


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

The seal of the University of San Carlos of Guatemala is a circular emblem. It features a central shield with a figure, likely a saint or scholar, holding a book. Above the shield is a crown and a cross. The shield is flanked by two lions. The entire emblem is surrounded by a circular border containing Latin text: "ORBIS CONSPICUA CAROLINA ACADEMIA COACTEMALENSIS INTER CAETERA".

**EL USO DEL DERECHO DE RETRACTO EN LOS CONTRATOS DE ADHESIÓN DE
CONFORMIDAD CON LO REGULADO EN EL ARTÍCULO 51 DEL DECRETO
006-2003 DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA**

MARITZA ELIZABETH MEDINA ARITA

GUATEMALA, JULIO 2007

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

**EL USO DEL DERECHO DE RETRACTO EN LOS CONTRATOS DE ADHESIÓN DE
CONFORMIDAD CON LO REGULADO EN EL ARTÍCULO 51 DEL DECRETO
006-2003 DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva
de la
Facultad de Ciencias Jurídicas y sociales
de la
Universidad de San Carlos de Guatemala
Por

MARITZA ELIZABETH MEDINA ARITA

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Guatemala, julio 2007.

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

DECANO: Lic. Bonerge Amilcar Mejía Orellana

VOCAL I: Lic. César Landelino Franco López

VOCAL II: Lic. Gustavo Bonilla

VOCAL III: Lic. Erick Rolando Huitz Enríquez

VOCAL IV: Br. José Domingo Rodríguez Marroquín

VOCAL V: Br. Marco Vinicio Villatoro López

SECRETARIO: Lic. Avidán Ortiz Orellana

RAZÓN: “Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas en la tesis”. (Artículo 43 del Normativo para la elaboración de tesis de licenciatura en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala).



Melgar & Melgar Asociados
Abogados y Notarios
Bufete Corporativo

Guatemala,
Noviembre 15 año 2006



Licenciado.
Marco Tulio Castillo Lutín
Jefe de la Unidad de la Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.
Universidad de San Carlos de Guatemala.
Su Despacho.



Respetable Licenciado Castillo Lutín.

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 Asesor del trabajo de tesis de la Bachiller **MARITZA ELIZABETH MEDINA ARITA**, intitulado: “ **EL USO DEL DERECHO DE RETRACTO EN LOS CONTRATOS DE ADHESIÓN DE CONFORMIDAD CON LO REGULADO EN EL ARTÍCULO 51 DEL DECRETO 006-2003 DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA** “, procedente resulta dictaminar respecto a la asesoría del mismo debido a las siguientes justificaciones.

- i.- Por el contenido objeto de desarrollo, análisis, aportaciones y teorías sustentadas por la autora, ello meritoriamente se calificó de sustento importante y valedero al momento de la asesoría efectuada; circunstancias académicas que desde todo punto de vista deben concurrir y son atinentes a un trabajo de investigación de tesis de grado.
- ii.- Aunado a lo expuesto se pudo establecer que el referido trabajo de investigación se efectuó apegado a la asesoría prestada, habiéndose apreciado también el cumplimiento a los presupuestos tanto de forma como de fondo, exigidos por el normativo reglamentario de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, de nuestra Universidad Rectora de la Educación Superior,.
- iii.- Su contenido es de orden legal y doctrinario, los métodos utilizados histórico, jurídico, analítico, sintético, deductivo e inductivo, cumplen con el contenido del artículo treinta y dos (32) del Reglamento para exámenes Técnico Profesionales y Público de Tesis.

República de Guatemala Ciudad de Guatemala
6a. Avenida 11-43, Zona 1 Edificio Panam Of. 203 2do. Nivel
Teléfono: 232-2170 • 251-7350 Cels.: 502-6727 • 312-7496 • 616-5278
E-mail: carlgiomelcia@yahoo.es

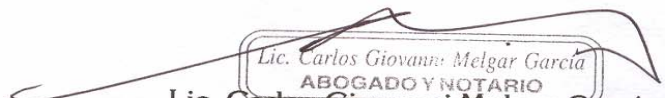


Melgar & Melgar Asociados
Abogados y Notarios
Bufete Corporativo



- iv.- El tema seleccionado por la autora reviste vital importancia y en consecuencia constituye un gran aporte académico no sólo para nuestra casa de estudios, sino también para el régimen de legalidad, cuya apreciación y ponencia que pueda hacerse del mismo a instancia de ese Despacho resultaría oportuno y admisible, puesto que el espíritu y finalidad en toda elaboración de tesis, se refleja precisamente en hacer valer los aportes insertos en las investigaciones de tesis de grado.
- v.- En consecuencia me permito **DICTAMINAR FAVORABLEMENTE**, en el sentido de que el trabajo de tesis de grado de la autora amerita seguir su trámite hasta su total aprobación para ser discutido en su examen público de graduación,

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


Lic. Carlos Giovanni Melgar García
ABOGADO Y NOTARIO
Lic. Carlos Giovanni Melgar García.
Asesor. Colegiado 5,912.


“ ID Y ENSEÑAD A TODOS “.



UNIDAD ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, veintitrés de enero de dos mil siete.

Atentamente, pase al (a) **LICENCIADO (A) JORGE ESTUARDO REYES DEL CID**, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante **MARITZA ELIZABETH MEDINA ARITA**, Intitulado: **“EL USO DEL DERECHO DE RETRACTO EN LOS CONTRATOS DE ADHESIÓN DE CONFORMIDAD CON LO REGULADO EN EL ARTÍCULO 51 DEL DECRETO 006-2003 DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA”**

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


LIC. MARCO TULLIO CASTILLO LUTÍN
JEFE DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS

cc. Unidad de Tesis
MTCL/sllh



Jorge Estuardo Reyes del Cid

ABOGADO Y NOTARIO



 **Reyes & Asociados**
Consultores Jurídicos



Guatemala, 12 de Febrero de 2007.

Señor Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Licenciado Marco Tulio Castillo Lutín
Presente.

Estimado Licenciado Castillo Lutín:

De conformidad con el oficio de fecha veintitrés de enero de dos mil siete emitido por la Unidad de Asesoría de Tesis de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, me permito informar a usted que he revisado el trabajo de tesis de la Bachiller **MARITZA ELIZABETH MEDINA ARITA**, intitulado "EL USO DEL DERECHO DE RETRACTO EN LOS CONTRATOS DE ADHESIÓN DE CONFORMIDAD CON LO REGULADO EN EL ARTÍCULO 51 DEL DECRETO 006-2003 DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA"

La estudiante **MARITZA ELIZABETH MEDINA ARITA** en su trabajo de tesis, enfoca con bastante propiedad, un análisis crítico al Decreto 006-2003 del Congreso de la República, Ley de Protección al Consumidor y Usuario, específicamente al artículo 51 de dicho Decreto, sugiriendo en su trabajo, una propuesta de reforma al citado artículo, que según criterio personal de la autora, lesiona los derechos del consumidor y usuario, para evitar con ello las llamadas cláusulas leoninas, abusivas, predisuestas o preferentes. El tema es abordado en una forma sistemática, de fácil comprensión y didáctica, abarcando antecedentes, definiciones y doctrina, conclusiones y recomendaciones, así como regulación legal en la materia, apoyando su exposición con fundamento en normas constitucionales y leyes aplicables a nuestro derecho positivo, lo que hace de este trabajo un documento de consulta y utilidad a quien esa clase de información necesite.

Jorge Estuardo Reyes del Cid

ABOGADO Y NOTARIO



Al trabajo de tesis se hicieron algunas recomendaciones, las cuales fueron atendidas por la estudiante **MARITZA ELIZABETH MEDINA ARITA**. Así mismo, la autora aportó al trabajo sus propias opiniones y criterios, los cuales lo enriquecen, otros pueden ser no compartidos y sujetos a polémica, pero en cualquier caso, se encuentran fundamentados, pues son planteamientos serios y ordenados que demuestran un buen manejo de criterio jurídico sobre la materia.

Es por lo antes mencionado, que considero que el trabajo de investigación llena los requisitos necesarios exigidos en los artículos 31 y 32 del Reglamento para los Exámenes Técnico Profesionales de Abogacía y Notariado y Público de Tesis, por lo que en calidad de Revisor de dicho trabajo, emito **OPINIÓN FAVORABLE** a efecto de que el mismo se discuta en Examen Público de Tesis.

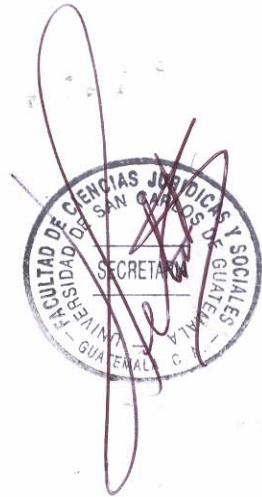
Sin otro particular, me suscribo de usted, con muestras de consideración y respeto,

Deferentemente

A handwritten signature in dark ink, appearing to be "J. Reyes del Cid", written over a horizontal line.

JORGE ESTUARDO REYES DEL CID
ABOGADO Y NOTARIO

Col. 4470
Revisor



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, siete de marzo del año dos mil siete.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del trabajo de Tesis del (de la) estudiante MARITZA ELIZABETH MEDINA ARITA, Intitulado "EL USO DEL DERECHO DE RETRACTO EN LOS CONTRATOS DE ADHESIÓN DE CONFORMIDAD CON LO REGULADO EN EL ARTÍCULO 51 DEL DECRETO 006-2003 DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA" Artículo 31 Y 34 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público de Tesis.-

MTCL/sllh



ACTO QUE DEDICO

A DIOS:	Ser Supremo, que iluminó mi vida y me dio la fortaleza de perseverar para lograr mi objetivo.
A mis padres:	Por confiar y depositar sus sueños en mí.
A mi esposo:	Por su apoyo y confianza que me ha brindado para el logro de mis metas.
A mis hermanos:	Con especial cariño.
A mis compañeros y amigos de trabajo:	Un agradecimiento especial por su amistad.
A la Dirección de Atención y Asistencia al Consumidor:	Mi centro de trabajo.
Al personal del Registro de Valores y Mercancías:	Sincero agradecimiento.
A los profesionales:	Licda. Mayra Soto, Giovanni Melgar, Lic. Daniel Tejeda y Claudia de Polanco, infinitas gracias por su apoyo.
A mis amigos y amigas:	Con cariño fraternal.
A la Universidad San Carlos de Guatemala:	Especialmente a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales por forjarme como profesional.
A Usted:	Especialmente.

ÍNDICE

	Pág.
Introducción.....	i

CAPÍTULO I

1. Antecedentes de los derechos de consumidores	1
1.1. Generalidades	1
1.2. Derechos de los consumidores en Guatemala.....	7
1.3. Principales derechos de los consumidores	13
1.3.1. Derecho a ser informado.....	13
1.3.2. Derecho a la protección de la salud	14
1.3.3. Derecho a la seguridad	14
1.3.4. Derecho a la elección.....	15
1.3.6. Derecho de acceso al consumo	15
1.3.7. Derecho a la protección de los intereses económicos	16
1.3.8. Derecho de acceso a la justicia.....	16
1.3.9. Derecho a ser informado.....	16
1.3.10. Derecho a la educación para un consumo responsable.....	16
1.3.11. Derecho a utilizar el libro de quejas	17

CAPÍTULO II

2. Mecanismos de control de los contratos de adhesión.....	19
2.1. Noción de mecanismo.....	19
2.2. Clases de mecanismos de control de los contratos de adhesión.....	19
2.2.1. Mecanismo legislativo	19
2.2.1.1. Noción	19

2.2.1.2. Fundamento constitucional del mecanismo legislativo	20
2.2.1.3. Integración del mecanismo legislativo (Congreso)	20
2.2.2. Mecanismo judicial	20
2.2.2.1. Noción	20
2.2.2.2. Integración del mecanismo judicial	22
2.2.3. Mecanismo administrativo	22
2.2.3.1. Noción	22
2.2.3.2. Regulación legal del mecanismo administrativo	23
2.2.3.3. Integración del mecanismo administrativo	23
2.2.3.4. Procedimientos del mecanismo administrativo (DIACO)	24
2.2.3.4.1. Atención y resolución de quejas	24
2.2.3.4.2. Medios de promoción para la interposición de la ... queja	24
2.2.3.4.3. Procedimiento en el departamento de servicios	24
al consumidor	24
2.2.3.4.4. Procedimiento en el departamento jurídico	25
2.2.3.4.5. Procedimientos ulteriores	27

CAPÍTULO III

3. Aspectos generales de contratación	29
3.1. Generalidades del contrato	29
3.2. Evolución histórica del contrato	30
3.2.1. El contrato en el derecho romano	32
3.2.2. El contrato en la época liberal	34
3.2.4. El contrato en el derecho intermedio	34
3.2.5. El contrato en el derecho moderno	34

3.3. Definición de contrato.....	35
3.4. Requisitos de validez	37
3.4.1. Capacidad legal del sujeto que declara su voluntad	37
3.4.2. Consentimiento que no adolezca de vicio	38
3.4.3. Objeto lícito	40
3.5. Principios de contratación	41
3.5.1. Autonomía de la voluntad.....	41
3.5.2. Libertad contractual.....	44
3.5.3. Formalismo	47
3.5.4. Consensualismo	47
3.5.5. Principio adoptado por la legislación guatemalteca	49
3.6. Efectos del contrato válidamente celebrado.....	49
3.7. Formas de contratar u obligarse	49
3.8. Estudio comparativo de los principios de contratación civil con los	49
principios mercantiles.....	49
3.8.1. Principios tradicionales de contratación civil	49
3.8.1.1. Libertad contractual o autonomía de la voluntad.....	50
3.8.1.2. El consensualismo o consentimiento.....	50
3.8.1.3. El formalismo.....	51
3.9. Análisis comparativo con los principios mercantiles.....	51
3.10. Estudio comparativo de la contratación tradicional con la del	52
derecho mercantil.....	52

CAPÍTULO IV

4. Contratos de adhesión	53
4.1. Antecedentes	53

4.2. Definición de contrato de adhesión	54
4.3. Características de los contratos de adhesión.....	56
4.4. Contratos de Adhesión según el Decreto 006-2003 del Congreso de la.....	56
República de Guatemala, Ley de Protección al Consumidor y Usuario	56
4.5. Documentos que deben presentarse para la autorización de contratos de adhesión en la Dirección de Atención y Asistencia al Consumidor –DIACO-.....	58
4.6. Descripción del procedimiento para autorización de los contratos de adhesión en la Dirección de Atención y Asistencia al Consumidor –DIACO-.....	58
4.7. Estructuración de los contratos de adhesión.....	60
4.7.1. Condiciones generales.....	60
4.7.2. Condiciones específicas.....	61
4.8. Concurrencia de los contratos de adhesión	61
4.8.1. Masificación	62
4.8.2. Tecnificación	62

CAPÍTULO V

5. Medios alternos para solución de controversias emanadas de actos contractuales y su regulación en la legislación guatemalteca.....	65
5.1. Noción	66
5.1.1. Generalidades previas.....	66
5.2. Antecedentes	67
5.2.1. Sociedades primitivas	67
5.2.2. China.....	68
5.2.3. Israel	68

5.2.5. Roma.....	69
5.2.6. Edad media	71
5.2.7. España	71
5.2.8. Francia	72
5.2.9. Alemania	72
5.2.10. Inglaterra	73
5.2.11. Estados Unidos	73
5.2.12. Rusia	74
5.2.13. Latinoamérica.....	74
5.3. Naturaleza jurídica del arbitraje.....	76
5.4. Materias susceptibles de arbitramiento	77
5.5. Definición de arbitraje.....	77
5.6. Clasificación del arbitraje	78
5.6.1. Público, privado.....	78
5.6.2. Comercial, civil, laboral	78
5.6.3. Del Estado, particular	78
5.6.4. Internacional, interno.....	79
5.6.5. Voluntario, necesario.....	79
5.6.6. Previsto en el acuerdo, reglas o leyes.....	80
5.6.7. Ad hoc, institucional	80
5.6.8. Derecho de equidad	80
5.6.9. Irritual, formal	80
5.7. El Acuerdo de arbitraje.....	81
5.7.1. Antecedentes	81
5.7.2. Especies de pacto arbitral	82

5.7.2.1. Cláusula compromisoria	82
5.7.2.2. Requisitos esenciales de la cláusula compromisoria.....	82
5.7.2.3. Características de la cláusula compromisoria	82
5.7.3. El Compromiso arbitral.....	83
5.7.3.1. Características del compromiso arbitral	83
5.8. Elementos del acuerdo arbitral.....	84
5.8.1. Objeto.....	84
5.8.2. El consentimiento.....	84
5.9. Elementos de validez	85
5.9.1. Forma.....	85
5.9.2. Ausencia de vicios de la voluntad	85
5.9.3. Capacidad de las partes comprometentes	85
5.10. Efectos	86
5.11. Técnica de elaboración de las cláusulas compromisorias internacionales.....	86
5.12. Autonomía del acuerdo arbitral	87
5.13. Cláusulas compromisorias defectuosas	88
5.14. Pasos dentro del procedimiento.....	88
5.15. Suspensión del procedimiento contra terceros	89
5.16. Perjuicios por incumplimiento al pacto arbitral	89
5.17. Algunos temas importantes contenidos en el Decreto 67-95 Ley de Arbitraje.....	89
5.18. Apreciación	93

CAPÍTULO VI

6. Derecho de retracto.....	95
6.1. Antecedentes	95

6.2. Regulación legal del derecho de retracto en Guatemala.....	95
6.3. Diferencias con otras figuras jurídicas.....	96
6.3.1. Con la rescisión de los contratos	96
6.3.2. Con la revocación de los contratos	98
6.3.3. Con la resolución de los contratos	99
6.3.4. Apreciación	100

CAPÍTULO VII

PROPUESTA DE REFORMA EN CUANTO AL DERECHO DE RETRACTO REGULADO EN EL DECRETO LEGISLATIVO 006-2003, LEY DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR Y USUARIO.....	103
CONCLUSIONES.....	107
RECOMENDACIONES	109
ANEXO I.....	110
ANEXO II.....	112
ANEXO III.....	113
ANEXO IV	114
ANEXO V	115
BIBLIOGRAFÍA	117

CAPÍTULO I

1. Antecedentes de los derechos de consumidores

1.1. Generalidades

Las primeras actividades sobre la protección al consumidor se encuentran en el continente europeo, se ha considerado que la Carta Europea ha sido uno de los primeros documentos que reconocen los derechos de los consumidores; posteriormente se aprueba el programa preliminar de la Comunidad Europea para una política de protección e información a los consumidores, ya que se buscaba la obtención de mejores condiciones para las personas que adquirirían bienes y servicios.

