

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

**INCERTIDUMBRE DE LOS CONTRATOS MERCANTILES ELECTRÓNICOS
ANTE LA FALTA DE FIJACIÓN DE LA COMPETENCIA JUDICIAL**

LOURDES MARÍA JOSÉ ALVAREZ ARENAS

GUATEMALA, JULIO DE 2023

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

**INCERTIDUMBRE DE LOS CONTRATOS MERCANTILES ELECTRÓNICOS
ANTE LA FALTA DE FIJACIÓN DE LA COMPETENCIA JUDICIAL**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

LOURDES MARÍA JOSÉ ALVAREZ ARENAS

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Y los títulos profesionales de

ABOGADA Y NOTARIA

Guatemala, julio de 2023

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

DECANO: M.Sc. Henry Manuel Arriaga Contreras

VOCAL I: Licda. Astrid Jeannette Lemus Rodríguez

VOCAL II: Lic. Rodolfo Barahona Jácome

VOCAL III: Lic. Helmer Rolando Reyes García

VOCAL IV: Br. Javier Eduardo Sarmiento Cabrera

VOCAL V: Br. Gustavo Adolfo Oroxom Aguilar

SECRETARIA: Licda. Evelyn Johanna Chevez Juárez

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente: Lic. José Miguel Cermeño Castillo

Vocal: Lic. Milton Roberto Estuardo Riveiro Gonzalez

Secretario: Lic. Marvin Hernández

Segunda Fase:

Presidente: Lic. Carlos Enrique Lopez Chavez

Vocal: Lic. Candi Claudia Vaneza Gramajo Izeppi

Secretario: Lic. Hector Javier Pozuelos Lopez

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



USAC
TRICENTENARIA
Universidad de San Carlos de Guatemala



Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Unidad de Asesoría de Tesis. Ciudad de Guatemala,
28 de abril de 2022.

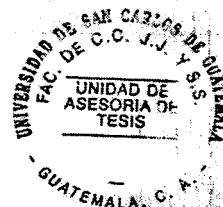
Atentamente pase al (a) Profesional, VIVIAN CLEOTILDE RODRÍGUEZ ALDANA
_____, para que proceda a asesorar el trabajo de tesis del (a) estudiante
LOURDES MARÍA JOSÉ ALVAREZ ARENAS, con carné 201502298,
intitulado INCERTIDUMBRE DE LOS CONTRATOS MERCANTILES ELECTRÓNICOS ANTE LA FALTA DE
FIJACIÓN DE LA COMPETENCIA JUDICIAL

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

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

Adjunto encontrará el plan de tesis respectivo.


CARLOS EBERTITO HERRERA RECINOS
Jefe(a) de la Unidad de Asesoría de Tesis



Fecha de recepción 29 / 04 / 22 f)


Asesor(a)
(Firma y Sello)

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Edificio S-7, Ciudad Universitaria Zona 12 - Guatemala, Guatemala


Vivian Cleotilde Rodríguez Aldana
Abogada y Notaria





Licda. Vivian Cleotilde Rodríguez Aldana
6ª. Avenida 0-60 Torre Profesional 1 oficina 304 "A" zona 4
Teléfonos: 59019036-23351437

Guatemala, 23 de mayo de 2022

Dr. Carlos Ebertito Herrera Recinos
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Su Despacho.



Me place saludarle deseándole los correspondientes éxitos en ese Despacho y demás labores profesionales.

En cumplimiento al nombramiento recaído en mi persona, en mi calidad de Asesora del trabajo de tesis de la bachiller **LOURDES MARÍA JOSÉ ALVAREZ ARENAS**, titulado **INCERTIDUMBRE DE LOS CONTRATOS MERCANTILES ELECTRÓNICOS ANTE LA FALTA DE FIJACIÓN DE LA COMPETENCIA JUDICIAL**; es procedente dictaminar respecto a la Asesoría del mismo debido a las siguientes justificaciones:

- i. La estudiante **LOURDES MARÍA JOSÉ ALVAREZ ARENAS**, en su trabajo de tesis, enfoca con bastante propiedad con apoyo en el derecho positivo y la doctrina, sobre la protección con la que cuenta el consumidor y usuario guatemalteco, cuando realiza sus negocios jurídicos dentro del comercio electrónico ante la falta de fijación de competencia judicial.
- ii. El tema es abordado en una forma sistemática, de fácil comprensión y didáctica, abarcando antecedentes, definiciones, doctrina y una conclusión discursiva, así como regulación legal en la materia, apoyando su exposición con fundamento en normas constitucionales y derecho ordinario aplicable al mismo, lo que hace de este trabajo un documento de consulta y utilidad a quien esa clase de información necesite.
- iii. Aunado a lo expuesto, se pudo establecer que el referido trabajo de investigación se efectuó apegado a la asesoría prestada, habiéndose apreciado el cumplimiento a los presupuestos tanto de forma como de fondo exigidos por el Artículo treinta y uno (31) del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala, ya que las técnicas que se utilizaron fueron la documental y de fichas bibliográficas, con las cuales se recopiló la información actual y relacionada con el tema.
- iv. El contenido del trabajo de tesis tiene relación con la conclusión discursiva, siendo la bibliografía empleada la correcta y relacionada con las citas bibliográficas de los capítulos. A la sustentante, le sugerí ampliar sus capítulos, introducción y bibliografía, bajo el respeto de su posición ideológica; quien se encontró conforme con llevarlas a cabo, y por último pude constatar que la bibliografía era la adecuada para la elaboración del tema.
- v. El trabajo denota esfuerzo, dedicación y empeño y personalmente me encargué de guiarla durante las etapas del proceso de investigación científica, aplicando las técnicas de investigación y los métodos analíticos y sintéticos; con lo cual se comprobó la hipótesis planteada.

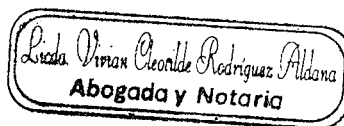


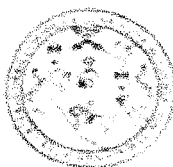
- vi. El lenguaje empleado durante el desarrollo de la tesis es correcto y el contenido de la misma es de interés para la ciudadanía salvadoreña, siendo el trabajo un aporte técnico y científico para los estudiantes y catedráticos que manejen el tema de derecho laboral, trabajo que fue realizado esmero por parte del estudiante.
- vii. Por lo expuesto concluyo que el trabajo de tesis, no se limita a cumplir únicamente con los presupuestos de presentación y desarrollo, sino también a la sustentación en teorías, análisis y aportes tanto de orden legal como académica, ello en atención a los preceptos del normativo en mención regulados para el efecto, resultando como relevante el contenido analítico inserto en todo el trabajo de investigación.
- viii. Aunado a lo anterior manifiesto expresamente que con la bachiller **LOURDES MARÍA JOSÉ ALVAREZ ARENAS**, no me unen nexos de parentesco, amistad íntima o enemistad, ni cualquier otro tipo de relación que pudiera afectar la imparcialidad de este dictamen, la cual ofrezco sin ningún interés directo o indirecto.
- ix. En consecuencia en mi calidad de **asesora** de tesis me permito **DICTAMINAR FAVORABLEMENTE**, en el sentido de que el trabajo de tesis de grado del autor amerita seguir su trámite hasta su total aprobación para ser discutido en su examen público de graduación y poder optar al grado académico de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Sin otro particular me suscribo como su atento y seguro servidor.

Deferentemente,

Lic. Vivian Cleotilde Rodríguez Aldana
Asesora de Tesis
Col. 14446





USAC
TRICENTENARIA

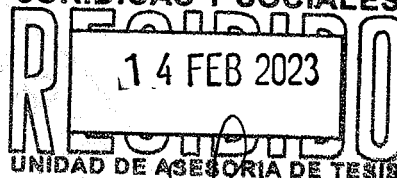
Universidad de San Carlos de Guatemala



Guatemala, 14 de febrero de 2023

Jefatura de Unidad Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala

**FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES**



Hora: _____
Firma: _____

Respetuosamente a usted informo que procedí a revisar la tesis de la bachiller, LOURDES MARÍA JOSÉ ALVAREZ ARENAS, la cual se titula: INCERTIDUMBRE DE LOS CONTRATOS MERCANTILES ELECTRÓNICOS ANTE LA FALTA DE FIJACIÓN DE LA COMPETENCIA JUDICIAL.

Le recomendé a la bachiller, algunos cambios en la forma, estilo, gramática y redacción de la tesis, por lo que habiendo cumplido con los mismos, emito **DICTAMEN FAVORABLE** para que se le otorgue la correspondiente orden de impresión.

"ID Y ENSEÑAD A TODOS"

Lic. Fernando Xelop Manuel
Consejero Docente de Redacción y Estilo

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales





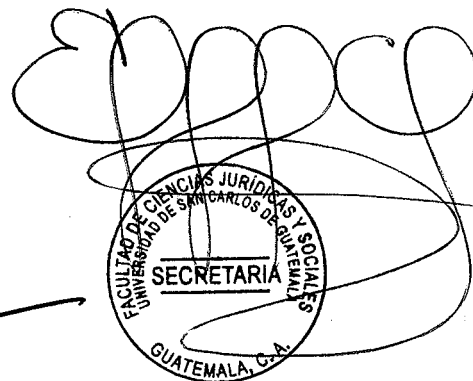
USAC
TRICENTENARIA
Universidad de San Carlos de Guatemala



Decanatura de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala. Ciudad de Guatemala, veintiuno de abril de dos mil veintitrés.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis de la estudiante LOURDES MARÍA JOSÉ ALVAREZ ARENAS, titulado INCERTIDUMBRE DE LOS CONTRATOS MERCANTILES ELECTRÓNICOS ANTE LA FALTA DE FIJACIÓN DE LA COMPETENCIA JUDICIAL. Artículos: 31, 33 y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

CEHR/SAQO





DEDICATORIA

A DIOS Y A LA VIRGEN:

Por su amor e infinita misericordia en la vida, por la fortaleza, inteligencia y sabiduría que me dieron a lo largo de la carrera, porque sé que en los momentos de debilidad no me dejaron caer si no que iluminaron mi camino.

A MIS PADRES:

Irma Jeannette Arenas Zuleta y Félix Arturo Alvarez López como una humilde muestra de amor.

A MI ABUELO:

Juan Francisco Arenas Méndez por ser mi inspiración y un modelo a seguir en esta hermosa profesión.

A MI HIJO:

Matías Andrés por ser una bendición en mi vida y darme una razón para no rendirme, que este logro sirva de ejemplo para que comprendas que todo esfuerzo tiene su recompensa.

A MIS HERMANOS:

Andrea y José Ángel por acompañarme en cada etapa de mi vida, por verme crecer tanto personal como profesionalmente y siempre creer en mí.



A MI TÍO

Otto René Arenas Hernández por su cariño tan sincero e incondicional y por ser mi apoyo en esta etapa de mi vida.

A MIS AMIGOS

Mariluly, Paola, Carlos, Jordy, Raúl, Karen, Iris y Jessica como un testimonio de amistad sincera

A MI QUERIDO

Bufete Popular de la Universidad de San Carlos de Guatemala



PRESENTACIÓN

La investigación responde a la interrogante, ¿Cuál es la protección al consumidor y usuario guatemalteco en los negocios jurídicos dentro del comercio electrónico internacional? Teniendo como objetivo general determinar cuál es la protección, que cuenta el consumidor y usuario guatemalteco, cuando realiza negocios jurídicos dentro del comercio electrónico internacional.

El desarrollo del Internet y las mejoras tecnológicas vinieron a satisfacer necesidades del comercio y a crear el comercio electrónico en el mundo; este desarrollo trajo consigo grandes beneficios y en muchas ocasiones, un detrimento en el reconocimiento de los derechos de los guatemaltecos, en su calidad de consumidores y usuarios.

Partiendo de esta idea, el trabajo aborda la doctrina existente sobre la protección al consumidor y usuario, el reconocimiento de los derechos en la legislación guatemalteca y el carácter jurídico del que emanan; esta investigación fue elaborada a partir de un acervo bibliográfico en materia de comercio internacional y protección al consumidor y usuario.

La modalidad seleccionada para la investigación es la monografía y el tipo de investigación por el que se optó fue la forma “jurídico descriptiva”; por ello, el presente trabajo desarrollará la forma en que los derechos del consumidor y usuario guatemalteco son reconocidos en la legislación nacional y su forma de ejecución, haciendo un análisis de las teorías sobre jurisdicción competente y derecho aplicable, como referencia para la determinación del orden de prelación de los juzgados competentes y el derecho aplicable en las controversias nacidas por incumplimiento de contratos de consumo y/o violación a los derechos de los consumidores y usuarios



HIPÓTESIS

Se debe determinar si es necesaria la regulación nacional de los principios fundamentales del comercio electrónico, siguiendo lineamientos propuestos de la Ley Modelo sobre comercio electrónico de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, esto debido a que el Derecho Mercantil como todo Derecho es cambiante y hoy en día se puede decir que la nueva tendencia de comerciar es a través de la vía electrónica, la cual es necesaria normarla y controlarla, estableciendo principios, doctrinas, encuadrándolas en el Derecho Mercantil. Los principios del Derecho Mercantil son: la buena fe, la verdad sabida, toda prestación se presume onerosa, intención de lucro, ante la duda deben favorecerse las soluciones que hagan más segura la circulación. Estos principios ayudan a conformar el objetivo principal de la investigación que es establecer la regulación de los principios fundamentales del comercio electrónico, siguiendo lineamientos propuestos de la Ley Modelo sobre comercio electrónico de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional.

Asimismo, se debe determinar como consecuencia de la posible incertidumbre de los contratos mercantiles electrónicos ante la falta de fijación de la competencia judicial se ha vulnerado los derechos de los consumidores y usuarios en los negocios jurídicos dentro del comercio electrónico y que dicho prejuicio ha incidido negativamente en la función jurisdiccional y sus garantías, sobre todo porque en Guatemala no existe un tribunal jurisdiccional específico (o tribunal arbitral) que conozca este tipo de contratos.



COMPROBACIÓN DE LA HIPÓTESIS

El método para comprobar la hipótesis planteada fue el método cualitativo, y utilizando dicho método se comprobó en Guatemala existen, como mínimo, cinco cuerpos legales que regulan derechos del consumidor y usuario guatemalteco, reconociendo una gran cantidad de ellos y estableciendo procedimientos específicos para su protección en relación a las contrataciones de consumo. Sin embargo, su relación directa con la realidad comercial del país y las contrataciones dentro del comercio electrónico es deficiente e incongruente haciendo que la regulación de derechos sea ineficiente para su protección, necesitada una actualización inmediata para cubrir las nuevas formas de contratación y el ingreso de proveedores que ofertan desde su domicilio en el extranjero y que producto de dicha falencia, se ha vulnerado el derecho de los consumidores y usuarios ya que no pueden demandar la protección o reivindicación de sus derechos cuando se trata de contratos electrónicos.

Con base en lo esgrimido, se puede determinar que la hipótesis planteada ha sido validada, ya que la legislación hace un buen reconocimiento de derechos para los consumidores y usuarios, inclusive, por medio del artículo cuarenta y cuatro constitucional, deja abierta la interpretación a otra gran cantidad de derechos no contemplados en Guatemala. Lamentablemente los medios para ejercitar los mismos contienen lagunas y limitaciones que impiden el curso normal del ejercicio de los derechos y el accionar de los consumidores ante sus vulnerabilidades, que deberán ser actualizados e interpretados de conformidad con el nuevo pensar de la Corte de Constitucionalidad: de forma extensiva.



ÍNDICE

Pág.

Introducción	i
--------------------	---

CAPITULO I

1. Comercio Electrónico	1
1.1. Negocio jurídico y contrato electrónico.....	6
1.2. Elementos y características	10
1.3. Derechos y obligaciones derivados de negocios jurídicos	15

CAPITULO II

2. Conceptos	25
2.1. Principales derechos.....	27
2.2. Regulación de derechos	37
2.3. Agencia gubernamental	42

CAPITULO III

3. Etimología de Principio.....	47
3.1. Concepciones del principio jurídico.....	47
3.2. Clasificación de los Principios Jurídicos Según Flavia Carbonell y Raúl Letelier	51



Pág.

3.3. Función de los principios jurídicos	54
3.4. Características de los principios jurídicos	54
3.5. Principios del Derecho Mercantil	55
3.6. Principios del Derecho que regulan el Comercio Electrónico.....	58

CAPITULO IV

4. Presentación, análisis y discusión de resultados	69
4.1. Protección al consumidor y usuario	69
4.2. Jurisdicción competente y derecho aplicable.....	82

CONCLUSION DISCURSIVA	93
------------------------------------	-----------

BIBLIOGRAFÍA	95
---------------------------	-----------



INTRODUCCIÓN

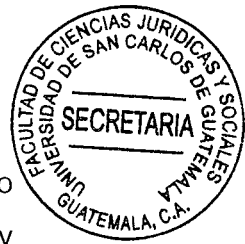
La protección al consumidor y usuario, en búsqueda del resguardo preventivo o resarcitorio de los derechos adquiridos por éstos, en su calidad de parte vulnerable en las contrataciones, ha encontrado ciertas limitaciones a partir del nacimiento del comercio electrónico internacional.

Una de las principales limitaciones nace de la pérdida de elementos esenciales en el reconocimiento de sus derechos en virtud de la falta de práctica, conocimiento y experiencia sobre el comercio electrónico por parte de los legisladores. Al incorporar este tipo de contrataciones en el ordenamiento jurídico guatemalteco los legisladores omitieron señalar entre otras cosas, la forma en que las partes deben determinar el lugar de suscripción de los contratos y por consiguiente el fuero competente para conocer la violación de sus derechos. Esto crea una confusión e incertidumbre que vulnera directamente los derechos de los consumidores y usuarios al colocarlos a merced de los proveedores.

A consecuencia de lo anterior, surge la necesidad de analizar las diferentes teorías del Derecho Internacional Privado para determinar el orden de prelación de los juzgados competentes y el derecho aplicable en los casos concretos donde se vulneran derechos de los consumidores y usuarios dentro del comercio electrónico internacional.

Este trabajo se desarrollará mediante la recopilación bibliográfica relativa al comercio electrónico, protección al consumidor y usuario y Derecho Internacional Privado; la elaboración de un anteproyecto y un marco teórico que derivaron en la redacción de este texto.

Se utilizará como unidad de análisis la legislación nacional, contemplando la ley de acceso a la información pública, la ley para el reconocimiento de las comunicaciones y firmas electrónicas, la ley de protección al consumidor y usuario y Reglamento de



la ley de protección al consumidor y usuario, entre otros. Serán empleados como instrumentos cuadros de cotejo entre los principales derechos de consumidores y usuarios, y las unidades de análisis.

La presente monografía, a través de una investigación jurídico-descriptiva, responderá la siguiente interrogante: ¿Cuál es la protección al consumidor y usuario guatemalteco en los negocios jurídicos dentro del comercio electrónico internacional ante la falta de fijación de la competencia judicial?

El capítulo uno abordará la concepción doctrinaria y los principales elementos y derechos que emanan del negocio jurídico y el comercio electrónico. El capítulo dos desarrolla la protección al consumidor y usuario, describe de forma breve los principales derechos de los consumidores y usuarios reconocidos por la legislación guatemalteca y la doctrina. El capítulo tres aclara los conceptos de los principios fundamentales del comercio electrónico y por último el capítulo cuatro presenta un análisis de lo expuesto con el objetivo de señalar los resultados de la investigación.

De igual forma, se esperará que los resultados de la investigación beneficie a los consumidores y usuarios guatemaltecos y a los asesores legales de los mismos, en el sentido de educarlos sobre la correcta forma en que deberán ejercitar los derechos nacidos del incumplimiento de obligaciones contractuales derivados de negocios jurídicos formalizados de forma electrónica guiándolos de forma correcta en la determinación del tribunal competente para conocer sobre las acciones protectoras o resarcitorias de sus derechos y cuál debería ser la legislación aplicable con que dicho tribunal debe conocer y resolver.

CAPITULO I

1. Comercio Electrónico

La globalización ha permitido expandir los mercados, eliminando las barreras nacionales y abriendo oportunidades para contratar con consumidores en todo el planeta, traspasando fronteras nacionales y temporales con una atención de las veinticuatro horas del día en cualquier parte del globo terráqueo. El desarrollo en la forma de contratar, de la informática y el internet, así como la evolución de la tecnología y las comunicaciones ha tenido como consecuencia el nacimiento del llamado “comercio electrónico” o “e-commerce” (Hocsman 2005)¹

El concepto de Comercio Electrónico, según (Barrios Osorio 2006),² debe ser analizado desde su composición, para lo cual establece que se compone de dos palabras Comercio, que se refiere al conjunto de acciones consecuencia de la relación que existe entre las partes por el intercambio de productos o servicios; la segunda palabra, Electrónico, se refiere al medio utilizado para la celebración de las acciones o actividades comerciales.

Es tan amplio el ámbito de aplicación del comercio electrónico, que en la doctrina se puede encontrar definiciones de cualquier campo. Por ejemplo, (Rayport 2007),³ desde una perspectiva mercadológica, señalan que el comercio electrónico es “intercambios mediados por la tecnología entre diversas partes (individuos, organizaciones o ambos), así como las actividades electrónicas dentro y entre organizaciones que faciliten esos intercambios”. Desde un punto económico el

¹ Hocsman, Heriberto Simón, Negocios en internet: E-commerce. Correo electrónico. Firma digital, Argentina, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 2005, pág. 2.

² Barrios Osorio, Omar Ricardo. Derecho e informática: Aspectos fundamentales, tercera edición, Guatemala. Edición Mayte, 2006. Pág. 282.

³ Rayport, Jeffrey F. y Bernard J. Jaworski, E-commerce, Traducción de Concepción, Verania de Parres Cárdenas, México, Programas educativos, S.A. de C.V., de 2007, Pag. 5.

Grupo de trabajo sobre comercio electrónico y comercio exterior, dependiente del Ministerio de Economía de Argentina, citado por (Hocsmán 2005), ha señalado que es “el conjunto de transacciones comerciales y financieras realizadas por medios electrónicos. Esto es, el procesamiento y la transmisión electrónica de datos, incluyendo texto, sonido e imagen. (Hocsmán 2005).⁴

Sin perjuicio de lo anterior, esta investigación se enfocará en la definición relativa al derecho mercantil que reunirá características de las anteriormente citadas y la consideración del concepto que la legislación brinda. En este caso, la ley para el reconocimiento de las comunicaciones y firmas electrónicas establece, en su artículo 2, que al referirse a comercio electrónico se deberá entender como “las cuestiones suscitadas por toda relación de índole comercial, sea o no contractual, estructurada a partir de la utilización de una o más comunicaciones electrónicas o de cualquier otro medio similar. (C. d. Guatemala s.f.)⁵

La doctrina ha demostrado la existencia de varias formas de clasificar las ramas del derecho o las instituciones jurídicas, cual sea el caso, por los sujetos que interactúan, por su objeto, por su formalidad, entre otras. El comercio electrónico no es la excepción, debido a la gran cantidad de clasificaciones que los juristas han creado basados en su “leal saber y entender”. A continuación, se presentan algunas de las clasificaciones más relevantes por los conocedores del tema.

(Rayport 2007)⁶ se deben reconocer cuatro categorías del e-commerce tomando en cuenta los sujetos que interactúan en el negocio jurídico.

