas que restringen la competencia, como el abuso de posición de dominio del agente económico con mayor participación en el mercado y la ley de la materia, no obstante, que establece una libertad en el mercado, no le otorga al

ente regulador las facultades para sancionar la concentración en un mismo proveedor de los servicios de telecomunicaciones.



En este nuevo escenario se hace imprescindible contar con un conjunto de normas que promuevan la libre competencia, para que el mercado de las telecomunicaciones siga trasladando al consumidor precios más competitivos, mejor servicio y mayor diversidad de opciones. Para que dicho escenario, sea posible, es necesario eliminar las barreras legales que persisten en la actualidad.

El Decreto 94-96 del Congreso de la República establece en el artículo 1 que el objeto de la ley entre otros es fomentar la competencia entre los diferentes prestadores de servicios de telecomunicaciones.

La ley establece en el artículo 22, que las condiciones contractuales, así como los precios para la prestación de toda clase de servicios comerciales de telecomunicaciones, serán libremente estipulados entre las partes, y no estarán sujetos a regulación ni aprobación por autoridad estatal.

El artículo 100 de esta misma ley deroga el artículo 1520 del Código Civil que le otorgaba al ejecutivo la facultad de revisar las normas y las tarifas de los contratos de adhesión. Esta norma por sí misma no puede garantizar la libre entrada al mercado de los agentes económicos ni sancionar los abusos del agente económico privado que adquirió el monopolio estatal, porque no existe un marco legal que promueva la competencia y que proteja el mercado.

La Superintendencia de Telecomunicaciones (SIT) como ente regulador,

actualmente no puede sancionar los abusos de la posición de dominio que se dan o pueden darse en el sector, y no está en la capacidad de hacerlo.



En años recientes el Congreso modificó el Código Civil y puso en vigencia de nuevo el artículo 1520 del Código Civil. El fin es proteger los intereses de los consumidores, esta norma serviría solo para obstaculizar el acceso al mercado, porque se contrapone al texto del artículo 22 de la ley y restituye la barrera que representa la autorización por parte del poder ejecutivo de las tarifas y contratos de adhesión para la prestación de estos servicios.

Debe anotarse que, este tipo de normas que permiten la intervención estatal no sirven para proteger el funcionamiento correcto del mercado y menos para proteger los intereses de los consumidores. Para ello se necesita de una legislación que prohíba las conductas restrictivas, los abusos de posición de dominio, los cárteles y sancione los abusos en que incurran los agentes económicos.

Conclusiones



A lo largo de la historia, desde la Época Antigua, hasta la Revolución Industrial, los contratos han sido convenciones entre las partes, para crear, reglar y modificar entre ellas un vínculo jurídico.

El elemento común en el acto de contratación mercantil en ese periodo histórico, había sido el consenso de las partes, respecto al contenido del contrato, la buena fe en lo pactado y un equilibrio para la negociación de las cláusulas.

Sin embargo, se concluye que el consumidor, cuando se adhiere a un contrato de adhesión, acepta las condiciones del documento impuesto, debido a la necesidad de obtener el producto o servicio que contrata, acto desprovisto de significación, no se puede decir, entonces, que esta clase de comportamiento se haga, amparado por cualquier tipo de libertad contractual.

Entonces, la contratación por adhesión se ha convertido en el mercado nacional en una poderosa herramienta para consolidar la posición empresarial e incluso para restringir la libertad de contratación mediante la utilización de los contratos de adhesión.

Del mismo modo, se concluye que la contratación en masa ha sido uno de los factores que las empresas aprovechan y replican mediante la incorporación de condiciones generales en sus contratos de adhesión con variaciones mínimas y sin importancia entre un ofertante y otro para consolidar su participación en la estructura del mercado, con lo cual al consumidor únicamente le queda escoger entre una empresa u otra, utilizando como único criterio la variable precio.