En la década del año 1830 se constituyen cooperativas que manifestaban las necesidades de los consumidores. En Alemania, así como en Inglaterra, se crean asociaciones para la protección del consumidor.

En Inglaterra, nace en el año 1872 el Ministerio de Consumo. En Portugal en 1876, se establece por primera vez en su Constitución, que al Estado le compete proteger al consumidor; asimismo hacer efectiva la aplicación de la norma de la materia. Luego en América, empezando con México, después de la segunda guerra mundial, se inició plenamente la observancia de una política económica de crecimiento hacia empresas transnacionales, aparatos eléctricos, farmacéuticas, etc.

Las normas de protección al consumidor tienen su origen en los inicios del siglo xx, sus primeras manifestaciones se enmarcan en la esfera laboral, a través de los reclamos de mejores condiciones de trabajo y superiores salarios por los obreros. Radica precisamente entre los años 1930 y 1940 que el movimiento de los consumidores comienza a preocuparse y a realizar sus reclamos en la cuestión de la información, la calidad, y la seguridad de los productos servicios.

En 1942, durante la segunda guerra mundial se hizo sentir la necesidad de proteger los derechos de los consumidores, debido al engaño a los ciudadanos que adquirirían productos y servicios por parte de los productores y distribuidores mediante la propaganda ya publicidad. Derivado de ello y debido al desarrollo de las fuerzas productivas y las relaciones de producción que nace el derecho de los consumidores.

Dentro de las relaciones de consumo la protección al consumidor se desarrolló en Estados Unidos y se expandió por todo el continente europeo, es así que en el año 1960 se crea en Europa la entidad no gubernamental de defensa del consumidor en todo el mundo: denominada Internacional Organization of Consumer Unions, IOCU.

Los países de América Latina durante las décadas de los años sesenta y setenta manifiestan interés por la protección de las relaciones de consumo, es así por ejemplo que en el año 1976 se crea en Brasil, Sao Paulo el Grupo Ejecutivo de Protección al Consumidor (PROCON).

La internacionalización y la creación de leyes para la protección de los derechos de los consumidores, en casi todos los países, se generó a partir de 1985, exactamente el 9 de abril con la Resolución treinta y nueve diagonal doscientos cuarenta y ocho (39/248) del año 1985 de la Organización de las Naciones Unidas (ONU).

A partir del 16 de abril del año 1985, se establecen las directrices para la protección al consumidor, las mismas conforman un conjunto de bases sobre las cuales los Estados miembros deben desarrollar su política y leyes de protección al consumidor; aunque existían países como España que desde el año 1984 poseían una legislación de defensa de los consumidores y usuarios. Otros países como Brasil crearon en el año 1990 el Código de Defensa del Consumidor.

En países de Latinoamérica como ejemplo, la República de Chile, el tema de protección al consumidor data desde la Colonia, época en que el Cabildo fijaba precios máximos a productos esenciales de consumo o uso.

Durante el siglo XX, fue creado el Comisariato General de Subsistencias y Precios que estableció una serie de sanciones penales generalmente administrativas, consistentes en multas aplicables, a particulares que infringieran las disposiciones que regulaban la industria y el comercio, las que constituyeron una manifestación positiva de lo que en doctrina se ha denominado “Disciplina del Mercado de Chile”.

En Brasil existe la previsión constitucional de defensa de los derechos de los consumidores y usuarios en la Constitución Federal estableciendo en el artículo 5: Todos son iguales ante la ley, sin distinción de cualquier naturaleza, garantizándole a los brasileños y a los extranjeros residentes en el país la inviolabilidad de derecho a la vida, a la libertad, a la igualdad, a la seguridad y a la propiedad en los términos siguientes: XXXII- El estado promoverá, en forma de ley, la defensa del consumidor.

La legislación de derechos del consumidor en Brasil es una ley ordinaria Ley 8078/90 (Código de Defensa del Consumidor –CDC) y el Decreto 2.181/97. Entro en vigor el 1 de marzo de 1991, el cual tomando como base las recomendaciones de la Organización de las Naciones Unidas y las directrices de la Comunidad Económica Europea, sistematiza las normas nacionales sobre relaciones de consumo.

El código comprende los siguientes títulos: I. De los derechos del consumidor; II. De los delitos; III: La defensa del consumidor en juicio; IV. Del sistema nacional de defensa del consumidor; V. De los convenios colectivos de consumo, y VI. Disposiciones finales.

Este código constituye una demostración de la evolución del derecho brasilero en marco de una nueva sociedad que se modifica con una velocidad intensa y que dispensa la protección al consumidor con la consecuente responsabilización de aquellos que causan un daño.

Mas allá de que el Código de Defensa del Consumidor no fuera elaborado dentro del plazo de 120 días, previsto por el Artículo 48 de las disposiciones transitorias de la Constitución Federal de 1988, el 11 de septiembre de 1990 fue promulgada la Ley

número 8,078, que entró en vigencia el 11 de marzo de 1991, cumpliendo la determinación constitucional, y a partir de entonces, el consumidor brasileiro pasó a tener una ley específica para la protección de sus derechos, lo que sin duda constituyó un avance significativo en el derecho positivo brasileiro.

Los derechos protegidos por la Ley 8,078 de 1990, son de orden público lo que los torna irrenunciables e indispensables, será considerada abusiva y por lo tanto, nula de pleno derecho cualquier cláusula que imposibilitare, exonerarse o atenuare la responsabilidad del proveedor por vicios de cualquier naturaleza, los productos y servicios o implicare una renuncia o disposición de tales derechos.

De esta forma con el nuevo código, fue modificado el tratamiento que el derecho brasileiro, daba al consumidor, que pasó a tener a su disposición un sistema de protección coherente, eficiente y moderna. El Código de Defensa del Consumidor provocó una gran transformación en el mercado de consumo brasileiro, el que por sí solo ya es un motivo de esperanza en un país que atraviesa una seria crisis socio-política y económica.

La competencia legislativa en materia de derechos del consumidor, compete a la Unión, a los Estados y al Distrito Federal,

Ocurren conflictos entre los derechos del consumidor con otras normas de derecho público y privado, sin embargo en la mayoría de los casos prevalece el derecho del consumidor en razón de su fundamento constitucional basado en los derechos de la persona humana.

En el Código de la Defensa del Consumidor de Brasil están previstas las infracciones penales en las relaciones de consumo.

El órgano central de gobierno de defensa del consumidor es el Departamento de Protección y Defensa del Consumidor, de la Secretaría de Derecho Económico, y lo

puede sustituir el Organismo de Coordinación de la Política del Sistema Nacional de Defensa del Consumidor, y sus atribuciones son:

- a) planear, elaborar, proponer, coordinar y ejecutar la política nacional de protección al consumidor;
- b) recibir analizar, evaluar y encaminar consultas, denuncias o sugerencias presentadas por entidades representativa o personas jurídicas de derecho publico o privado,
- c) prestar a los consumidores orientación permanente sobre sus derechos y garantías, informar concienciar y motivar al consumidor a través de los diferentes medios de comunicación,
- d) solicitar a la policía judicial la instauración de investigación policial para la apreciación de delitos contra los consumidores en los términos de la legislación vigente,
- e) representar al Ministerio Público competente para fines de adopción de medidas procesales en el ámbito de sus atribuciones,
- f) llevar al conociendo de los órganos competentes las infracciones de orden administrativa que violen los intereses, colectivos o individuales de los derechos de los consumidores,
- g) solicitar el concurso de órganos y entidades de la Unión, estados de distrito federal y municipios, así como auxiliar las fiscalización de precios, abastecimiento, cantidad y seguridad de los bienes y servicios,
- h) incentivar la inclusive con recursos financieros y otros programas especiales, la formación de entidades de defensa del consumidor por la población y para los órganos públicos provinciales y municipales,
- i) desarrollar otras actividades compatibles con sus finalidades.

En Brasil existen las Asociaciones No Gubernamentales que cuidan de la defensa del consumidor destacan la Asociación Brasileña de Defensa del Consumidor (Proteste), el Forum Nacional de las Entidades Civiles de Defensa del Consumidor, Instituto Brasileño de Defensa del Consumidor (IDEC) y el Instituto Brasileño de Política y Derecho del Consumidor.

En Brasil existen los llamados Juzgados Especiales Civiles, destinados a las causas de menor complejidad y que no superen el valor de 40 salarios mínimos. Entre las causas que tramitan en esta Justicia especializada están los referentes al Derecho del Consumidor, superando el límite de los 40 salarios mínimos,

En la esfera judicial, existen las llamadas audiencias de conciliación que también se hacen presente en el ámbito administrativo. Estos medios de resolución alternativas funcionan en la mayoría de los casos, pues los consumidores en general no tienen la intención de iniciar en juicio, tan solo ser atendida su demanda y ver respetado su derecho. Tales acuerdos también son ventajosos para las empresas, que así evitan el desgaste de una disputa judicial y preservan la imagen de la misma.

La figura del consumidor ha adquirido importancia a través del tiempo, haciendo mención de los principales antecedentes históricos y de la evolución actual de los derechos del consumidor.

En el año 1962 el presidente de los Estados Unidos de América John F. Kennedy, en su discurso dirigido al congreso manifestó. “Ser consumidor, por definición, nos incluye a todos, somos el grupo económico más grande en el mercado, que afecta y es afectado por casi todas las decisiones económica publicas y privadas... pero es el único grupo importante cuyos puntos de vista no son escuchados” dicho discurso merece ciertas apreciaciones de importancia ya que aquí el mencionado presidente americano había dado una definición clara y precisa de lo que significan los consumidores dentro del mercado, puesto que los mismos constituyen el grupo económico mas grande, su comportamiento afecta a todo el funcionamiento del mercado a su vez, es interesante acortar que con frecuencia sus puntos de vista no son escuchados es decir que aquí interpretamos que sus reclamos no son atendidos, como en la práctica sucede y ello suele manifestarse a través de los diversos fallos que se han producido en los últimos tiempos reconociéndose la importancia de los derechos del consumidor.

El consumidor es la parte más débil, debido a que en muchas situaciones el mismo es objeto de abusos en la celebración de contratos de consumo, emerge con ello los llamados Contratos de Adhesión, cuya explicación se inserta en lo sucesivo, es por ello que frente a los abusos sufridos por los consumidores, surge la necesidad de que los mismos tengan un protagonismo de importancia dentro del mercado y ello se adquiere a partir del 15 de marzo del año 1962.

Según Ovalle Favela, considera que a partir de la segunda mitad del siglo xx, se inició el reconocimiento de los derechos del consumidor, ya que en el año 1973 la Asamblea Consultiva del Consejo de Europa había difundido la resolución en la cual se aprobó el texto definitivo de la carta europea de protección de los consumidores.

1. 2. Derechos de los consumidores en Guatemala

La República de Guatemala a raíz de establecer un gobierno constitucional en el poder y creyendo necesario reestructurar las instituciones, se dispuso a través del Decreto Ley número 93 del Congreso de la República, Ley del Organismo Ejecutivo, de fecha 27 de abril del año 1945, crear el Ministerio de Economía y Trabajo que en su artículo 16 le asignaba las atribuciones a desarrollar en dicho Ministerio, posteriormente, mediante Acuerdo Gubernativo de fecha 5 de junio del año 1945, fue creada la Oficina de Coordinación de Precios y Abastecimientos para la debida aplicación del Decreto Legislativo Número 90 Ley de Emergencias Económicas, con el objeto de impedir las fluctuaciones bruscas de los precios, velando por el mantenimiento de la estabilidad y el equilibrio económico del país, de acuerdo con las diversas leyes, reglamentos y disposiciones de emergencias.

Asimismo por Acuerdo Presidencial del 18 de febrero del año 1946 se indica que la Oficina de Coordinación de Precios y Abastecimientos no llenaba los fines para los cuales había sido creada, por lo que resulta oneroso su sostenimiento al erario nacional; por lo que se suprime y se crea la Oficina de Estabilización Económica, la cual tendrá todas las atribuciones de la anterior; ya que fue sustituida por que su estructura no era viable para los recursos de la nación.

Por Acuerdo Presidencial de fecha 5 de enero del año 1948, debido a que en el Acuerdo Presidencial se dio una nueva organización complementaria distinta a la oficina anterior, por esta razón se suprimió para crear la Dirección General de la Economía Nacional; dándole las atribuciones que correspondía a la oficina suprimida.

Debido a la confrontación que en ese tiempo tenía el Ministerio de Economía y Trabajo, se pensó que esta Dirección controlaría y regularía todo lo concerniente a la economía nacional, de esa cuenta se formó entre su estructura el departamento de control de precios y abastecimiento el cual quedó de todo lo relativo a controles de ese tipo.

En el Acuerdo Presidencial del 29 de julio del año 1949, se manifestaba que por acuerdo del presupuesto era necesario suprimir la Dirección General de la Economía Nacional y crear la Dirección General de Comercio Industria y Controles, dándole las atribuciones que aparecieran en su reglamento interno, el cual se sancionó en el Acuerdo Presidencial del 25 de julio del año 1950, o sea un año después de su creación.

En el Acuerdo Presidencial del 28 de julio del año 1953 se indicaba que debido a que en el presupuesto era necesario suprimir la Dirección General de Comercio Industria y Controles, y en su lugar se creaba el Departamento Administrativo de Economía y Trabajo, señalándose que las atribuciones serían las mismas que tenía la oficina que se cancelaba.

Un año después debido a las situaciones políticas imperantes en el país y al cambio en las posiciones estructurales, en el Decreto 19 de la Junta de Gobierno de la República de Guatemala de fecha 15 de julio del año 1954, se dispuso cancelar el Departamento Administrativo de Economía y Trabajo, indicándose que en tanto se hacen las revisiones pertinentes queda a cargo del Ministerio de Economía y Trabajo las aplicaciones de los acuerdos vigentes sobre los precios y los artículos controlados.

El 31 de mayo del año 1966 se dispuso en el Reglamento Interno del Ministerio de Economía, la creación de la Dirección de Política Comercial y Financiera, entre las atribuciones asignadas, se decía que debía recomendar las medidas pertinentes para lograr la estabilización de precios en el mercado interno.

En el Acuerdo Gubernativo del 3 de enero del año 1968, se dispuso fusionar la Dirección de Política Comercial y Financiera y la Dirección de Comercio Exterior, creándose la Dirección de Comercio Interior y Exterior, disponiéndose que, en lo que se refiere a precios, deberían proponer medidas adecuadas para la estabilización y control de precios en el mercado interno, como se puede observar esta atribución es similar a la que aparecía antes de la función indicada, con la única variante que se volvió a hablar de control de precios.

Por Acuerdo Número 79 del Ministerio de Economía de fecha 17 de septiembre del año 1979 del Ministerio de Economía, se creó la Oficina de Control de Precios adscrita a la Dirección de Comercio Interior y Exterior, para lograr los objetivos de las medidas anti inflacionarias que se ha fijado el Gobierno.

En el Acuerdo Gubernativo Número 88-85 fecha 11 de febrero del año 1985, el Jefe de Estado, considera crear la Dirección General de Comercio, como dependencia del Ministerio de Economía, en sustitución de la Dirección de Comercio Interior y Exterior y la Oficina de Regulación de Precios del citado Ministerio, tendrá jurisdicción en toda la República y una duración indefinida. Se canceló el Centro Nacional de Promoción de las Exportaciones GUATEXPRO, con el objeto de racionalizar los recursos y evitar la duplicidad de funciones.

El tema de protección al consumidor adquirió importancia desde el año 1985 cuando se emitió la primera ley (Decreto Ley 1-85 del Jefe de Estado General Oscar Humberto Mejía V. de fecha 14 de enero del año 1985), cuyo objetivo era el de desarrollar, por parte del Estado, la defensa de los derechos e intereses de los consumidores, en un marco de política económica regulada por el Estado. Por ende, su objetivo era el de controlar y evitar el alza inmoderada en los precios de los productos y

servicios esenciales para la población del país y establecer los delitos económicos y las sanciones correspondientes, en el caso del incumplimiento por parte de los proveedores, de los preceptos y la normativa que dicha ley contemplaba.

Esta situación se dio en un ambiente internacional propicio, ya que las Naciones Unidas, en su Resolución número treinta y nueve diagonal doscientos cuarenta y ocho (39/248) del 9 de abril del año 1985, definieron el quehacer de los gobiernos en cuanto a la protección de los derechos de los consumidores. Guatemala, como país miembro, adquirió el compromiso de aplicar y cumplir las directrices emanadas en este sentido por dicha organización; de esa cuenta se promulgaron la ley y el reglamento antes indicados.

La legislación del año 1985 era de aplicación para toda persona individual o jurídica que en sus actividades comerciales cometiera actos de especulación, acaparamiento, alza inmoderada de precios, variación de pesos, medidas y calidad de los bienes y servicios, no anunciados, los cuales eran tipificados como delitos económicos.