1. De negocio a negocio NAN: Este ocurre cuando dos organizaciones o empresas realizan las actividades comerciales que pueden abarcar administración de

⁴ Hocsmán, Heriberto Simón, Op. Cit. Pág. 4.

⁵ Congreso de la República de Guatemala, Decreto 47-2008, ley para el reconocimiento de las comunicaciones y firmas electrónicas, artículo 2.

⁶ Rayport, Jeffrey F. y Bernard J. Jaworski. Op. Cit. Pág. 5.

inventarios, de proveedores, de canales de distribución entre otras. Algunos ejemplos conocidos son www.chemdex.com o www.freemarkets.com.

2. De negocio a consumidor (NAC): Enfocada al público en general, surge con el intercambio de actividades entre empresas a consumidores, donde las primeras ponen a disposición del consumidor o usuario la venta de productos o servicios, pudiendo este último disponer de una gran variedad de información detallada de los mismos. En este tipo de contratación, por tratarse de un consumo final, podrán aplicarse las normas de protección a los consumidores y usuarios, que de acuerdo con la legislación guatemalteca se consideran de orden público internacional. Esta categoría será el enfoque de la presente Tesis de Grado.
3. De consumidor a consumidor (CAC): Surge de intercambios entre dos o más consumidores, donde puede o no intervenir un tercero. Un claro ejemplo de esta categoría de e-commerce es ebay, donde la plataforma de www.wbay.com únicamente actúa como intermediario entre los dos interesados.
4. De consumidor a negocio (CSN): La categoría más inusual, en ésta los consumidores pueden unificarse y realizar un grupo de compradores o adquiridores de servicios y presentarse al negocio sin la necesidad de una oferta previa. (Rayport 2007)⁷

(Barrios Osorio 2006), al referirse a esta clasificación agrega las clases de (5) "Gobierno a consumidor (G"C)" y (6) "Negocio a gobierno (B2G)", que en Guatemala se llevan a cabo por medio del portal de www.guatecompras.gt. (Barrios Osorio 2006)⁸

⁷ Rayport, Jeffrey F. y Bernard J. Jaworski, Op. Cit.

⁸ Barrios Osorio, Omar Ricardo, Op. Cit. Pág. 290.

Por su parte (Hocsman 2005)⁹ lo clasifica, de acuerdo con la forma como se lleva a cabo, en directo e indirecto. En el primero, señala, tanto el pedido y el pago del producto o servicio se lleva de forma electrónica, es decir, el total de la transacción celebrada se completa sobre la red. En cambio, en la indirecta una parte de la transacción es celebrada fuera de la red, normalmente es luego del pedido del producto, pues éstos necesitan ser enviados de forma física utilizando los canales tradicionales de distribución, interrumpiendo así la interacción meramente electrónica entre los sujetos.

Una vez definida la clasificación del comercio electrónico corresponde el identificar las características que lo diferencian del comercio ordinario. Tomando en cuenta los conceptos citados y la doctrina se presentan las características que se consideran más relevantes sobre el e-commerce.

(Hocsman 2005) analiza los elementos del e-commerce y enlista las que considera son sus principales características que a la vez generan ventajas y desventajas de este tipo de comercialización, las que se resumen a continuación: a) las operaciones son realizadas por vías electrónicas o digitales, obteniendo una rapidez en las comunicaciones entre las partes; b) traspasa no solos fronteras espaciales sin que también temporales, permitiendo una interacción las veinticuatro horas del día en cualquier lugar del mundo, c) existe una reducción de costos y sujetos intervinientes, tales como comisionistas o intermediarios, d) acceso a cualquier empresa, beneficiando a pequeñas y medianas empresas para poder contratar con terceros; e) existe una ampliación del mercado, dando la oportunidad a que las partes puedan contratar sin importar el domicilio de las mismas. Sin embargo, surge la problemática de no poder identificar a las otras partes, debiendo desarrollar un sistema de seguridad para realizar los negocios, f) existe tanto una respuesta inmediata por la comunicación simultánea como la oportunidad de comunicaciones separadas con un historial; y g) genera innovación en las ofertas y mayor

⁹ Hocsman, Heriberto Simón. Op. Cit. Pág. 9.

competitividad entre las empresas, dando oportunidades a pequeños empresarios de abrir o ingresar a un mercado comercial.

Por su parte (Rayport 2007)¹⁰ agregan otras características del comercio electrónico que, a su parecer, lo diferencia totalmente del comercio ordinario. Esas características son:

1. Los oferentes se benefician de la innovación y su velocidad por su facilidad de uso, la eficacia operativa, el establecimiento de marcas y otros elementos para mantener o aumentar la diferenciación de sus productos o servicios.
2. El consumidor o usuario tiene la facilidad de comparar productos o servicios, respectivamente, entre varios sitios.
3. Las empresas se encuentran obligadas a adaptarse a la capacidad de respuesta, por lo que el servicio de las “tiendas” es prolongado y mejorado constantemente.
4. Al emplear una técnica de “autoservicio” en las plataformas web, los clientes tienen un mejor y mayor control sobre las interacciones con el oferente.
5. La tecnología permite a las empresas tener un conocimiento del comportamiento de los consumidores y usuarios, normalmente a través de terceras empresas que llevan un registro de los comportamientos de sus potenciales clientes (a través de los llamados cookies): sitios web visitados, duración de las visitas, transacciones realizadas, etc.
6. Beneficia a los empresarios al aumentar el precio de sus productos o servicios por la cantidad de consumidores o usuarios que utilizan los productos.

¹⁰ Rayport, Jeffrey F. y Bernard J. Jaworski. Op. Cit. Pág. 8.

Reuniendo los elementos de todas las definiciones y las características expuestas, el autor de esta investigación intentará formar su propia definición, utilizándola como referencia para el resto de la investigación, para lo cual considera que el comercio electrónico es el conjunto de operaciones y actividades, contractuales, entre personas, individuales o jurídicas, que conlleva un intercambio de datos, sonidos y/o imágenes por medios electrónicos y que facilitan la transmisión de información y la comunicación simultánea y transfronteriza entre las partes.

Estas actividades consisten en declaraciones de voluntad elevadas a la esfera jurídica debiendo crear una regulación determinada para el caso, por las mismas partes que constituirá el fundamento de su relación comercial. A esta regulación se le denomina negocio jurídico.

1.1. Negocio jurídico y contrato electrónico

Para (jurídico 2007)¹¹ “en la moderna literatura jurídica se da este nombre (negocio jurídico) a todo acto voluntario y lícito realizado de conformidad con una norma jurídica que tenga por finalidad directa y específica crear, conservar, modificar, transferir o extinguir derechos y obligaciones dentro de la esfera del Derecho Privado”.

(Barrios Osorio 2006)¹² señala que el negocio jurídico “es el acto por medio del cual una o varias personas (físicas o jurídicas) manifiestan su voluntad directa, reflexiva y consecuentemente con el objeto de producir alguno o varios efectos jurídicos.

El negocio jurídico, manifiesta (Aguilar Guerra 2003)¹³, es una mera declaración de voluntad que busca la obtención de un fin práctico, efecto que se produce como consecuencia de esa expresión (exteriorización) de voluntad y el resguardo que el

¹¹ Negocio Jurídico, Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Judiciales, Datascan, S.A. 2007, 1er. Edición Electrónica, Pág. 619.

¹² Barrios Osorio, Omar Ricardo. Op. Cit. Pág. 79.

¹³ Aguilar Guerra, Vladimir Osman. El Negocio Jurídico, tercera edición, Guatemala, Editorial Serviprensa, S. A. 2003, pág. 22.

ordenamiento jurídico le otorga, siendo el contrato, el negocio jurídico por excelencia.

Para el autor de esta investigación el negocio jurídico deberá ser considerado como todo acto lícito y consensual realizado por una o entre dos partes capaces con consecuencias jurídicas, donde crean, reconocen, modifican, transfieren o extinguen derechos u obligaciones por medio de la exteriorización de la voluntad. Es importante resaltar un punto con respecto al comentario de (Aguilar Guerra 2003) y es que todo contrato se deriva de un negocio jurídico, sin embargo, no todo negocio jurídico tendrá como consecuencia la formación de un contrato.

Para clarificar el comentario anterior es necesario contar con uno o varios conceptos de lo que se entiende por contrato, por lo que, en sentido amplio, es el acuerdo de voluntades con la finalidad de crear, modificar o extinguir obligaciones relativas a hacer, no hacer, dar o permitir (jurídico 2007)¹⁴ lo define como el “pacto o convenio entre partes que se obligan sobre materia o cosa determinada a cuyo cumplimiento pueden ser compelidas”, y (Contreras Ortiz, Obligaciones y negocios jurídicos civiles 2004)¹⁵ por su parte, amplía la definición concordando con la aclaración destacada anteriormente, pues señala que es un negocio jurídico bilateral, (entendiendo que un negocio jurídico unilateral no constituye un contrato) que debe nacer de un acuerdo entre partes con capacidad (legal) para crear, modificar, transmitir o extinguir obligaciones. La capacidad legal que manifiesta se ampliará al analizar los elementos del contrato.

El contrato electrónico por su parte tiene características especiales que complementan las anteriores definiciones, siendo el comercio electrónico una actividad que se llevará a cabo por medio de un instrumento o con la utilización de dicho instrumento. Los contratos electrónicos son acuerdos iniciados, perfeccionados y concluidos por medio de ese instrumento. (Bastidas García

¹⁴ Contrato, Diccionario de ciencias jurídicas, Políticas y Judiciales, Guatemala, pág. 217.

¹⁵ Contreras Ortiz, Ruber Alberto, Obligaciones y negocios jurídicos civiles (parte general), Guatemala, Universidad Rafael Landívar, Instituto de investigaciones jurídicas 2004, Pág. 41.

2008)¹⁶. (Hocsman 2005)¹⁷ cita a dos autores, quienes definen el contrato electrónico como “el intercambio telemático de información entre personas que da a una relación comercial, consistente en la entrega en línea de bienes intangibles o en un pedido electrónico de bienes tangibles” y “a la realización mediante la utilización de algún elemento electrónico, con influencia decisiva, real y directa sobre la formación de la voluntad, el desenvolvimiento o la interpretación de un acuerdo”, respectivamente.

(Barrios Osorio 2006)¹⁸ fija que por medio del contrato electrónico las partes adquieren las obligaciones de dar, hacer o no hacer alguna cosa. En esta clase de contratos, señala, surgen diferentes problemas derivados que el acuerdo de voluntades no puede llevarse a cabo de forma directa, pues una de las características del contrato electrónico es que las declaraciones de voluntad de los sujetos se manifiestan a través de medios electrónicos.

(Recalde Castells, Comercio y contratación electrónica 1999) utiliza la clasificación de comercio electrónico indirecto y directo para comprender el contrato electrónico y señala que se deberán entender como los contratos en que las declaraciones de voluntad de las partes se emiten por medios electrónicos pero su cumplimiento se produce por medios tradicionales (indirecto); sin embargo, existen los contratos donde no solo su objeto se realiza de forma electrónica, sino también el cumplimiento de las obligaciones de las partes (directo).¹⁹

Corresponde entonces definir la clasificación del contrato electrónico ampliamente discutido en la doctrina.

¹⁶ Bastidas García, José Manuel y Elías Cardona Bermúdez. El comercio electrónico y la protección al consumidor en Venezuela, Telematique: Revista electrónica de Estudios telemáticos. Volumen 7, edición No. 1, Venezuela, 2008, Universidad Rafael Bellosillo Chacín, pág. 45.

¹⁷ Hocsman, Heriberto Simón, Op. Cit. Pág. 78.

¹⁸ Barrios Osorio, Omar Ricardo, Op. Cit. Pág. 91.

¹⁹ Recalde Castells, Andrés. Comercio y Contratación Electrónica, Informática y Derecho, Jornadas sobre contratación electrónica, privacidad e internet, España, 1999. Universidad Nacional de Educación a Distancia, Centro Regional de Extramadura en Mérida, Pág. 39.

La clasificación podrá depender de diferentes variables, dependiendo del punto de vista del jurista que desea clasificarla. (Hocsman 2005)²⁰, crea dos tipos de clasificación. Con el primer tipo, señala, se puede hablar de un contrato electrónico en sentido amplio y estricto. En el sentido amplio se clasificará cuando se incluyan la totalidad de los contratos que se celebren por medios electrónicos, en cambio, se clasificará en el sentido estricto cuando se contemplen únicamente los contratos celebrados por el intercambio electrónico de datos entre dos ordenadores.

Segundo, se refiere a contratos electrónicos totales, aquellos que todas sus etapas se realizan de forma electrónica, es decir, desde el consentimiento (oferta y aceptación) hasta la ejecución de las obligaciones y cumplimiento de las contraprestaciones se realizan en soporte electrónico y no material, y los contratos electrónicos parciales, cuando el elemento electrónico existe únicamente en su consentimiento o en su ejecución. (Hocsman 2005)²¹

(Aguilar Guerra 2003), ha concluido que la forma del contrato o negocio jurídico “radica en la idea de que la forma consiste en el medio expresivo o de exteriorización de la declaración de voluntad de los sujetos del acto jurídico negocial y en particular, del contrato. (Barrios Osorio 2006).²² En Guatemala, por la necesidad de asegurar la conservación de lo pactado y las declaraciones de voluntad se ha regulado, para ciertos contratos, los requisitos de forma que se deberán cumplir para poder exteriorizarlos y ser válidos frente a terceros. Sin embargo, los códigos civil y de comercio validan el principio de libertad de forma señalando, el primero que “cuando la ley no declare una forma específica para un negocio jurídico, los interesados pueden usar la que juzguen conveniente. (J. d. Guatemala s.f.)²³ y el segundo que los contratos de comercio no se sujetan a formalidades especiales, sin importar la forma o el idioma las partes quedan obligadas como quisieron obligarse. (C. d.

²⁰ Hocsman, Heriberto Simón. Op. Cit. Pág. 79.

²¹ Hocsman, Heriberto Simón. Op. Cit. Pág. 79

²² Barrios Osorio, Omar Ricardo. Op. Cit. Pág. 83.

²³ Jefe del Gobierno de la República de Guatemala, Decreto-ley No. 106, Código Civil, artículo 1256

Guatemala, Decreto Número 2-70, Código de comercio, artículo 671 s.f.)²⁴ Este principio abre las puertas para una nueva forma de contratación cuando el objeto de contrato no tenga una forma determinada (como escritura pública para la compraventa de bienes inmuebles), dando lugar a la consideración de la contratación electrónica como una alternativa válida de exteriorización de la voluntad entre las partes y del negocio jurídico.

1.2. Elementos y características

Para validez del contrato electrónico se requerirá la existencia de 4 elementos básicos que deberán cumplir todos los contratos, sin distinción del objeto. El primero es la capacidad. Quien realiza la declaración de voluntad debe ser considerado por la legislación apto para ejercer sus derechos civiles y para contraer obligaciones frente a terceros, así mismo debe tener la facultad para comprender lo realizado (obligarse). En este tipo de contratos es difícil identificar la capacidad de las partes contratantes, sin embargo, existen mecanismos de seguridad que adoptan los oferentes para lograr individualizar al consumidor, tales como certificados de firma digital, pagos con tarjeta de crédito, firmas digitales (reconocidas en legislación guatemalteca), formularios de información sensible, entre otros. En Guatemala la capacidad legal se adquiere por la mayoría de edad a los dieciocho años, una vez no adolezca de enfermedades que le impidan el discernimiento o sea declarado en interdicción y en algunos casos a los mayores de quince años que puedan responder por sus acciones. (J. d. Guatemala s.f.)²⁵

Si el oferente es una persona jurídica deberá para cumplir con el elemento de capacidad, estar inscrito en el registro público correspondiente en su país de

²⁴ Congreso de la República de Guatemala, Decreto Número 2-70, Código de Comercio, artículo 671.

²⁵ Jefe del Gobierno de la República de Guatemala, Decreto-ley No. 106, Código Civil, artículo 8.

domicilio (o nacionalidad, si su legislación así lo regula) y actuar por medio de un representante legal también inscrito con facultades suficientes para obligarla.

El segundo es un consentimiento que no soporte vicios. La declaración de voluntad debe ser “limpia”, sincera y evitar el error, el dolo, la simulación o la violencia al momento de ofertar o aceptar la contratación, la cual puede surgir de forma expresa, por la impresión o exteriorización de su voluntad, o de forma tácita, por la realización de actividades que demuestran la aceptación del contrato. (Barrios Osorio 2006)²⁶ señala la existencia de un consentimiento por medio de mecanismos o aparatos electrónicos y lo denomina como “formas de manifestar el consentimiento por medios electrónicos”. Este puede manifestarse a través del “click”, ingreso de contraseñas (“password”) o la firma electrónica, debiendo considerarse plenamente válido, pues la vía telemática por la que las partes exteriorizan su voluntad de contratar es utilizada únicamente por no encontrarse presentes en el mismo espacio físico.

El tercero elemento es el objeto (lícito). El fin práctico que persigue el negocio jurídico debe estar de acuerdo a la legislación aplicable, no debe estar prohibido o ir en contra de la moral o las buenas costumbres, inclusive se debe aplicar el orden público internacional y por lo tanto deberá ser lícito en las legislaciones de todas las partes, pues como la Constitución Política de la República de Guatemala, en su artículo 5, establece, “Toda persona tiene derecho a hacer lo que la ley no le prohíbe (...). (A. N. Constituyente s.f.)²⁷

El contrato también deberá tener un objeto que sea física o jurídicamente posible, es decir, que el fin práctico pueda realizarse. Para el efecto, el código civil señala que “no solo las cosas que existen pueden ser objeto de los contratos, sino las que se espera que existan, pero es necesario que las unas y las otras estén

²⁶ Barrios Osorio, Omar Ricardo. Op. Cit. Pág. 82.

²⁷ Asamblea Nacional Constituyente, Constitución Política de la República de Guatemala, artículo 5.

determinadas, a lo menos en cuanto a su género. (J. d. Guatemala s.f.),²⁸ abriendo así la posibilidad de innumerables contratos con objetos realizables.

Para el caso de los contratos electrónicos debe tenerse muy en cuenta lo señalado con respecto al orden público internacional, pues muchos objetos podrán estar respaldados por la legislación del oferente, pero no por la legislación aplicable al aceptante de la oferta, lo que por la internacionalidad del comercio electrónico es muy común. A continuación, se presentarán unos ejemplos para aclarar más el tema. Un médico holandés ofrece la venta de marihuana, algo permisible en los países bajos, a un consumidor en el territorio de Guatemala. La legislación guatemalteca tiene prohibido la venta y posesión de marihuana, por lo que el objeto del contrato sería contrario a la legislación aplicable al aceptante y por lo tanto violatorio al orden público internacional igual violación existiría si un oferente domiciliado en el territorio de Guatemala ofrece vender reliquias mayas o tejidos humanos a un consumidor en territorio extranjero, suponiendo que en este Estado donde se encuentra domiciliado es plenamente válido el tráfico de esos bienes. En Guatemala no es permitido la venta de reliquias mayas o tejidos humanos y por lo tanto nos e podría efectuar la transacción.

Por último, el cuarto elemento, la causa (Hocsman 2005)²⁹. El código civil de Guatemala no regula este elemento, sin embargo, si lo considera. Significa que debe existir una razón leal, lícita y posible que provoca el deseo de contratar.

La falta de los elementos descritos provoca la nulidad absoluta del negocio jurídico, el cual no producirá efectos inclusive con la revalidación por confirmación de las partes.

Aunado a lo anterior, el contrato electrónico deberá tener dos elementos esenciales más para su nacimiento y validez. El primero es la oferta para que una oferta sea

²⁸ Jefe del Gobierno de la República de Guatemala, Decreto-ley No. 106, Código Civil, artículo 1538.

²⁹ Hocsman, Heriberto Simón. Op. Cit. Pág. 79.

considerada como tal debe cumplir con lo siguiente, “a) que ésta sea recepticia (sic), es decir, dirigida a persona o personas determinadas, b) que sea hecha sobre un contrato en especial, es decir que se debe especificar concretamente cuál es el contrato que se pretende celebrar, c) debe contener todos los antecedentes constitutivos de los contratos, con lo que se significa que debe tener en sí las diferentes modalidades que en el contrato a celebrarse se quieren incluir. (Hocsman 2005),³⁰ sin el cumplimiento de lo anterior se podría considerar una invitación a ofertar o a negociar en vez de una oferta meramente dicha; y segundo: la aceptación, la que se realiza por medio de mensajes de datos, correos electrónicos o con la opción del “click” en plataformas de venta de bienes, y deberá ser pura, simple y oportuna, sin que se pueda modificar la oferta en ninguno de sus términos, pues sino estaríamos frente a una nueva oferta. (Hocsman 2005).³¹ Es una simple declaración de voluntad de las partes para contratar, parte del consentimiento, y no es sino hasta que se formaliza éste que el contrato nace a la vida jurídica.

Si la aceptación contiene especificaciones adicionales que no alteren sustancialmente la voluntad de contratar, y el oferente no se opone, sea de forma verbal o por medio de una comunicación escrita, en un periodo inmediato a recibir la aceptación, el contrato se regirá por la oferta y las modificaciones realizadas en la aceptación.

Tanto la oferta como la aceptación se realizan, comúnmente, por mensajes de datos (“información generada, enviada, recibida o archivada o comunicada por medios electrónicos, ópticos o similares, como pudieren ser entre otros, el intercambio electrónico de datos (EDI por sus siglas en el idioma inglés), el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax” (O. d. Unidas s.f.)³² que contiene sus propios elementos:

³⁰ Hocsman, Heriberto Simón. Op. Cit. Pág. 79.

³¹ Hocsman, Heriberto Simón. Op. Cit. Pág. 79

³² Organización de las Naciones Unidas, ley modelo de la comisión de las Naciones Unidas para el derecho mercantil internacional sobre comercio electrónico, artículo 2.

- 1) Emisor: el sujeto que envía el mensaje de datos
- 2) Mensaje: el contenido o información que desea transmitir
- 3) Canal o medio: el sistema por el cual transmite la información
- 4) Receptor: el destinatario del mensaje de datos;
- 5) Código Común: la lectura y entendimiento de la información recibida por parte del receptor.

Para aclarar el punto anterior, Barrios señala un sencillo ejemplo: “el envío de una postal donde el remitente (emisor) redacta sobre la postal la información (mensaje) que envía por medio del sistema de correo (canal o medio) para que la reciba el destinatario (receptor) y la pueda leer (código común). (Barrios Osorio 2006).³³

A un lado de los elementos que debe tener un contrato electrónico para su perfeccionamiento se encuentran las ventajas, desventajas y características del mismo. A continuación, se enlistan las que a juicio del autor de la investigación son las principales en un contrato electrónico y que a la vez lo diferencian de un contrato tradicional:

- 1) Comúnmente es un contrato de adhesión (o de formulario), pues no existe una negociación entre el oferente y el consumidor o usuario ni una igualdad entre las partes. El oferente impone sus condiciones y el consumidor o usuario solamente puede aceptarlas si desea contratar.
- 2) Las partes se comunican de forma simultánea (también puede ocurrir en los contratos tradicionales) pero el medio en que lo realizan es puramente electrónico, permitiendo que la simultaneidad se pueda realizar con personas en diferentes puntos geográficos por medio de soporte electrónico y aplicándoles la normativa legal de contratos entre presentes. Sin embargo, se deberá aplicar la normativa de contratos entre ausentes, pues falta la simultaneidad en el acto.