Referencias



- Aguilar, V. (2006). *El negocio jurídico*. Guatemala: Fénix.
- Akerlof, G. (1970). The Market for Lemons: Quality Uncertainty and the Market Mechanism. *Quarterly of Journal Economics*, 488-500.
- Alesandri, A., Somarriva, M., y Vodanovic, A. (2001). *Tratado de las obligaciones. Volumen I, De las obligaciones en general y sus diversas clases*. Santiago, Chile: Jurídica de Chile.
- Alfaro, J. (1991). *Las condiciones generales de la contratación*. Madrid, España: Civitas.
- Alterini, A. (2005). *Contratos, civiles-comerciales-de consumo: Teoría general*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Araujo, C. (2000). *Bentham: el utilitarismo y la filosofía política moderna*. En A. Boron)Ed. *La filosofía política moderna: de Hobbes a Marx (pp. 276-277)*. Buenos Aires, Argentina: CLACSO.
- Arnau, F. (2009). *Lecciones de Derecho Civil II, obligaciones y contratos*. Madrid, España: Jaume.
- Arrubla, J. (2007). *Abuso de la posición dominante contractual*. Medellín, Colombia: Universidad de Externado.
- Baudrit, D. (1990). *Teoría general del contrato*. San José, Costa Rica: Juricentro.
- Bullard, A. (2003). *Derecho y economía*. Lima, Perú.
- Cabanellas, G. (1980). *Diccionario enciclopédico de derecho usual*. (Tomo I). Buenos Aires, Argentina: Heliasta. S.R.L.
- Cossio, A. (1975). *Instituciones de derecho civil*. (Tomo I). p. 765. España: Alianza .
- De Castro, F. (1961). *Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes*. Madrid.



De Castro, F. (1995). *Introducción al derecho civil*. (Tomo I). Madrid, España: Instituto de Estudios Políticos.

Del Villar, R., y Soto, F. (2001). Logros y dificultades de la política de competencia económica en México. *Revista de del Colegio de Economistas de Madrid*, 107-123. Recuperado de <https://elcierredigital.com/tu-dinero-a-fondo/822076114/riesgos-economia-espanola.html>

Demogue, R. (1923). *Tratado general de las obligaciones*. París, Francia: Rousseau.

Demsetz, H. (1986). *La competencia: aspectos económicos, jurídicos y políticos*. Madrid, España: Alianza.

Díez-Picazo, L. (1996). *Fundamentos del derecho civil patrimonial*. (Tomo II). *Las relaciones obligatorias*. Madrid: Civitas.

Díez-Picazo, L. (1996). *La condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas*. Madrid.

Durán, R. (2011). *La protección de la propiedad intelectual en el ámbito de la sociedad de la información y de comercio electrónico*. España: Arazandi.

Edgar, H. (2007). *Derecho civil*. Bogotá, Colombia: Universidad de Externado.

Ernout, A., y Meillet, A. (2001). *Dictionnaire étymologique de langue Latine*. pp. 625 y 673. París, Francia.

Farina, J. (1999). *Contratos comerciales modernos*. Buenos Aires, Argentina: Astrea.

Farrando, I. (2002). *Contratos administrativos*. Buenos Aires: LexisNexis, Abeledo Perrot.

Fernández, J. (2005). *El derecho de los contratos en el marco de la unificación jurídica del derecho privado de la Unión Europea*. Montevideo, Uruguay: Fundación de Cultura Universitaria.



Ferriol, L., Gete-alozon y Calera, M., Gil, J., y Hualde, J. (2004). *Manual de derecho civil, derecho de las obligaciones, responsabilidad civil, teoría del contrato*. Madrid: Marcial Pons.

Galicia, J. (Abril de 2018). Análisis de la estructura de mercado del sector de telefonía en Guatemala, a partir de datos de la Superintendencia de Telecomunicaciones durante el periodo 2014-2016. *Análisis de la estructura de mercado del sector de telefonía en Guatemala, a partir de datos de la Superintendencia de Telecomunicaciones durante el periodo 2014-2016*. Guatemala, Guatemala.

García, M. (1969). *Condiciones generales de los contratos*. Madrid.

García, G. (1992). *En Castán derecho civil español común y foral*. Madrid: Reus.

García del Corral, I. (1889). *Derecho civil romano*. Barcelona, España: Consejo de ciento, No. 287.

Godinez, R. (1994). *Los sistemas de organización de la administración pública*. Guatemala: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala.

Heinz, k., y Gilbert, F. (2016). *Handbook on the History of Economic Analysis. Volume III. Developments in Major Fields of Economics*. Northampton, Massachusetts: Edwar Elgar Publishing Limited.