En el año 1986, se inicia un esfuerzo formal para hacer efectiva la obligación del Estado en este campo, con la vigencia a partir del 14 de enero de ese año de la Constitución de la República de Guatemala, la que en su artículo 119 “Obligaciones del Estado”, señala que son fundamentales para el Estado, entre otras, la defensa de consumidores y usuarios en cuanto a la preservación de la calidad de los productos de consumo interno y de exportación, para garantizar su salud, seguridad y legítimos intereses económicos (literal i).

En cuanto a lo relacionado con la Dirección de Atención y Asistencia al Consumidor (DIACO), como tal, esta fue creada como dependencia del Ministerio de Economía el 4 de septiembre del año 1995, conforme el artículo 1 del Acuerdo Gubernativo Número cuatrocientos veinticinco – noventa y cinco (425-95), en esa fecha se suprimió la Oficina de Control de Precios del Ministerio de Economía, encargada del control de los precios de los productos de consumo básico y se estableció su

competencia en cuanto a orientar, asistir e informar al consumidor lo relativo a calidad, cantidad, peso y demás características de los productos y servicios que constituyen la oferta del mercado.

El Reglamento del acuerdo de creación de la DIACO, contenido en Acuerdo Ministerial número 250-95 de fecha 10 de octubre de dicho año, explicita sus funciones y atribuciones, relacionadas con la asistencia a los consumidores en sus reclamaciones contra los proveedores, facilitar información sobre las condiciones y buen uso de los productos, contribuir a minimizar la utilización de prácticas perjudiciales a los intereses económicos de los consumidores y otras. De esa manera se inicia su fortalecimiento institucional.

Dados los cambios que implicaba el mejoramiento y la modernización del marco jurídico de protección al consumidor y usuario, dentro de las corrientes mundiales enfocadas hacia la globalización y al manejo de una economía moderna en un ambiente de libre mercado y de competencia, el Ejecutivo elaboró y envió al Organismo Legislativo el Proyecto de la Ley vigente de Protección al Consumidor y Usuario, considerando los enfoques modernos sobre la materia. Dicho proyecto finalmente fue aprobado el 18 de febrero de 2003 mediante el Decreto 006-2003 (vigente a partir del 26 de marzo de 2003), proporcionando a la Dirección de Atención y Asistencia al Consumidor (DIACO), entidad responsable de su aplicación, nuevos instrumentos para hacer más eficiente la tutelaridad en la defensa de los consumidores y usuarios que dicha ley le confiere.

La actual Dirección de Protección al Consumidor y Usuario, funciona como una dependencia del Ministerio de Economía, según lo establece el Artículo 53 de la ley citada, con independencia funcional y técnica y con competencia en el ámbito nacional, el reglamento de dicha ley, contenido en el Acuerdo Gubernativo número 777-2003, entro en vigencia el 22 de diciembre del año 2003 y desarrolla los procedimientos administrativos para la aplicación de la ley. En su Artículo 53, otorga sesenta (60) días hábiles a partir de su vigencia para que los proveedores de bienes y servicios se ajusten a las disposiciones de la Ley de Protección al Consumidor y Usuario; este plazo

venció el 18 de marzo del año 2004. A su vez, en lo que respecta a los instrumentos de pesaje, el mismo reglamento en su Artículo 11, establece el plazo de 90 días para cumplir con las regulaciones correspondientes, dicho plazo también se ha vencido.

Dentro del actual marco legal, una de las principales funciones tutelares que debe implementar la DIACO, es la de educar y orientar al consumidor o usuario en cuanto a saber elegir y escoger los bienes y servicios que desee adquirir o contratar en las mejores condiciones, así como hacer valer los derechos que le asisten como tal y cómo y donde puede ejercer y/o reclamar dichos derechos.

Su visión es ser el ente a nivel nacional, con recursos adecuados y personal calificado que vele por los intereses y derechos del consumidor y usuario, procurando transacciones comerciales justas y razonables en una economía de libre mercado.

Su misión es fortalecer y facilitar relaciones justas y equitativas entre consumidores, usuarios y proveedores, brindando servicios eficientes para que tomen sus mejores decisiones, previniendo y sancionando toda práctica o abuso de los proveedores.

Las metas a nivel institucional de la DIACO son la administración y aplicación de la ley y su reglamento, asimismo, promover, divulgar y defender los derechos de los consumidores y usuarios.

Los objetivos que se persiguen:

- a) Atender las quejas sobre inconformidades en la adquisición de productos y servicios.
- b) Mediación entre consumidores y proveedores
- c) Resolución de quejas mediante los procedimientos que la ley determina.
- d) Informar, educar y asesorar al consumidor.
- e) Monitoreo de precios de productos de consumo popular.

- f) Verificación y vigilancia en el cumplimiento de la normativa, reglamentación y disposiciones legales y técnicas (nacionales e internacionales) vigentes para el país (tanto para bienes como servicios).
- g) Aplicar las infracciones y sanciones que correspondan en el marco de la ley.

1.3. Principales derechos de los consumidores

Se debe dar un concepto del derecho de consumidor para poder entender los derechos que éste conlleva. Se entiende por el derecho del consumidor al conjunto orgánico de normas capaces de constituir una rama del derecho que tiene por objeto la tutela de quienes contratan para la adquisición de bienes y servicios destinados, en principio, a las necesidades personales. A esta definición se le debe dar mucha importancia, ya que lo que se propicia es que se consagre el derecho de consumo.

Este derecho de consumo está estructurado para que las relaciones entre los contratantes, los derechos y deberes, así como las obligaciones que se derivan entre proveedores o prestadores y consumidores sean respetadas, para lograr un equilibrio sano en el mercado.

Los derechos del consumidor son los pilares donde se sostiene la estructura de la Ley de Protección al Consumidor y Usuario. Con el paso del tiempo y las modernas relaciones de consumo, los derechos del consumidor deben interpretarse y adecuarse en forma amplia y desarrollada con el objetivo de buscar estabilidad en los mecanismos del mercado. La actividad del consumidor es dinámica, son actos en continuo crecimiento, renovación e innovación, y debe concebirse con imaginativas ideas hacia el futuro. De lo anterior enumeraré los derechos primordiales del consumidor y usuario.

1.3.1. Derecho a ser informado

Considero uno de los derechos de los consumidores de importancia, ya que provee datos relacionados con los productos o bienes que va a adquirir el consumidor dentro del mercado; destacamos la importancia de dicho derecho, ya que la información

que adquiere el consumidor es asimétrica, es decir imperfecta, puesto que los productos u oferentes no suministran una información eficaz tendiente a reducir costos económicos y sociales; el que se le asegure al consumidor o usuario la obtención de datos, características y demás conocimientos reales, antes de adquirir un bien o contratar un servicio, es un aspecto substancial, la existencia de esta información permite actuar, adoptar o posibilitar con prudencia y responsabilidad, una correcta decisión. Dentro de la Ley de Protección al Consumidor y Usuario, este es uno de los principales derechos de los consumidores, ya que tiene como finalidad proporcionar a los consumidores y usuarios, en forma cierta y objetiva, la información veraz, detallada, eficaz y suficiente sobre las características de los productos o servicios. Siendo obligación del proveedor cumplir con este derecho, este debe considerarse como un principio para mejorar las condiciones de vida de las personas.

1.3.2. Derecho a la protección de la salud

Lo que busca este derecho es que se eviten las situaciones de riesgo en los consumidores, por lo tanto, los bienes y servicios destinados a los consumidores y usuarios deberán presentarse de forma que no existan peligros para su salud y seguridad; si estos peligros se presentan, deberán ser retirados del mercado por procedimientos rápidos y simples. Los poderes públicos velarán por la seguridad, calidad y salubridad de los bienes y servicios ofertados en el mercado.

1.3.3. Derecho a la seguridad

Con este derecho se tiene el fin de proteger y garantizar todo producto o servicio que sea ofrecido en el mercado, ya sea para uso o consumo y que esté exento de riesgo para la seguridad, la salud o la vida del consumidor y además que no signifique un daño al medio ambiente. La ley de Protección al Consumidor y Usuario obliga a los proveedores, fabricantes, importadores, comerciantes y demás prestatarios de bienes o servicios, al cumplimiento de la obligación de conceder seguridad a sus productos.

Todos los bienes o servicios que puedan suponer un riesgo para la salud o la integridad física de los consumidores o usuarios, deben comercializarse observando los mecanismos, instrucciones y normas establecidas o razonables para garantizar la

seguridad de los mismos. Este derecho se refleja en normas de carácter administrativo, que establecen controles sobre la fabricación y la prestación de productos en el mercado con el fin de disminuir riesgos instrumentándola de una manera preventiva.

1.3.4. Derecho a la elección

Consiste en la libertad individual que tiene el consumidor o usuario de acceder a una amplia variedad de productos o servicios para elegir aquel que más le convenga a sus deseos y necesidades a precios competitivos. Para ello es necesario asegurar la existencia de una libre competencia que permita una oferta de precios competitivos.

1.3.5. Derecho de retracto

Es el derecho que tiene el consumidor de dejar sin efecto la aceptación del contrato en un plazo establecido, contado a partir de la fecha en que se entregue la cosa o se celebre el contrato, sin responsabilidad alguna. Este derecho no puede ser dispensado ni renunciado. Es obligación del proveedor informar por escrito al consumidor sobre esta facultad de revocación en todo documento que se le presente al consumidor. Una norma de esta índole tiene por efecto darle al consumidor el derecho de poder revocar el contrato celebrado entre las partes. Más adelante se hablará más sobre este derecho.

1.3.6. Derecho de acceso al consumo

Es el derecho de no ser separado abusivamente por parte de los proveedores de bienes y servicios en relación de consumo. Se les debe dar a todos los consumidores un trato igualitario en el mercado, de manera que ellos no puedan ser menoscabados en sus atributos esenciales como seres humanos. Es decir, que no sean excluidos o no ser objeto de tratos inadecuados en razón de edad, credo o religión, sexo, condición económica o social, etc.

1.3.7. Derecho a la protección de los intereses económicos

Este derecho abarca desde la exigencia de calidad y eficiencia de los productos y servicios, hasta la existencia de organismos administrativos y judiciales que apliquen la verdadera justicia. Los compradores de bienes o servicios deberán ser protegidos contra los abusos de poder del vendedor, en particular respecto de: contratos tipo, establecidos unilateralmente, la exclusión abusiva en los contratos de derechos irrenunciables, las condiciones abusivas de crédito, la solicitud de pago de mercancías no solicitadas, los métodos de venta que limiten la libertad de elección y las cláusulas contractuales que resulten lesivas o abusivas para el consumidor.

1.3.8. Derecho de acceso a la justicia

El consumidor tiene derecho a la justa reparación de los daños y perjuicios sufridos debido a la compra o utilización de productos defectuosos o de servicios insuficientes, mediante procedimientos rápidos, eficaces y poco costosos. Las asociaciones de consumidores quedarán legitimadas para la representación y defensa de los intereses de los consumidores perjudicados, proporcionando asesoramiento y asistencia.

1.3.9. Derecho a ser informado

El comprador de bienes o servicios tiene el legítimo derecho a disponer de una información adecuada que le permita: conocer las características esenciales de los bienes y servicios que se le ofrecen (naturaleza, calidad, cantidad y precios), efectuar una elección racional entre los bienes y servicios competitivos, utilizar dichos bienes y servicios con toda seguridad y de manera satisfactoria y reivindicar la reparación de los eventuales daños causados por el bien o servicio recibido.

1.3.10. Derecho a la educación para un consumo responsable

Al consumidor le corresponde el derecho a la educación en materia de consumo para que pueda actuar informado y sea capaz de elegir con claridad entre los bienes y

servicios, siendo consciente además de sus derechos y responsabilidades. Es deber del consumidor, de buscar los medios posibles para obtener esta información educativa.

1.3.11. Derecho a utilizar el libro de quejas

En Guatemala, es el medio legalmente autorizado por la Dirección de Atención y Asistencia al Consumidor, para dejar registro de las inconformidades de los consumidores y usuarios en relación a un bien o servicio adquirido.

CAPÍTULO II

2. Mecanismos de control de los contratos de adhesión

2.1. Noción de mecanismo

Connotación que debe tener de mecanismo más asemejada, es la de método, para ser utilizado en cuestiones teóricas o prácticas, algunos autores atribuyen el calificativo de vías o sistemas a utilizar para la solución o logro de algo.

2.2. Clases de mecanismos de control de los contratos de adhesión

2.2.1 Legislativo

2.2.2 Judicial

2.2.3 Administrativo

2.2.1. Mecanismo legislativo

2.2.1.1. Noción

En nuestro medio, este mecanismo es conocido como Congreso de la República, el cual forma parte de los tres poderes estatales, en el seno de este con estricta y plena observancia de la Constitución Política de la República de Guatemala, emerge y se perfecciona el proceso legislativo, que más explícitamente hace referencia al proceso de creación de una ley.¹

Entre otras dentro de las funciones que por mandato legal le son conferidas a este órgano (mecanismo) cabe citar lo relativo a la inserción de aquellas normas que deben tenerse por no puestas en el caso específico de una figura contractual que solo beneficie unilateralmente al titular de un servicio que deba ser prestado por este, en nuestro medio, es admisible que el mismo es inoperante puesto que; a pesar de que las normas se encuentran incluidas como circunstancias o situaciones leoninas en una ley,

¹ Artículos 165 al 181 Constitución Política de la República de Guatemala

ello no implica que en la práctica forzosamente deba hacerse plena observancia y cumplimiento de tales presupuestos legales.

Citando al Dr. Vladimir Aguilar Guerra, éste en cuanto al mecanismo de control legislativo desarrolla: “Legislativos, dictando normas de carácter general que impongan un determinado contenido a las condiciones generales, o prohibiendo su inclusión en ellas de determinadas cláusulas, consideradas especialmente abusivas, o sencillamente, prohibiendo de modo genérico las que pueden ser así calificadas.”²

2.2.1.2. Fundamento constitucional del mecanismo legislativo

La Constitución Política de la República de Guatemala, estatuye del Artículo 165 al 181 lo relativo al poder legislativo (Congreso) en ese sentido la normativa constitucional, entre otras circunstancias se refiere a la potestad legislativa y al Congreso de la República sus atribuciones, así como la formación y sanción de ley extensiva hasta el Artículo 181 constitucional.

2.2.1.3. Integración del mecanismo legislativo (Congreso)

Para la legislación guatemalteca, la integración de este órgano se enmarca en su propia ley orgánica, la cual norma su estructura que se esquematiza e ilustra en el anexo I.

2.2.2. Mecanismo judicial

2.2.2.1. Noción

Este al igual que el anterior mecanismo, constitucionalmente se encuentra regulado en el Artículo 203 de la Carta Magna, normativa referente a la independencia del mismo y su potestad de juzgar, en ese orden se menciona “Independencia del Organismo Judicial y potestad de juzgar. La justicia se imparte de conformidad con la Constitución y las leyes de la República. Corresponde a los tribunales de justicia la

² Aguilar Guerra, Vladimir, El Negocio Jurídico (2002) 2º. Edición Guatemala p 35

potestad de juzgar y promover la ejecución de lo juzgado. Los otros organismos del Estado deberán prestar a los tribunales el auxilio que requieran para el cumplimiento de sus resoluciones.

Los magistrados y jueces son independientes en el ejercicio de sus funciones y únicamente están sujetos a la Constitución de la República y a las demás leyes que conforman el ordenamiento jurídico. A quienes atentaren contra la independencia del Organismo Judicial, además de imponérseles las penas fijadas por el Código Penal, se les inhabilitará para ejercer cualquier cargo público.

La función jurisdiccional se ejerce, con exclusividad absoluta, por la Corte Suprema de Justicia y por los demás tribunales que la ley establezca. Ninguna otra autoridad podrá intervenir en la administración de justicia.”³

Es notorio indicar que este también constituye uno de los tres poderes estatales, al respecto, como debe ser en todo estado de derecho, cuenta con un cuerpo normativo propio, Ley del Organismo Judicial, cuya figura paralela se refleja en la llamada Corte Suprema de Justicia, siendo el presidente de uno y otro el mismo.

El rol que puede jugar este mecanismo, como control de los contratos de adhesión, se basa en el hecho de que ante el mismo por quien crea tener legitimidad se puede acudir para la invocación o promoción de una resolución de contrato, es decir lo que suele conocerse en el ámbito extrajudicial como rescisión contractual para dejar sin efecto un contrato, en igual sentido en la vía procesal suele conocerse, como resolución contractual; derivado de ello se concluye que invoca la resolución contractual quien haya tenido desigualdad en el contenido de sus estipulaciones.

La diferencia de la rescisión y la resolución: sin perjuicio de desarrollarse más ampliamente en lo sucesivo de la presente investigación, en su orden respectivo radica en que en la rescisión debe concurrir una voluntad bilateral, salvo la reserva que se haya hecho de una rescisión unilateral, en la segunda compete al juzgador resolver lo

³ Artículo 203 Constitución Política de la República de Guatemala.

que a juicio es procedente, siendo este un ejemplo típico de limitación a la autonomía de la voluntad o libertad contractual.

2.2.2.2. Integración del mecanismo judicial

La estructura del mecanismo judicial se encuentra ilustrada en anexos: II, III y IV.

2.2.3. Mecanismo administrativo

2.2.3.1. Noción

Este tipo de mecanismo se manifiesta singularmente a través de la exigencia de una autorización previa de las condiciones generales, con el objeto de prevenir, el abuso de la parte dominante, es decir, del predisponente de las mismas.