³³ Barrios Osorio, Omar Ricardo, Op. Cit. Pág. 285.

- 3) Constituye una contratación atípica, si bien el objeto del contrato puede estar regulado, el contrato electrónico carece de regulación (o reglas aplicables para su formación y perfeccionamiento).
- 4) Se reconoce el pago electrónico o digital como una forma de cumplimiento de la obligación (del consumidor o usuario).
- 5) A pesar de encontrarse en un formato electrónico o digital, se utilizan métodos para evitar el repudio de la transacción (Hocsman 2005),³⁴ es decir, que una parte contratante niegue que ha otorgado el consentimiento, ya que la parte obligada necesariamente debe identificarse y exteriorizar su voluntad de contratar. (Barrios Osorio 2006).³⁵

1.3. Derechos y obligaciones derivados de negocios jurídicos

Los contratos (o negocios jurídicos) son una de las principales fuentes de obligaciones, las cuales nacen a la vida jurídica, junto con los derechos, una vez estos se encuentren perfeccionados. Previo a entrar a conocer éstos, se debe entender cuando se perfecciona el contrato, pues es realizado como una contratación entre ausentes (sin perjuicio de la aplicación de leyes sobre contratos entre presentes) lo que provoca incertidumbre para determinar el momento en que se lleva a cabo.

Existen varias teorías que hablan sobre el perfeccionamiento de los contratos electrónicos, la aceptación del consumidor o usuario, la recepción del mensaje, el consentimiento electrónico, la lectura del oferente.

³⁴ Hocsman, Heriberto Simón. Op. Cit. Pág. 80.

³⁵ Barrios Osorio, Omar Ricardo. Op. Cit. Pág. 93

La aceptación del consumidor o usuario se refiere al momento en que éste exterioriza su voluntad de contratar, ya sea por mensaje de datos, la opción “click”, entre otras, pues el proveedor ya ha exteriorizado su voluntad por medio de la oferta y al responder de forma afirmativa a la misma el contrato se perfecciona. La consideración más importante en esta teoría es que el oferente puede retirar la oferta previo a la aceptación (por medio de un mensaje de datos diferente), siendo ésta la única en que no se perfeccione el contrato, ya que se pierde uno de los elementos señalados anteriormente: el deseo de contratar del proveedor.

La siguiente teoría, la recepción del mensaje, corresponde al momento en que el mensaje de aceptación entra en el buzón de correo electrónico (o similares) del oferente, ya que la utilización de este buzón se debería entender, es constante por parte del empresario poniéndolo a disposición del público como instrumento para la recepción de las declaraciones de voluntad.

Se puede hablar del perfeccionamiento por el “consentimiento electrónico”, cuando un ordenador se encuentra programado para expresar una aceptación de la aceptación a la oferta del consumidor o usuario para adquirir un producto o servicio, sin necesidad de una nueva declaración de voluntad. Muchos autores señalan dificultades en este tema, pues consideran que un ordenador no puede realizar una declaración de voluntad y exteriorizarla para el perfeccionamiento del contrato. Sin embargo, Recalde, al igual que el autor de la presente investigación, considera que la declaración de voluntad no es del ordenador sino de quien lo ha programado, ocurriendo ésta en el momento de su programación y no en el momento del envío de la comunicación. (Recalde Castells, Pág. 56 s.f.)³⁶. Este perfeccionamiento puede darse únicamente cuando el objeto del contrato lo permita (contrato consensual).

Por último, la teoría de la lectura del oferente, que se refiere, en el caso de que no exista un consentimiento electrónico, el oferente reciba el mensaje de aceptación y lo lea, normalmente seguido enviará una notificación al destinatario del servicio

³⁶ Recalde Castells, Andrés. Op. Cit. Pág. 56.

sobre el acuse de recibido de la aceptación y por ende, de su lectura. Con esto, si no presentase oposición el oferente, se perfeccionará el contrato. Se habla de oposición, porque en caso de modificación de las condiciones de la oferta principal, están deberán considerarse como una nueva oferta diferente y uno un anexo de la principal.

Derivado de la complejidad para determinar el momento en que se llega al perfeccionamiento, las partes deberán convenir en el contrato el momento en que se deberá considerar perfeccionado o las declaraciones de voluntad que cada parte deberá exteriorizar para llegar a ese punto. (Recalde Castells, Comercio y contratación electrónica 1999)³⁷

Los efectos jurídicos (derechos, obligaciones, consecuencias) que tengan los contratos celebrados de forma electrónica dependerán de las diversas situaciones en que estos se encuentren, para tal efecto (Barrios Osorio 2006) señala 4 posiciones:

- 1) La ley determina sus efectos: el contrato tendrá los efectos que establezca la legislación aplicable al lugar de su ejecución, debiendo tomar en cuenta que no se puede rechazar una declaración de voluntad fundamentada en el hecho de estar contenida en un formato electrónico.
- 2) Las partes determinan sus efectos: la ausencia de una regulación con respecto a la comercialización en el entorno electrónico no priva a las partes de realizar contratos por esta vía. Para evitar el repudio de éste tipo de contrataciones derivado de la incertidumbre por su no regulación, las partes pueden incluir cláusulas donde acepten expresamente esa forma de contratación y las condiciones en que el contrato se llevará a cabo (derechos, obligaciones, plazo, objeto, limitaciones, etc.) cabe mencionar que la interpretación de las obligaciones y el contrato se fundamentará en los principios filosóficos del código de comercio de Guatemala: "Las obligaciones y contratos mercantiles se

³⁷ Recalde Castells, Andrés. Op. Cit. Pág. 56.

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. (C. d. Guatemala, Decreto No. 2-70, Código de Comercio, artículo 669 s.f.).³⁸

- 3) La costumbre en los negocios: de acuerdo con la ley del Organismo Judicial, la ley será fuente de derecho, en ausencia de ésta se deberá regir por la conducta constante, repetitiva y legal de los sujetos, conocida como costumbre. Esto puede derivar, inclusive, en la aplicación de los principios del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT) sobre los contratos comerciales internacionales. (Son reglas generales aplicables a contratos mercantiles internacionales cuando las partes acuerden que el contrato se rija por ellas ya sea como principios generales del derecho, lex mercatoria o expresiones similares. Pueden ser aplicables. s.f.)³⁹
- 4) La jurisdicción ordinaria determina sus efectos: En el caso que la determinación (o ejecución) de los derechos y obligaciones, derivados de los contratos electrónicos deba ser resuelta por los tribunales de justicia, debiendo determinarlos el tribunal competente para conocer por la naturaleza u objeto del contrato. (Barrios Osorio 2006)⁴⁰

Una vez definido el perfeccionamiento del negocio jurídico y la forma como se determinarán los efectos de éste, se podrá establecer que derechos y obligaciones nacerán, aunque varían dependiendo del objeto del contrato se ha logrado establecer derechos y obligaciones generales. Una de éstas (y la más importante)

³⁸ Congreso de la república de Guatemala. Decreto No. 2-70, código de comercio, artículo 669.

³⁹ Son reglas generales aplicables a contratos mercantiles internacionales cuando las partes acuerden que el contrato se rija por ellas ya sea como principios generales del derecho, lex mercatoria o expresiones similares. Pueden ser aplicables, inclusive, si las partes no determinan un derecho aplicable al contrato.

⁴⁰ Barrios Osorio, Omar Ricardo. Op. Cit. Pág. 96.

es la responsabilidad civil de las partes por el incumplimiento o cumplimiento defectuoso del contrato.

La responsabilidad civil, en general, es definida por Rubén Contreras quien señala que es “la obligación a cargo de quien, actuando de manera antijurídica y culpable, causa daños o perjuicios a otro, de reparar o indemnizar el agravio a efecto de que, a la vez que se restaña la alteración del patrimonio particular afectado, se restaura también la integridad del orden normativo lesionado. (Contreras Ortiz, Pág. 7 s.f.)⁴¹

El artículo un mil ciento sesenta del código civil señala que serán responsables por los daños o perjuicios que ocasionen los menores de edad que sean mayores de quince años, en los casos de los menores de quince años serán responsables los padres, los tutores o guardadores de estos. (Decreto ley No. 106 s.f.)⁴². Infiriendo entonces que de acuerdo con la legislación guatemalteca todo aquel mayor a quince años a quien se le pueda atribuir el incumplimiento total o parcial, y/o cumplimiento tardío o imperfecto de un contrato es responsable civilmente por los daños y perjuicios ocasionados. En este tema es importante resaltar la diferenciación entre la responsabilidad directa y la responsabilidad compleja o indirecta que señala Contreras.

En el caso de la responsabilidad directa, la persona que realiza las acciones que derivan al daño y perjuicio de la contraparte es, por capacidad legal, el obligado al resarcimiento (en el caso mencionado sobre los menores de edad mayores de quince años, serán sus padres o tutores los representantes legales en juicio). Por otro lado, la responsabilidad compleja se refiere a que una tercera persona será la responsable por imposición legal por los daños y perjuicios ocasionados por otra persona, para aclarar más el tema se presentan los siguientes ejemplos:

⁴¹ Contreras Ortiz, Rubén Alberto. Op. Cit. Pág. 7.

⁴² Jefe del Gobierno de la República de Guatemala. Decreto.ley No. 106. Código Civil, artículo 1160.

Los menores de edad (menores de quince años): en estos casos será el padre o el tutor del menor quien asuman la responsabilidad por los daños ocasionados por estos, pues legalmente no cuentan con capacidad para obligarse.

Trabajadores en relación de dependencia: en estos casos el contrato es celebrado con el patrono, quien delega la ejecución a sus trabajadores, sin embargo, permanece él como responsable frente a la otra parte y por lo tanto debe obligarse al resarcimiento por los daños y perjuicios causados por su trabajador.

Representantes legales de personas jurídicas: al igual que el ejemplo anterior, cuando el representante legal realiza las acciones en el ejercicio de su cargo será la persona jurídica que representa el responsable del resarcimiento de los daños y perjuicios.

Independientemente de si la responsabilidad es directa o compleja, surgen otras obligaciones para con la otra parte. Manuel Osorio define y divide las obligaciones de la siguiente manera: obligación es el “deber jurídico normativamente establecido de realizar u omitir determinado acto, y a cuyo incumplimiento por parte del obligado es imputada, como consecuencia, una sanción coactiva; es decir, un castigo traducible en un acto de fuerza física organizada (J.C. Smith). Claro es que esta definición se encuentra referida a las obligaciones de orden legal, por cuanto hay también obligaciones morales, que no llevan aparejada ninguna sanción coactiva, sino que quedan sometidas ala (sic) conciencia del obligado por esa calificación social. Jurídicamente, y en términos generales, puede decirse que las obligaciones admiten la siguiente división: a) de hacer, b) de no hacer, c) de dar cosas ciertas, d) de dar cosas inciertas e) de dar sumas de dinero. (Diccionario de Ciencias Jurídicas s.f.)⁴³

Para Contreras la obligación civil es “la situación resultante de actos o manifestaciones de voluntad de personas capaces que pueden disponer válidamente de su patrimonio, que determina para el deudor, en virtud de la relación

⁴³ Obligación, Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y judiciales. Pág. 634.

jurídica establecida, el deber de dar, hacer o no hacer algo posible, lícito y de naturaleza económica que interesa al acreedor, y que, en caso de incumplimiento, faculta a éste para hacerla efectiva sobre el patrimonio enajenable del deudor”. Por considerarse esta definición la más completa en la doctrina será utilizada como base en la presente investigación.

Las obligaciones y derechos podrán variar, como fue mencionado anteriormente, pro el objeto del contrato. Por lo cual se realiza la siguiente clasificación: contratos de productos y contratos de servicios para la ejemplificación de las obligaciones y los derechos que de éstos se deriven.

Contratos de productos: los efectos jurídicos que este tipo de contratos tiene para los proveedores (oferentes) son, de forma general, los siguientes:

- 1) Entrega del bien (producto): El proveedor deberá enviar por el medio pactado al consumidor los bienes objeto del contrato. En el tiempo estipulado en el mismo. La obligación de dar cosa determinada deberá comprender también sus accesorios, pertenencias y frutos que produzca desde el perfeccionamiento del convenio hasta la entrega efectiva del producto.
- 2) Calidad de los bienes (productos): el proveedor estará obligado a enviar los productos conforme a las cualidades, calidades, condiciones y cantidades pactadas en el contrato. Dando lugar a que el consumidor pueda reclamar el cambio de los productos si éstos no cuentan con las especificaciones pactadas o entablar una acción de competencia desleal.
- 3) Ofrecer una garantía. De la mano de la obligación de calidad de los bienes, el proveedor se verá obligado a ofrecer una garantía por un plazo pactado que respalde la calidad del producto (por su correcta utilización).

- 4) Indicaciones de utilización: ya sea que se encuentren en el contrato o en el producto, el proveedor estará obligado a indicarle al consumidor los modos y forma de utilización del producto para su correcto desempeño.
- 5) Derecho a recibir una remuneración por el producto. Es derecho del proveedor de recibir una paga a cambio de la entrega del producto.
- 6) La obligación del pago de daños y perjuicios cuando se compruebe que el incumplimiento del envío del producto provocó daños en el patrimonio del consumidor.

Por su parte, los consumidores también deberán cumplir con las siguientes obligaciones:

- 1) Pago del producto: los consumidores deberán realizar el pago del producto en la forma y plazo que hubiere sido pactado, pudiendo ser previo al envío del bien o al momento de su recepción. En el comercio electrónico es común que el pago se realice antes del envío.
- 2) Revisar la calidad de los productos: el consumidor se encuentra obligado a revisar la calidad, cualidad, condiciones y cantidades de los productos para poder realizar cualquier observación o reclamo al proveedor, dentro del plazo pactado para poder optar por el derecho a reclamar el cambio de la mercancía o iniciar una acción de competencia desleal en contra del proveedor.
- 3) Utilización adecuada del producto: deberá utilizar el producto de acuerdo con las indicaciones del contrato o del producto que el proveedor le exteriorice. Únicamente podrá reclamar la garantía de calidad del producto si puede probarse que éste ha sido utilizado de la forma correcta.



Contratos de servicios: los efectos jurídicos que este tipo de contratos tiene para los oferentes son muy similares a los de productos, con algunas diferenciaciones:

- 1) Prestación del servicio: el oferente deberá prestar los servicios en el tiempo establecido en el contrato. De lo contrario da derecho al usuario para hacer por sí o por medio de tercero, a costa del oferente, lo que se hubiere convenido, si fuere posible y si la calidad del ejecutante es indiferente. De lo contrario podrá solicitar que se le fije un término prudencial para prestar el servicio.
- 2) Calidad del servicio: estará obligado a prestar el servicio en la forma y calidad estipulada en el contrato, de lo contrario deberá realizar, libre de costo, las modificaciones necesarias para adecuar la calidad pactada.
- 3) Al pago de daños y perjuicios por el incumplimiento en la ejecución del contrato de servicios.
- 4) Recibir una remuneración monetaria a cambio de los servicios prestados que sean de acuerdo al trabajo realizado, a los conocimientos del ejecutante y a la calidad del servicio.

Por su parte, los usuarios también deberán cumplir con las siguientes obligaciones:

- 1) Pago del servicio: los usuarios deberán realizar el pago del servicio en la forma y plazo pactado.
- 2) Revisar la calidad del servicio: el usuario deberá probar y revisar la calidad de los servicios para determinar si se ajustan a las condiciones pactadas. De no hacerlo cuenta con el derecho a requerir el cumplimiento de acuerdo con el contrato y de que se realicen las modificaciones necesarias para alcanzar la calidad acordada.

- 3) En la prestación del servicio el usuario deberá abstenerse de realizar cualquier acción que pudiera atrasar o complicar la correcta prestación del mismo, de acuerdo con las estipulaciones del contrato. Por ejemplo: si el servicio es una realización de una copia de seguridad “backup” del ordenador, el usuario deberá abstenerse a apagarlo, descargar programas o desconectar el ordenador previo a la finalización del servicio.

Existen otros derechos y obligaciones previos y derivados de los contratos que se abordarán en el apartado de protección al consumidor y usuario.

Por último, se hace mención de la responsabilidad de los intermediarios cuando los negocios jurídicos formalizados como contratos electrónicos utilicen un servidor de un tercero para la transmisión de la información. Si bien los intermediarios no responden por el contenido del mensaje de datos, si podrá actuarse contra ellos en caso de un error o falla en la transmisión de la información que fuera imputables al servicio o al intermediario. Esta responsabilidad es originada de un contrato entre el oferente (o el consumidor si fuera el caso) y el servidor, dando lugar a que el primero pueda promover una acción en su contra. (Recalde Castells, Pág. 56 s.f.).⁴⁴

⁴⁴ Recalde Castells, Andrés. Op. cit. Pág. 68.

CAPITULO II

2. Conceptos

La persona obligada a exteriorizar su voluntad de contratar, aceptando o denegando la oferta, puede clasificarse como consumidor o como usuario. Al analizar la figura del consumidor, se debe distinguir dos cuestiones: la noción de la doctrina y la noción legal, principalmente porque la protección solamente radica a la categoría de personas que la ley señala. Las directivas de la Unión Europea, señala Mistretta, definen al consumidor como “toda persona física que actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional” (Mistretta 2012)⁴⁵. Sin embargo, tanto la legislación argentina como la guatemalteca amplían la definición, punteando que el término consumidor reúne a las personas físicas (individuales) o jurídicas. (A. a. Alterini 2001).⁴⁶

Previo a determinar los derechos y obligaciones que por su calidad de consumidor o usuario poseen las personas, es necesario hacer una pequeña distinción entre estos dos sujetos. Jair Imbachí al referirse al consumidor, señala que es “quien adquiere un bien o servicio para satisfacer una necesidad” (Imbachí Cerón 2014)⁴⁷. Por su parte la legislación guatemalteca, por medio del Decreto 06-2003 del Congreso, señala que el consumidor es toda “persona individual o jurídica de carácter público o privado nacional o extranjera, que en virtud de cualquier acto jurídico oneroso o por derecho establecido, adquiera, utilice o disfrute bienes de cualquier naturaleza” (L. d. Congreso de la República de Guatemala s.f.).⁴⁸

Extrayendo las características y elementos de las definiciones anteriores se podrá entender al consumidor como toda persona, individual o jurídica, que busca

⁴⁵ Mistretta, Carolina Valeria. La protección del consumidor en el derecho internacional privado, Argentina, Universidad de Belgrano, 2012, pág. 14.

⁴⁶ Alterini, Atilio A y otros. Defensa de los consumidores de productos y servicios (daños-contratos), Argentina, Ediciones La Rocca, 2001, pág. 37.

⁴⁷ Derecho del consumidor en Colombia, Imbachí Cerón, Jair Fernando, La protección del consumidor en el entorno digital, Colombia.

⁴⁸ Congreso de la República de Guatemala, Decreto 06-2003, ley de protección al consumidor y usuario, artículo 3c.

satisfacer sus necesidades por medio de la adquisición, utilización y/o disfrute de bienes de cualquier naturaleza.

Por otro lado, Manuel Ossorio manifiesta que por usuario se deberá entender por quien “usa con frecuencia una cosa o es cliente de un servicio” (Usuario s.f.).⁴⁹ La ley de protección al consumidor y usuario de Guatemala define al usuario como toda “persona individual o jurídica que adquiere a título oneroso o por derecho establecido legalmente, servicios prestados o suministrados por proveedores de carácter público o privado. (L. d. Congreso de la República de Guatemala s.f.).⁵⁰ Se entenderá como usuario, para efectos de esta investigación, a toda persona individual o jurídica, que busca satisfacer sus necesidades por medio de la adquisición y contratación de servicios o suministros prestados por un tercero de forma habitual.

De lo anteriormente expuesto se pueden extraer elementos comunes: son personas individuales o jurídicas y adquieren su calidad por actos onerosos o derecho establecido; y el elemento que los diferencia: los consumidores aquellos que adquieren bienes y los usuarios son aquellos que requieren servicios.

Es importante al momento de determinar los derechos y efectos jurídicos de los contratos que se pueda tener un concepto claro de la otra parte en las transacciones, en este caso el proveedor. La ley de protección al consumidor y usuario, en su artículo 3 literal g, señala un concepto de proveedor y se refiere a aquel como “persona individual o jurídica de carácter público o privado, nacional o extranjera que en nombre propio o por cuenta ajena, con o sin ánimo de lucro, realice actividades de producción, fabricación, transformación, importación, construcción, distribución o comercialización de bienes o prestación de servicios a consumidores o usuarios en el territorio nacional y por las que cobre precio o tarifa.

⁴⁹ Usuario, Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y judiciales. Pág. 974.

⁵⁰ Congreso de la República de Guatemala, decreto 06-2003, ley de protección al consumidor y usuario, artículo 3(k)

De la anterior definición se debe resaltar que proveedor puede ser una persona extranjera lo que faculta su aplicación en los contratos electrónicos internacionales.

Dentro del comercio electrónico, la interacción simultánea entre personas en lugares geográficos diferentes, que pueden o no conocer sus derechos y obligaciones, abre la posibilidad a fraudes, incumplimiento de contratos y violaciones a derechos de consumidores y usuario que poseen por su calidad como tales. De igual forma y como se expuso en el capítulo anterior, la mayoría de los contratos electrónicos se derivan de contratos de adhesión (o formulario) con cláusulas de claro perjuicio al consumidor lo que provoca la necesidad de su protección.

2.1. Principales derechos

La soberanía del consumidor o usuario son la base para la creación y el reconocimiento de sus derechos. Ésta se refiere a la libertad general de los contratantes y la libre elección de los consumidores y usuarios a optar por los diferentes productos, servicios y proveedores. (C. E. Unidas, Los derechos de los consumidores y la defensa de la competencia en los procesos de reforma de la industria eléctrica 1999).⁵¹ Sin embargo, al momento de contratar el consumidor o usuario siempre se encontrará en una posición de desventaja frente al proveedor ejecutante, pues éste establece, normalmente, los términos de los negocios jurídicos relacionados a sus productos o servicios y tienen el conocimiento técnico de los mismos frente a un consumidor o usuario que no necesariamente cuenta con esa educación.