Hinestrosa, F. (2002). *Autonomía privada y tipicidad contractual en reflexiones de un librepensador*. Bogotá, Colombia: Universidad de Externado.

Jauffret, C. (2007). *Influencia del derecho comunitario y europeo sobre el derecho de contratos, en El Contrato: problemas actuales, evolución y cambios*. Colombia: Universidad de Externado.

Kessler, F. (1943). Contracts of adhesion-Some Thoughts about Freedom of Contract. *Columbia Law Review*, págs. 629-642.



- Korobkin, R. (2006). Racionalidad limitada, contratos de adhesión y desigualdad contractual. *Revista de Derecho Privado*, 209-211. Recuperado de <http://www.redalyc.org/pdf/3600/360033185002.pdf>
- Larenz, K. (1958). Derecho de obligaciones. *Revista de Derecho Privado*, vol I (número XXXI), Madrid, España. página 130. Recuperado de <https://scielo.conicyt.cl/pdf/rdpucv/n31/a01.pdf>
- Little, J. (1997). Managed Care Contracts of Adhesion, Terminating the Doctor-Patient Relationship and Endangering Patient Health. *Rutgers Law Review*, 1397-1478.
- Lorenzetti, R. (1974). *Tratado de los contratos*. (Tomo I). Buenos Aires, Argentina: Rubinzal.
- Mazaud, H. (1957). *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*. Buenos Aires : Ediciones Jurídicas Europa-América.
- Mazeud, H. (1965). *Lecciones de derecho civil*. Argentina: Ediciones Juridicas Europa.
- Méndez, R. (2008). La eficiencia económica en el Derecho Administrativo. Contrastes entre el enfoque neoinstitucional y neoclásico. *Revista Jurídica del Perú*, 88 (número 84), página 121. Recuperado de http://cybertesis.unmsm.edu.pe/bitstream/handle/cybertesis/3056/Mendez_rr.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Meza, E. (2004). *Manual de derecho administrativo*. Guatemala.
- Morales, J. (2003). *Fundamentos de economía para la sociedad del conocimiento*. . México: McGRAW-HILL/Interamericana Editores, S.A. de C.V.
- Morales, C. (2018). Número 1, Páginas 437 Recuperado de <https://gredos.usal.es/jspui/handle/10366/125736>
- Navas, E. (15 de octubre de 2018). Recuperado de <http://www.economistjurist.es>.
- Obando, E. (03 de noviembre de 2018). Recuperado de <http://www.mineco.gob.gt>.



- Ortiz, A. (2001). *Principios de derecho público económico. Modelo de Estado, gestión pública, regulación económica*. (2ª ed.). Granada, España: Comares S.L.
- Palacios, J. (2000). *Contratación de las entidades estatales. Responsabilidad y contratación pública*. (7ª ed.) Bogotá, Colombia: Ediciones Librería Jurídica Sánchez Ltda.
- Paños, A. (2010). *Derechos y garantías del consumidor en el ambito contractual*. Almería, España: Universidad de Almería.
- Pardo, J. (2004). *Las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión*. Madrid, España: Pons.
- Parkín, M. (2007). *Economía*. México: Pearson Educación.
- Posner, R. (2007). *Análisis económico del derecho*. Ciudad de México, México: Fondo de Cultura Económica.
- Puig, F. (1972). *Compendio de derecho civil español*. España: Arazandi.
- Ramirez, C. (25 de diciembre de 2018). Recuperado de <http://biblioteca.oj.gob.gt/digitales/41549.pdf>
- Renato, F. (1971). *Teoría general del contrato*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Rescigno, R. (2001). *Apuntes sobre la autonomía negocial*. En A. Guzmán et al. (editor). *El contrato en el sistema jurídico latinoamericano*. Bogotá, Colombia: Universidad de Externado.
- Rinessi, A. (2006). *Relación de consumo y derechos del consumidor*. Buenos Aires, Argentina: Astrea.
- Ripert, G. (1949). *La regla moral en las obligaciones civiles*. París, Francia: La Gran Colombia.



Rodríguez, C. (15 de octubre de 2018). Recuperado de <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/contribuciones/competencia-imperfecta-carlos-rodriguez.pdf>

Romero, J. (2004). *Contratos económicos modernos*. San José, Costa Rica: Editorama.