En nuestro medio el ente encargado de ejercer esta función es la Dirección de Atención y Asistencia al Consumidor DIACO, del Ministerio de Economía

Al amparo del Decreto Legislativo 006-2003 Ley de Protección al Consumidor y Usuario fue creada la Dirección de Atención y Asistencia al Consumidor DIACO, del Ministerio de Economía, en esencia este constituye el mecanismo administrativo puesto que; su potestad dentro de la esfera estatal se centra en velar por los derechos y obligaciones a cumplir por los proveedores propietarios de bienes objeto de comercialización, que titulares por un servicio y consecuentemente por los consumidores y usuarios siendo esta la parte a la cual obviamente debe considerarse la principal atención y protección; puesto que este desde un principio hace efectivo según la estipulación plasmada inicialmente en importe, valor o monto del bien o servicio argumentándose desde esta perspectiva, la denominación de consumidor o usuario.

Cabe citar que la adquisición del bien ante la figura contractual según disposición legislativa obliga al proveedor y propietario del servicio a cumplir con la entrega de la calidad recaída sobre el bien objeto de comercialización, situación obligacional que no se ciñe únicamente a ello, sino también a la información, veraz que abreviadamente

debe hacerse ver al consumidor y usuario; cuya finalidad entre otros casos tiende a evidenciar la no existencia de vicios ocultos.

Aunado a lo anterior las potestades del mecanismo administrativo a parte de los procedimientos administrativos, estatuidos, la propia ley también le impone la revisión de los llamados contratos de adhesión, a fin de que los mismos sean autorizados o no.

De lo cual se concluye, que ello tiende a suprimir las insertas cláusulas leoninas, cuya connotación más amplia hace cita según el derecho comparado a las cláusulas abusivas, preferentes y predispuestas.

2.2.3.2. Regulación legal del mecanismo administrativo

Se encuentra enmarcado dentro del Decreto 006-2003 del Congreso de la República, Ley de Protección al Consumidor y Usuario. Regulación legal que nace debido a los cambios que implicaba el mejoramiento y la modernización del marco jurídico de protección al consumidor y usuario, dentro de las corrientes mundiales enfocadas hacia la globalización y al manejo de una economía moderna en un ambiente de libre mercado y de competencia,

El Organismo Ejecutivo elaboró y envió al Organismo Legislativo el Proyecto de la Ley vigente de Protección al Consumidor y Usuario, considerando los enfoques modernos sobre la materia. Dicho proyecto finalmente fue aprobado el 18 de febrero del año 2003 mediante el Decreto Legislativo 006-2003 vigente a partir del 26 de marzo del mismo año, proporcionando a la Dirección de Atención y Asistencia al Consumidor (DIACO), la responsabilidad de su aplicación.

2.2.3.3. Integración del mecanismo administrativo

La estructura del mecanismo administrativo se encuentra ilustrada en el anexo V.

2.2.3.4. Procedimientos del mecanismo administrativo (DIACO)

2.2.3.4.1. Atención y resolución de quejas

2.2.3.4.2. Medios de promoción para la interposición de la queja

- Consumidor o usuario legitimado para promover la queja, la interpone a través de la página de internet www.diaco.gob.gt, o por la línea telefónica 1544, o personalmente en la institución ubicada en la 7ª. Avenida 7-61 zona 4, tercer nivel del edificio del Registro Mercantil, con sus documentos respectivos.

2.2.3.4.3. Procedimiento en el departamento de servicios al consumidor

- El Departamento de Servicios al Consumidor encargado de recibir la queja, la analiza y si corresponde a servicios públicos se efectúa un procedimiento interno, de lo contrario la distribuye al personal a cargo para su trámite, en este caso a los conciliadores.
- Los conciliadores realizan una verificación de campo, visitando a la entidad demandada para darle a conocer sobre la queja interpuesta, si hay voluntad del proveedor es factible la resolución de la misma, se deja constancia por medio de acta del resultado de la verificación.
- Si el consumidor o usuario no esta conforme, se convoca a una audiencia de conciliación, en la cual intervienen el Representante Legal de la entidad demandada y el proveedor o consumidor que interpone la queja, se facciona acta, con todas sus actuaciones.
- Las partes concilian, se finaliza la queja.

- Las partes manifiestan que la queja se llevará por Arbitraje de Consumo.
- No hay conciliación se traslada al Departamento Jurídico.

2.2.3.4.4. Procedimiento en el departamento jurídico

- Departamento Jurídico recibe el expediente proveniente del Departamento de Servicios al Consumidor y registra en el libro de ingresos.
- El Jefe del Departamento Jurídico revisa y asigna el expediente al profesional encargado.
- El profesional encargado revisa y analiza que el expediente se encuentre completo, para la segunda audiencia de ofrecimiento de medios de prueba, de conformidad con el procedimiento, se elaboran las cédulas de citaciones se trasladan a la Dirección para su respectiva firma.
- Se notifica a ambas partes la citación que señala día y hora para la audiencia de ofrecimiento de medios de prueba.
- Se realiza la audiencia, si hay conciliación se deja constancia por medio de acta y se finaliza la queja, procedimiento a emitir una resolución de archivo, si el proveedor no se presenta a la audiencia se hace constar la incomparecencia y se emite una resolución de declaratoria de rebeldía, si se ofrecen los medios de prueba pertinentes al caso, se emite una resolución de apertura a prueba por diez días.
- El jefe del Departamento Jurídico recibe el expediente con lo resuelto, por el responsable del caso, analiza la resolución que corresponda al caso y traslada a Dirección para su respectiva firma.

- La Dirección recibe, analiza y firma la resolución correspondiente al caso y traslada Departamento Jurídico, este recibe el expediente y actualiza la base de datos, reproduce la resolución, notifica al interesado según sea el caso sobre la resolución de archivo de queja, de declaratoria de rebeldía o de apertura a prueba.
- Una vez recibida la notificación por las partes, de apertura a prueba por el plazo de diez días, presentan los medios de prueba ofrecidos en la segunda audiencia para el diligenciamiento de los mismos; si se emitió resolución de declaratoria de rebeldía, transcurridos los cinco días después de notificadas las partes, se emite la resolución final. Si las partes presentan los medios de prueba, una vez diligenciados dentro del plazo establecido, dentro de los cinco días posteriores se emite la resolución final de conformidad con las pruebas aportadas.
- Emitida la resolución que corresponda es revisada por el Jefe del Departamento Jurídico, y posteriormente se traslada a Dirección para su respectiva firma.
- Firmada la resolución final se procede a notificar y en el caso de que se considere perjudicada alguna de las partes, interpone recurso de revocatoria o reposición dentro del plazo establecido.
- El Departamento Jurídico recibe el memorial de interposición de recurso de revocatoria o reposición y traslada al responsable del caso, éste a su vez emite un informe circunstanciado al Ministerio de Economía y eleva el expediente para su respectivo trámite.
- El Ministerio de Economía recibe el expediente completo, para darle trámite al recurso planteado de conformidad con la Ley de lo Contencioso Administrativo.
- En el caso de que la resolución no sea impugnada, y una vez vencido el plazo para el cumplimiento del proveedor, para el consumidor o usuario procede solicitar que se certifique la resolución final la cual constituye título ejecutivo, para

iniciar el procedimiento civil correspondiente en los juzgados para ejecutar la misma, vencido el plazo fijado al proveedor en la resolución, para cumplir con el consumidor o usuario, DIACO procede remitir el expediente certificado con informe circunstanciado a la Procuraduría General de la Nación, para iniciar el cobro de la multa impuesta en la resolución, por la vía Económico – Coactiva.

2.2.3.4.5. Procedimientos ulteriores

Quedan expeditas otras vías Ad ejemplo: ejecutivo y reclamación de daños y perjuicios en la vía procesal civil. Por estafa en la entrega de bienes, para sancionar la actitud derivada del ilícito en la vía procesal penal

CAPÍTULO III

3. Aspectos generales de contratación

3.1. Generalidades del contrato

Para el tratadista Federico Puig Peña “El contrato es uno de los conceptos más fundamentales del derecho. Esa importancia resulta extraordinaria en la época liberal. Según cita Pérez Serrano, en un siglo como el XIX, de acusado sentido individualista y liberal nada extraño tiene que el contrato constituyera la figura central para explicar o construir todo género de instituciones jurídicas social; o la imposición de la pena, aceptada de antemano por quien debía cumplirla, hasta la organización del mundo internacional regulado por tratados de esencia contractual; y, desde el matrimonio basado en el consentimiento de los contrayentes, hasta los derechos reales, el contrato lo era todo: la gran palanca apta para acelerar la circulación de los bienes; la figura jurídica flexible, acogedora y expansiva que brindaba propicia vestidura para modelar todo lo imaginable”.⁴

La trascendencia del contrato como fuente de obligaciones, es la materia de contratos importantísima en el derecho de obligaciones desde el momento que el contrato es la causa más frecuente, la única fuente ordinaria y normal de las obligaciones.

Trascendental para la vida social y económica, hasta tal punto que contratación y progreso siguen en la historia una curva ascendente paralela, habiendo llegado a sostener Suimmer Maine que la sociedad moderna se distingue principalmente de las que le precedieron por el gran puesto que en ella ha obtenido del contrato, Importantísima, por último, para los profesionales jurídicos y , sobre todo, para el notario, una de las características con más funciones es presidir y autorizar la celebración de los contratos”.

⁴ Puig Peña, Federico, Compendio del Derecho Civil Español (1976) Tomo III, Editorial Pirámide, S.A., Edición España p 324

Continúa señalando el autor citado que “es oscuro el origen de la palabra contrato y han surgido muchas controversias entre los romanistas en torno a la relación entre los conceptos de contrato, convención y pacto. Perozzi y Bonfante han rechazado la opinión de que *contractus* signifique consenso o convención. La palabra romana *contractus*, dice este último, más que el acuerdo, alude y da realce al negocio o a la relación, causa del vínculo obligatorio, ya que la relación objetiva tiene en el derecho romano mayor peso e importancia que en el derecho moderno.

Asimismo, el autor referido,⁵ cita a Ruggiero, quien señala “que los romanos no llegaron a formular un concepto definitorio del contrato, aunque si de la convención jurídica. La razón de ellos es que los romanos tuvieron una serie de figuras y tipos contractuales, pero no llegaron a construir un concepto general de contrato como esquema abstracto capaz de recoger en si las variadas figuras contratos singulares, expone a este respecto Castán que los doctores antiguos, para suplir este vacío, completaban las clásica fórmula romana (*duorum vet plurium in idem placitum consensus*) con la frase *animo contrahende obligationis*, Por su parte, De Buen hace notar que ya se registra una definición del contrato, que pone en evidencia el carácter exclusivamente obligacional del contrato romano, en la paráfrasis griega de las instituciones Justinianeas: *contractus autem est duorum vel etiam plurium idem conventio et consensus, ad constituedam obligationem et ut alteri fiat abnoxius*”.

3.2. Evolución histórica del contrato

Para la nueva enciclopedia jurídica⁶ “el concepto de contrato no obstante su sencillez, encierra gran complejidad para lograr definirlo. Para formarnos una idea exacta de contrato, es necesario tomar en cuenta las principales fases de su evolución histórica, pues no es lo mismo el concepto de esta figura en el derecho romano que en el que se tenía e época liberal el que se tiene hoy en día, La historia del contrato es la de un desenvolvimiento continuo, ha podido decir Jossierand”-.

⁵ Ibid. p. 325

⁶ Nueva Enciclopedia Jurídica, F. Seix. Editorial Barcelona (1952) Tomo V p 310

Señala la obra citada que “Así, en el derecho romano, el contrato tiene una significación especial, referida a aquellos supuestos en los que el acuerdo de voluntades podía producir plena obligatoriedad.

Inicialmente, se consideró esencial para obtener ese “plus in effectum”, la observancia de una forma especial, finalmente se admitió excepcionalmente que se empleara en algunos contratos verbales, palabras prescritas en forma de preguntas y respuestas, En los contratos verbales la causa consistía en la transcripción realizada en los libros del pater familiae, como consecuencia de operaciones jurídicas libremente consentidas por las partes. Los romanos no llegaron a formular un concepto definitivo de contrato, aunque sí de la convención jurídica, a pesar de que tuvieron una serie de figuras contractuales.

A la par del cristianismo, se desarrolló el comercio siendo la ética y no la técnica, el punto fundamental de todo problema jurídico, por tanto, el convenio obligaba en el fuero de la conciencia, ya que a pesar del contrato se podía faltar a la justicia.

La fuerza vinculante del contrato se ha mantenido en diversas manifestaciones, dando lugar a una pluralidad de sistemas de contratación una variedad de contratos para satisfacer las necesidades de las que se ha hablado, los cuales han sido contenidos en diversos cuerpos legales a lo largo de la historia, hasta, que a partir del movimiento codificador del derecho civil, culminante con la promulgación en 1804 del Código civil Francés (Código de Napoleón) desde el siglo pasado, se ha comenzado la tarea de codificar y sistematizar las normas dispersas.

Para el tratadista Leonardo Pérez Gallardo⁷ “En esta época el protagonista del contrato es la sociedad, los individuos pactan y se someten a lo que el bien común les reclame. Se ha hecho especial énfasis en aquellas figuras jurídicas que han de regular el derecho de obligaciones y contratos, prestando para ello especial atención a la evolución desde el derecho romano, fundamento de nuestro sistema hasta los actuales,

⁷ Pérez Gallardo, Leonardo, “Hacia un Nuevo Derecho de Obligaciones y Contratos”, Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de San Carlos de Guatemala, Número 2, (enero-junio 1999), Época XIII, p 117

dictados de los modernos legisladores, quienes no han podido soslayar en forma alguna la antigua doctrina, según afirmaciones, el derecho de obligaciones es el pensamiento romano más vivo en el mundo jurídico de nuestros días, puesto que; sin duda ha desempeñado un rol significativo en el tecnicismo, grado de abstracción y universalidad de sus instituciones.

Sin embargo, y debido a la explosión tecnológica ocurrida en la última década del siglo XX, a fenómenos sociales tales como la globalización, la concepción que el hombre tenía acerca de sus relaciones obligacionales con sus semejantes, cambia de una forma radical y a partir de entonces inicia una nueva forma de contratar. Sustituye la tradicional forma escrita contenida en documento público por la más novedosa y ágil introducida por los medios electrónicos e informáticos avanzados”.

3.2.1. El contrato en el derecho romano

Para el jurista Federico Puig Peña⁸ “ocurre con el concepto lo que con algunas de las ideas fundamentales del derecho: que no obstante su aparente sencillez, encierran, sin embargo, una gran complejidad para lograr definir las. Y es que, en realidad, para formarnos una idea exacta del contrato, es necesario situarnos en las principales fases de su evolución jurídica; pues no es lo mismo el concepto de esta figura en el mundo romano, por ejemplo, que el que se tenía de ella en la época liberal, y el que supone hoy día”.

Sigue exponiendo el autor citado que “prescindiendo de los tiempos anteriores al derecho de Roma, en los que el contrato sólo se manifiesta como una solución pacífica al casus belli provocado por el delito, y concretándonos al mundo jurídico del Pueblo-Rey, observamos que el contrato, en ese derecho, tiene una significación especial referida a aquellos supuestos en los que el acuerdo de voluntades podía producir plena obligatoriedad. Sabido es, en efecto, que la mera convención o pacto (pactum, convenio) era sólo el simple acuerdo, que por sí solo no generaba acción ni vínculo

⁸ Ibid. pp. 324 y 325

obligatorio. Para que esta convención se transformase en contractus era necesario una causa civiles”.

El tratadista en mención también indica que “en un primer momento se consideró esencial, como necesario para obtener eses plus in effectu, la observancia de una forma especial. Más tarde se reconoció como válidamente celebrado si había ejecución por parte de uno de los contratantes a título de crédito, o mediante la transcripción de ellos en los libros de data y haber de todo pater familias. Por último, y como enlace con el derecho moderno, se admitió excepcionalmente que para ciertos contratos (compraventa, arrendamiento, sociedad, mandato) bastase el solo acuerdo de voluntades. De aquí los contratos verbales (stipulatio dictio doctis, operarum Murata promissio), cuya causa, como dice Pachioni, consistía en el empleo de las palabras prescritas en forma de pregunta y respuesta; literales (nómina transcriptita, synagrapa), en los que la causa consistía en la transcripción realizada en los libros como consecuencia de iperaciones jurídicas libremente consentidas por las partes; reales (mutuo, comodato, depósito y prenda), que se integraban por la recepción por el deudor de la cosa a título de crédito, y consensuales, admitidos así por la especial naturaleza e importancia de la relación jurídica que supone la compraventa, el arrendamiento, la sociedad y el mandato”.

Asimismo, el tratadista en referencia, señala que “la evolución del Derecho Romano posterior determinó el abandono del viejo rigorismo. La degeneración de las formas solemnes de la stipulatio, la inexistencia de la antigua forma del contrato literal, la creación de la categoría de los contratos innominados, la admisión de los pactos vestidos, etc., hizo poco a poco descomponerse el sistema cerrado de los tipos contractuales y el inicio del contrato, que va después a recibir su fuerza obligatoria por sí mismo, independientemente de las causas anteriormente señaladas.

La obra se continuó en el derecho intermedio, y obtuvo franca realización, en virtud de fuerzas de las más diversas naturalezas, como el cristianismo y el desarrollo del comercio”.

3.2.2. El contrato en la época liberal

Para el jurista Federico Puig Peña⁹ “en esta época por influencia de diversos factores de tipo doctrinal y político presente, se llega a la concepción que hemos vivido hasta la época presente, y caracterizada por la obligatoriedad y fuerza vinculante del contrato, nacida única y exclusivamente del convenio o acuerdo de voluntades; por la soberanía absoluta del mismo en todos los órdenes de la vida transaccional privada, por la abstención del estado frente a los diversos tipos de contrato creados por la autonomía de la voluntad; por el sentido huero de justicia intrínseca, puesto que; solamente tenía importancia el voluntarismo contractualista etcétera”.