Derivado de esa posición de desventaja se crea un derecho in dubio pro consumidor que busca el establecimiento, identificación y reconocimiento de los principales

⁵¹ Comisión económica para América Latina y El Caribe de las Naciones Unidas, istmo Centroamericano: Los derechos de los consumidores y la defensa de la competencia en los procesos de reforma en la industria eléctrica, México. Comisión Económica para América Latina y el Caribe. 1999. Pág. 9.

derechos que poseen las personas, individuales o jurídicas, por su calidad de consumidores o usuarios y su protección para que, en caso exista una duda sobre las condiciones del vínculo comercial, los derechos aplicables o alguna otra situación táctica, el juzgador deberá interpretar la ambigüedad en la postura que resulte más beneficiosa al consumidor o usuario. La corte de constitucionalidad de Colombia ha establecido que “los derechos del consumidor, no se agotan en la legítima pretensión a obtener en el mercado, de los productores y distribuidores, bienes y servicios que reúnan unos requisitos mínimos de calidad y de aptitud para satisfacer sus necesidades, la cual hace parte del contenido esencial del derecho del consumidor. (C. C. Colombia 2000).⁵²

A continuación, se detallan los derechos más relevantes encontrados en la doctrina y en la legislación nacional aplicable, que a su vez pueden resultar en obligaciones previas y posteriores a la contratación para los proveedores o ejecutantes de servicios:

a) Derecho a la información básica

Obligación del proveedor de exteriorizar la información suficiente y detallada del producto o servicio para que el consumidor o usuario pueda tomar una decisión informada, libre y razonada sobre el producto o servicio que desea adquirir. Esta información libre y razonada sobre el producto o servicio que desea adquirir. Esta información, como mínimo, debe incluir lo estipulado en el artículo dieciocho de la ley de protección al consumidor y usuario, que literalmente expresa “se considera básica la información relativa a las características de los bienes y productos, así como sus medidas, composición, peso, calidad, precio, instrucciones de uso y riesgo o peligros que represente su consumo o uso, condiciones de pago y garantía, fecha de fabricación y vencimiento, consignadas en etiquetas, envolturas, envases y empaques” y deberá ser exteriorizada de una forma clara, veraz, suficiente y

⁵² Corte constitucional de la república de Colombia, Sala Plena, expediente D.2830, sentencia C-1141/2000 del 30 de agosto de 2000.

oportuna, en español o simbología internacional, que ayude a complementar la falta de conocimiento técnicos de los consumidores y usuarios. Este derecho implica: a) que los consumidores o usuarios puedan recibir la información necesaria; b) que los proveedores o ejecutantes den la información; c) que el Estado garantice el flujo de información. (C. E. Unidas s.f.).⁵³

En los casos que los productos sean deficientes, usados, reparados o reconstruidos deberán indicarlo con caracteres gráficos notorios e incluirlos en la factura.

b) Derecho de defensa

La Constitución Política de la República de Guatemala, en su artículo doce, reconoce el derecho a un debido proceso previo a la privación de sus derechos y ante un tribunal competente y preestablecido.

c) Derecho de petición

Corresponde al derecho de los consumidores y usuarios a dirigirse, individual o colectivamente, a las autoridades en demanda de la protección o reivindicación de sus derechos y de una pronta respuesta o resolución de acuerdo con la ley. En el caso de Guatemala y en relación con el comercio electrónico, es la Dirección de Atención y Asistencia al consumidor (DIACO), dependencia del Ministerio de Economía, responsable de defender los derechos de los consumidores y usuarios, es la entidad administrativa competente para conocer acciones derivadas de asuntos comerciales en calidad de consumidores o usuarios que, por mandato constitucional, tendrá un término para resolver y notificar las resoluciones no mayores de treinta días.

d) Derecho de retracto

Facultad de los consumidores o usuarios para poder retractarse de la firma de un contrato dentro del plazo establecido en la ley. Para el caso de Guatemala se señala que el plazo para poder retractarse no podrá ser mayor de cinco días hábiles

⁵³ Comisión económica para América Latina y El Caribe de las Naciones Unidas. Op. Cit. Pág. 9

después de la suscripción del contrato. (L. d. Congreso de la República de Guatemala s.f.).⁵⁴

Este derecho lleva consigo la obligación de ser restituido en su patrimonio por el monto en que realizó la compra del bien o pago del servicio del cual ejerció su derecho de retracto.

e) Derivados de un contrato de adhesión (o formulario)

Por contrato de adhesión se entiende aquel cuyas condiciones y términos son establecidos por el proveedor, sin negociación, discusión o modificación alguna por parte de consumidor o usuario. Con la normativa se trata de impedir que la parte fuerte de la negociación, es decir, quien prepara el contrato al que el consumidor o usuario se debe allanar, pueda imponer condiciones claramente desfavorables para el consumidor o usuario, considerándose abusivas y que lesionan el consentimiento del otro contratante. Un claro ejemplo de este tipo de contrataciones es la delimitación al pago de daño y perjuicios, la ambigüedad para confusión de la otra parte o el pacto de sumisión a jurisdicciones claramente inalcanzables por el consumidor o usuario, entre otros.

En este último es importante aclarar que un consumidor o usuario tiene la facultad de accionar en contra de una cláusula abusiva que obligatoriamente le haga someterse a una jurisdicción en la cual no podría accionar, por ejemplo, que un guatemalteco contrate por medio del comercio electrónico y una cláusula de contrato someta la interpretación y acciones por incumplimiento o reclamos a la jurisdicción de Suecia. La reclamación podría iniciar por la falta de medios del actor (consumidor o usuario) para entablar las acciones en Suecia (por distancia, idioma, etc) e incluso podría agregarse que la jurisdicción que el comerciante impone sea por beneficios determinados que le conceda al momento del reclamo, lo que caería en una violación anticipada del derecho del consumidor.

⁵⁴ Congreso de la República de Guatemala, Decreto 06.2003, ley de protección al consumidor y usuario, artículo 51.

En la misma línea, el código de comercio de Guatemala, en su artículo seiscientos setenta y dos, establece que en los contratos de formularios: 1) se interpretarán, en caso de duda, en el sentido menos favorable a quien los haya preparado (más favorables al consumidor); 2) Que cualquier renuncia de derechos solo será válida si aparece en caracteres distintos del resto del contrato; y 3) las cláusulas adicionales prevalecen de las del formulario. De igual forma, la ley de protección al consumidor, en su artículo cuarenta y siete, señala que no producirán efecto, adicional a lo anterior, las cláusulas siguientes:

- 1) Las que otorguen facultades al proveedor para dejar sin efecto o modificar a su solo arbitrio el contrato;
- 2) Establezcan incrementos de precios no establecidos por cosas que no pudieren ser aceptadas o rechazadas;
- 3) Limiten la responsabilidad del proveedor o hagan responsable al consumidor por deficiencias o errores en el bien cuando no le sean imputables; y
- 4) Incluyan espacios en blanco inutilizados al momento de suscripción del contrato.

f) Habeas data

Para el tipo de contratos electrónicos o bases de datos surge también el Habeas data, que constituye una garantía del consumidor o usuario para conocer lo que de el consta en los registros, la finalidad de dicha información y poder corregir, rectificar o actualizar los datos. (D. 5.-2. Congreso de la República de Guatemala, Ley de Acceso a la información pública s.f.).⁵⁵

⁵⁵ Congreso de la República de Guatemala, Decreto 57-2008, ley de acceso a la información pública, artículo 9(4).

g) Idioma

Los consumidores y usuarios gozan del derecho, y los proveedores de la obligación, de utilizar el idioma español para las comunicaciones relacionadas a la información básica del producto, así como traducir al idioma español las especificaciones del producto y los datos de su importador.

h) Idoneidad y Garantía del producto

Los productos que sean adquiridos por los consumidores deberán ser entregados según las especificaciones que se ofrecen y de ser promocionados con garantía, aun cuando no la tengan, el proveedor deberá responder por ella.

Los proveedores quedarán responsables por la idoneidad, autenticidad de marcas y leyendas que exhibe el producto, la veracidad de la propaganda comercial y deberá colocar un número telefónico para la atención de reclamos, con personas capacitadas para ese servicio. (L. d. Congreso de la República de Guatemala s.f.)⁵⁶

i) Igualdad (prohibición de prácticas discriminatorias)

Todas las personas son iguales ante la ley, este mismo derecho se aplica a las transacciones comerciales, donde los consumidores o usuarios deberán de tener los mismos tratos, dignidad, derechos y las mismas condiciones que aquellos que se encuentren en sus mismas circunstancias. De este modo se promueve un repudio a las prácticas discriminatorias ya sea por sexo, edad, nacionalidad, estado civil, religión, etnia, condición económica, política y/o social, entre otros, para impedir la igualdad en condiciones y oportunidades para contratar o la institución arbitraria de privilegios o tratos que conlleven a los mismos efectos. (C. e. Unidas s.f.)⁵⁷

Este derecho conlleva tanto a los comerciantes en sus tratos con los consumidores y usuarios como el Estado, que deberá adoptar un papel correctivo y reducir las

⁵⁶ Congreso de la República de Guatemala, decreto 06-2003, ley de protección al consumidor y usuario, artículo 15(p).

⁵⁷ Comisión económica para América Latina y El Caribe de las Naciones Unidas. Op. Cit. Pág. 11

diferencias y otorgar las mismas condiciones y privilegios al momento de instituirlos en la normativa vigente.

j) Inviolabilidad de correspondencia

Un derecho esencial para consumidores y usuarios que utilicen el Comercio Electrónico, donde su correspondencia, documentos y libros son inviolables, salvo resolución firme dictada por juez competente. Aún así, se deberá garantizar el secreto de la correspondiente y “otros productos de la tecnología moderna” (A. N. Constituyente, Constitución Política de la República de Guatemala s.f.)⁵⁸

k) Libertad de acción

Toda persona tiene derecho a realizar las acciones que no contraríen alguna normativa, impidiendo las órdenes que no se encuentren basadas en ley o emitidas conforme a ella. (A. N. Constituyente s.f.)⁵⁹

l) Libertad de asociación

La Constitución Política de la República establece la libertad de asociación de las personas, individuales o jurídicas, pudiendo organizarse con otros individuos con la finalidad de proteger o exigir la protección de los derechos de los consumidores y usuarios frente a comerciantes o el mismo estado, una vez el objeto de su asociación sea lícito, no sea contrario a la moral, al orden público o a la seguridad nacional.

m) Libertad de consumo

Corresponde el derecho de toda persona de adquirir, usar, disfrutar y disponer de toda clase de bienes y servicios, a excepción de los establecidos en la ley. (C. E. Unidas s.f.)⁶⁰

⁵⁸ Asamblea Nacional constituyente, Constitución Política de la República de Guatemala, artículo 24.

⁵⁹ Asamblea Nacional constituyente, Constitución Política de la República de Guatemala, artículo 4.

⁶⁰ Comisión Económica para América Latina y el Caribe de las Naciones Unidas. Op. Cit. Pág. 12

n) Libertad de contratar

Corresponde al derecho de todas las personas, individuales o jurídicas, a realizar libremente actos o negocios jurídicos civiles o comerciales con otras partes y suscribir contratos. (C. e. Unidas s.f.)⁶¹

Las partes son libres de poder negociar los servicios o bienes que deseen adquirir, siempre con condiciones, limitaciones, modalidades, formalidades y demás aspectos dependiendo de la relación jurídica que se desea crear. Aunque normalmente para el tipo de contrato objeto de esta investigación no existe tal negociación, el consumidor si tiene la opción de no contratar o retractarse de hacerlo.

o) Libertad de expresión

Facultad de los consumidores y usuarios para expresar sus opiniones y comentarios sobre cualquier cuestión relacionada a los productos y servicios adquiridos en el mercado, pudiendo publicarlos sin censura alguna (una vez no infrinjan ninguna normativa legal). Este derecho se deriva y se ejercita de conformidad con lo regulado en la Constitución Política de la República de Guatemala y la ley de Emisión del Pensamiento de Guatemala.

p) Libre acceso a tribunales

No es suficiente el reconocimiento de los derechos de los consumidores, sino es necesario el establecimiento de la garantía para que estos puedan defender sus derechos y acceder a un tribunal competente. (C. E. Unidas s.f.).⁶² La Constitución Política de la República de Guatemala establece en su artículo veintinueve que “toda persona tiene libre acceso a los tribunales, dependencias y oficinas del

⁶¹ Comisión Económica para América Latina y El Caribe de las Naciones Unidas.

⁶² Comisión Económica para América Latina y El Caribe de las Naciones Unidas, pág. 13.

Estado, para ejercer sus acciones y hacer valer sus derechos de conformidad con la ley. (A. N. Constituyente s.f.)⁶³

q) Libre competencia

La Comisión Económica para América Latina y el Caribe de las Naciones Unidas, CEPAL, afirma que es necesaria la existencia de la libre competencia entre comerciantes, un proceso abierto y transparente donde existan opciones, por ende, se prohíba el monopolio, y exista el acceso necesario y suficiente hacia ellas para el efectivo cumplimiento de los mismos, y que permita al consumidor o usuario tomar una decisión. (C. E. Unidas s.f.)⁶⁴

Se incluye aquí el acaparamiento, especulación, desabastecimiento o negativa de vender productos con la finalidad de provocar alza en sus precios. (L. d. Congreso de la República de Guatemala s.f.)⁶⁵

r) Medidas correctivas

Cuando por incumplimiento de lo pactado sea por daños en el envío o instalación, por uso de acuerdo a los términos y que el bien termine dañado, por mala información del proveedor, vicios ocultos o falta de cumplimiento de las leyes aplicables, los consumidores y usuarios tienen derecho a la reparación del bien, reposición del producto, el cambio del bien por otro de igual calidad o por otro bien de igual precio, la devolución de su dinero o la indemnización, lo que correrá a responsabilidad del proveedor.

s) Obligación de proveer información en línea

Aunado a la información básica de los productos o servicios, los proveedores deberán, en las transacciones dentro del comercio electrónico, facilitar la información verídica sobre su empresa, incluyendo la denominación legal, el lugar

⁶³ Asamblea Nacional Constituyente, Constitución Política de la República de Guatemala, artículo 29.

⁶⁴ Comisión Económica para América Latina y El Caribe de las Naciones Unidas, Op. Cit. Pág. 9

⁶⁵ Congreso de la República de Guatemala, decreto 06-2003, ley de protección al consumidor y usuario, artículo 16(f).

de establecimiento, correo electrónico y otros medios de contacto, licencias o permisos gubernamental, de una forma clara, accesible y precisa para el consumidor o usuario que desee contratar. (D. 4.-2. Congreso de la República de Guatemala, Ley para el reconocimiento de las comunicaciones y firmas electrónicas, artículo 30. s.f.)⁶⁶

t) Protección de datos sensibles

Los datos sensibles consisten en “aquellos datos que se refieren a las características físicas o morales de las personas o a hechos o circunstancias de su vida privada o actividad, tales como los hábitos personales, el origen racial, el origen étnico, las ideologías y opiniones políticas, las creencias o convicciones religiosas, los estados de salud físicos o psíquicos, preferencia o vida sexual, situación moral y familiar u otras cuestiones íntimas de similar naturaleza. (D. 5.-2. Congreso de la República de Guatemala, ley de Acceso a la información Pública, artículo 9 (2) s.f.)⁶⁷

El artículo veintidós del Decreto cincuenta y siete guión dos mil ocho del Congreso, ley de Acceso a la información señala que únicamente los titulares del derecho para conocer sobre información sensible podrán tener acceso a la misma, entendiéndose la prohibición de su publicidad y de su comercialización también establecida en su artículo treinta y uno. (Corte de Constitucionalidad de Guatemala s.f.)⁶⁸

u) Reconocimiento de las comunicaciones

En la formación de los contratos y en las negociaciones o relaciones entre el proveedor y el consumidor y/o usuario no se podrá negar los efectos jurídicos, validez o fuerza obligatoria de las manifestaciones de voluntad o cualquier otra declaración que realicen las partes por el simple hecho de realizarse por medio de un mensaje de datos, debiendo cumplir con sus obligaciones de la forma en que

⁶⁶ Congreso de la República de Guatemala, Decreto 47-2008. Ley para el reconocimiento de las comunicaciones y firmas electrónicas, artículo 30.

⁶⁷ Congreso de la República de Guatemala, Decreto 57-2008, ley de acceso a la información pública, artículo 9(2).

⁶⁸ Corte de Constitucionalidad de Guatemala, apelación de sentencia de amparo, expediente 1356-2006, resolución del 11 de octubre de 2006.

fueron propuestas y enviadas. (D. 4.-2. Congreso de la República de Guatemala, ley para el reconocimiento de las comunicaciones y firmas electrónicas s.f.)⁶⁹

v) Misceláneos

El artículo cuatro de la ley de protección al consumidor y usuario enlista otros derechos que no han sido tratados, tales como:

- 1) La protección a la vida, salud y seguridad de los consumidores y usuarios en la adquisición, consumo y uso de bienes y servicios;
- 2) La sostenibilidad de precios con el que se oferte promocione, publicite o marque el producto en el establecimiento comercial respectivo;
- 3) Recibir educación sobre el consumo y uso adecuado de bienes o servicios que le permita conocer y ejercitar sus derechos y obligaciones;
- 4) La devolución al proveedor de aquellos bienes que éste le haya enviado sin su requerimiento previo.

2.2. Regulación de derechos

Los seres humanos gozan, por su condición natural, de derechos inherentes a ellos, los que deberán ser garantizados por las organizaciones públicas y privadas. Estos derechos, algunos detallados en el apartado anterior, deberán ser tomados por la sociedad política e incluidos en el derecho vigente para su formal reconocimiento y continua protección.

Existe una disciplina de protección tanto al consumidor como al usuario basada, como fue mencionado anteriormente, en la posición de desventaja que tienen estos

⁶⁹ Congreso de la República de Guatemala, decreto 47-2008, Ley para el reconocimiento de las comunicaciones y firmas electrónicas, artículo 16.

frentes aquellos que presentan las ofertas de bienes o servicios y establece los lineamientos de la contratación. CEPAL señala que esa protección es una de las principales maneras de normalizar el equilibrio entre la oferta y la demanda, es decir, entre los comerciantes y proveedores y los consumidores y usuarios. (C. E. Unidas s.f.)⁷⁰. Esta disciplina debe englobar las normas que crean derechos específicos y protegen directamente al consumidor y usuario, las que buscan garantizar la aplicación de esos derechos, las que empoderan al consumidor para dirigirse a los órganos estatales a ejercerlos y los mecanismos jurídicos que enfocan y racionalizan el comportamiento del consumidor. (A. A. Alterini s.f.)⁷¹

El reconocimiento en las diferentes legislaciones otorga la facultad, en estos casos, a los consumidores y usuarios de poder reclamar la protección, en caso de amenaza de violación, o su reivindicación, en caso ya fueron violentados.

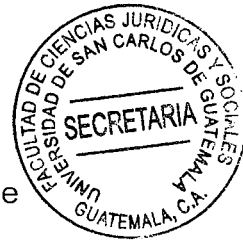
Es importante hacer la aclaración que un derecho inherente a la persona humana no necesariamente tiene que estar reconocido en un cuerpo normativo para poder hacerse efectivo, tal como lo establece el artículo cuarenta y cuatro de la Constitución Política de la República de Guatemala. Sin embargo, su reconocimiento establece requisitos, guías y/o pasos para el correcto ejercicio de las acciones protectoras o reivindicatorias de los mismos.

La Carta Magna como fundamento de todo sistema jurídico de un Estado es el cuerpo legal indicado para reconocer y garantizar derechos esenciales de las personas (C. E. Unidas s.f.),⁷² Guatemala en la literal i) del artículo ciento diecinueve constitucional reconoce la obligación del Estado a la “defensa de consumidores y usuarios en cuanto a la preservación de calidad de los productos de consumo interno y de exportación para garantizar su salud, seguridad y legítimos intereses económicos (A. N. Constituyente, Constitución Política de la República de

⁷⁰ Comisión Económica para América Latina y el Caribe de las Naciones Unidas. Op. Cit. Pág. 9

⁷¹ Alterini, Atilio A. y otros. Op. Cit. Pág. 92.

⁷² Comisión Económica para América Latina y el Caribe de las Naciones Unidas. Op. Cit. Pág. 10.



Guatemala s.f.).⁷³ Dicha obligación da lugar al reconocimiento de los derechos de consumidores y usuarios en el territorio de la República. Así mismo existen otros cuerpos normativos dentro de la legislación guatemalteca donde se encuentran derechos inherentes a los consumidores y usuarios, los cuales se describen a continuación:

Derecho seis guion dos mil trece del Congreso, ley de Protección al Consumidor y Usuario:

Tiene su fundamento en el artículo constitucional citado anteriormente y en el compromiso adquirido por el Estado de Guatemala ante la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas mediante la Resolución treinta y nueve diagonales doscientos cuarenta y ocho del nueve de abril de mil novecientos ochenta y ocho. Contiene ciento trece artículos divididos en nueve capítulos.

Busca actualizar la protección de las personas relacionado al desarrollo económico del país y procurar el bienestar de los habitantes de Guatemala. Así mismo promover, divulgar y defender los derechos de los consumidores y usuarios, establecer las infracciones, sanciones y los procedimientos aplicables en dicha materia. Es el cuerpo legal que por su naturaleza contiene la mayor cantidad de derechos en materia de protección al consumidor y usuario y constituyen un mínimo de derechos y garantías irrenunciables, de interés social y de orden público.

Acuerdo Gubernativo setecientos setenta y siete guion dos mil trece, Reglamento a la ley de protección al consumidor y usuario:

Tiene su fundamento en los artículos: ciento ochenta y tres literal “e” de la Constitución Política de la República de Guatemala, el veintisiete literal “k” de la ley del Organismo Ejecutivo y el ciento diez de la ley de Protección al Consumidor y Usuario.

⁷³ Asamblea Nacional Constituyentes, Constitución Política de la República de Guatemala, artículo 119(i).

Emite las normas de carácter reglamentarias que desarrollan la estructura administrativa de la Dirección de Atención y Asistencia al Consumidor y los procedimientos administrativos y legales para que pueda cumplir con sus atribuciones. Así mismo emite los procedimientos generales que debe de llevar a cabo una asociación de consumidores y usuarios para su correcta inscripción y funcionamiento.

Decreto cuarenta y siete guión dos mil ocho del Congreso, Ley para el reconocimiento de las comunicaciones y firmas electrónicas

Este cuerpo legal reúne las leyes modelo de la comisión de las naciones unidas para el Derecho Mercantil Internacional, tanto la ley modelo sobre comercio electrónico como la ley modelo sobre firmas electrónicas, que a pesar de no establecer una gran cantidad de derechos como tales regula la incorporación de las comunicaciones y la firma electrónicas como un atentado a actualizar la legislación nacional con la promoción y desarrollo del comercio electrónico.

Distribuida en cincuenta y seis artículos, cuenta con aspectos relevantes como el reconocimiento de las comunicaciones electrónicas como una exteriorización de la voluntad y el reconocimiento de la formación y validez de los contratos al utilizar comunicaciones electrónicas en las negociaciones o en la perfección del negocio jurídico. Así mismo crea el registro de prestadores de servicios de certificación del Ministerio de Economía que regulará, autorizará y velará por el funcionamiento y eficiente cumplimiento de las disposiciones legales de las entidades prestadoras del servicio de certificación de firmas electrónicas avanzadas.

Decreto cincuenta y siete guión dos mil ocho del Congreso. ley de Acceso a la información Pública

Esta ley busca armonizar el derecho de libre acceso a la información en poder de la administración pública y las entidades que manejan recursos del Estado con el desarrollo económico y comercial de la sociedad, estableciendo obligaciones y



estándares a cumplir para garantizar la seguridad y certeza a las personas sobre la fiscalización ciudadana a los funcionarios y empleados públicos, los organismos del estado o las entidades que utilicen sus recursos.

A pesar de ser una normativa aplicable a entidades que utilicen fondos del Estado (o permisos, licencias o autorizaciones otorgados por éste) y puede ser cuestionable su aplicación con proveedores extranjeros, establece dos de los derechos principales e irrenunciables para un consumidor o usuario en el comercio electrónico: el Habeas Data y la protección a los datos sensibles. Al establecer estos derechos reconoce la fácil vulneración de la información por los medios electrónicos y señala como medio preventivo las acciones para preservar la privacidad y legitimidad de los datos personales.