Rosamanta, C. (Junio de 2012). Recuperado de http://www.ramonycajalabogados.com/wp-content/uploads/Newsletter_Procesal-junio2012.pdf

Ruiz, S. P. (2016). *Derecho Inglés y derecho de contratos*. Puerto Rico.

Salazar, D. (2006). Asimetrías de información y análisis económico de los contratos de adhesión: una reflexión teórica sobre el ejercicio de la libertad contractual. *Revista de Derecho Privado, vol1* (número), pp. 3-56. Recuperado de <http://www.redalyc.org/pdf/3600/360033185001.pdf>

Santos, J. (1966). *La contratación privada*. Madrid, España: Montecorvo.

Schwartz, P. (2001). *Competencia perfecta o libre competencia, economía y derecho ante el siglo XXI*. Valladolid, España: Lex Nova.

Schwartz, A., y Wilde, L. (1979). Equilibrium Comparison Shopping. . *Review of Economic Studies, vol 3* (número 43), pp. 251-262. Recuperado de <https://academic.oup.com/restud/article-abstract/46/3/543/1565380>

Sen, A. (2009). *Desarrollo y libertad*. Bogotá, Colombia: Planeta.

Serra, A. (1988). *Derecho administrativo*. (14^a ed.). México: Porrúa.

Soto, C., y Mosset, J. (2009). *El contrato en una economía de mercado*. Bogotá, Colombia: Universidad Javeriana.

Soto, C., y Mosset, J. (2009). *El contrato en una economía de mercado*. Bogotá, Colombia: Pontificia de Universidad Javeriana.



- Stigler, G. (2008). *Competition. The New Palgrave Dictionary of Economics*. Switzerland: Macmillan Publishers Ltd.
- Stiglitz, R., y Stiglitz, G. (1985). *Contratos por adhesión, cláusulas abusivas y protección al consumidor*. Buenos Aires, Argentina: Ábaco de Rodolfo de Palma.
- Stromholm, S. (1989). The Freedom to Contract: A Complex Cluster of Rules. *Scandinavian Studies of Law*, vol 2 (número 43), pp. 203-220. Recuperado de <http://www.scandinavianlaw.se/index.php/display>
- Tarziján, J., y Paredes, R. (2003). *Organización industrial para la estrategia empresarial*. Colombia: Pearson.
- Torrealba, F. (2009). *Lecciones de contratos*. San José, Costa Rica: Isolma.
- Trigo, F., y López, M. (2004). *Tratado de la responsabilidad civil. Cuantificación del daño*. (Tomo II). *Teoría general de la cuantificación del daño. Cuantificación de los rubros admitidos por el legislador en los principales supuestos*. Buenos Aires: Ediciones La Ley.
- Uría, R. (1956). *Reflexiones sobre la contratación mercantil en serie*. Madrid.
- Urueta, J. (2010). *El contrato de concesión de obras públicas*. (2ª ed.). Madrid: Grupo Ibáñez.
- Valpuesta, M., Capilla, F., López, A., Montes, A., Orduña, J., y Roca, E. (1995). *Derecho de las obligaciones y contratos*. Valencia, España.
- Vicente y Gella, A. (1960). *Curso de Derecho Mercantil Comparado*. (4ª ed.). Zaragoza: La Academia F. Martinez.
- Viguri, A. (1995). *La protección del consumidor y usuario en el marco de los contratos de adhesión. Análisis del derecho angloamericano*. Granada, España.



Viguri, A. (2007). *Contratos comerciales internacionales: Análisis de la compraventa desde la perspectiva*. Madrid, España: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España.

Vikers, J., y Yarrow, G. (1994). *Un análisis económico de la privatización*. México: Fondo de Cultura Económica.

Villegas, R. (2015). *Derecho mercantil guatemalteco*. Guatemala: Universitaria.

www.mineco.gob.gt. (25 de 12 de 2005). Obtenido de www.mineco.gob.gt:
http://www.mineco.gob.gt/sites/default/files/Inversion%20y%20Competencia/marco_legal_para_promover_la_competencia_de_mercados_en_guatemala.pdf

Xavier, O. (1993). *Conceptos básicos y requisitos de las condiciones generales de los contratos*. Madrid.

Zea, R. (1986). *Lecciones de derecho mercantil*. Guatemala: Nacional.