3.2.3. El contrato en el derecho italiano

En esta época, el contrato era considerado un acuerdo entre dos o más partes para constituir, regular o disolver entre sí un vínculo jurídico.

3.2.4. El contrato en el derecho intermedio

En este momento de la historia, el contrato se materializa gracias al Cristianismo y a la evolución del comercio.

3.2.5. El contrato en el derecho moderno

Actualmente se ha admitido el solo acuerdo de voluntades, del que surgieron los llamados contratos verbales, literales, reales y consensuales, y con el paso del tiempo, se desvirtuaron las figuras rígidas y solemnes y nacieron nuevas, como los contratos innominados y poco a poco evolucionaron desde su categoría abstracta y general, hasta contar con su propia fuerza obligatoria,

⁹ Ibid. p. 326

3.3. Definición de contrato

Todo contrato es continente de un negocio jurídico, desde luego que no todo negocio jurídico está o puede ser contenido en un contrato. El contrato se ubica como una especie dentro del negocio jurídico, la cual tiene como finalidad armonizar intereses económicos inicialmente opuestos, o al menos no coincidentes, siendo por esa cualidad la fuente más usual de derechos y obligaciones.

De esta forma, se tiene que desde el punto de vista jurídico, el término contrato puede tener diversos significados, tales como los siguientes:

- a) Normativo: que tendría como misión fijar derecho positivo para los futuros contratos, que se celebren entre las partes, generalmente muy numerosos.
- b) Se confunde con el documento o escritura en el que se hace constar.
- c) El contrato como documento puede ser un elemento constitutivo o un medio de prueba del contrato.
- d) Es el acto humano, es decir, el negocio jurídico, encontrándonos con que se confunde al equiparar el primero con este último.
- e) Como sinónimo de convención, por medio del cual las partes contratantes convienen en crear, modificar o extinguir una relación jurídica.

El jurista Federico Puig Peña¹⁰ cita en su obra al autor Sánchez Román, quien define el contrato como “la convención jurídica manifestada en forma legal, por virtud de la cual una persona se obliga a favor de otra al cumplimiento de una prestación de dar, hacer o no hacer”,

¹⁰ Ibid. p. 328

Para los autores Ignacio de Casso Romero y Francisco Cervera¹¹ el contrato es “un negocio jurídico bilateral productor de obligaciones o un acuerdo de dos o más voluntades destinado a producir efectos jurídicos”.

Para el tratadista Manuel Ossorio¹² el contrato “es un pacto o convenio entre partes que se obligan sobre materia o cosa determinada y a cuyo cumplimiento pueden ser compelidas. En una definición jurídica, se dice que hay contrato cuando dos o más personas se ponen de acuerdo sobre una declaración de voluntad común destinada a reglar sus derechos”.

Capitant, citado por Osorio, lo define como “el acuerdo de voluntades entre dos o más personas, con el objeto de crear entre ellas vínculos de obligaciones y también el documento escrito destinado a probar una convención”.

Para el jurista Guillermo Cabanellas¹³ “es la convención o acuerdo de dos o más personas sobre un objeto de interés jurídico; constituyendo el contrato una especie particular de la convención, cuyo carácter propio consiste en ser productos de obligaciones”.

El Código Civil guatemalteco no da una definición de “contrato”, se limita a fijar el momento de su existencia, al indicar en el Artículo 1517 “que hay contrato cuando dos o más personas, convienen en crear, modificar o extinguir una obligación”.

El contrato es fuente lícita de las obligaciones en que la voluntad interviene esencialmente, es pues, un negocio jurídico que consiste en el acuerdo de dos o más personas que engendran obligaciones sancionadas por una acción de justicia. Este acuerdo de voluntades se puede manifestar en forma determinada o no determinada.

¹¹ De Casso Romero Ignacio y CerCerva Francisco. “Diccionario de Derecho Privado”. Editorial Labor, S.A. 2ª. Edición, p 1163

¹² Ossorio, Manuel. “Diccionario de Ciencias Políticas, Jurídicas y Sociales”. Editorial Heliasta. 1ª. Edición. Argentina, p 167

¹³ Cabanellas, Guillermo. “Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual”. Editorial Heliasta. 12ª. Edición. Argentina S.R.L. (1979) Tomo I p 498

3.4. Requisitos de validez

3.4.1. Capacidad legal del sujeto que declara su voluntad

3.4.2. Consentimiento que no adolezca de vicio

3.4.3. Objeto lícito

3.4.1. Capacidad legal del sujeto que declara su voluntad

Es preciso hacer constar, que la capacidad no es un presupuesto de la existencia del consentimiento, sino un presupuesto de validez y de la eficacia del negocio.

Cuando se habla de incapacidad bis estamos refiriendo a las restricciones en la capacidad de obrar que pueden provenir tanto de la simple minoría de edad, como de otras circunstancias personales que determinen la incapacitación judicial, pero se ha de tener presente, que tales circunstancias pueden concurrir no existiendo aún declaración judicial y que incluso cabe pensar en disminuciones momentáneas y puntuales de capacidad, ejemplo de lo cual puede ser el de quien otorga su consentimiento en estado de embriaguez.

Esta variedad es un dato fundamental a considerar a la hora de definir el posible comportamiento ilícito del incapaz, porque el mismo puede encontrarse en un estado en el que la información no le sea exigible. Por otro lado será especialmente relevante el comportamiento de la parte que se siente perjudicada por la anulación del contrato, en el sentido de que habrá de demostrar que a la producción del daño no ha contribuido con su propia actitud por haber podido, y debido, cerciorarse de la capacidad de obra de la persona con la que negocia. Sin lugar a dudas son comprobadas la minoría de edad y la incapacitación judicial, pero sobre todo en este último caso no puede, sin más afirmarse, un deber de acudir al registro civil cuando se desea contratar con alguien, a no ser que existan indicios razonables que aconsejaran tal comprobación.

El contrato en cuando a manifestación de la autonomía individual que vincula a la persona que lo celebre requiere como presupuesto de validez que se cuente con la capacidad suficiente para su realización, es decir la aptitud para intervenir en relaciones

jurídicas. A ello se refiere, el Artículo 1254 del Código Civil al señalar “toda persona es legalmente capaz para hacer declaración de voluntad en negocio jurídico, salvo aquellas a quienes la ley declare específicamente incapaces”. De lo que se deduce que, salvo los supuestos excepcionados, la regla general es la capacidad de obrar para celebrar todo tipo de contrato.

Ante cada contrato concreto, el determinar quiénes sean y quiénes no sean capaces para celebrarlo, es cosa que se deduce de aplicar las reglas generales sobre la capacidad de obrar de la persona (física y jurídica).

En lo que se refiere al incapaz, es necesario tomar en cuenta la capacidad para contratar que las personas hayan sido o no judicialmente incapacitas, dato que tiene una especial relevancia y que habrá siempre tener en cuenta.

3.4.2. Consentimiento que no adolezca de vicio

El consentimiento es el requisito considerado como primordial y con supremacía sobre los demás, es el elemento sobre el que más han insistido, tanto la doctrina como la jurisprudencia, y que ha ocupado el centro, tanto del contrato como del negocio jurídico en general, desde el abandono histórico del formalismo. La razón de ello ha de buscarse en el entendiendo de que la libre voluntad, es el origen de la regulación de los intereses de las partes y en este sentido, nuestro código, al igual que todos los del pasado siglo, es tributario del llamado dogma de la voluntad y en él se proyectan los planteamientos filosóficos racionalistas solus consensus obligat.

El consentimiento (de sentire cum) consiste en la concordancia de las dos (o más) voluntades (declaradas) de las partes que celebren el contrato. En otro caso no hay consenso, hay disenso; entonces, no llega a formarse el contrato.

Por tanto se puede entender por consentimiento contractual “el común acuerdo de las partes sobre la celebración del contrato, que contienen su reglamentación y se proyecta sobre todos los elementos que lo integran”. Es decir, se puede considerar

como la común voluntad de dos o más personas, como “coincidencia de dos declaraciones de voluntad y se unen”, de modo que en su formación se puede apreciar una fase íntima, de elaboración interna (motivación, deliberación y decisión) y una fase de manifestación que proporciona trascendencia jurídica a esa voluntad interna, ya que mientras esa voluntad no se manifieste, no opera en el mundo jurídico.

Siendo el contrato un negocio bilateral requiere para su perfección plena coincidencia de la voluntad de los sujetos intervinientes, a lo que se refiere el Artículo 1518 “los contratos se perfeccionan por el simple consentimiento de las partes, excepto cuando la ley establece determinada formalidad como requisito esencial para su validez”. Y es a este consentimiento al que se debe atender para fijar el tipo contractual y el régimen del mismo, y el que será objeto de interpretación.

Desde la perspectiva de las partes, el consentimiento es la manifestación de su autonomía de voluntad, dirigida a la celebración de un determinado contrato, y que ha de recaer sobre distintos extremos que lo conforman, ello con independencia de que el contenido del mismo haya sido fijado de común acuerdo, o haya sido propuesto por una sola de las partes, como ocurre en los contratos de adhesión, pues una vez manifestado, debe revelar la libre voluntad para quedar vinculado a ese concreto contrato. De ahí la extraordinaria importancia que tiene el tratamiento de los vicios o defectos de voluntad, en cuanto quiebra de esa voluntad libre y consciente que consiste el consentimiento contractual.

La voluntad debe expresarse al exterior con el fin de que sea conocida por la otra parte de el contrato y pueda llegarse a un acuerdo que integre el consentimiento contractual. Lo normal es que esa voluntad se manifieste a través de medios idóneos para hacerla llegar, que pueden ser signos orales, escritos, o incluso mediante gestos que tienen convencionalmente atribuido ese significado.

El Artículo 1252 del Código Civil nos indica: “La manifestación de voluntad puede ser expresa o tácita y resultar también de la presunción de la ley en los casos en que ésta lo disponga expresamente”.

3.4.3. Objeto lícito

La palabra “objeto”, es un concepto no jurídico aplicado a realidades y esquemas jurídicos inseguro, pues el término objeto es susceptible de numerosas acepciones: objeto como fin, como prestación, como cosa o servicio, como materia del negocio, como la obligación que por el contrato se constituye, como sustancia, como resultado, del contrato, como elemento de contenido, como equivalente del comportamiento debido. Acepciones que, por definitiva, pone de relieve la relación entre el objeto y la causa, contenida como fin, el objeto y la prestación el objeto como elemento cualificativo del contenido. Efectivamente, todas ellas responden a una evidente implicación del objeto con los elementos de estructura y función de los contratos.

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

De este precepto podemos inferir que como objeto del contrato podemos entender aquella realidad material o jurídica sobre la que el mismo recae. Con esto estamos identificando efectivamente dicho objeto con el de la prestación en la que consiste la obligación, pero no se puede olvidar que ésta está dirigida a la efectividad del contrato de que se trate, por lo que en última instancia no puede encausarse a otra realidad distinta, que la prevista en el mismo; sin contar que hay negocios de los que no nacen obligaciones, a tener un efecto constitutivo inmediato de una realidad jurídica y en los que habrá que identificar al sujeto.

La licitud del bien supone que fuera del comercio de los hombres; mientras que los servicios se estiman ilícitos cuando van en contra de la ley imperativa, las buenas costumbres o el orden público.

3.5. Principios de contratación

3.5.1. Autonomía de la voluntad

3.5.2. Libertad contractual

3.5.3. Formalismo

3.5.4. Consensualismo

3.5.5 Principio adoptado por la legislación guatemalteca

Desarrollo

3.5.1. Autonomía de la voluntad

La autonomía de la voluntad se da cuando el ser humano encuentra en sí mismo el fundamento de su conducta, es decir que el hombre es libre y las reglas que lo rigen emanan de su voluntad. Su base radica en la voluntad de “soy libre, quiero, debo”, por lo que en derecho privado, el derecho civil reposa sobre cuatro pilares que abrazan las libertades fundamentales: libertad personal, propiedad libre, libertad de testar y libertad contractual. La autonomía de la voluntad constituye la base para aclarar y testimoniar la fuerza obligatoria de los contratos. Por consiguiente, si el hombre es por esencia libre no se le puede obligar sino por su voluntad, y es esa voluntad la que crea los efectos del contrato, de manera que el contrato se da porque ha sido querido y de la manera como lo ha querido.

El recorrido social e histórico de la autonomía se puede observar desde que se analizó el producto del liberalismo político de los filósofos del siglo XVIII y del liberalismo económico desarrollado en el siglo XIX. Otro antecedente es el derecho canónico, ya que se consideraba el pacto por el cual nacía el contrato, y por otro lado en el derecho natural como otro antecedente, en el que las leyes de la naturaleza son la que fundan y favorecen la sociedad humana y no hay regla más conveniente a la sociedad que la que apoya el contrato en la voluntad de las artes.

El contrato es la manifestación de la voluntad humana siendo esta libertad natural, y siendo la base de toda autoridad entre los hombres. En relación con la

anterior, se figura la economía política en una nueva perspectiva, en la que el cambio es fundamental y el contrato es la herramienta para ese cambio, comprendiéndose el contrato de un proceso en el que una persona pone a disposición de otro, un acto, y con ello una parte de su libertad, obligándose voluntariamente a una prestación. El contrato es una pieza principal de la libertad civil en el derecho, es decir, es la confirmación de la libertad civil.

El principio de la autonomía de la voluntad preside todo el desarrollo de la vida contractual, concediendo a los individuos un amplio margen de actuación. Este margen afecta tanto a las personas, posibilitándolas para obligarse a dejar de hacerlo, como a las cosas, permitiendo la contracción de vínculos sobre las prestaciones más variadas, excepto aquellas que el orden público prohíba. También se relaciona con la forma en los términos ya expuestos, concibiendo un sistema de libertad en la manifestación del consentimiento con arreglo al cual, en principio, ninguna forma ritual se impone para la exteriorización del mismo; las solemnidades son rigurosas excepciones. En relación con los efectos, aquel principio determina que estos son los queridos por las partes y solo ellos; el ordenamiento jurídico no puede completar la libertad privada ni presumida para colmar las lagunas; jamás puede sustituirla. Finalmente, en cuanto a la posterior vida del contrato, el poder público ha de cuidar que se respete la convención como si se tratara de una Ley; no es posible la revisibilidad posterior acto novatorio, tan libre como el primero, puede modificarlo durante su vigencia en el contrato., en efecto las partes intentan hacer predominar su interés y hacer prevalecer su egoísmo. Como dice Rovo Martínez en la contratación es más importante conseguir la seguridad de tráfico que la justicia.

El dogma de la soberanía contractual del individuo tenía sus raíces más remotas en el derecho canónico, que luchó por incrustar más profundamente en la conciencia humana el respeto de la palabra empeñada. La escuela del derecho natural y los filósofos del siglo XVIII fortificaron la función creadora de la voluntad y la omnipotencia del contrato, consagrado más tarde por la legislación revolucionaria. La aceptó el código de Napoleón y de allí paso a la mayoría de las legislaciones, y también a la nuestra donde lo consagra de manera categórica el Artículo 1255 del Código Civil al

disponer que los contratos pueden establecer los pactos, cláusulas y condicione que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público. La jurisprudencia del tribunal supremo ha declaradas, sin embargo que los contratantes no tienen facultad para dar a su convenciones una denominación distinta de su especial naturaleza, que han de restarse los elementos éticos y sociales que disciplinan las relaciones de derecho privado.

En la actualidad el principio de la autonomía de la voluntad ha perdido la omnipotencia que tenía durante el siglo XIX, y parte del presente, encontrándose en profunda crisis. A ello han contribuido diversas causas. Las principales que pudiéramos denominar de orden técnico son las que ponen de relieve la falsedad de la tan decantada igualdad de las partes en el momento de la celebración del contrato, pues la vida real ha demostrado que lo mismo el obrero en el capo del derecho laboral, que muchas veces el usuario o el consumidor en el campo de la economía, acuden al contrato en condiciones de verdadera inferioridad, frente a la potencia económica que supone el patrono o la empresa, quienes disfrutan de un monopolio de hecho o de derecho. Por eso se produce crisis en la libertad de conclusión del contrato y en la libertad de fijación del contenido del mismo, surgiendo sectores sobre los que no puede operar la voluntad y situaciones en las cuales la soberanía de ésta se resiente.

Junto a aquellas causas de orden técnico, están las que los tratadistas llaman de orden social y ético, integradas por la penetración, se produce una diligente y constante intervención, se produce una diligente y constante obligación de contratar por parte de determinadas empresas, hasta fijar el contenido mínimo del contrato.

La autonomía de la voluntad quedó reducida a la posibilidad que los propios individuos tienen de obligarse libremente mediante la celebración de actos jurídicos cuyo contenido no sea contradictorio a las normas de interés público, las buenas costumbres y los derechos de tercero.

3.5.2. Libertad contractual

La vida en sociedad nos retiene en diversas obligaciones; unas provienen de nuestra situación personal y otras de nuestros actos que generan responsabilidad por los daños causados o por habernos beneficiado injustificadamente a expensas de otro, toda persona se encuentra comprendida en la red económica de esas obligaciones, cuya importancia ya presenta un hecho tan antiguo como humanidad; es el cambio de bienes, la permuta. Los bienes no son suficientes para todos ni todos tienen los que necesitan, aunque algunos poseen cosas que otros no tienen, y a la inversa, esos otros detentan bienes que los primeros desean, por lo que lo más elemental de la economía nace con el trueque de esos bienes.