Sin perjuicio de lo anterior, es consideración del autor de esta investigación que los derechos reconocidos en la ley de acceso a la información pública pueden ser aplicados de forma interpretativa a los contratos entre particulares, consumidor y proveedor, cuando éste último no entre en los supuestos de la ley, en virtud del artículo cuarenta y cuatro de la Constitución Política de la República de Guatemala: “Los derechos y garantías que otorga la Constitución no excluyen otros que, aunque no figuren expresamente en ella, son inherentes a la persona humana (...) (A. N. Constituyente, Constitución Política de la República de Guatemala s.f.).⁷⁴ El argumento anterior puede ser fortalecido con la resolución de la corte de constitucionalidad del diez de febrero de dos mil quince. (C. d. Guatemala s.f.),⁷⁵ donde realiza una interpretación extensiva de la mencionada ley para resguardar los derechos constitucionales de un particular en la comercialización de información de datos.

⁷⁴ Asamblea Nacional Constituyente, Constitución Política de la República de Guatemala, artículo 44.

⁷⁵ Corte de Constitucionalidad de Guatemala, Apelación de Sentencia de Amparo, expediente 3552-2014, resolución del 10 de febrero de 2015.

Esta sentencia marca un precedente en la protección de consumidores y usuarios guatemaltecos, permitiendo una interpretación extensiva en la búsqueda de protección o resarcimiento de sus derechos.

2.3. Agencia gubernamental

Considerando que la regulación de un derecho no puede reflejar su exacta protección y que no solo es importante la incorporación de derechos a una legislación vigente sino también la creación de una agencia gubernamental que se encargue de velar por la protección de dichos derechos, por lo que se procederá a haber un breve análisis de la Dirección de Atención y Asistencia al Consumidor (en adelante DIACO).

La Dirección es creada por medio del decreto seis guión dos mil tres, del Congreso ley de protección al consumidor y usuario, con independencia funcional y técnica, con competencia en todo el territorio nacional, pero como un órgano dependiente del Ministerio de Economía.

Su principal finalidad es velar por el respeto y cumplimiento de los derechos de los consumidores y usuarios y de las obligaciones de los comerciantes y proveedores, aplicando las medidas necesarias de acuerdo con la ley. Para alcanzar dicho fin se le otorgan, entre otras, las siguientes atribuciones:

- 1) Recopilar, elaborar, procesar, divulgar y publicar información para facilitar al consumidor o usuario un mejor conocimiento de las características de los bienes y servicios que se ofrecen en el mercado.
- 2) Promover y realizar investigaciones técnicas en las áreas de consumo de bienes y uso de servicios.

- 3) Iniciar las actuaciones administrativas en caso de presunta infracción a las disposiciones legales.
- 4) Establecer procedimientos ágiles y conciliadores para la solución de los conflictos de los que tenga conocimiento de conformidad con la ley.
- 5) Aplicar las sanciones administrativas establecidas en la ley cuando corresponda y publicar resultados.

Dentro de las atribuciones de aplicar sanciones, la dirección podrá imponer las siguientes:

- 1) Apercibimiento escrito
- 2) Apercibimiento público
- 3) Multas
- 4) Publicación de los resultados de la investigación a costa del infractor en el diario de mayor circulación del país

El consejo centroamericano de protección al consumidor realizó, en dos mil ocho, un estudio sobre el empoderamiento de las agencias gubernativas de protección al consumidor. Este estudio determina objetivamente el grado de facultades que, en este caso, la DIACO cuenta para el cumplimiento de sus funciones y detectar las áreas donde deben mejorar su supervisión y fiscalización. Para la determinación del empoderamiento utiliza tres temporalidades:

- 1) Antes: se refiere a las investigaciones, fiscalización y supervisión del mercado que permite realizar un análisis preventivo sobre las posibles violaciones a derechos de los consumidores y usuarios.
- 2) Durante: se refiere a la imposición de medidas cautelares y correctivas, el trámite de las denuncias de los consumidores y usuarios y la actuación de pruebas que

le permitan realizar una investigación completa y lograr sancionar de forma equitativa con el daño provocado.

- 3) Después: se refiere a la ejecución de las resoluciones, la denuncia de los delitos derivados a las acciones de los comerciantes, la publicación de las resoluciones y las multas impuestas que se utilizan como incentivos (alertas) para el resto de comerciantes para el cumplimiento de la legislación aplicable y las resoluciones emitidas en el tema.

El procedimiento que la DIACO deberá seguir para las investigaciones y la imposición de medidas cautelares se encuentra regulado entre los artículos ochenta y tres y ciento seis de la Ley de protección al consumidor y usuario de Guatemala, sin perjuicio de lo regulado en otras leyes.

El análisis se realizó en las agencias gubernamentales de Costa Rica (Dirección de apoyo al consumidor y comisión nacional del consumidor, ambas dependencia del Ministerio de Economía Industria y Comercio), El Salvador (Defensoría del consumidor y Tribunal Sancionador), Honduras (Secretaría de industria y Comercio), Nicaragua (Dirección General de Competencia y Transparencia de mercados, dependencia del Ministerio de Fomento, industria y comercio), Panamá (Autoridad de protección al consumidor y defensa de la competencia) y Guatemala y la Dirección de atención y asistencia al consumidor de Guatemala obtuvo los siguientes resultados: (consumidor s.f.)⁷⁶

TEMPORALIDAD	PORCENTAJE GUATEMALA	MEJOR AGENCIA	PORCENTAJE
Antes	75%	El Salvador	100%
Durante	49%	El Salvador	70%

⁷⁶ Consejo centroamericano de Protección al consumidor. Compendio: Estado de la protección de los derechos del consumidor en Centroamérica, Centroamérica, Consejo Centroamericano de Protección al consumidor, 2008, pág. 29.

Después	38%	Panamá	69%
---------	-----	--------	-----

Derivado de los resultados expuestos, se puede concluir que la agencia gubernamental de protección al consumidor y usuario de Guatemala requiere un empoderamiento sobre sus facultades para resolver asuntos relacionados a las violaciones de los derechos de los consumidores y usuarios, pues se ha demostrado con el estudio lo siguiente:

- 1) Que a pesar de contar con las facultades suficientes para la recepción de las denuncias por violación a derechos del consumidor éstas disminuyen a medida que la temporalidad del proceso se lleva a cabo, provocando que el treinta y siete por ciento (37%) de las denuncias no completen el procedimiento administrativo,
- 2) Que existe un veintisiete por ciento (27%) de procesos que al ser iniciados no se les permite realizar una investigación completa y llegar a sancionarlos; y
- 3) Que únicamente un cincuenta punto uno por ciento (50.1%) de las denuncias presentadas y que llegan a tener una resolución, pueden ser ejecutadas por la dirección, ya sea por el mismo procedimiento administrativo o por el proceso judicial en los tribunales de lo contencioso administrativo.

Aunado a lo anterior, aún se encuentra pendiente que el Congreso emita las disposiciones legales para modificar a la dirección en la procuraduría de la defensa del consumidor y usuario de conformidad con el artículo ciento siete de la ley de protección al consumidor y usuario. “En el plazo de cinco años contados a partir de la vigencia de la presente ley, el congreso de la república deberá emitir la disposición legal pertinente para que la dirección de atención y asistencia al



consumidor se convierta en procuraduría de la defensa del consumidor y del usuario. (L. d. Congreso de la República de Guatemala s.f.)⁷⁷.

En los últimos cinco años se han presentado tres iniciativas de ley, dos buscando reformar la actual ley de protección al consumidor y usuario (dos mil trece y dos mil catorce) y solamente una (dos mil once) buscando aprobar la ley de la procuraduría de defensa del consumidor y usuario.⁷⁸ Esta última ya agrega la aplicación de la ley en las operaciones contractuales efectuadas a través de medios electrónicos y cualquier otra tecnología, reiterando la interpretación in dubio pro-consumidor y señalando puntualmente las obligaciones que deberá realizar el proveedor, inclusive reconoce alguno de los derechos ya señalados en la ley de acceso a la información pública generando aplicación directa a contratos privados.

Lamentablemente el pleno del congreso conoció dicha iniciativa el cinco de abril de dos mil once y no fue aprobada.

⁷⁷ Congreso de la República de Guatemala, Decreto 06-2003, ley de protección al consumidor y usuario, artículo 107.

⁷⁸ Congreso de la República de Guatemala, iniciativa de ley con número de registro 4305 del año 2011.

CAPITULO III

3. Etimología de Principio

“La palabra principio viene del latín principium, formada de primus (el primero), capere (capturar, agarrar, ver: emancipar) y el sufijo lum (-io efecto o resultado en sustantivos, relación en adjetivos). Es decir, es el resultado de abordar o tomar lo primero.” (Origen de las palabras, Etimología de Principio 2,015).⁷⁹ El diccionario de la Real Academia Española indica que principio es: “el primer instante del ser de algo; Punto que se considera como primero en una extensión o en una cosa: Base, origen, razón fundamental sobre la cual se procede discurrendo en cualquier materia; Causa, origen de algo; Cada una de las primeras proposiciones o verdades fundamentales por donde se empiezan a estudiar las ciencias o las artes; Norma o idea fundamental que rige el pensamiento o la conducta.”

Principio tiene inherente un punto de inicio y un nexo con aquello que se pretende sostener o afianzar. Principio, pues, hace referencia a dos cosas: un cimiento o afianzamiento o fin y un nexo que relaciona este cimiento o afianzamiento o fin con aquello que se quiere asir, sostener o afianzar. Sobre esta base puede decirse que principio jurídico “es la relación razonada que correlaciona un fundamento, valor, meta o fin, o en general un estándar establecido como relevante para el derecho, con aquello con que se deba relacionar.” (Islas Montes 2011)⁸⁰

3.1. Concepciones del principio jurídico

3.1.1. Principio jurídico como estándar

Ronald Dworkin nació en el año de 1931 en los Estados Unidos de Norteamérica, reconocido filósofo y estudioso del Derecho, que por largo tiempo de su vida se

⁷⁹ Origen de las palabras etimología de principio, Chile, 2015.

⁸⁰ Islas Montes, Roberto. Principios Jurídicos, México, Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano año XVII. Montevideo, 2011, Pág. 400.

dedicó a dar clases en diferentes universidades, en las que resaltan la Universidad de Yale y Oxford en el Reino Unido; es conocido mundialmente por ser autor de la obra “el Derecho debe ser tomado en serio” en donde afirma que el mundo del Derecho no solo está compuesto de normas sino que además está compuesto por principios que clasifico en: principios propiamente dichos y directrices. Los principios en sentido estricto se basan en los valores abstractos como los valores ético-morales, mientras que las directrices se basan en intereses y objetivos sociales y políticos.

“Los principios son normas primas facie, es decir, se imponen por encima de otras normas, mientras que las directrices son normas prudenciales, es decir, se imponen, siempre y cuando, no entren en contradicción con los principios. La forma de interpretar los principios, sobre todo, los principios en sí mismos, disiente de la forma de interpretar las reglas. Los principios se interpretan tomando el Derecho como integridad, mientras que las reglas se interpretan tomando el Derecho como la conjunción de reglas primarias y secundarias.” (Campos Bernalla 2015)⁸¹

3.1.2. Principios jurídicos como mandatos de optimización

“Robert Alexy, es un filósofo y estudioso del derecho que nació en el año 1945 en Alemania, a finales de los 80 el centro de Estudios Constitucionales de Madrid publicó su Teoría de la Argumentación Jurídica, traducida por Manuel Atienza e Isabel Espejo. Luego Ernesto Garzón Valdés tradujo su obra capital, Teoría de los derechos fundamentales, que fue objeto de una nueva traducción de Carlos Bernal Pulido en el año 2007, bajo el mismo sello editorial. El propia Bernal Pulido se encuentra entre los mayores expertos en la obra de Alexy y ha sido uno de sus más entusiastas difusores en América Latina. En México la editorial Fontamara, gracias al impulso del destacado profesor del ITAM Rodolfo Vásquez, ha editado varios

⁸¹ Campos Bernalla, Heber Joel. Otra orilla, el otro lado de las cosas. Ronald Dworkin y los principios.

libros de Alexy, en los que se recogen interesantes ensayos del profesor alemán. (Carbonell Miguel 2015)⁸²

La teoría del maestro Robert Alexy, se enfoca en determinar cuáles son las diferencias entre principios y reglas, tomando en consideración que para él ambas son normas. Por lo anteriormente referido se empieza a diferenciar los principios de las reglas, en que los primeros son normas que orden que algo sea realizado en la mayor medida posible por las que el referido maestro las cataloga como mandatos de optimización, en cambio las reglas pueden ser cumplidas o no. En conclusión, puede decirse que:

- Las normas estatalmente reconocidas da lugar a que la colectividad de una sociedad pueda cumplirlas o no, sabiendo que son disposiciones que otorgan, prohíben, restringen una situación determinada, y se presumen que su contenido legal está inspirado por un trasfondo factico principios son mandatos de optimización en el sentido que trazan ideales para una sociedad determinada, que su cumplimiento u observación trae aparejado un beneficio ético-moral, que está directamente interrelacionado con las normas jurídicas de un sistema legal que pueden o no hacer posible los ideales primariamente trazados. Los principios como mandatos de optimización, va paulatinamente motivando a que los ordenamientos legales regulen determinadas normas.

3.1.3. Principios jurídicos como normas de carácter muy general

Manuel Atienza Rodríguez, nació en España en el año de 1951, reconocido profesional del Derecho que, durante largo período de su vida, se ha dedicado a ser catedrático de algunas de las universidades más reconocidas de España. Con relación a los principios del Derecho que es propio de este cuerpo investigativo, Manuel Atienza considera como punto central “las normas”, como un género amplio

⁸² Carbonell, Miguel, Robert Alexy, un autor indispensable, México.

del cual pueden distinguirse dos elementos, uno son los principios y otro elemento son las reglas.

Indica primero que las normas son mandatos generales abstractos e impersonales que tienen como fin, influir en el comportamiento del ser humano, las reglas son mandatos específicos de un determinado comportamiento y los principios son normas de carácter muy general que tratan de idealizar los fines de una sociedad.

Manuel Atienza clasifica los principios en directrices y principios en sentido estricto, siendo los primeros normas de carácter muy general que señalan la desestabilidad de alcanzar ciertos objetivos o fines de carácter económico, social, político, etc, en tanto los principios en sentido estricto son normas de carácter muy general que señalan las exigencias de tipo moral.

“Cuando dicen que expresan o incorporan valores superiores que el ordenamiento jurídico considera como últimos, nos hablan de la importancia que tienen esos valores que el Derecho considera superiores, últimos, muy generales, con la diferencia de que en la conceptualización que se ha señalado el valor o fin es el estándar señalado como relevante que debe ser relacionado racionalmente y cuya formulación constituye el principio jurídico, es decir, no solo se trata de expresar o incorporar valores o fines sino que además se han de establecer en relación jurídicamente razonada, pues precisamente la relación razonada es el elemento determinante del principio jurídico y el fundamento, valor, fin o estándar establecido como relevante para el derecho, sino porque además se relaciona razonadamente, de tal forma que no es simplemente una axiología, ontología o teleología, sino estándar establecido en relación determinante con el derecho”. (Islas Montes 2011)⁸³

⁸³ Islas Montes, Roberto. Op. Cit. Pág. 406.



3.2. Clasificación de los Principios Jurídicos Según Flavia Carbonell y Raul Letelier

- a) Principios como normas explícitas con un amplio grado de generalidad, abstracción e indeterminación.

Son aquellos principios jurídicos que se encuentran incorporados en la Constitución de la Política de la República de Guatemala, por ejemplo: Principio de igualdad, Artículo 4. Libertad e igualdad. En Guatemala todos los seres humanos son libres e iguales en dignidad y derechos. El hombre y la mujer, cualquiera que sea su estado civil, tienen iguales oportunidades y responsabilidades. Ninguna persona puede ser sometida a servidumbre ni a otra condición que menoscabe su dignidad. Los seres humanos deben guardar conducta fraternal entre sí; Principio de prevalencia del Derecho público sobre el Derecho privado Artículo 44. Derechos inherentes a la persona humana. Los derechos y garantías que otorga la Constitución no excluyen otros que, aunque no figuren expresamente en ella, son inherentes a la persona humana. El interés social prevalece sobre el interés particular. Serán nulas ipso jure las leyes y las disposiciones gubernativas o de cualquier otro orden que disminuyan, restrinjan o tergiversen los derechos que la Constitución garantiza.

- b) Principios como normas implícitas

En este caso, y a diferencia de la categoría anterior, no existen normas explícitas a partir de las cuales reconstruir el referido principio, sino más bien se trata de un cierto tipo de inferencia realizada bien por la doctrina, bien por los jueces, cuyo método inductivo o deductivo no siempre es del todo claro e incluso a veces ni siquiera se individualiza por medio del cual se extrae una norma de carácter general a la que se llama principio como norma implícita. Dentro de esta misma categoría podríamos incluir a la "seguridad jurídica como principio general del Derecho Público; o al Derecho a recibir informaciones, que forma parte natural y se encuentra



implícito en la libertad de opinión y de informar, porque de nada sirven estas libertades si ellas no tienen destinatarios reales.” (Carbonell 2011) ⁸⁴

c) Principios como normas que informan un ámbito normativo determinado. Es la clase de principios que subsiste en materias determinadas del Derecho ya sea de forma implícita o explícita: por ejemplo, puede mencionarse el principio de inamovilidad contemplado en el Derecho Laboral o el principio de Equidad tributaria valga la redundancia, contenida en el Derecho Tributario.

d) Principios como máximas jurídicas o guías de la labor interpretativa del juez o interprete.

“Aforismo o máximas jurídicas como “*iuranovit curia*”, “donde la ley no distingue no es lícito al interprete hacerlo”, “quien puede lo más puede lo menos” (argumento a fortiori en su variante a maiori ad minus), “*in claris non fitinterpretatio*”, reciben tratamiento de principios en ciertos contextos jurídicos como el judicial y se emplean para justificar una determinada interpretación o reforzar alguna de las pretensiones de las partes que están en juego” (Carbonel Miguel 2015)⁸⁵

e) Principios como instituciones

Ocorre el caso de un determinado principio se convierte en un ente de mayor presencia material en una sociedad determinada, bajo diferentes modalidades axiológicas, que persiguen un fin determinado y como bien se decía etimológicamente, institución significa, establecer, edificar, normar.

f) Principios como reformulación de normas vigentes del sistema

En este apartado se puede ubicar los principios de jerarquía (la ley superior deroga o prevalece sobre la inferior), de especialidad (la ley espacial deroga o prevalece

⁸⁴ Carbonell, Flavia y otros. Principios jurídicos/Análisis y crítica. Chile, Abeledo Perrot, 2011. Pág. 164.

⁸⁵ Carbonell Flavia y otros. Principios jurídicos/Análisis y crítica, Chile, Abeledo Perrot, 2011. Pág. 164.

sobre la general) y la temporalidad (la ley posterior deroga o prevalece sobre la anterior). Lo anterior se coteja a lo que establece el artículo 8 de la Ley del Organismo Judicial, Decreto 2-89 del Congreso de la República de Guatemala: Derogatoria de las leyes.

Las leyes se derogan por leyes posteriores:

- Por declaración expresa de las nuevas leyes;
- Parcialmente, por incompatibilidad de disposiciones contenidas en las leyes nuevas con las precedentes;
- Totalmente, porque la nueva ley regule, por completo, la materia considerada por la ley anterior.
- Total, o parcialmente, por declaración de inconstitucionalidad, dictada en sentencia firme por la Corte de Constitucionalidad. Por el hecho de la derogación de una ley no recobran vigencia las que ésta hubiere derogado.

Y el artículo 9: Supremacía de la Constitución y jerarquía normativa. Los Tribunales observarán siempre el principio de jerarquía normativa y de supremacía de la Constitución Política de la República, sobre cualquier ley o tratado, salvo los tratados o convenciones sobre derechos humanos que prevalecen sobre el derecho interno.

Las leyes o tratados prevalecen sobre los reglamentos. Carecen de validez las disposiciones que contradigan una norma de jerarquía superior.

g) Principios como (meta) criterios valorativos para solucionar casos.

Aquí se ubican un conjunto de referencias genéricas a principios, directrices y valores que informan la Constitución, como señalan algunas sentencias. Estas normas suelen anclarse en fines u objetivos generales que pretendería perseguir el ordenamiento jurídico, o en el fundamento axiológico que las origina o, directamente, en valores morales, políticos y sociales compartidos por la comunidad respectiva. En este caso, los principios operan generalmente como legislador

negativo, es decir, “para excluir ciertos significados de normas vigentes que serían incoherentes o conducirían a consecuencias no permitidas por el sistema jurídico; o para derogar o anular normas.” (Carbonell 2011)⁸⁶

En conclusión, puede decirse que una clasificación burda de los principios jurídicos son por una parte los principios que sirven a los jueces para entender y aplicar la ley y por otra parte los principios como metas idealizadoras de un Estado de Derecho llevando implícito un conjunto de valores morales y éticos.

3.3. Función de los principios jurídicos

Los principios jurídicos por una parte se usan para resolver determinados fenómenos sociales jurídicamente relevantes de una manera abierta, pero los principios en su función regulatoria tienden a establecer límites a efecto de que el poder coercitivo de una ley siga los ideales que motivaron su nacimiento y se obtengan los resultados esperados, ya que de no ser de esa manera se estaría cometiendo un ilícito.

Por tanto, las leyes de cada República Democrática, al basar sus normas en principios jurídicos, no terminan por agotar lo que estos establecen en forma abierta, con lo que se ve su función regulatoria. Es así que una ley no puede contradecir lo que la Carta Magna establece, de la misma manera no debería contradecir los principios que le dan vida. De esta forma la validez de la Carta Magna de un país queda determinada por la norma fundante, y el contenido constitucional, por los principios jurídicos.

3.4. Características de los principios jurídicos

Los principios son esenciales; los principios son generales; los principios definen las conductas que son aceptable y procura establecer las líneas permisivas de las

⁸⁶ Carbonell, Flavia y otros. Principios jurídicos/Análisis y crítica. Chile. Abeledo Perrot, 2011. Pág. 165.

acciones, los principios son normas abiertas no se sabe cuándo han de ser aplicadas; los principios no determinan necesariamente la decisión sólo proporcionan razones a favor de una u otra de las opciones; los principios tienen una dimensión de peso.

3.5. Principios del Derecho Mercantil

A continuación, se indicará cuáles son los principios que rigen el Derecho Mercantil teniendo en cuenta que dichos principios tienen como fin determinar las líneas o directrices sobre las cuales debe de versar una ley, a efecto de garantizar las inequidades y el desenvolvimiento ideal de las necesidades de la sociedad, sacando a colación además que el Derecho Mercantil es una rama del Derecho que se caracteriza actualmente por ser dinámico y de acelerado evolucionar.