La necesidad del dinero surgió porque el tráfico de cada día aumentaba y el dinero facilitaba el cambio de mercaderías (compraventa) o por el aprovechamiento del uso de un bien (locación de cosas) o por una prestación de servicios de obra. Los contratos aparecen como las más considerables de servicios o de obra. Los contratos aparecen como las más considerables fuentes formales y ordinarias de obligaciones. El contrato proviene del término *contractus*, que deriva de *contrahere*, acción de juntar, resumir, literalmente: atar. Pero el valor etimológico de *contractus*, es lo contraído. Lo contraído es la obligación: es decir el vínculo. Por lo que el contrato "Designa aquella parte de nuestras obligaciones que nosotros mismos nos hemos acarreado."¹⁴

En Roma de los primeros tiempos, la mera convención no originaba vínculo obligatorio ni generaba acción. Para que el simple acuerdo se transformara en contrato era necesario la causa civiles. Lo que primero se exigió fue que el acuerdo se revistiera de formas legales apropiadas. Más tarde se le reconoció validez si habla de ejecución por parte de uno de los contratantes a título de crédito o a través de la transcripción de ello en el libro del pater familia. Para ciertos bastaba el acuerdo de voluntades, pero la eficacia de la voluntad solo se reconocía por que atañe la ausencia de requisitos formales o reales, no para quebrantar el principio romano de que los contratos debían responder a figuras típicas, ordenadas en series cerradas y con un contenido

¹⁴ Lemer, Bernardo, Enciclopedia Jurídica Ameba, Tomo XVIII, p 495

predeterminado. La teoría general de contrato no se conoce: sólo se tiene una lista cerrada de contratos con sus propias reglas especiales.

El acto de constitución es el acuerdo de voluntades que hacen que sea esto la piedra fundamental para toda la dirección voluntarista que predomina en el derecho. El contrato era y hoy lo sigue siendo, el acto de contraer y lo contraído, el negocio y la relación contractual.¹⁵ El acto de constitución y relación constituida tienen conexión evidente, pero son distintos conceptos: Por un lado, debemos poner el acto de constitución, que hace nacer la relación. Por otra parte, debemos colocar la relación, que es el efecto de aquél, pero que es en sí, una unidad. Tienen estructura distinta: la relación es una situación en que se encuentran dos sujetos, un modo de estar en la vida, un especial estado, un fenómeno estático. El acto constitutivo es un hecho del hombre, una realización, un fenómeno dinámico. Además, tiene función diversa. El acto constitutivo es la causa de la relación y sus efectos son el conjunto de facultades y deberes que la componen. El acto de constitución es ponerse en relación con personas que en el momento anterior no se encontraban unidas, por lo menos por ese vínculo nuevo y especial. Ese ponerse en relación tiene necesariamente que ser un acto social, que por ser apartado por una norma que le atribuye valor jurídico, es un acto jurídico con eficacia de crear relaciones vinculantes.

En el siglo XX se sitúa el punto de partida, ya que las consecuencias prácticas de la libertad contractual es un régimen de desigualdad económica como resultado del desenvolvimiento del capitalismo. La igualdad ante la ley guía lógicamente a la independencia del orden jurídico respecto de la situación de las partes estipulantes de cualquier contrato. Ya que el presupuesto de aquella igualdad suponía que los interesados en contratar anteponían el contrato a la libre discusión, en la que sus intereses divergentes encontraban un denominador común. Lo que es querido no causa injusticia. Como toda obligación importa limitación de la libertad individual, el contratante que la contrajese estaba practicando un acto libre de todo constreñimiento, ya que disfrutaba del derecho de celebrar o no el contrato. La auto limitación de libertad era voluntaria, y los efectos jurídicos del contrato se presumían deseados. La omisión

¹⁵ Ibid. p. 496.

de la ley en la determinación del contenido de los contratos también se justificaba en la libertad. Las partes libres e iguales no precisan de interferencias legislativas para impedir que se estipulen obligaciones demasiado onerosas. Pero si uno de los contratantes puede imponer al otro su voluntad, si el otro está obligado por necesidad a adherirse sin discutir, el contrato sólo expresa la ley del más fuerte. Como lo dice la frase de Lacordaire: “entre el fuerte y el débil es la libertad la que esclaviza y es la ley que libera”¹⁶.

Cabe mencionar que existe un factor político que ha entrado en juego que es la fuerza del número que se opone a la fuerza del dinero. El poder político ya no se propone favorecer al capitalismo; hay más consumidores que productores, más asalariados que patrones, más desposeídos que capitalistas. Si los más numerosos tienen derecho a hacer la ley, es de esperar que lo hagan en su favor y contra la minoría, por lo que el legislador conviene en los contratos,; es dirigismo contractual que nace.

Es evidente que desde el siglo XVIII ha comenzado a manifestarse un nuevo principio de la vida, la energía y su creación. La voluntad de producir nuevas energías abrió al hombre una progresión acelerada de descubrimiento. El lema parece ser: “ninguna solución es válida si no alcanza las necesidades de la masa. No son las cosas las que cuentan sino las relaciones entre las cosas. La organización es más valiosa que la capacitación individual. Es la era de la civilización industrial.”¹⁷ Paralelamente, el hombre deja de ser sensible a la seguridad del mañana.

El libre acuerdo de voluntades es el esquema tradicional. Comprador y vendedor, con el fin de satisfacer sus necesidades particulares y representándose valorativamente las ventajas o pérdidas, pactan libremente. El estado debe limitarse a reconocer y proteger la voluntad individual que constituye el principio rector de la vida social. Toda obligación para ser justa debe ser libremente consentida y toda obligación libremente consentida es, por eso, justa.

¹⁶ Ibid. p. 498.

¹⁷ Ibid. p. 499.

La vida económica, obedeciendo a las leyes de uniformidad y repetición con que el hombre moderno busca dominar la realidad, nos brinda la aparición primero y la extensión inmediata luego, de formas de predisposición del contenido de los contratos.

3.5.3. Formalismo

Puede decirse que la necesidad de revestir la declaración de voluntad negocial con el ropaje de la forma, siempre ha existido. En la antigüedad, por razones sacramentales a que los pueblos primitivos no entendían quedar comprometidos sino acompañaban de ciertos ritos sus expresiones volitivas, se trataba de formas verdaderamente solemnes, pues si la voluntad no existía. Por tanto, el simple acuerdo de voluntades no bastaba, era necesaria la solemnidad para llamar así la atención de las partes sobre la importancia del acto. De tal manera, la estipulación romana, requería de la pronunciación de la fórmula sacramental *spondes, spondeo*.

En la actualidad por motivos diversos, la forma sigue siendo un forzoso requisito externo, de los actos jurídicos ya que es necesario crear un medio de prueba del acto para evitar simulaciones, suposiciones y fraudes, pues ante la complejidad de la vida moderna, el hecho de atenerse a la memoria y a palabras que no quedaran plasmadas o registradas de manera segura sería una fuente inagotable de litigios y controversias.

En Roma preponderó el formalismo, aunque ya en la época del derecho clásico mostró una mayor elasticidad y una marcada evolución hacia el consensualismo admitiendo primero los contratos reales y posteriormente los consensuales.

3.5.4. Consensualismo

En el derecho romano rige el principio según el cual basta el acuerdo de la voluntad entre dos o más personas para que nazcan las obligaciones, sin que tenga ya vigencia aquella distinción, propia del derecho romano, entre el pacto o convención y el

contrato. También el derecho germánico era formalista, pues estaba dominado por el simbolismo.

Frente a ese formalismo de los pueblos antiguos, ya en la Edad Media se abre paso, aunque trabajosamente, el principio consensualista, por influjo en buena parte del derecho canónico que consagra la regla *pacta sunt servanda*. En Francia, desde mediados del siglo XIII ciertos juristas del derecho consuetudinario, empezaron a afirmar que la fe humana es favorable a la observancia de los simples convenios, La resistencia ofrecida por los manistas muy apegados a la distinción entre contratos nominados que se forman sólo consensu y los simples pastos contratos innominados, que se formaban por la cosa retardó bastante el tiempo el triunfo del principio *solus consensus obligat*.

Los códigos modernos proclamaron por tanto el principio del valor y fuerza obligatoria del mero consentimiento, como algo ya consagrado desde hacía tiempo.

Pero el principio consensualista, si bien es cierto sigue imperando como regla general en el derecho actual, se ve en cierto modo limitado por un renacimiento del formalismo. Lo que ocurre es que aunque dentro del sistema espiritualista, o consensualista aceptado por los códigos modernos, se exige por excepción a veces una forma, generalmente la escritura (pública o privada), la cual puede tener una de estas dos finalidades: a) o bien un simple medio probatorio, pero que excluye la admisibilidad de una probationen; b) o, por el contrario, la forma es un elemento constitutivo del negocio y entonces se exige *ad subsadium* o *ad solemnitatem*, y el contrato no tiene validez, sin dicha forma.

En la doctrina moderna se discute la conveniencia de seguir ilimitadamente el principio consensual o aceptar en mayor o menor medida el viejo sistema formalista alegándose a favor del consensualismo la mayor rapidez de las operaciones de tráfico jurídico y en pro del formulismo la mayor seguridad y certidumbre de las relaciones jurídicas.

3.5.5. Principio adoptado por la legislación guatemalteca

El Código Civil guatemalteco, fiel a la tradición patria y a la tendencia moderna, se basa en el principio consensualista, pero procurando a veces la forma escrita, aunque generalmente con eficacia simplemente a probationem. Dice, en efecto, el Código Civil. Artículo 1518.”Los contratos se perfeccionan por el simple consentimiento de las partes, excepto cuando la ley establece determinada formalidad como requisito esencial para su validez”.

3.6. Efectos del contrato válidamente celebrado

Desde que se perfecciona un contrato obliga a los contratantes al cumplimiento de lo convenido, siempre que estuviere dentro de las disposiciones legales relativas al negocio celebrado, y debe ejecutarse de buena fe y según la común intención de las partes. Artículo 1519 Código Civil.

3.7. Formas de contratar u obligarse

Dentro del ordenamiento jurídico guatemalteco se encuentra vigente el Decreto Ley 106, el cual en el Artículo 1574, regula las formas en que las personas pueden contratar u obligarse, así: “Toda persona puede contratar y obligarse: por escritura pública; por documento privado o por acta levantada ante el alcalde del lugar; por correspondencia; y verbalmente”.

3.8. Estudio comparativo de los principios de contratación civil con los principios mercantiles

3.8.1. Principios tradicionales de contratación civil

Esquemáticamente o tradicionalmente respecto a la materia civil concierne existen tres principios a aplicar en el orden contractual, es importante que previo a la cita y desarrollo de los mismos se tome en consideración lo estatuido en los Artículos 1

y 694 del Decreto Legislativo 2-70 Código de Comercio puesto que; tales normativas robustecen los supletorio que resulta el derecho civil en este caso específico para el derecho civil u otras áreas, interesando a la presente investigación analizar la corriente unificadora que desde tal perspectiva existe entre el derecho civil y mercantil, partiendo de lo precitado, se desarrolla lo siguiente.

Citando concretamente los tres principios tradicionales en la contratación civil enunciamos:

- a) La libertad contractual o autonomía de la voluntad.
- b) El consensualismo o consentimiento
- c) El formalismo.

3.8.1.1. Libertad contractual o autonomía de la voluntad

Es imperante que en toda figura contractual inicialmente deba concurrir la voluntad del sujeto que desea crear, modificar o extinguir un vínculo obligacional, esta al igual que otras figuras no se puede prescindir de la misma del hecho; el Artículo 1251 del Código Civil estatuye que: para que el negocio jurídico sea válido debe de concurrir a parte de la capacidad legal la voluntad del sujeto.¹⁸

3.8.1.2. El consensualismo o consentimiento

Nuestra Legislación adopta para la perfección de los contratos el principio del consentimiento o consensualismo, en ese sentido el Artículo 1517 del Código Civil, regula que: quien manifiesta su voluntad lleva implícito la manifestación de consentimiento puesto que; ambas figuras son concluyentes y no excluyentes una de la otra.

¹⁸ Artículo 1251 Código Civil de la República de Guatemala

3.8.1.3. El formalismo

Como situación peculiar de la contratación civil esta expresamente y dentro del ámbito legal mismo, marca la forma en que debe formalizarse y perfeccionar una figura contractual, al respecto la normativa 1574 regula cuales son las formas de contratar u obligarse: Toda persona puede contratar y obligarse: Por escritura pública, por documento privado o por acta levantada ante el alcalde del lugar, por correspondencia y verbalmente.¹⁹

3.9. Análisis comparativo con los principios mercantiles

Si bien el Artículo 669 del Código de Comercio guatemalteco, regula que los principios aplicables contractualmente en el ámbito mercantil son los de verdad sabida y buena fe, resultaría inconcebible afirmar o tratar de hacerlo en un contrato cuya naturaleza es mercantil no concurren los principios ya desarrollados con antelación de ello se concluye que la finalidad misma de una relación contractual a formalizar y perfeccionar radica precisamente en tener conocimiento del giro contractual (verdad sabida) y por ende proceder de buena fe, de tal suerte no es posible tener por formalizado y perfeccionado un contrato se cual fuere su naturaleza sin que tenga que concurrir la voluntad y consentimiento de los sujetos que deseen crear, modificar o extinguir un vínculo obligacional o negocio jurídico.

La razón por la cual se excluye el principio de formalismo radica precisamente en el hecho mismo que en materia mercantil hay libertad del sujeto para elegir la forma en que deba obligarse excepcionalmente se menciona una figura como el caso de la sociedad anónima.

¹⁹ Artículo 1574 Código Civil de la República de Guatemala

3.10. Estudio comparativo de la contratación tradicional con la del derecho mercantil

Se ha explicado, sostenido y argumentado con antelación; que respecto a la materia contractual en el orden civil, la forma ya está plenamente regulada a diferencia de la materia mercantil, ya que esta puede ser elegida por quienes desean crear, modificar o extinguir una figura contractual; es oportuno citar que en algunos casos, excepcionalmente por tratarse de contratos solemnes en materia mercantil la forma no puede ser elegida a voluntad o decisión propia de un sujeto contractual, ad ejemplo: contrato de sociedad, fideicomiso de garantía, de administración, etc.

Respecto a la corriente unificadora el Artículo 671 del Código de Comercio, explícitamente cita como epígrafe lo relativo a las formalidades de los contratos, desarrollando que: “Los contratos de comercio no están sujetos, para su validez, a formalidades especiales. Cualesquiera que sean la forma y el idioma en que se celebren, las partes quedarán obligadas de la manera y en los términos que aparezca que quisieron obligarse...”²⁰

Otras figuras que son atinentes al estudio comparativo de la contratación tradicional con la del derecho mercantil es la solidaridad, esta en materia civil debe ser expresa por cuanto que en materia mercantil es tácita o bien opera de pleno derecho, la mora en materia civil se requiere de la interpelación verbigracia invocada judicialmente en materia mercantil opera de pleno derecho, tácita o automáticamente.

Las obligaciones cabe aclarar que en materia civil se estipula plazo para su exigibilidad siendo exigibles unilateralmente en materia mercantil sobre todo sino se hubiere fijado plazo alguno.

²⁰ Artículo 671 Código de Comercio de la República de Guatemala

CAPÍTULO IV

4. Contratos de adhesión

4.1. Antecedentes

Los contratos de adhesión, se desarrollan en la época de la llamada revolución industrial, que es la del nacimiento y expansión de técnicas de contratación uniforme, este tipo de contratación que se desarrolla a través de condiciones preestablecidas, es considerada contratación en masa.

Entre las nuevas herramientas o instrumentos jurídicos que han nacido a la vida jurídica, se encuentran los contratos atípicos por medio de los cuales han surgido nuevas formas de contratación como le es el contrato de adhesión.

Para el tratadista colombiano Jaime Alberto Arrubla Paucar “esta modalidad contractual se encuentra indiscutiblemente vinculada a la sociedad de consumo, y ésta a su vez, se encuentra relacionada de manera semejante a la gran empresa y a la tendencia contemporánea de producir en serie bienes y servicios.

El tráfico en masa se ve estimulado por la multiplicación del número de consumidores en los grandes centros urbanos y por los medios masivos de comunicación que extienden la necesidad del consumo hacia los lugares más apartados. El tráfico económico se convierte en un tráfico en masa, acelerado y estimulado por las constantes demandas del consumidor.

La circulación de este tipo de bienes y servicios producidos en serie, no encaja en las estructuras tradicionales de negociación. Por lo pronto, la etapa de formación donde las partes tenían oportunidad de discutir las condiciones del acuerdo, queda superada.

La contratación en masa requiere otro ritmo que sólo permitir la elaboración de contratos en serie, severamente rígidos e inmodificables en su formulación. Se limita la intervención de las partes, pues el examen del contenido del contrato, queda reemplazado por una mecánica, consistente en formularios preimpresos redactados por la empresa, con disposiciones manifiestamente favorables a sus intereses y con detrimento par la parte débil del negocio. La uniformidad en el goce y cambio de las cosas y servicios conduce a la fungibilidad de los contratos.

4.2. Definición de contrato de adhesión

Constituye una típica y cada vez más frecuente modalidad de la contratación, que se caracteriza por el hecho de que es una de las partes la que fija las cláusulas o condiciones, iguales para todos, del contrato, cuya celebración se propone, sin que quienes quiera participar tengan otra alternativa que aceptarlo o rechazarlo en u totalidad; es decir, adherirse o no a los términos del contrato preestablecido, sin posibilidad de discutir su contenido, Los contratos de seguros, de transporte, de suministro de agua, electricidad y otros servicios públicos son ejemplo de esta índole²¹.

Son aquellos en donde el contenido es impuesto por sólo una de las partes contratantes a la otra, sin la posibilidad de modificación o colaboración de ésta última en su confección.

Este tipo de contratos tiene como finalidad que sean aplicados a una pluralidad indeterminada, por lo que se pueden llamar contratos de adhesión, aquellos contratos concluidos mediante condiciones generales.

Estos contratos son confeccionados por los proveedores en forma estandarizada, reproducidos en serie y de contenido general para cualquier consumidor o usuario, por lo que quien se adhiere con su firma debe aceptar todas las cláusulas, ya que, en general no puede negociar individualmente su modificación.

²¹ Ibid. p. 419

Es común que estos contratos se renueven automáticamente cada año cuando se trata de servicios prestados por plazo indeterminado. Muchas veces estos contratos se instrumentan mediante la firma de solicitudes, minutas de venta, recibos o formularios propiamente dichos, y el consumidor no discute su contenido ni negocia sus cláusulas.

En este proceso hacia el contrato, es manifiesto que el rol de la voluntad del consumidor queda reducido a nada. No participa en lo que será el esquema o el contenido del contrato, La etapa de formación del negocio queda reducida a un esquema preimpreso que el contratista detentador de la “fuerza económica” ha preparado con debido cuidado y viene utilizando con anterioridad y piensa utilizarlo en futuro.

Esta Forma de contratar impone al consumidor o usuario a tomar o dejar el contrato sin que pueda discutir sus motivos. En muchas ocasiones tendrá que aceptar aún contra su voluntad, porque la empresa es monopolista o porque la competencia tiene exactamente las mismas formas contractuales.

En este tipo de contratos no podemos apreciar la “libertad contractual” que, según Larenz, supone para el individuo la posibilidad de reglamentar por sí mismo sus cuestiones personales, y en tanto con ello queda afectada otra persona, pueda reglamentar sus relaciones con ella con carácter judicialmente obligatorio mediante un concierto libremente establecido, El contrato de adhesión mediante supuesto típico de desplazamiento del principio contractual.

Esta clase de contratación se impone en la vida moderna y a pesar de lo mucho que se viene describiendo en este siglo sobre su desarrollo y perfil legislativo, la realidad es que es un tema en evolución que es preciso delimitar para dar soluciones jurídicas a los desequilibrios que plantea.

Para el jurista Rodolfo O. Fontanarrosa “el fenómeno tan moderno de la actividad de empresa y de la contratación en masa ha producido una estandarización

de los negocios. Como bien se ha observado, el interés colectivo en la certeza y estabilidad de las relaciones jurídicas se manifiesta con la máxima intensidad en los contratos organizados de las empresas. Ello excluye que se pueda tomar en cuenta lo que haya podido creer y querer un determinado contratante individual, porque su modo de comportarse debe ser apreciado según un tipo ideal de contratante que uniforma su conducta a las exigencias del ambiente en el que actúa y de la buena fe según una interpretación típica que considera la declaración y uniformidad de los contratos celebrados por empresas, se advierta asimismo en ciertas formas de contratación entre individuos.²²

4.3. Características de los contratos de adhesión

- Son atípicos: No están regulados en ningún cuerpo legal.
- Son contratos en serie o masificación: son preimpresos en grandes cantidades.
- Informales: No requiere de una forma especial para su validez.
- Tracto sucesivo: Su duración es por un período largo de tiempo.
- Prerredactados: Son elaborados en serie, severamente rígidos e inmodificables.

4.4. Contratos de Adhesión según el Decreto 006-2003 del Congreso de la República de Guatemala, Ley de Protección al Consumidor y Usuario

La Ley de Protección al Consumidor y Usuario, vigente a partir del once de marzo del año dos mil tres, define en el Artículo 47 al contrato de adhesión de la siguiente manera. Contratos de adhesión. Se entenderá por contrato de adhesión,

²² Fontanarrosa, Rodolfo O. "Derecho Comercial Argentino", Macagno, Landa y Cía. S.R.L. Buenos Aires Argentina. (1976) p 15 y 16

aquel cuyas condiciones son establecidas unilateralmente por una de las partes, sin que la otra pueda discutir o modificar su contenido en el momento de contratar.

No producirán efecto alguno en los contratos de adhesión, las cláusulas o estipulaciones que:

a) Otorgue a una de las partes la facultad de dejar sin efecto o modificar a su solo arbitrio el contenido, salvo cuando esta facultad se concede al consumidor o usuario en las modalidades de venta por correo, a domicilio, por muestrario o por catálogo, usando medios audiovisuales u otras análogas y sin perjuicio de las excepciones que las leyes establecen.

b) Establezcan incrementos de precio del bien o servicio por accesorios, financiamiento o recargos no previstos, salvo que dichos incrementos correspondan a prestaciones adicionales susceptibles de ser aceptadas o rechazadas en cada caso y estén consignadas por separado en forma específica.

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

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

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

f) Impliquen renuncia o limitación de los derechos que esta ley reconoce a los consumidores y/o usuarios.”²³

²³ Decreto Ley 006-2003 del Congreso de la República de Guatemala, Ley de Protección al Consumidor y Usuario

4.5. Documentos que deben presentarse para la autorización de contratos de adhesión en la Dirección de Atención y Asistencia al Consumidor –DIACO-

Para dar inicio en –DIACO- al trámite administrativo de aprobación y registro de los contratos de adhesión que utilizan los proveedores en las relaciones comerciales con los consumidores o usuarios, es necesario presentar la siguiente documentación:

- Solicitud de aprobación y registro de contrato de adhesión, suscrita por el propietario o representante legal del proveedor.
- Original y copia del formato de contrato de adhesión

Si la empresa es individual presentar

- Patente de comercio de empresa;
- Cédula del propietario; si es sociedad además de lo anterior presentar:
- Patente de comercio de la sociedad y
- Nombramiento de su representante legal.
- Fotocopia del carné del NIT y además agregar copia del recibo autorizado donde conste que ha cumplido con el pago del arancel de Q50.00, por cada minuta de contrato de adhesión que utiliza.

4.6. Descripción del procedimiento para autorización de los contratos de adhesión en la Dirección de Atención y Asistencia al Consumidor –DIACO-

De conformidad con el Acuerdo Gubernativo 777-2003 del Ministerio de Economía que contiene el Reglamento de la Ley de Protección al Consumidor y Usuario, los proveedores que utilizan contrato de adhesión, deberán elaborar o readecuar los mismos para la formalización de las obligaciones del consumidor y usuario, y la minuta formada tendrá que ser remitida a la DIACO para su autorización y registro.

La DIACO, formará expediente y procederá a su estudio y análisis y de ser necesario correrá audiencia al proveedor para su discusión a efecto de aprobar y llevar a cabo el correspondiente registro.

En el trámite administrativo de aprobación y registro de contratos de adhesión participan varios departamentos, de la DIACO, a continuación se describe las atribuciones de cada uno en dicho trámite:

- **Departamento de Asesoría al Proveedor**

Recibe y revisa la documentación requerida para formar expediente y en caso de estar incompleto, informa al proveedor de la documentación necesaria para completarlo y lo orienta para el pago del arancel que corresponda.

- **Departamento Financiero:**

El departamento de financiero por medio de la unidad de tesorería recibe el expediente y verifica la cantidad de formatos de contratos de adhesión que el proveedor solicita para su autorización y registro y procede al cobro respectivo, el cual asciende a la cantidad de cincuenta quetzales por modelo de contrato de adhesión, extendiéndole como constancia el recibo autorizado por la Contraloría General de Cuentas de la Nación y orienta para que regrese al departamento de asesoría al proveedor, para el ingreso formal del expediente, y este a su vez, traslada al departamento jurídico.

- **Departamento jurídico**

En el departamento jurídico se realiza un estudio técnico jurídico de las cláusulas contenidas en el cuerpo del contrato de adhesión y si del estudio se determina que no contiene cláusulas exorbitantes se procede a la aprobación y registro del mismo por medio de resolución.

Caso contrario se procederá a citar al proveedor a una audiencia en las oficinas de DIACO, para la discusión del contrato, para efecto de discutir y readecuar el contenido del contrato y así llevar a cabo su aprobación y registro.

4.7. Estructuración de los contratos de adhesión

4.7.1. Condiciones Generales

4.7.2. Condiciones específicas

Desarrollo

4.7.1. Condiciones generales

Son garantías que deben ofrecerse a los consumidores y usuarios en la contratación basada en la simple adhesión a unas cláusulas previamente redactadas por una de las partes.

Las condiciones generales de la contratación son las que desde un punto de vista jurídico dotan de contenido a buena parte las relaciones contractuales de consumo en la moderna sociedad. Hay que reconocer que los consumidores y usuarios son los destinatarios por excelencia de las condiciones generales de contratación, pero se debe aclarar que no lo son exclusivamente, por lo que no se debe llegar a constatar la existencia de una cierta tendencia doctrinal y jurisprudencial que trate la problemática jurídica de las condiciones generales de la contratación al ámbito consumista, ya que se deben llegar a detectar las relaciones entre otros operadores profesionales en el mercado. Dicho de otro modo, las condiciones generales de contratación para los consumidores deben contener el mismo trato y el mismo control de empleo que los aplicables a los otros operadores del mercado o empresarios.

Si el motivo que explica y justifica la actuación del control de contenido de las condiciones generales afecta a todos los sujetos que intervienen y en todos los supuestos relacionados en el tráfico jurídico, el ámbito de aplicación de la ley debe

revestir carácter general. Si al contrario afecta a solo algunos sujetos, entonces la protección legal debe limitarse, en proporción a la necesidad que tiene con tales sujetos o que el tratamiento jurídico diferenciado que se dé no atente contra el principio de seguridad jurídica.

Mediante la práctica del control judicial se persigue un objetivo de protección de aquellos que ante la celebración de un contrato que incorpora condiciones generales, se ven obligados a la aceptación pura y simple de estas condiciones generales y a renunciar a la conclusión del contrato. Por eso es importante abordar el problema de la determinación del fundamento de control de contenido de las condiciones generales en cuanto al pilar central de su disciplina jurídica, así como ver el parámetro del contenido contractual de la propia exigibilidad de la misma a la luz del principio de la libertad contractual y de los valores y principios del sistema constitucional guatemalteco.

4.7.2. Condiciones específicas

Es la obligación concreta que permite adherirse al contrato. En el caso de un servicio, el monto, la remuneración o cuota que por este deba hacerse efectivo, así también las características funcionalidad y utilidad del bien o servicio, en conclusión todo lo inherente en forma específica o determinada respecto al bien o servicio a prestar.

Lo que incide contrariamente con las condiciones generales que resulta ser como género.

4.8. Concurrencia de los contratos de adhesión

4.8.1. Masificación

4.8.2. Tecnificación

Desarrollo

4.8.1. Masificación

Esta figura emerge en aquellos contratos elaborados en serie o en masa, como Ad ejemplo puede citarse lo relativo a las telefonías móviles celulares, derivado que estos contratos son impresos masivamente en formularios, viéndose el interesado en aceptar o no las estipulaciones mediante adhesión.

4.8.2. Tecnificación

Introducir procedimientos técnicos modernos en las ramas de producción que no los empleaban, hacer algo más eficiente desde el punto de vista tecnológico.

Hoy día pueden formalizarse contrataciones a distancia, verbigracia computarizadamente el caso más típico se refleja mediante la compra hecha vía internet.

4.8.3. Apreciaciones

Conviene aclarar que los contratos de adhesión no constituyen categoría dogmática autónoma. Es simplemente, aspecto o modalidad particular surgida como consecuencia del fenómeno moderno de la contratación en masa, a la que el resulta aplicable los principios propios del contrato individual en que se concreta definitivamente y a la que las legislaciones contemporáneas comienzan a presta atención con la finalidad de evitar fraudes o abusos.

En virtud de lo anterior, llegamos a la conclusión que el contrato de adhesión es un instrumento jurídico de uso generalizado en nuestra sociedad y lo podemos analizar desde dos puntos de vista:

Desde el punto de vista positivo: en donde se considera que esta clase de contratos son bastante prácticos y cómodos en su diario uso. Facilitan la contratación, y son más rápidos, incluso se cuenta con formas ya impresas en donde el interesado únicamente, estampa su firma.

Desde el punto de vista negativo: en donde se considera que este contrato no permite que uno de los contratantes, es decir, el sujeto más débil o el interesado, pueda hacer una declaración de voluntad, incluso se le imponen condiciones, favorables únicamente a una de las partes, (el sujeto poderoso) conteniendo cláusulas abusivas que perjudican visiblemente al sujeto débil.

CAPÍTULO V

5. Medios alternos para solución de controversias emanadas de actos contractuales y su regulación en la legislación guatemalteca

a) Apartado previo

Es innegable que el derecho de retracto esencialmente por estar regulado en el Decreto 006-2003, hace referencia a materia comercial puesto que; el referido decreto como punto total desarrolla lo relativo a la figura de uso y consumo, siendo estos los dos pilares fundamentales sobre los cuales recaen los derechos y obligaciones respecto al consumidor o usuario, proveedor o distribuidor.

En atención a lo expuesto lógico y admisible resulta citar que por ser actos que atañen a materia eminentemente comercial en el supuesto de no lograr contractualmente (en forma extrajudicial) la formalización y cumplimiento de un Derecho de Retracto, o de rescisión, habrá que acudir a la vía sumarial o bien a la vía del arbitraje, como medio alternativo para solución de controversias emanadas de actos contractuales.

El sustento Legal de esta aseveración, se estatuye en la normativa mil treinta y nueve (1039) del Decreto Legislativo 2-70 Código de Comercio de la República de Guatemala "Vía Procesal/sic."²⁴

Si bien en el presente capítulo se hace mención especial como punto de desarrollo, lo relativo al arbitraje, según la normativa practicas y transcrita, oportuno resulta que dentro del presente capítulo aunque sea someramente, debe desarrollarse lo relativo al procedimiento sumarial.

²⁴ Artículo 1039 Código de Comercio de la República de Guatemala

b) Desarrollo

5.1 Noción

5.2 Antecedentes

5.1. Noción

El arbitraje es más que un juicio: es una institución con individualidad única, pero compleja, está integrado por varias partes que conforman un todo. Son estas partes, la cláusula compromisoria, el compromiso, la dación y recepción de los árbitros o arbitradores.

5.1.1. Generalidades previas

El hombre ha necesitado observar, en una ojeada de conjunto, el camino recorrido, pararse a calcular la obra realizada, formarse juicio respecto a la orientación seguida y pensar en lo que mañana convendrá seguir. Es esto, incluso una necesidad de nuestra inteligencia, cuyo horizonte se expande al contemplar aleccionadoramente el pasado.

Para conocer a cabalidad la institución del arbitraje necesitamos indispensablemente de la historia para documentarnos sobre las experiencias pasadas y orígenes de la institución, para poder formarnos una cabal perspectiva del origen de la terminología propia de dicha institución.

Por eso, ya las inscripciones babilónicas como los relatos bíblicos y el sistema romano, tenían referencias sobre el arbitraje.

A pesar del auge que ha tomado el arbitraje, no podemos decir que sea algo nuevo pues revisando la historia, hemos encontrado que el arbitraje es tan antiguo como las sociedades primigenias. Por ello, haremos una breve recopilación de lo que ha sido el arbitraje en la historia.

5.2. Antecedentes

5.2.1. Sociedades primitivas

La doctrina manifiesta que el arbitraje es una de las primeras formas de resolver los conflictos jurídicos que se presentan entre las gentes, ya que su origen se atribuye a aquella época primitiva de la sociedad en que la evolución cultural imponía diferir a terceros la solución de las disputas, abandonando al propio tiempo otros sistemas elementales de justicia privada. Cuando los contendientes deciden someter sus diferencias a otras, aceptando de antemano con carácter obligatorio la decisión que al respecto se tome, se está en presencia de una solución arbitral. Este mecanismo dio lugar con el correr del tiempo y el perfeccionamiento de la organización a la formación de la institución judicial como una función primordial del Estado, establecida precisamente para impartir justicia por medio de un sistema permanente estable; con la adopción al mismo tiempo de una serie de pautas para el ejercicio de su actividad, sistema que está disponible para tutelar los derechos.

La circunstancia de asumir el Estado la función de administrar justicia , no sustituyó ni ha sustituido definitivamente el arbitraje, el cual se ha conservado en casi todos los sistemas jurídicos por tratarse de una institución que tiene vigencia prolongada en el tiempo.

La humanidad inicia su paso de la era salvaje a la civilizada cuando establece reglas de comportamiento social y decide que unos hombres (los sacerdotes, los ancianos, los doctos) resuelvan cuándo y en qué forma se han infringido esas leyes y decide la pena aplicable a tal infracción.

Surge la justicia arbitral en las primeras etapas de la humanidad como una necesidad del hombre. En una sociedad donde la fuerza era un medio de justicia que sólo conocía el límite de quien la ejercía, se impuso una nueva idea que garantizaba una solución justa del conflicto. La necesidad de una justicia más humana hace que el

diferendo se someta a la decisión final de su anciano, así lo hicieron los hebreos, celtas y algunas comunidad de América.

5.2.2. China

En la antigua China, la mediación y el arbitraje eran los principales recursos para resolver desavenencias. Según Confucio, la resolución óptima de una desavenencia se lograba a través de la persuasión moral y el acuerdo y no bajo la coacción.

Las dinastías promovieron el arbitraje para resolución de controversias para coadyuvar con el débil poder judicial.

5.2.3. Israel

El juicio de árbitros entre los hebreos se halla consignado en el Talmud, el cual designa un tribunal llamado “De los diez”, que era un simple arbitraje al que se recurría en ciertas causas dudosas. Estos juicios de árbitros se celebraban ya antes de Moisés.

El antiguo Testamento, nos suministra algunos ejemplos de este modo sencillo de terminar las controversias. Así, vemos la formación del primer centro de arbitraje de que se tenga noticia en el Capítulo XVIII del libro de Éxodo, versículo décimo tercero.