- Buena fe

“De acuerdo al Diccionario de la Real Academia Española, “fe” puede entenderse como confianza, buen concepto que se tiene de alguien o algo, seguridad, aseveración de que algo es cierto.” (Carbonell 2011)⁸⁷ Aplicado dentro del Derecho Mercantil puede decirse que la “Buena Fe” debe de sustentar todas las actividades comerciales en el sentido que debe existir certeza y seguridad respecto a lo que se está ofertando y demandando, siendo reprochable todo tipo de engaño o artimaña que pretenda defraudar patrimonialmente a una persona. Por ello el comerciante debe cumplir sus obligaciones, ejercer sus derechos mediante una conducta de fidelidad, lealtad y sinceridad, que es propio de personas con criterio de honestidad y razonabilidad, la buena fe tiene dos aspectos, una es la buena fe activa, en la que cada persona debe establecer una relación jurídica ajustada a las exigencias del decoro social, y dos la buena fe pasiva indica que la persona tiene derecho a esperar

⁸⁷ Carbonell, Flavia y otros. Principios jurídicos/Análisis y crítica, Chile. Abeledo Perrot, 2011. Pág. 165.

de otra esa misma lealtad o fidelidad. “la buena fe tiene dos efectos”. (Rincón 2012)⁸⁸

1. La buena fe simple o subjetiva

En suma, la buena fe subjetiva consiste en un estado psicológico y no volitivo, cuyo substrato está fundado bien en la ignorancia o en un error. De ahí que “el comportamiento de una persona pueda ser objetivamente antijurídico; empero el derecho lo considera honrado y justo teniendo en cuenta la situación subjetiva en que su autor se encontraba. El error incide aquí en la titularidad o en la legitimidad de la propia conducta (...) o en la legitimidad de la conducta de la contraparte” (Neme Villareal 2009)⁸⁹

2. Buena fe exenta de culpa u objetiva

Es un Estado de realidad de hacer algo conforme a lo que es considerado correcto, sustentado en el cumulo de valores sociales. En otra palabra la buena fe objetiva es la determinación de un determinado actuar para la obtención de un fin determinado.

Tiene efectos superiores a la buena fe simple, tiene la virtud de crear de la nada una determinada realidad jurídica, del error se crea el derecho (facitjus). Bajo este entendido, un parangón entre los conceptos de buena fe subjetiva y objetiva se plantea claramente cuando se señala que la buena fe objetiva “no supone la creencia o ignorancia que justifica un error -buena fe en sentido subjetivo- sino la aprobación de una conducta o proceder, según el parecer unánime de personas razonables y honradas con base en los usos sociales imperantes en una determinada circunstancia.” (Neme Villareal 2009)⁹⁰

⁸⁸ Rincón, Yamir Elvira, Principios de la buena fe exenta de culpa, Colombia. Universidad Antonio Nariño. 2012.

⁸⁹ Neme Villareal, Martha Lucía. Buena fe subjetiva y buena fe objetiva, revista de Derecho Privado externado 17-2009. Pág. 49.

⁹⁰ Neme Villareal, Martha Lucía, Buena fe subjetiva y buena fe objetiva, revista de Derecho Privado externado 17-2009. Pág. 49.



En el Código Civil guatemalteco, regula la buena fe en los siguientes artículos:

Artículo 622.-Buena fe. - La buena fe del poseedor consiste en la creencia de que la persona de quien recibió la cosa era dueña de ella y podría transmitir su dominio.

Artículo 623.- Presunción de buena fe. - La buena fe dura mientras las circunstancias permiten al poseedor presumir que posee legítimamente, o hasta que es citado en juicio.

En el Código de Comercio lo podemos encontrar en el Artículo 669. “Principios Filosóficos. 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.”

- La verdad sabida

El principio de la verdad sabida presume que las partes que son parte de una transacción conocen anticipadamente de las consecuencias que se ocasionaran de un determinado contrato, conocen y saben los derechos y obligaciones que se desprenden de la misma.

- Toda prestación presume onerosa

El comercio tiene como finalidad la obtención satisfactoria de sus necesidades con un beneficio económico dinerario.

- Ante la duda deben favorecerse las soluciones que hagan más segura la circulación, según este principio, los comerciantes en su actividad y por ser el Derecho Mercantil poco formalista deben a través de la buena fe y verdad sabida, posibilitar el tráfico mercantil en forma segura.

3.6. Principios del Derecho que regulan el Comercio Electrónico

3.6.1. Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional

La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, es un órgano adscrito a las Naciones Unidas especializado en el análisis e investigación de materias jurídico mercantil, cuyo propósito es incentivar la actualización a nivel mundial de la legislación mercantil, tendiendo a la reforma internacional de las leyes.

Dicho órgano fue creado el diecisiete de diciembre de mil novecientos sesenta y seis, el cuerpo que representa dicho organismo es la Comisión, la cual está compuesta por sesenta Estados miembros, electos por la Asamblea General, dichos Estados miembros son electos por períodos de seis años.

Durante el tiempo de dicha comisión ha estado activa, ha efectuado un sin número de asesorías, seminarios y estudios relativos al Derecho Mercantil, que de una forma significativa a beneficiado a un sin número de Estados, a efecto de agilizar, facilitar y asegurar la eficiencia y eficacia de las transacciones mercantiles, tomando en consideración que el fenómeno comercial y mercantil crece a pasos agigantados con tendencias a seguir creciendo aún más. Por lo anteriormente dicho se hace referencia que, por la labor de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil, nace la propuesta de la Ley Modelo sobre el Comercio Electrónico que fue adoptada el doce de junio de mil novecientos noventa y seis, la cual fue elaborada con el propósito de facilitar el comercio utilizando medios electrónicos.

En particular, la ley Modelo tiene la finalidad de superar los obstáculos que plantean las disposiciones legislativas y que no pueden modificarse mediante contrato equiparando el trato dado a la información sobre papel al trato dado a la información



electrónica. Esa igualdad de tratamiento “es esencial para hacer posibles las comunicaciones sin soporte de papel y para fomentar así la eficacia en el comercio internacional”. (ley modelo de la CNUDMI sobre el Comercio Electrónico 2015)⁹¹

Se sabe que la ley modelo anteriormente mencionada es el primer texto que plasma los principios de no discriminación, neutralidad tecnológica y equivalencia funcional, que constituyen los pilares fundamentales del actual comercio electrónico. Es curioso mencionar que la ley Modelo va acompañada de una guía para la incorporación de dicha ley al derecho interno, ayudando a los Estado para agilizar los procesos legislativos necesarios para el mencionado proceso.

3.6.2. Injerencia del Derecho Internacional Privado

El Derecho Internacional Privado, es el conjunto de normas, principios, instituciones, acuerdo, tratados y convenios que tienen como objeto determinar los límites de la competencia legislativa entre dos Estado quienes cuentan con disposiciones legales distintas, respecto a situaciones donde intervengan intereses privados.

Según Espinzar Vicente “El derecho internacional privado se configura como el conjunto de normas y principios que cada ordenamiento particular establece para dotar de una regulación especial a los supuestos de tráfico externo. La construcción de este sistema exige el recurso a una metodología propia. Su positivización y aplicación es particularmente dependiente de la realidad social y jurídica del momento histórico que se considere”. (González Martín s.f.)⁹² El Derecho internacional privado tiene como fin la armonización de las leyes y respetando la soberanía de los Estados. Su fin no es dar la solución a un conflicto, sino que señalar donde se puede encontrar la solución al mismo.

Se dice el Derecho internacional privado surge por dos circunstancias:

a) Diversidad de legislaciones

⁹¹ CNUDMI, ley modelo de la CNUDMI sobre el Comercio Electrónico.

⁹² González Martín, Nuria. Derecho Internacional Privado parte general. México, UNAM, Pág. 21.

La variedad legislativa existe entre países que conforman la situación y existencia geopolítica del mundo. Para las mismas situaciones los estados han legislado diferentemente; por ejemplo, la mayoría de edad, la edad para contraer matrimonio con plena capacidad, los elementos del contrato, la tipificación de los delitos, la tipificación de los actos civiles, etc. Esta variedad encuentran su asiento natural en la diferencia de cultura, educación, amplitud, mentalidad, creencias religiosas, condiciones climáticas, facilidad de acceso a los medios de comunicación de masas, tradición, condiciones económicas, étnicas, psíquicas, etc, más aún, en el mundo actual existen diferentes sistemas legales; sistemas inglés – commonlaw - , sistemas socialistas, religiosos, codificados, tribales, etc, cada uno con intereses y fines últimos diferentes.

b) Naturaleza cosmopolita del ser humano

El ser humano se caracteriza por tener la capacidad de sociabilizar con otros seres humanos, teniendo en cuenta que es de esta manera puede satisfacer todas sus necesidades, que seguramente no podría obtener solo, por lo dicho cabe mencionar que usualmente las relaciones humanas trascienden a niveles que no se limitan a un lugar determinado, si no que por lo contrario se expanden a nuevos horizontes y fronteras, donde efectúa transacciones, mercantiles, comerciales, económicas, culturales, etc. Por ejemplo, el comercio electrónico es un invento de la humanidad que a revolucionado el mundo comercial a nivel mundial, donde cualquier persona puede comprar cosas a través del computador o algún dispositivo electrónico sin importar la ubicación geográfica.

El comercio electrónico y su capacidad de trascender fronteras pone en que pensar, en el sentido de poder determinar qué ley o legislación es posible aplicar, cuando se efectúa una transacción haciendo uso de algún dispositivo electrónico. Algunos estudiosos del Derecho indican que existen dos posibilidades ante el mencionado reto legal, por lo que a continuación se hará referencia de los mismos:

a. internacional Ciberlaw

Lo que se impulsa con esta corriente, es crear una ley internacional, desligada de los cuerpos legislativos Estatales, y solo existente en el ciberespacio, actuando la Red como un Estado universal para los internautas.

Se trataría de una “lexmercatoria” del Ciberespacio-international con un cuerpo de reglas uniformes, instituciones y principios provenientes de diferentes fuentes que regulan las actividades de los operadores del comercio electrónico internacional. “Dentro de este conjunto de reglas estaría un código legislativo que regulase el comercio electrónico a escala internacional, aplicable a las transacciones internacionales por todos los países, vía tratado internacional o Código de Conducta en internet, netiquettes, políticas de usos en la red (Internet Use Policies), regulaciones de proveedores de acceso a internet, normas deontológicas, principios básicos de e-business, etc.” (Bermejo s.f.)⁹³

Lo anteriormente indicado, se vería complementado con la creación de una plataforma on-line de arbitraje que se encargaría de hacer cumplir con lo que la ciberlaw establece, previéndose la agilidad de resolver los conflictos que pueden suscitar en el comercio electrónico. Ejemplo de esto se ve en páginas como Facebook, Instagram o twitter que tienen sus políticas de respeto, que, si son infringidas por algún usuario, trae aparejado determinada consecuencia; algo por el estilo se pretende solo que a un nivel mucho más complejo y elevado.

Lo negativo de estas propuestas es que las grandes empresas que se dedicarían a la creación de la mencionada ley, podrían regular cibernormas que traería beneficios que no son propios de la Democracia ni amistosos con el interés general, creando en ese orden de ideas, conflictos de carácter personal. Otra cuestión que puede indicarse es lo respecto a los cuerpos arbitrales que se mencionan, ya que una de

⁹³ Noticias Jurídicas, Guillermo Díaz Bermejo, La resolución Internacional de controversias en el comercio electrónico.



las características del arbitraje es el acuerdo de voluntades en cuanto a someterse a dichos cuerpos, perdiéndose la coercibilidad de hacer cumplir las ciberlaws.

b. Derecho Internacional Privado

Otra postura opta por el Derecho Internacional Privado de cada uno de los Estados, que plantea la resolución de los conflictos, de la competencia judicial, la normativa aplicable y la ejecución de sentencias en el extranjero, desde la óptica de las reglas tradicionales que remiten el conflicto a los Tribunales estatales competentes. No se genera déficit democrático, se respeta la soberanía nacional e igualmente se respetan los principios constitucionales. No obstante, el Derecho Internacional Privado “es muy rígido y precisa de una necesaria adaptación a unos criterios mucho más flexibles, ya que, si sólo se basa en la vinculación del problema planteado al territorio de un determinado Estado, al tratarse de conflictos extraterritoriales situados en cualquier parte del mundo, sino existiere esa necesaria flexibilidad, sin duda alguna, el Derecho Internacional Privado se tornaría inoperante.” (Bermejo s.f.)⁹⁴

Esta última postura es la que actualmente ha prevalecido entre la mayoría de Estados que han procurado ponerse a la altura de las circunstancias y han legislado respecto al comercio electrónico, con el propósito de establecer las reglas y normas que sirvan para resolver los conflictos entre los elementos personales de las transacciones comerciales y Guatemala no ha sido la excepción que en el año dos mil ocho ha adoptado la ley para el Reconocimiento de las comunicaciones y las Firmas Electrónicas que en gran medida es la reproducción literal de la ley Modelo sobre comercio electrónico de la Comisión de las Naciones Unidas del Derecho Mercantil quienes enumeran los principios innovadores que inspiran el comercio electrónico.

⁹⁴ Noticias Jurídicas, Guillermo Díaz Bermejo, La resolución Internacional de controversias en el comercio electrónico.

3.6.3. Principios del Comercio Electrónico

Relativamente el Derecho que regula el Comercio Electrónico, es de reciente creación, si lo comparamos con otras ramas del Derecho, que su existencia tiene algunos cientos de años, por lo tanto el Derecho del Comercio Electrónico debe ser sustentado por principios que tracen las líneas directrices sobre los cuales se desarrolle el comercio electrónico, incorporando los valores necesarios para garantizar entre los sujetos que intervienen comercialmente, certeza y seguridad jurídica, propiciando el desarrollo económico de las sociedades a un paso firme y sostenible, de acuerdo a la evolución del mercado de ofertas y demandas.

Por lo anterior a continuación se desarrollarán los principios jurídicos que algunos estudiosos del Derecho han identificado como necesarios:

- Principios de la equivalencia funcional

Este principio indica que los efectos legales juntamente con la certeza que provoca los documentos contenidos en un soporte físicamente tangible (papel) y firmadas por una persona determinada, también conocida como emisor, produce los mismos efectos que los contenidos en un soporte informático, firmado electrónicamente, este principio se constituye en base a la no discriminación de los mensajes de datos electrónicos respecto de las declaraciones de voluntad escritas.

El principio de equivalencia funcional se encuentra recogido en forma general en la ley modelo supra indicada que reza: “no se negarán efectos jurídicos, validez o fuerza obligatoria a la información por la sola razón de que éste en forma de mensajes de datos”. La noción “mensajes de datos”, la encontramos en el propio texto normativo en el artículo 1ª) que indica: “Por mensaje de datos se entenderá la información generada, enviada, recibida, archivada o comunicada por medios electrónicos ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el intercambio electrónico de datos (EDI), el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax”.

- Principio de neutralidad tecnológica

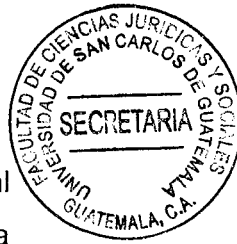
“Este principio se basa en el respeto al uso de cualquier tecnología que se utilice o pueda usarse en el futuro a efectos de transmitir un mensaje de datos o insertar una firma electrónica. Por lo tanto, implica no favorecer una tecnología sobre otras con la finalidad de evitar posibles obsolescencias legales”. (Rico s.f.).⁹⁵ Entre otras palabras el comercio electrónico debe fundarse en códigos abiertos a efecto de poder ser usados con cualquier dispositivo electrónico, no importando la marca de estos, o la compañía que suministre el servicio de internet, teniendo mucho que ver con el monopolio de utilidades informáticas.

Illescar Ortiz considera la neutralidad tecnológica como aquella aptitud que debe imperar en las nuevas normas disciplinarias del comercio electrónico, para abarcar con sus reglas no sólo las tecnologías existentes en el momento en que se formulan sino también las tecnologías futuras, sin necesidad de verse sometidas a modificación, ello, obviamente, en un horizonte cronológico razonable. Las normas reguladoras del comercio electrónico y sus contratos han de resultar aplicables al comercio electrónico y no a una concreta tecnología de entre las disponibles en el mercado para la práctica de los intercambios comerciales a través de soporte electrónico”, los textos jurídicos elaborados o en la elaboración tanto por jurisdicciones nacionales cuanto por agencia formuladoras internacionales mantiene o aspiran a mantener vivo el principio de neutralidad tecnológica en toda su extensión. (Yasmin, Principios de la contratación Electrónica 2012)⁹⁶

En el texto de la Exposición de Motivos de la ley sobre Mensajes de Datos y Firma Electrónica (LMDFE) el legislador alude en forma expresa a este principio al indicar que la ley no se inclina por una determinada tecnología para las firmas y certificados electrónicos, advirtiendo la necesidad de incluir las tecnologías existentes y las que

⁹⁵ Rico Carrillo, Mariliana. Principios del comercio electrónico.

⁹⁶ Torres Torres Ana Yasmin. Principios de la contratación electrónica, Colombia, 2012.



están por existir. La preocupación del legislador venezolano pro el respeto al principio de la neutralidad tecnológica se puede observar no sólo en el texto de la Ley, sino también en la redacción del título, al referirse al uso de la firma electrónica en contraposición con algunos países que se limitan a regular “la firma digital”, como sucede en Colombia, Argentina, Puerto Rico, Chile, Panamá y Costa Rica. Finalmente es de destacar que este principio no es propio del comercio electrónico, en el campo de la tecnología, es imperante la redacción de normas suficientemente amplias de modo que se puedan incluir tecnologías actuales y futuras.

En la ley para el reconocimiento de las comunicaciones y firmas electrónicas, Decreto 47-2008 del Congreso de la República de Guatemala, en su tercer considerando establece que la promoción del comercio electrónico en todos sus aspectos requiere de una legislación cuyo fundamento sea, entre otros, la facilitación, del comercio electrónico en el interior y más allá de las fronteras nacionales, la validación, fomento y estímulo de las operaciones efectuadas por medio de las nuevas tecnologías de la información sobre la base de la autonomía de la voluntad y el apoyo a las nuevas prácticas comerciales, tomando en cuenta en todo momento la neutralidad tecnológica.

- Principio de interacción del Derecho preexistente de obligaciones y contratos

Tanto en el comercio tradicional como en el comercio electrónico, confluye el consentimiento, la voluntad, la capacidad y un objeto lícito; por tanto, el medio a utilizar el indiferente, el comercio electrónico es una innovación humana que no modifica el derecho de obligaciones y los contratos. El simple hecho de ser un soporte nuevo de las voluntades comerciales no modifica los elementos esenciales de los negocios, esto sin embargo no es excusa para que los legisladores realicen las reformas pertinentes ante la posibilidad de que se produzcan lagunas legales por la novedad de su operatividad.

En la ley para el reconocimiento de las comunicaciones y firmas electrónicas, Decreto 47-2008 del Congreso de la República de Guatemala, en su Artículo 15 indica. Formación y validez de los contratos. En la formación de un contrato por particulares o entidades públicas, salvo acuerdo expreso entre las partes, la oferta y su aceptación podrán ser expresadas por medio de una comunicación electrónica. No se negará validez o fuerza obligatoria a un contrato por la sola razón de haberse utilizado en su formación una o más comunicaciones electrónicas. Artículo 16. Reconocimiento de las comunicaciones electrónicas por las partes. En las relaciones entre el iniciador y el destinatario de una comunicación electrónica, no se negarán efectos jurídicos, validez o fuerza obligatoria a una manifestación de voluntad u otra declaración por la sola razón de haberse hecho en forma de comunicación electrónica.

- Principio de buena fe

La buena fe en la contratación electrónica, según Illescas Ortiz considera que la buena fe se entroniza como un principio básico del comercio electrónico, el cual puede, a título general, verse desde tres perspectivas bien diferenciadas.

En primer lugar, la buena fe como principio básico del comercio electrónico, aparece como una manifestación en concreto del principio de inalterabilidad del derecho preexistente de las obligaciones privadas en el campo de la contratación electrónica.

En segundo lugar, el principio de buena fe se configura como un postulado centrado en el concepto de confianza, la cual, dentro del marco de las relaciones contractuales de carácter comercial, presupone el efecto contrario, ya que en el campo de la praxis se ve a menudo que las relaciones contractuales no se llevan a cabo directamente por el empresario contratante, sino por medio de sus subalternos (empleados o agentes en el manejo de los medios electrónicos requeridos), proporcionados y mantenidos por terceras personas.

En algunos casos la exigencia de buena fe se hace más latente, ya que debe afirmarse con mayor fuerza dentro de la contratación electrónica que si se tratase de un comercio de contratación verbal o manuscrita.

En tercer lugar, la buena fe “se constituye como uno de los fundamentos del régimen jurídico aplicable al intercambio internacional y comercial de bienes y servicios” (Yasmin, Principios de la contratación Electrónica 2012)⁹⁷

Es una consecuencia del principio de no alteración del Derecho preexistente de obligaciones y contratos, donde priva la buena fe en la interpretación de los acuerdos contractuales. La buena fe tiene singular importancia en el ámbito del comercio electrónico debido al desconocimiento en el uso y funcionamiento de esta nueva forma de comerciar. En opinión de la doctrina más autorizada en la materia, este principio “es fundamental y adquiere especial significado ante el desconocimiento y la desconfianza generada en el medio por su reciente aparición y complejidad técnica, por lo tanto, la buena fe debe ser respetada en grado superior mientras las circunstancias del parcial desconocimiento y desconfianza persistan” (Rico s.f.)⁹⁸

- Principio de libertad contractual

Teniendo en cuenta que el comercio tanto tradicional como electrónico, se basa en la voluntad de las partes, expresada cuando un sujeto ofrece un producto o servicio y otra que demanda de dichos servicios y productos, libertad contractual se encuentra consagrado en el texto de la Exposición de Motivos de la ley sobre Mensaje de Datos y Firma Electrónica al permitir a las partes convenir la forma de realizar sus transacciones y decidir si acuerdan o no adoptar los procedimientos electrónicos para celebrar sus contratos. La libertad contractual implica dos cosas, por una parte, la elección del medio empleado en las negociaciones y por la otra, la

⁹⁷ Torres Torres, Ana Yasmin. Principios de la contratación Electrónica, Colombia, 2012.

⁹⁸ Rico Carrillo, Mariliana.



libertad para incluir las cláusulas o convenios que consideren necesarios a efectos de regir sus relaciones.

CAPITULO 4

4. Presentación, análisis y discusión de resultados

Al referirse a los derechos de los consumidores y usuarios es pertinente considerar que éstos incorporan intereses, pretensiones y diferentes situaciones: de orden sustancial, como la calidad de los bienes y servicios, y la información básica; de orden procesal, como la exigibilidad judicial de garantías, indemnización o reembolso por productos defectuosos, reparación de daños y perjuicios, entre otros; y de orden participativo, frente a la administración pública y los órganos reguladores para proponer nuevas normativas, expresar innovaciones o defectos en la protección, etc. En el presente capítulo se abarcará el análisis de la protección de los consumidores y usuarios guatemaltecos en las primeras dos situaciones (sustancial y procesal), cada una en su respectivo apartado.

4.1. Protección al consumidor y usuario

Luego de revisar los conceptos presentados del comercio electrónico y el negocio jurídico, es necesario clasificar los tipos de contratos que interesan a los consumidores y usuarios guatemaltecos.

De acuerdo con la clasificación presentada por Rayport y Jaworski, únicamente interesan los contratos enfocados al público por parte de un comerciante donde ponen a disposición bienes y servicios de diferentes características. En cuanto a la clasificación de Ruiz Huidobro, son de interés tanto el comercio electrónico directo como indirecto. El primero por contratos donde no es necesario el envío de ningún bien o una prestación de servicios en línea, por ejemplo, la contratación de una licencia de uso de Microsoft Office donde tanto el pago como la autorización (y descarga) de los programas son en línea. Son estos tipos de contratos que dificultan más la determinación del lugar de ejecución de las obligaciones.

La indirecta, por su parte, en contrataciones como la compraventa o arrendamiento de bienes, donde es necesario que una parte deba cumplir con alguna obligación fuera de la red. Este tipo de contratos facilita la determinación del lugar de ejecución y como se ampliará posteriormente la jurisdicción competente.

Ahora un examen importante de las definiciones previamente establecidas de los dos sujetos principales. Consumidor es toda persona individual o jurídica que busca satisfacer sus necesidades por medio de la adquisición, utilización y/o disfrute de bienes de cualquier naturaleza; y usuario es toda persona, individual o jurídica, que busca satisfacer sus necesidades por medio de la adquisición y contratación de servicios o suministros prestados por un tercero de forma habitual.

En las legislaciones europeas y en algunas americanas se unifican ambos conceptos, determinando a consumidor como aquel que puede adquirir bienes y/o servicios, no influyendo eso en la protección efectiva del sujeto. Inclusive, la legislación peruana considera como consumidores también a quienes integran el círculo familiar de quien efectúa la adquisición. (Carranza Alvarez 2009).⁹⁹ Sin embargo, si es pertinente aclarar que algunas legislaciones únicamente reconocen a las personas individuales como capaces para ser parte en contratos de consumo.

En contraste, la legislación guatemalteca si reconoce a las personas jurídicas como consumidores. Este reconocimiento solamente puede darse cuando, al momento de contratar con un proveedor, el objeto de los bienes o servicios no tiene relación directa con su giro habitual, no pudiendo utilizar estos para la fabricación, producción, modificación, distribución o derivados de sus productos o servicios, es decir, que el destino final de los bienes no sea para su crecimiento comercial o profesional. Lo mismo sucedería para las personas individuales que contratan a través de sus empresas mercantiles.

⁹⁹ Carranza Alvarez, César. "El nuevo perfil del consumidor en la legislación peruana", Revista Derecho Competencia, Volumen 5, No. 5, Colombia, Enero-Diciembre 2009. Pontificia Universidad Javeriana, pág. 130.

Para poder aclarar el punto anterior se presentan dos ejemplos: una entidad dedicada a la fábrica y distribución de sillas y mesas para eventos especiales contrata con un proveedor extranjero de máquinas de café, la adquisición de tres máquinas con capacidad de dos tazas por minuto y un tanque de agua de dos puntos siete litros para uso exclusivo de sus trabajadores del turno nocturno. En este caso la adquisición de los bienes no es parte del objeto social de la entidad, e inclusive no puede determinarse si su utilización tiene alguna conexión con su línea de trabajo, por lo que fácilmente puede ser catalogado como una adquisición de consumo y encuadrar como un consumidor.

Sin embargo, ésta misma situación puede dificultarse al proveedor la determinación si se encuentra en un contrato comercial común o en un contrato de consumo. Un joven empresario, propietario de una cafetería en Guatemala contrata con el mismo proveedor la adquisición de una máquina por medio de su empresa mercantil, pero para uso personal en su hogar. Este caso, a pesar de poder ser incluido como un contrato de consumo, el proveedor tendrá dificultades para determinar si en realidad es un contrato de consumo o un contrato comercial común, por el otro lado, el consumidor podría alegar su estatus como tal, en caso de bienes defectuosos o su derecho de retracto.

Procede entonces a la verificación de la protección de los sujetos en el entorno guatemalteco y para lo cual se realiza la siguiente división, en coherencia con los pasos contractuales:

- 1) Publicidad de los bienes y servicios
- 2) Contratación con el proveedor
- 3) Ejecución y efectos

1) Publicidad de los bienes y servicios

Toda contratación de consumo iniciará con la publicidad que el proveedor pueda hacer llegar a futuro contratante (en algunos casos directamente con una oferta). En este punto el proveedor presenta la naturaleza, características, propiedades y atributos del producto o servicio de tal forma que pueda atraer al consumidor o usuario a su adquisición, debiendo utilizar las formas legales para hacerlo.

La protección inicia desde éste momento y para garantizar la vida, seguridad y salud de los adquirentes prohíbe a los proveedores la publicidad engañosa que pueda inducir al consumidor o usuario a “error mediante ardid o engaño, para defraudarlo en su patrimonio en perjuicio propio o de tercero. (C. d. Guatemala, ley de protección al consumidor y su usuario s.f.)¹⁰⁰ y deberán bajo cualquier circunstancia entregar los productos según las especificaciones ofrecidos por su publicidad. Este tipo de publicidad provoca no solo la pérdida de recursos monetarios por parte del consumidor, sino el tiempo y esfuerzos invertidos, costos de oportunidad por adquirir productos con otro proveedor y que le diera mejores resultados y costos de transacción. (Imbachi Cerón s.f.),¹⁰¹ afectando al consumidor, a la competencia y al mercado en general, creado una limitación a la libre competencia entre comerciantes, un proceso abierto y transparente donde existan opciones de consumo y un acceso libre hacia ellas. Se incluye en esta protección del mercado, el acaparamiento, especulación, desabastecimiento o negativa de vender productos con la finalidad de provocar alza en sus precios, la competencia desleal y la creación de monopolios.

Una de las prácticas más comunes es atraer a los consumidores con ofertas o promociones que faciliten la adquisición del producto, lamentablemente muchas veces carecen de información necesaria para determinar que tantos beneficios trae para el consumidor o el proveedor retiene información que hace diferente la supuesta promoción. En Guatemala, durante el dos mil catorce, tres cadenas de tiendas farmacéuticas fueron obligadas a retirar su publicidad de descuentos hasta

¹⁰⁰ Congreso de la República de Guatemala, Decreto 006-2003, ley de protección al consumidor y su usuario, artículo 20.

¹⁰¹ Imbachi Cerón, Jair Fernando.

del cincuenta por ciento (50%) de sus productos, pues éstas subían los precios regulares de los productos y hacían creer a la clientela que si existía tal beneficio. Fruto de lo anterior se establece la obligación del proveedor de compartir información suficiente, clara, oportuna, veraz y detallada del producto, incluyendo, pero no limitando, características del producto, medidas, peso, calidad, precio, instrucciones y riesgos de uso, condiciones de fabricación y vencimiento, garantías y en el caso de promociones, ofertas, descuentos o liquidaciones, deberán exteriorizar el beneficio que trae para el consumidor, otorgando el derecho a éste de analizar sus opciones y realizar una decisión informada, libre y razonada sobre su adquisición, incluyendo su derecho a exigir el cumplimiento de las ofertas, promociones o liquidaciones de temporada que el proveedor hubiera anunciado pero no desee cumplir. Es necesaria la implementación de políticas por parte de la DIACO para identificar la publicidad engañosa, como es el caso de la Superintendencia de Industria y Comercio de la República de Colombia, que realiza investigaciones previas a las relaciones de consumo para determinar e identificar casos de publicidad engañosa, incluso dentro del comercio electrónico.

Una de las principales causas por las que se considera necesaria la protección del consumidor y usuario es que los proveedores se aprovechan de la falta de conocimiento tanto del producto como del idioma en el que se ofrece. La primera se debería solventar con la información básica y la segunda de acuerdo al artículo 15 de la ley de Protección al Consumidor y Usuario de Guatemala, los proveedores también deberán “utilizar el idioma español en las especificaciones de contenido, manejo, uso, fecha de producción, de vencimiento y demás indicaciones de los productos”. (C. d. Guatemala, ley de protección al consumidor y su usuario s.f.)¹⁰², así como la traducción al idioma español de las especificaciones de fábrica cuando estuvieran en idioma extranjero. Esto no solo servirá para que el consumidor pueda tomar una decisión informada y razonada, también ayudará a la comunicación entre éste y el proveedor en los casos que decida adquirir sus productos o servicios.

¹⁰² Congreso de la República de Guatemala, Decreto 006-2003, ley de protección al consumidor y su usuario, artículo 15 literal f)

Una vez superada esta etapa, y que el consumidor o usuario tomare su decisión sobre la adquisición de los bienes o servicios, procede la contratación.

2) Contratación con el proveedor

Corresponde el derecho a todas las personas, individuales o jurídicas, a realizar negocios jurídicos con otras partes y suscribir contratos, sin embargo, se requiere que la vinculación con el proveedor en los contratos de consumo se efectúe sobre la base de conocimientos o especialización que no permitan inferir que la contratación se ha efectuado en un plano de equiparidad. (Carranza Alvarez 2009),¹⁰³ pues ello llevaría a suponer que las dos partes contratantes cuentan con las aptitudes y conocimientos sobre el tema a contratar y el negocio jurídico pueda ser llevado dentro del comercio ordinario y no del consumidor. Por lo que, al momento de contratar, el consumidor debe, si no es obvio, identificarse como tal mientras el proveedor facilita la información verídica sobre su empresa, incluyendo la denominación legal, el lugar de establecimiento, correo electrónico y otros medios de contacto, licencias o permisos gubernamentales, de una forma clara, accesible y precisa para cualquier eventualidad durante la contratación o su ejecución.

Es importante recordar, que en la contratación de bienes o servicios por parte de los consumidores estos cuentan, como se dijo anteriormente, con libertad de contratación. Esto supone que en cualquier momento puede decidir no contratar si el proveedor no cumple con sus expectativas de calidad, servicio o cantidad de bienes o servicios, entre otras razones.

Dentro de la oferta y las negociaciones, si las hubiere, de los contratos, sin perjuicio de mantener sus calidades de proveedor y consumidor, las partes deberán ser tratadas con igualdad, dignidad y establece las mismas condiciones a las situaciones iguales. Éste trato debe mantenerse tanto entre los contratantes como

¹⁰³ Carranza Alvarez, César. Op. Cit. Pág. 125.

con terceros que deseen realizar contrataciones similares, es decir, eliminar cualquier práctica discriminatoria por razón de sexo, edad, nacionalidad, estado civil, religión, etnia, entre otros, que pudieran impedir la contratación libre. Para esto el Estado debería establecer políticas y procedimientos para su verificación.

Se dice si hubiere negociaciones porque, como es común en el comercio electrónico, las condiciones y términos de los contratos son establecidos sin negociación, discusión o modificación por parte del consumidor o usuario, siendo el proveedor el que establece los lineamientos de la contratación solamente para su aceptación. Parte de estos términos, como se explicará en el apartado siguiente del capítulo, puede traer obstrucción al acceso a la justicia de los consumidores o usuarios afectados.

Es por ello que se reconocen las cláusulas abusivas que obligatoriamente impongan una situación desfavorable al consumidor o coloquen en una posición demasiado beneficiosa al proveedor. El código de Comercio y la ley de Protección al Consumidor y Usuario, en los artículos citados, señalan reglas de interpretación como la más favorables al consumidor, que las cláusulas adicionales prevalecen de las del formulario, dando a entender que siempre prevalecerá lo negociado a lo impuesto, o que si el proveedor espera una renuncia de derechos o una limitación a su responsabilidad éste deberá colocarla de forma visible y con caracteres diferentes eliminando las famosas “letras pequeñas” perjudiciales de los contratos, la nulidad de las cláusulas que busquen otorgar facultades al proveedor para dejar sin efecto o modificar unilateral y arbitrariamente el contrato, la eliminación de espacios en blanco, evitando la adición de cláusulas por el proveedor posteriores a la suscripción del contrato, los incrementos de precios o recargos no previstos o la responsabilidad al consumidor por deficiencias u omisiones que no le son imputables, entre otras. Así mismo, prohíben que los contratos de adhesión remitan a otras leyes, textos o documentos, sin duda es algo que se debería tomar en cuenta al momento de suscribirlos, pues esa remisión puede traer consecuencias perjudiciales para aquellos que no las conozcan.

En este tipo de contratos, como se había mencionado, es común que se le solicite al consumidor o usuario una cantidad de información personal, pudiendo inclusive ser datos sensibles, que servirán al proveedor para saber con quién contrata y para generar sus índices comerciales con respecto a su clientela. El consumidor cuenta con el derecho a conocer todos los datos que le proveedor tenga sobre él en su base de datos y solicitar su corrección, rectificación, actualización, su cancelación o inclusive oponerse a su utilización, conocidos como derechos ARCO (acceder, rectificar, cancelar y oposición) que en los Estados Unidos Mexicanos son muy bien reconocidos y protegidos, dando la oportunidad al titular o al representante de éste que ejerza sus derechos directamente contra el proveedor. El ejercicio de estos derechos presenta algunas excepciones como los datos bajo reserva del Estado, como la Patriot Act de los Estados Unidos, que por los acontecimientos terroristas del once de septiembre de dos mil once promulgó una ley que amplía la capacidad de control del Estado dotándola de poderes de vigilancia sobre la información y la reserva de información a terceros, incluyendo la negativa a su eliminación.

Así mismo los proveedores tienen la prohibición de comercializar con la información o hacerla de acceso público, en especial los datos sensibles definidos en el citado artículo nueve de la ley de Acceso a la Información Pública y respaldados por la reciente sentencia de la Corte de Constitucionalidad sobre comercialización de datos que fue explicada en el capítulo segundo. Así mismo, la obligación de crear sistemas o programas que mantengan segura dicha información.

Sin importar si el contrato es de formulario o negociado existe la protección (o libertad) constitucional para que las partes puedan contratar con quienes quieran con un objeto que no contraría el orden público ni las leyes emitidas en el lugar de su ejecución (o suscripción) ni establezca condiciones suspensivas imposibles de realizar, pudiendo los consumidores adquirir, usar, disfrutar y disponer de toda clase de bienes y servicios, considerando que los proveedores deberán, para estos efectos, mantener la sostenibilidad de precios, promociones y calidad de los bienes

o servicios con los que se oferte, promocionen o publiciten. En la misma línea es imprescindible el cumplimiento de la obligación mencionada anteriormente de contratar en el idioma español o traducir aquellos preceptos que no pueden, por su naturaleza, ser modificados al momento de la contratación y proporcionar toda la información necesaria para la correcta adquisición del producto.

3) Ejecución y efectos

La protección se determina, principalmente, a partir de la ley, los reglamentos y el contrato, los que se deberán interpretar de acuerdo con los principios tuitivos del consumidor y usuario. Y son éstos mismos los que establecen la protección al consumidor en las ejecuciones de los contratos, como el derecho de ellos y obligación del proveedor de entregar los productos de acuerdo a las especificaciones pactadas (de acuerdo a la publicidad y al contrato) que incluye la idoneidad, autenticidad de marcas y leyendas del producto, con su debida garantía, ya que el consumidor o usuario al adquirir un producto nuevo de consumo duradero tendrá el derecho de exigirle al proveedor que le extienda un certificado de garantía de uso o de funcionamiento con las condiciones de forma, plazo y lugar para hacerla efectiva.

En cualquiera de los casos la ley de Protección al consumidor y usuario les obliga a mínimo, tener un número telefónico para la atención de reclamos, atendido por persona idónea y capacitada. (C. d. Guatemala, ley de protección al consumidor y su usuario s.f.)¹⁰⁴. Así mismo, se prohíbe la negación de efectos jurídicos, la validez o la fuerza obligatoria de sus declaraciones solamente por realizarse dentro del comercio electrónico, por lo que deberá responder a las inconformidades de la forma pactada. Incluyendo el retracto de los consumidores dentro del plazo de cinco días hábiles después de la suscripción del contrato (en el caso de Guatemala), una vez el producto no hay sido utilizado. Este derecho lleva consigo la obligación de ser

¹⁰⁴ Congreso de la República de Guatemala, Decreto 006-2003, Ley de protección al consumidor y su usuario, artículo 15, literal p)

restituido en su patrimonio por el monto en que realizó la compra del bien o pago del servicio del cual ejerció su derecho de retracto.

La protección al consumidor y usuario sería incompleta si se pretende limitarla a las garantías de calidad del producto en función de uso normal y al derecho instrumental sobre la información necesaria para intervenir en las esferas económicas. (C. d. Colombia 2000)¹⁰⁵. Por el contrario, deben incluirse circunstancias preventivas y resarcitorias con el fin de garantizar un uso seguro del producto o servicios y en su caso, procedimientos administrativos y judiciales para su reclamación, sin perjuicio del derecho de los consumidores y usuarios a reclamar directamente al proveedor el cumplimiento de las garantías de calidad y el pago de los daños y perjuicios que pudiera ocasionar.

Es importante resaltar el reconocimiento del derecho a obtener un resarcimiento de los daños causados por los defectos de los productos o servicios para garantizar su uso seguro, pues los defectos que puedan tener estos no son indiferentes para el consumidor o usuarios y las lesiones que pudieran generarse de ello pueden afectar su vida, integridad física y/o su salud, (C. d. Colombia 2000),¹⁰⁶ de igual forma y sin perjuicio de lo anterior, su derecho para la reparación del bien, reposición del producto o devolución de su dinero.

En Guatemala los consumidores pueden optar por dirigir sus peticiones a los tribunales, dependencias y oficinas del Estado sin ninguna limitación, ya sea de forma individual o colectiva, para demandar la protección o reivindicación de sus derechos. El afectado puede presentarse a la DIACO, dependencia específica para la protección de los derechos de consumidores y usuarios, o al Organismo Judicial a presentar su demanda respectiva de acuerdo con el análisis de jurisdicción competente y derecho aplicable que se abarcará en el siguiente apartado.

¹⁰⁵ Corte de Constitucionalidad de la República de Colombia, Sentencia C-1141/00 dentro del expediente D-2830, 30 de agosto de 2000.

¹⁰⁶ Corte de Constitucionalidad de la República de Colombia, sentencia C-1141/00 dentro del expediente D-2830, 30 de agosto de 2000.

En teoría cualquiera de las dos dependencias puede ayudar al consumidor al resarcimiento de los daños y perjuicios, sin embargo, a consideración del autor de la investigación, la DIACO no presenta una gran ayuda cuando se trata de contratos internacionales, mucho menos dentro del comercio electrónico, pues carece de un poder coercitivo para con los proveedores extranjeros y que por disposición legal únicamente puede imponer de forma progresiva las siguientes sanciones:

- A) Apercibimiento escrito
- B) Apercibimiento público (medios de comunicación masiva)
- C) Multas calculadas por el valor establecido en ley
- D) Publicación de la investigación a costa del infractor; de las cuales únicamente las multas podrían traer preocupación a un proveedor extranjero, sin embargo, en caso de no pagar la multa para poder hacerla efectiva, y de conformidad con el artículo cien de la Ley de Protección al Consumidor y Usuario. La Dirección deberá iniciar el proceso económico-coactivo. (C. d. Guatemala, Decreto 006-2003, ley de protección al consumir y su usuario s.f.)¹⁰⁷ que tomará aún más tiempo, es decir, se llevará un procedimiento administrativo y luego un proceso judicial.

Por otro lado, una resolución judicial puede ser ejecutable en el extranjero, dando lugar a una protección más efectiva y un proceso más corto, una vez cumpla con los requisitos para su ejecución en el extranjero en los casos que no pueda ser llevada a cabo en la República, dando un mayor grado de contabilidad al consumidor que las resoluciones administrativas de la DIACO.

Para una efectiva protección no basta con la regulación y reconocimiento de derechos en documentos y contratos, sino es imprescindible que las instituciones encargadas de su protección tengan las facultades, medios y personal para cumplir con su cometido. La Dirección de Atención y Asistencia al Consumidor dentro de

¹⁰⁷ Congreso de la República de Guatemala, Decreto 006-2003, ley de protección al consumidor y su usuario, artículo 100.

sus facultades no tiene discriminación entre proveedores nacionales o extranjeros, lo que normalmente no se consideraría incorrecto, pero cuando del comercio electrónico se trata, se formula la duda si no debería de tener apartados especiales para éstos, lamentablemente no es una problemática exclusiva de la Dirección considerando lo siguiente:

- 1) Una de las principales facultades de la Dirección, de acuerdo con el artículo cincuenta y tres de la ley de Protección al Consumidor y Usuario es la aplicación de la ley y su reglamento. Sin embargo, el artículo segundo de la ley, señala que las disposiciones serán aplicables a todos los “actos jurídicos que se realicen entre proveedores y consumidores y/o usuarios dentro del territorio nacional” (C. d. Guatemala, ley de protección al consumidor y su usuario s.f.)¹⁰⁸ obviando el rápido crecimiento del comercio para poder realizar actos jurídicos en el comercio electrónico (proveedor y consumidor en Estados diferentes) e impidiendo que la Dirección pueda hacer una correcta protección en éste tipo de contratación.
- 2) No existe una regulación sobre Derecho internacional Privado en materia de protección al consumidor, lo que provoca como se desarrollará en el siguiente apartado, incertidumbre para ejercer los derechos y por ende protegerlos.
- 3) La Dirección únicamente cuenta con la oficina central en la ciudad de Guatemala, debiendo una sola oficina abarcar el trabajo de toda la República, dejando en suspenso la aplicación de la literal q del artículo cincuenta y cuatro de la ley. “establecer dependencia para diferentes áreas del país que la Dirección determine, atendiendo a su ubicación geográfica y de acuerdo a sus posibilidades presupuestarias” (C. d. Guatemala, Decreto 006-2003, ley de protección al consumir y su usuario s.f.)¹⁰⁹

¹⁰⁸ Congreso de la República de Guatemala, Decreto 006-2003, ley de protección al consumidor y su usuario, artículo 2.

¹⁰⁹ Congreso de la República de Guatemala, Decreto 006-2003, ley de protección al consumidor y su usuario, artículo 54.

- 4) La falta de conversión de la Dirección en la Procuraduría de la Defensa del Consumidor y Usuario por parte del Congreso de la República, de acuerdo al artículo ciento siete del Decreto seis guión dos mil tres (L. d. Congreso de la República de Guatemala s.f.) ¹¹⁰que evita la independencia y descentralización del Ministerio de Economía, que sería la ocasión para otorgarle nuevas facultades y facilidad para cooperación internacional con otras agencias de protección al consumidor.

Así mismo su creación daría la oportunidad de actualizar la protección legislativa del consumidor, agregando normas de Derecho internacional privado, obligaciones para proveedores extranjeros y facultades para supervisión de paginas web habilitadas para la República, como el caso de China que constantemente prohíbe la habilitación de ciertas páginas como www.facebook.com, www.twittercom en su territorio, por razones diferentes pero aplicable al momento de control estatal, crear más sucursales dentro del territorio nacional, otorgar facultades de investigación en los casos que los incumplimientos o situaciones no sean constitutivos de delitos o faltas reguladas en las leyes penales.

- 5) Del presupuesto de ingresos y egresos del estado, durante los últimos cinco años (incluyendo el actual a la Dirección solamente en el año dos mil doce y dos mil quince se le fue asignado más del cinco por ciento del presupuesto del Ministerio de Economía, correspondiéndole el cinco punto noventa y dos por ciento (5.92%), durante el resto de años se le asigno de la siguiente forma, dos mil once le correspondió el dos punto sesenta por ciento (2.60%), en dos mil trece el cuatro punto doce por ciento (4.12%), en dos mil catorce le correspondió el cuatro punto doce por ciento (4.12%), modificado a partir de octubre en un cero punto veintitrés por ciento (0.23%) más, y en dos mil quince el cinco punto cincuenta y cuatro por ciento (5.54%), lo que podría mejorar si es convertida la

¹¹⁰ Congreso de la República de Guatemala, Decreto 006-2003, ley de protección al consumidor y su usuario, artículo 107.

Procuraduría, pues tendría una partida presupuestaria aparte del Ministerio. En ese sentido es razonable comparar su presupuesto con la Procuraduría General de la Nación, que en el mismo periodo recibió aproximadamente trece puntos sesenta y tres (13.63%) más de asignación presupuestaria y la Procuraduría de los Derechos Humanos un veintinueve punto cuarenta y cuatro (29.44%). (D. 5. Congreso de la República de Guatemala s.f.).¹¹¹

En resumen, para poder garantizar la protección a los derechos frente a proveedores extranjeros que contratan desde un domicilio extranjero y que no tienen la obligación de mantener un mandatario en el país es necesaria una implementación legislativa de facultades, incrementos de presupuesto y aclaración de procedimientos, pudiendo tratarse en conjunto con la creación de la Procuraduría de la Defensa del Consumidor y Usuario.

4.2. Jurisdicción competente y derecho aplicable

1) Jurisdicción competente

Se determina de acuerdo con la situación de hecho en el momento del accionar del consumidor, que luego de presentadas las teorías sobre cómo determinarlas se hace el siguiente análisis de las que se consideran aplicables para los casos de contratos de consumo con proveedores extranjeros por medio del comercio electrónico internacional.

La determinación por la **jurisdicción razonablemente aplicable** es la que quita interés a las partes y lo coloca en la situación jurídica que provoca el conflicto, eligiendo como jurisdicción la que se adecúa más a ésta, siendo, primordialmente, la del lugar de ejecución o la del lugar de celebración del contrato, todo a juicio del juez. Se considera que, pese a la congruencia con la determinación de la jurisdicción con otras reglas no aplica directamente a los contratos de consumo ya que al fijar

¹¹¹ Congreso de la República de Guatemala, Decreto 54-2010, ley del presupuesto general de ingresos y egresos del Estado para el ejercicio fiscal dos mil once.

su atención a la situación jurídica y no a las partes deja desprotegido al consumidor como “parte débil” de las contrataciones.

La segunda teoría es la jurisdicción dependiente del derecho aplicable, que refiere a una aplicación *lex fori* inversa, es decir, primero se determina la ley que se deberá aplicar al caso concreto, y con esa determinación será el juez del foro de dicha legislación el competente para conocer sobre el caso.

La teoría de las jurisdicciones exorbitantes es la que más merece al caso de esta investigación, pues señala la existencia de varios puntos de conexión (lugar de ejecución del contrato, lugar de celebración, lugar de domicilio del proveedor, del consumidor, lugar donde se encuentren los bienes, etc.) que refieren a jurisdicciones diferentes y crea incertidumbre en su determinación. Es el accionante el que determina qué punto de conexión regirá la relación o situación jurídica conflictual y por lo tanto el juez competente.

En el caso de los países americanos los rige la Convención de Derecho Internacional Privado, conocida como el Código de Bustamante (para los Estados parte), la cual como fue mencionado en el capítulo anterior señala reglas del orden de competencia en materia de contratos transfronterizos:

- 1) El que los litigantes sometan de forma expresa o tácita
- 2) El del lugar de cumplimiento de la obligación, entiéndase como la obligación principal del proveedor de entregar los bienes o realizar los servicios;
- 3) El del lugar de domicilio de los demandados;
- 4) El del lugar de residencia de los demandados.

Es claro que esta normativa es para contratos comerciales y no contratos de consumo, pues en el caso de aplicación de las reglas sin un pacto de sumisión o determinación del lugar de cumplimiento de las obligaciones obstaculizaría el acceso a la justicia del consumidor al remitirlo a la jurisdicción extranjera del

proveedor, violentando el principio de in dubio pro-consumidor ya que pondría a las partes en un inexistente estado de igualdad, beneficiando al proveedor y no al consumidor.

Para el caso de la Unión Europea no existe una normativa que implique la jurisdicción competente, pues por su forma de legislar todos los países deben conocer y aplicar la ley extranjera y a través del Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Convenio de Roma de mil novecientos ochenta), establece reglas para determinar el derecho aplicable, inclusive en asuntos específicos de contratos de consumo, dejando a discreción del consumidor la elección del juzgado competente, no así del punto de conexión de la relación jurídica.

De la mano con el primero en el orden del Código de Bustamante se encuentra la teoría de la prórroga de la jurisdicción la que se presenta de dos formas: la primera de forma expresa, cosa muy común en los contratos de adhesión o formulario donde el proveedor señala los tribunales que serán competentes para conocer de controversias y el consumidor únicamente tiene la opción de aceptar y renunciar al fuero de su domicilio. El pacto de sumisión, por su parte, es negociado entre las partes para determinar una jurisdicción más justa. La segunda, es de forma tácita, con la presentación de la demanda y la contestación de la misma sin alegar incompetencia, siempre y cuando una de las dos partes sea nacional o tenga su domicilio en el fuero del juzgador y éste pueda conocer de ese tipo de negociaciones.

Esta teoría tiene ciertas limitaciones en su aplicación:

- 1) No puede ser contraria a la ley
- 2) No debe privar al consumidor del acceso a la justicia, tomando en cuenta que no existe una negociación, si la cláusula que señala al tribunal competente es manifiesta como abusiva puede solicitarse la declaratoria de nulidad una vez el

consumidor pueda probar que al momento de la suscripción del contrato existió una posición de desventaja que invalidaron su consentimiento y por lo tanto evitaron el ejercicio de una defensa

- 3) No debe existir jurisdicción internacional exclusiva o normas policia
- 4) Que no existiere rebeldía por alguna de las partes
- 5) alguna de las partes debe tener un vínculo directo con el lugar donde se encuentre el juez, ya sea nacional o domiciliar. La ley del Organismo Judicial respalda lo anterior, en su artículo treinta y uno, al señalar que “los actos y negocios jurídicos se rigen por la ley a que las partes se hubieren sometido, salvo que dicho sometimiento sea contrario a las leyes prohibitivas expresas o al orden público. (C. d. Guatemala, Decreto 2-89, ley del Organismo Judicial s.f.).¹¹²

Por último, se presenta la opción de tribunales arbitrales, donde se faculta a las partes para que, en ejercicio de la autonomía de la voluntad designen una jurisdicción privada para la resolución de los conflictos siempre y cuando se otorgue una fuerza ejecutiva al laudo arbitral y cumpla con los requisitos para la ejecución de sentencias y laudos extranjeros. En los casos de arbitraje, de acuerdo al artículo cuarenta y ocho de la ley, se deberá incorporar en el contrato, en caracteres destacados, claros y precisos la advertencia “ESE CONTRATO INCLUYE ACUERDO DE ARBITRAJE” (C. d. Guatemala, Decreto 006-2003, ley de protección al consumidor y su usuario s.f.).¹¹³

De lo anterior es necesario establecer el orden jerárquico de cada teoría para ser tomada en cuenta al momento de determinar la jurisdicción que conocerá sobre el asunto, siendo éste el siguiente:

- 1) La prórroga de la jurisdicción, que deberá adecuarse a lo establecido anteriormente y en ningún momento buscar la obstaculización al acceso de justicia de los consumidores y usuarios. Dentro de esta teoría se incluirá la

¹¹² Congreso de la República de Guatemala, Decreto 2-89, ley del organismo judicial, artículo 31.

¹¹³ Congreso de la República de Guatemala, Decreto 006-2003, ley de protección al consumidor y su usuario, artículo 48.

opción de tribunales arbitrales pues también forma parte de la elección de las partes en ejercicio de la autonomía de la voluntad.

- 2) Las jurisdicciones exorbitantes, en el orden de prelación señalado por el Código de Bustamante, pero adecuado a las reglas de protección al consumidor y usuario, siendo el primero el lugar de ejecución de las obligaciones y en caso de no poder determinarse el lugar donde tenga su domicilio o residencia el consumidor o usuario.
- 3) Por último, la jurisdicción dependiente del derecho aplicable que en ningún momento podrá privar al consumidor de la protección de las disposiciones legales de su domicilio. Se elimina la teoría de la jurisdicción razonablemente aplicable por ser contraria a los principios in dubio pro-consumidor.

La presente investigación va dirigida a los consumidores y usuarios guatemaltecos en sus contrataciones de consumo dentro del comercio electrónico internacional, por lo tanto la legislación guatemalteca es aplicable en la circunstancia que no existiera un pacto de sumisión y las obligaciones se ejecutaren dentro de la República, para el efecto la ley del Organismo Judicial señala que la “Competencia jurisdiccional de los tribunales nacionales con respecto a personas extranjeras sin domicilio en el país, el proceso y las medidas cautelares se rigen de acuerdo a la ley del lugar en que se ejercite la acción” (D. 2.-8. Congreso de la República de Guatemala, Ley del Organismo Judicial, artículo 33 s.f.).¹¹⁴ Esta acción, derivado del análisis anterior, se ejercitará en tribunales que tienen facultades para emplazar a proveedores extranjeros, limitadas a tres casos:

- A) Cuando se ejercite una acción que tenga relación con actos o negocios jurídicos realizados en Guatemala
- B) Cuando se ejercite alguna acción concerniente a bienes que estén ubicados en Guatemala

¹¹⁴ Congreso de la República de Guatemala, Decreto 2-89, ley del organismo judicial, artículo 33.

- C) Cuando se trate de actos o negocios jurídicos en que se haya estipulado que las partes se someten a la competencia de los tribunales de Guatemala. (D. 2.-8. Congreso de la República de Guatemala, ley del Organismo Judicial, artículo 34 s.f.).¹¹⁵

Si se siguen las reglas protectoras de los consumidores y usuarios para la interpretación de la ley, como debería ser, no existirá ningún problema, pues se intuiría que el negocio jurídico fue realizado en Guatemala por ser el lugar donde se encontraba el consumidor o usuario. Y mejor aún si el envío del producto se realizó hacia la República. Sin embargo, como fue recalcado en la presente investigación, la contratación dentro del comercio electrónico dificulta el consenso sobre el lugar de suscripción de los contratos, pudiendo también existir la corriente que considera como lugar de suscripción del contrato el domicilio del proveedor, y de esa forma deja fuera de los tres casos (en el entendido que no hay bienes en la República) a la relación jurídica del consumidor o usuario con el proveedor extranjero. Por lo tanto, aunque de acuerdo a las normas o reglas del Derecho Internacional Privado en materia de contratos de consumo direcciona en segundo plano los tribunales guatemaltecos como los competentes, la misma evolución comercial deja vulnerable y débil sus facultades para emplazar extranjeros, en consecuencia, deja desprotegidos a los consumidores.

2) Derecho aplicable

Al igual que para la jurisdicción competente se presentaron varias teorías del Derecho Internacional Privado que guían al juzgador para el establecimiento de la legislación que deberá aplicar a los casos concretos que se pongan en su conocimiento como consecuencia de un contrato transfronterizo suscrito por medios electrónicos. Bien afirma Goldshmitd que no es una colusión de ordenamientos jurídicos, sino los distintos ordenamientos se presentan con la posibilidad de ser

¹¹⁵ Congreso de la República de Guatemala, Decreto 2-89, ley del organismo judicial, artículo 34.

aplicados a la espera de la decisión del juzgador del cuál utilizará o si inventará una co-aplicación de los mismos.

La ley aplicable, de acuerdo con el artículo décimo del Convenio de Roma de mil novecientos ochenta, regirá para:

- I. Su interpretación
- II. La ejecución de las obligaciones que genere
- III. Dentro de los límites de los poderes atribuidos al tribunal por su ley de procedimiento, las consecuencias de la ejecución total o parcial de las obligaciones, incluidas la evaluación del daño en la medida en que estas normas jurídicas la gobiernen
- IV. Extinción de las obligaciones, prescripción y caducidad de las acciones
- V. Consecuencias de nulidad del contrato. (Europez s.f.)¹¹⁶

Se cuenta con una serie de características que permiten establecer tres opciones de ordenamiento jurídicos que podrán ser aplicados:

- 1) Autonomía de la voluntad de las partes
- 2) Prevalencia de los sujetos
- 3) Lugar de ejecución de los actos

1) Autonomía de la voluntad

Facultados por el derecho de libertad de acción de contratación y la autonomía de la voluntad las partes pueden someter los actos y negocios jurídicos a una ley en particular, sin importar donde fueren celebrados o ejecutados, no siendo esta elección una libertad absoluta, no debe ser contraria a leyes prohibitivas o al orden público.

¹¹⁶ Comunidad Económica Europea. Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales 80/934/CEE, artículo 10.

La ley del Organismo Judicial, en su artículo cuatro también regula las limitaciones señalando que no podrán ser contrarios a normas imperativas ni a prohibitivas expresas a menos que tengan un efecto distinto. Así mismo “los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir” (D. 2.-8. Congreso de la República de Guatemala, ley del Organismo Judicial, artículo 4 s.f.),¹¹⁷ sea ésta una norma dentro del mismo ordenamiento jurídico o la sumisión a otro ordenamiento para la búsqueda de un fin ilícito.

En materia de protección al consumidor y usuario hay otras consideraciones importantes como la señalada por Boggiano, citado por Marques, que afirma que la elección de las partes “solo prevalecería si fuera ésta la mejor ley, la ley más favorable para el consumidor, debiendo, en caso contrario, aplicarse la ley de domicilio del consumidor” (Marques 2011).¹¹⁸ Tomando en cuenta el orden publico internacional la afirmación de Boggiano armoniza con la legislación guatemalteca que da carácter de irrenunciables a los derechos y garantías mínimas creadas, (D. 0.-2. Congreso de la República de Guatemala s.f.)¹¹⁹ es decir, si la sumisión de las partes llegare a afectar al consumidor ésta sería nula de pleno derecho.

Si la elección de las partes no abarca ninguna de las limitaciones detalladas anteriormente no hay razón alguna para que el juzgador que conocer del caso en concreto no deba aplicarlas.

2) Prevalencia de los sujetos

¹¹⁷ Congreso de la República de Guatemala, Decreto 2-89, ley del organismo judicial, artículo 4.

¹¹⁸ Marques, Claudia Lima. La insuficiente protección del consumidor en las normas del Derecho Internacional Privado. De la necesidad de una convención interamericana (CIDIP) sobre la ley aplicable a algunos contratos y relaciones de consumo, Washington/Río de Janeiro, CIJ/OEA, 2011, pág. 14.

¹¹⁹ Congreso de la República de Guatemala, decreto 006-2013, ley de protección al consumidor y usuario, artículo 1.

Parte de la afirmación de Boggiano, de la mano con los principios tutelares de los consumidores y usuarios, es razonable creer que los juzgadores deberán considerar las normas que, por su relación directa con la moral, las buenas costumbres y la sana convivencia busquen la protección de la población y en especial de los consumidores y usuarios que se encuentran en una posición de desventaja frente a un comerciante que conoce del área de sus productos y puede utilizar su experiencia para aprovecharse de la situación.

Reuniendo características de la teoría de los estatutos, teoría de la personalidad del derecho y la teoría de los derechos adquiridos se crea esta corriente con la firme creencia que las legislaciones nacionales fueron creadas para proteger a sus habitantes sin importar el lugar donde se ejecuten los actos o se suscriban los negocios jurídicos, debiendo tomar muy en cuenta las circunstancias de la contratación para lograr un balance entre contrapartes.

Jayme, citado por Marques, establece que ante la revolución tecnológica la “prevalencia de la residencia habitual del consumidor como nuevo elemento de conexión para determinar la ley aplicable al comercio electrónico. (Marques 2011)¹²⁰ considerando que el consumidor o usuario no conoce leyes extranjeras por su inexperiencia e irregularidad en las contrataciones, no se encuentra obligado a renunciar al fuero de su domicilio, pudiendo solicitar al juzgador la aplicación de su ley de domicilio en los casos que la autonomía de la voluntad se vea comprometida.

3) Lugar de ejecución de los actos

Esta corriente busca la eliminación del Derecho Internacional Privado por medio del control del orden social interno por medio de la negativa a aplicar un derecho extranjero y en la creencia que las legislaciones son creadas únicamente para su aplicación dentro del territorio y en ningún momento aplicarlas de forma supletoria o a petición de parte en el extranjero. Dentro de las teorías presentadas que

¹²⁰ Marques, Claudia Lima, Op. Cit. Pág. 14.

contienen características de esta corriente están: teoría de la soberanía territorial, teoría de la sede de la relación jurídica y la teoría de Waechter.

La constitución política de Guatemala, en su artículo ciento cincuenta y tres alude al sometimiento voluntario de las personas a la legislación guatemalteca al ingresar al país, señalando que: “el imperio de la ley se extiende a todas las personas que se encuentren en el territorio de la República” (A. N. Constituyente, Constitución política de la república de Guatemala, artículo 153 s.f.),¹²¹ sin embargo cuando del comercio electrónico se trata es importante recordar que el proveedor en ningún momento se encuentra dentro de la República, sino es el consumidor quien realiza la aceptación y la utilización de los bienes o servicios en el territorio nacional.

Es comprensible los lineamientos de ésta corriente que supone que tanto el proveedor como el consumidor deben conocer la legislación del lugar de ejecución de los actos, para el caso que nos merece podría ser la legislación guatemalteca, pero bien podría señalarse un lugar fuera de la república de Guatemala para la ejecución de los actos, ya sea por parte del consumidor o del proveedor, por ejemplo en la compraventa de bienes por medio electrónicos donde el proveedor señale que el lugar donde se entregarán los bienes será la república de Costa Rica y es responsabilidad del consumidor su traslado hacia Guatemala. Este caso traería consecuencias negativas hacia el consumidor, pues deberá conocer las leyes costarricenses para determinar si la compraventa de los bienes es permitida en dicho territorio y, si el caso el proveedor incumpliere con su obligación, determinar si cuenta con el respaldo legislativo para hacer valer sus derechos, contraviniendo el factor de necesidad y utilidad del demandante que señala la falta de tiempo y recursos del consumidor para conocer leyes extranjeras.

Por lo tanto, en vistas de lo anterior, esta corriente no sería la más sensata para aplicar en los contratos transfronterizos del comercio electrónico, no solo por su

¹²¹ Asamblea Nacional Constituyente, Constitución Política de la República de Guatemala, artículo 153.

dificultad en la determinación del lugar de ejecución, sino supondría un riesgo para el consumidor si éste es distinto al de su domicilio.

El análisis anterior, si bien no se encuentra respaldado por legislación americana en materia de protección al consumidor sino en teorías y principios, puede ser aplicada análogamente del Convenio de Roma de mil novecientos ochenta, el cual establece un orden de prelación para los derechos aplicables en los contratos transfronterizos, señalando como primero, la elección de las partes una vez no priven al consumidor de la protección de las disposiciones de la residencia habitual de éste y en segundo lugar, la ley del país de residencia habitual del consumidor. Como fue mencionado anteriormente, en Europa se acostumbra a regir la residencia habitual de las personas, sin embargo, en los países latinoamericanos se acostumbra el uso del domicilio. (Europea s.f.),¹²² convirtiéndose a éste en el orden esperado de aplicación de las reglas en situaciones jurídicas creadas a partir de negocios jurídicos formalizados dentro del comercio electrónico internacional.

¹²² Comunidad Económica Europea, Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales 80/934/CEE.

CONCLUSION DISCURSIVA

La protección al consumidor y usuario, en búsqueda del resguardo preventivo o resarcitorio de los derechos adquiridos por éstos, en su calidad de parte vulnerable en las contrataciones, ha encontrado ciertas limitaciones a partir del nacimiento del comercio electrónico internacional.

Una de las principales limitaciones nace de la pérdida de elementos esenciales en el reconocimiento de sus derechos en virtud de la falta de práctica, conocimiento y experiencia sobre el comercio electrónico por parte de los legisladores. Al incorporar este tipo de contrataciones en el ordenamiento jurídico guatemalteco los legisladores omitieron señalar entre otras cosas, la forma en que las partes deben determinar el lugar de suscripción de los contratos y por consiguiente el fuero competente para conocer la violación de sus derechos. Esto crea una confusión e incertidumbre que vulnera directamente los derechos de los consumidores y usuarios al colocarlos a merced de los proveedores.

En Guatemala existen, como mínimo, cinco cuerpos legales que regulan derechos del consumidor y usuario guatemalteco, reconociendo una gran cantidad de ellos y estableciendo procedimientos específicos para su protección en relación con las contrataciones de consumo. Sin embargo, su relación directa con la realidad comercial del país y las contrataciones dentro del comercio electrónico internacional es deficiente e incongruente haciendo que la regulación de derechos sea ineficiente para su protección, necesitada una actualización inmediata para cubrir las nuevas formas de contratación y el ingreso de proveedores que ofertan desde su domicilio en el extranjero.





BIBLIOGRAFÍA

GUERRA AGUILAR, Vladimir Osman. **El Negocio Jurídico**. Guatemala: Ed., Serviprensa, S.A., 2003.

ALTERINI, Atilio. **Defensa de los consumidores de productos y servicios (Daños – Contratos)**. Argentina: Ed., La Rocca, 2001.

BARRIOS OSORIO, Omar Ricardo. **Derecho e Informática: Aspectos fundamentales**. Guatemala: Ed., Mayte, 2006.

CARRANZA ÁLVAREZ, César. **El nuevo perfil del consumidor en la legislación Peruana**. Colombia: (s.e), 2009.

CONTRERAS ORTÍZ, Rubén Alberto. **Obligaciones y negocios jurídicos civiles (Parte General)**. Guatemala: (s.e), 2004.

CONTRERAS VACA, Francisco José. **Derecho Internacional Privado: Parte General**. México: Ed., Harla, S.A., 1996.

DE MIGUEL ASENSIO, Pedro Alberto. **Derecho Privado de Internet**. España: Ed., Civitas Ediciones, 2002.

FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara. **Derecho Internacional Privado: Parte Especial**. Argentina: Ed., Universidad S.R.L., 2000.

HOCSMAN, Heriberto Simón. **Negocios en Internet: E-commerce. Correo electrónico. Firma digital**. Argentina: Ed., Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 2005.



MISTRETTA, Carolina Valeria. **La protección del consumidor en el derecho internacional privado**. Argentina: (s.e.), 2012.

MONROY CABRA, Marco Gerardo. **Tratado de Derecho Internacional Privado**. Colombia: Ed., Termis, 2006.

PEREZNIETO CASTRO, Leonel. **Derecho Internacional Privado: Parte Especial**. México: Ed., Oxford University Press, 2007.

PEREZNIETO CASTRO, Leonel. **Derecho Internacional Privado**. México: Ed., Harla, S.A, 1991.

OSSORIO, Manuel. **Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Judiciales**. Guatemala: Ed., Datascan, S.A, 2007.

Legislación

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

Ley del Organismo Judicial. Decreto número 2-89 del Congreso de la República de Guatemala, 1990.

Código de Derecho Internacional Privado. Decreto Número 1575 de la Asamblea Legislativa de la República de Guatemala.



Ley de Protección al Consumidor y Usuario. Decreto 06-2003 del Congreso de la República de Guatemala.

Ley para el Reconocimiento de las Comunicaciones y Firmas Electrónicas.
Decreto 47-2008 del Congreso de la República de Guatemala.

Código de Comercio. Decreto Número 2-70 del Congreso de la República de Guatemala.

Código Civil. Decreto-Ley No. 106 del Jefe del Gobierno de la República de Guatemala.

Código Procesal Civil y Mercantil. Decreto-Ley número 107 del Jefe del Gobierno de la República de Guatemala.