El Beth Din Judío, consejo formado por un grupo de rabinos, ha existido con el propósito de mediar, y arbitrar controversias, conflictos y desavenencias entre la comunidad judía, ha existido con ese propósito durante muchas generaciones y en numerosas circunstancias y sobrevive hasta nuestros días.

5.2.4. Grecia

Una forma de justicia arbitral surgió en Grecia hacia el año 1520 a.C., los Consejos Anfictiónicos, que resolvían los conflictos entre los grupos étnicos, estos se conformaban por doce ancianos representantes de las diferentes tribus, existieron

también árbitros de carácter público elegidos al azar entre cuarenta y cuatro patriarcas que conocían las causas, criminales y públicas.

Demóstenes, en Atenas, dice el historiador Solón, expidió leyes sobre arbitraje en las que daba al laudo carácter definitivo, no sujeto a recurso.

Los árbitros fueron establecidos en Grecia por una ley de Solón, que decía: "Si los ciudadanos quieren elegir un árbitro para terminar sus diferencias sobre intereses particulares, tomen el que quieren de común acuerdo sujétense a lo que haya decidido, sin poder recurrir a otro tribunal, y sea irrevocable la sentencia del árbitro."

Se conocía otros árbitros en Atenas, elegidos por suertes y que tenían carácter público. Cada tribu suministraba cuarenta y cuatro; debían tener por lo menos setenta años de edad y ser de conducta irreprochable. Sus juicios escogidos por las partes, existía la diferencia que éstos no conocían sino de los contratos privados, en cambio los primeros conocían de las causas públicas y criminales, estado de las partes.

5.2.5. Roma

Uno de los aportes más importantes del Derecho Romano a la civilización fue haber instituido la función jurisdiccional en persona diferente al gobernante.

Eugene Petit menciona que el procedimiento romano tuvo, según las épocas, tres sistemas que estuvieron sucesivamente en vigor: "Las acciones de la ley, el procedimiento formulario u ordinario y el procedimiento extraordinario. Bajo los dos primeros sistemas de procedimiento hay dos clases de jueces: los simples particulares designados para cada asunto y cuya misión termina en cuanto han pronunciado la sentencia y los jueces que componen los tribunales permanentes.

De los jueces designados para cada asunto se distinguen el judex, el arbiter y los recuperatores."

Casi siempre la palabra *judex* se emplea en sentido general para designar al juez o al árbitro, pero en sentido propio, ellos se diferencian entre sí: nunca hubo más de un juez para cada asunto; pero en cambio se podían nombrar varios árbitros: los procesos que se reducían a la solución precisa de una cuestión de derecho estricto se llevaban delante del *unus judex*. Se confiaban por el contrario a los árbitros, los asuntos que era necesario apreciar según la buena fe y donde era preciso tener poderes más extensos; éstos eran los *arbitria*.

Durante los primeros siglos, el arreglo de las contiendas entre romanos y ciudadanos de las naciones vecinas con las cuales Roma tenía tratados, casi siempre eran objeto de convenciones especiales.

Para manejar los intereses de cada pueblo, estaba confiado el examen de los procesos a los recuperadores, tomados la mitad entre los ciudadanos romanos y la mitad entre los peregrinos. Sin duda se añadía también un tercero para que no hubiera empate; se nombraban siempre en número impar.

Hay que tener presente dos características del arbitramento en Roma; se necesitaba el acuerdo previo de las partes en primer término y, en segundo lugar, los árbitros decidían pero no ejecutaban, por el Estado pero sobrevivió aún dentro de esta última, ya que permitió que en ciertos casos los particulares recurrieran al arbitramento, pero siempre y cuando fueran materias ajenas al orden público, de aquellas que se resuelven por transacción o acuerdo amigable.

Por otra parte, en Roma se desarrolló el arbitraje privado como extrajudicial de terminar los litigios y prevenir los eventuales, las partes podían determinar la sanción por su incumplimiento o quedar facultadas para aprobar o rechazar la decisión.

La jurisdicción de la Iglesia tiene un origen arbitral. Los primeros cristianos evitaban también la justicia romana y sometían sus controversias a sus propios obispos, naciendo así los Tribunales Eclesiásticos, que fueron reconocidos oficialmente en los tiempos de Constantino.

5.2.6. Edad media

El feudalismo introduce importantes modificaciones, el arbitraje resultó frecuentemente utilizado entre los más altos personajes del feudalismo. Una de las consecuencias de la intervención de los árbitros no era otra cosa sino la de sustraer el litigio a la justicia señorial.

La justicia en la edad media tiene un carácter marcadamente arbitral porque los Estados carecen de una organización estable y la autoridad de los poderes públicos era casi nula. La sentencia arbitral no podía ejecutarse por sí misma sino que requería una cláusula penal en el compromiso para asegurar la ejecución.

5.2.7. España

En época del año 1262 fue legislado el arbitraje en la partida tercera del título IV, Ley 23, es así como el Fuero Juzgo establece que los jueces eran nombrados por el Monarca, quien delegaba en ellos las atribuciones privativas de administrar justicia; pero también se facultaba a las partes para que eligieran jueces árbitros, también admitía un tipo de arbitraje amigable o de avenencia.

El Fuero Viejo de Castilla, establecía un sistema completo de enjuiciamiento civil, figurando en él, los árbitros, los alcaldes y los voceros. Esta ley, se refería en primer término al avenimiento de los litigantes obtenido por amigos comunes, es decir arbitradores.

En la lucha contra los moros el recurso de la administración de justicia se hizo difícil: entonces se recurrió al arbitraje y se llamaron albedriadores y sus sentencias albedríos.

5.2.8. Francia

En Francia, en los años 1560 y 1673 se emitieron Ordenanzas que impusieron el arbitraje obligatorio para los litigios familiares, los que debían someterse al fallo de los parientes próximos y para toda dificultad que ocurriera entre socios de las entidades comerciales. La Revolución Francesa, provocó un crecimiento del arbitraje, pues se le consideró contra los abusos, lentitudes y gastos de la justicia común y se le estimó como concordante con los principios republicanos y liberales que preconizan la libre elección por los ciudadanos de los funcionarios del Estado.

La Asamblea constituyente lo declaró “el remedio más razonable de terminar los litigios entre ciudadanos” y lo elevó a la categoría de principio constitucional, manifestando el derecho de los ciudadanos para terminar definitivamente sus litigios por la vía del arbitraje, no puede sufrir restricción alguna por actos del poder legislativo.

En el año 1923 la Cámara de Comercio Internacional de París crea la Corte Internacional de Arbitraje que se ha convertido en el prototipo de los centros de arbitraje, puesto que actualmente es la institución más importante en arbitraje institucional.

5.2.9. Alemania

Los germanos al igual que los bárbaros godos, tras la caída del imperio romano, confrontaron el sistema de territorialidad romana, con el sistema personalista del invasor. La cultura goda se caracterizó porque en ella no había nacionalidades y el derecho no era escrito. La forma de resolver cualquier controversia requería la aplicación de normas de derecho común no legislado. A su vez el comercio era para ellos de gran importancia y los comerciantes podían resolver sus controversias por ellos mismos.

En las viejas leyes germanas se dice que era permisible el reconocimiento de acuerdos arbitrales para litigios futuros, pero luego de la recepción del derecho romano las reglas germanas fueron desplazadas.

5.2.10. Inglaterra

El Parlamento Inglés, en el año 1698 aprobó la primera ley sobre arbitraje en la cual se disponía que unilateralmente ninguna de las partes podía revocar el acuerdo arbitral. Con lo que se trató de establecer el proceso arbitral, pero no se estableció en la ley la prohibición a las partes de revocar el nombramiento del árbitro. De manera que revocado el nombramiento del árbitro no había proceso arbitral.

Inglaterra es la cuna del arbitraje moderno, ha sido el país que más ha desarrollado el arbitraje con instituciones, posee la jurisprudencia y tradición arbitral más rica del mundo.

5.2.11. Estados Unidos

En Estados Unidos, el arbitraje Internacional moderno se inició con la conclusión de los “tratados de Jay” en el año 1794 entre Gran Bretaña y Estados Unidos; y durante el siglo XIX numerosas disputas, mayormente entre estos dos países, fueron arbitradas.

En el año 1947 por medio de la Ley Taft-Hartley, el Congreso declaró que el arbitraje era el método deseable para el arreglo de agrias disputas que crecían acerca de la aplicación o interpretación de pactos colectivos de trabajo. A partir de esa política, la Corte Suprema ha creado presunciones favoreciendo una amplia interpretación judicial de la autoridad arbitral y ha limitado severamente el papel judicial de la revisión de los laudos arbitrales, dando como resultado la creación del Servicio Federal de Conciliación y Mediación que es una agencia del Gobierno de Estados Unidos. La agencia es responsable de prevenir o minimizar las interrupciones del libre tráfico comercial que puedan resultar de disputas laborales.

En Estados Unidos, el arbitraje comercial es más comúnmente utilizado en las industrias de la construcción, el vestido y textiles; en casos que involucran seguros y negligencia; en disputas marítimas; y en controversias que involucran negociación de acciones y títulos.

La American Arbitration Association, institución fundada en el año 1926 revolucionó el arbitraje en Estados Unidos.

5.2.12. Rusia

La Unión de Repúblicas Soviéticas Socialistas consideraba que el arbitraje internacional era un medio útil de arreglo de los litigios internacionales.

El Estado Soviético expresó su conformidad con el juicio arbitral sobre el cumplimiento del trato de no agresión y arbitraje aprobado en la Conferencia de Moscú y la limitación de armamentos, celebrada en el año 1922. La URSS era signataria de diversos tratados multilaterales en los que se prescribe la obligación de recurrir al arbitraje para decidir sobre las controversias acerca de estos tratados entre sus partes.

5.2.13. Latinoamérica

Casi todos los países latinoamericanos tuvieron regulados el arbitraje pero el interés y práctica fue muy escasa.

Fue rechazado con la implementación de la Cláusula Calvo, que lleva cualquier litigio donde haya una empresa extranjera, a ser resuelto por tribunales internos; también se desautorizó con el rechazo a la cláusula de elección del foro implementada en el convenio del Banco Mundial; igualmente fue desautorizado con la adopción del código de conducta de empresas transnacionales, en donde se les exige sometimiento a leyes y reglamentos del país receptor.

En la zona norte del continente americano ha cobrado mayor impulso el arbitraje, incluso por encontrarse establecido en el Tratado de Libre Comercio entre México, Canadá y Estados Unidos. Documento que no solo propicia sino obliga a los gobiernos al uso del arbitraje.

Recientemente, Colombia ha mostrado un repunte en la práctica del arbitraje, países como Brasil, Perú México, Guatemala, Costa Rica han adoptado e incorporado a su legislación la ley modelo de UNCITRAL,

5.2.1.4. Guatemala

Los primeros antecedentes del arbitraje en Guatemala los encontramos en la Ley de Enjuiciamiento del Código de Comercio Español del año 1829, que estuvo vigente en nuestro país hasta la promulgación del Código de Comercio de Guatemala del 20 de julio del año 1877. El título sexto de la Ley de Enjuiciamiento del Código de 1829 contiene el juicio arbitral que dice en su Artículo 252 “Toda contienda sobre negocios mercantiles puede ser comprometida al juicio de árbitros... “En el Artículo 288 habla del arbitraje de derecho, y en el 296 expone que “Los comerciantes podrán también comprometer la decisión de sus contiendas en amigables componedores...”

El código de Enjuiciamiento Civil y Mercantil regulaba el arbitraje del Artículo 730 al 744. No debía constar el compromiso arbitral en escritura pública, si la cuantía no excedía de quinientos quetzales. Los árbitros de equidad se denominaban con clara influencia del derecho español, y de las partidas “árbitros arbitradores” y procedía la casación en los mismos casos en que procedía para el arbitraje de derecho.

El proceso arbitral estuvo posteriormente regulado por el Código Procesal Civil y Mercantil (Decreto Ley 107 desde el 1 de junio de 1964) del Artículo 269 al 293. Adicionalmente el Código Civil regulaba el contrato de compromiso arbitral del Artículo 2170 al 2177. El 25 de noviembre de 1995 entró en vigor el Decreto 67-95 del Congreso de la República de Guatemala denominado “Ley de Arbitraje” que derogó casi

en su totalidad las disposiciones referentes al arbitraje, citados de los códigos tanto Procesal Civil y Mercantil como del Código Civil.

La práctica arbitral en Guatemala fue muy escasa hasta 1995 con la implementación de la Ley de Arbitraje fundamentada en la Ley Modelo de UNCITRAL, (decreto del Congreso 67-95) es cuando empieza a desarrollarse la práctica arbitral.

5.3. Naturaleza jurídica del arbitraje

Todo arbitraje tiene su origen en la voluntad de las partes que mediante la conclusión de un negocio jurídico denominado convenio arbitral, confían la solución de un litigio a un tercero el cual es imparcialmente elegido, directa o indirectamente por ellas mismas. Este negocio jurídico tiene por objeto pues, el establecimiento de un medio de arreglo de diferencias jurídicas. Consecuentemente del mismo serán la sumisión de la controversia a un órgano no judicial, la conclusión de una relación contractual con éste y la aceptación por las partes de la decisión obligatoria mediante la cual, se pone fin a la controversia.

Como el proceso arbitral no tiene posibilidades de emitir por sí mismo providencias cautelares, ni de ejecución por sí sólo, el ámbito de su desarrollo sería el de un proceso o juicio de conocimiento auxiliado por la jurisdicción judicial para lograr dichas medidas.

Los árbitros no pertenecen a ninguna organización estatal; por tanto sus integrantes no son auxiliares de la justicia, ni funcionarios públicos.

La esencia que materializa la posibilidad del arbitraje radica en el principio de la autonomía de la voluntad fundamentada en la libertad y disposición de las partes para elegir la vía donde resolver sus diferencias y conflictos.

Tiene fundamentación contractual porque depende del consentimiento de ambos contratantes o del acuerdo concertado al efecto.

5.4. Materias susceptibles de arbitramiento

Conforme a la Lex Mercatoria las materias susceptibles de arbitramiento son aquellas que se refieren a las materias que las partes pueden disponer libremente. No podrán someterse a procedimiento arbitral aquellos derechos no susceptibles de someterse a negociación tales como los derechos que no pueden renunciarse ni enajenarse, como son las cuestiones del estado civil, responsabilidad penal, alimentos presentes y herencia de persona viva.

5.5. Definición de arbitraje

Etimológicamente, arbitraje viene del latín *arbitrari*, que significaba el que puede decidir o hacer una cosa sin depender de otros y que luego se convirtió en *arbitrare* que se define como “proceder libremente usando de su facultad y arbitrio”.

El tratadista colombiano Jorge Hernán Gil Echeverri, define el proceso arbitral como: “Un procedimiento *sui generis*, mediante el cual, por expresa voluntad de las partes, se difiere la solución de conflictos privados transigibles, a un cuerpo igualmente colegiado integrado por árbitros, los que transitoriamente quedan investidos de jurisdicción para proferir a un laudo con la misma categoría jurídica y los mismos efectos de una sentencia judicial”

El ex presidente chileno, Doctor Patricio Aylwin define el arbitraje como: “aquel al que las partes concurren de común acuerdo o `por mandato del legislador y que se verifica ante tribunales especiales, distintos de los establecidos permanentemente por el Estado, elegidos por los propios interesados o por la autoridad judicial en subsidio o por un tercero en determinadas ocasiones”.

5.6. Clasificación del arbitraje

5.6.1. Público, privado

Atendiendo a la calidad de los sujetos litigantes, el arbitraje puede ser público o privado. El primero es objeto de estudio del derecho internacional público, en tanto que el segundo es mayormente estudiado dentro del campo del derecho internacional privado.

El arbitraje de derecho público afirma Sequeiros, tiene por objeto el arreglo de los litigios entre los Estados, como entidades soberanas, mediante jueces designados libremente y sobre la base de respecto a las instituciones jurídicas. El arbitraje privado, en cambio trata de resolver controversias suscitadas entre particulares.

5.6.2. Comercial, civil, laboral

Dependiendo de la naturaleza del litigio a resolver, se dice que el arbitraje es mercantil, civil, laboral.

La Convención de Nueva York comprende todo tipo de litigios, pero dejó abierta la posibilidad para que los Estados signatarios pudieran sólo acoger como arbitrable el litigio comercial.

La convención de Panamá limitó también el arbitraje a litigios comerciales, en virtud de lo cual la clasificación de mercantilizad resulta de gran importancia para el derecho arbitral internacional.

5.6.3. Del Estado, particular

Considerando al sujeto que emite las reglas, el arbitraje puede ser estatal o particular. Las reglas de arbitraje del Estado se caracterizan porque están instituidas

por el Estado, e incluso el Estado mismo las establece. En las reglas del arbitraje particular el Estado no interviene en representación de la totalidad de la nación.

5.6.4. Internacional, interno

El proceso arbitral puede también clasificarse en internacional e interno, se ha producido diversas opiniones que tratan de caracterizar ambos arbitrajes. Zamora Sánchez, al atender al tipo de normas a aplicar, afirma que el arbitraje nacional o interno se discute dentro de un solo sistema jurídico, en la especificidad propia de un determinado ordenamiento jurídico. El derecho aplicable en este caso, viene dado por la Constitución Política y las leyes ordinarias correspondientes.

Ole Lando, atendiendo a la materia afirma que: “Un arbitraje es internacional cuando la materia u objeto, o las partes tienen conexión con varios sistemas legales.”

En estudios más firmes, que son los que dieron lugar a la Ley Modelo de la UNCITRAL, sobre arbitraje comercial internacional y que luego se plasmaron en esa Ley, un arbitraje es internacional cuando:

- a) Las partes en un acuerdo de arbitraje tienen al momento de la celebración de ese acuerdo, sus establecimientos en Estados diferentes
- b) Las partes expresamente hubiesen convenido que la materia del acuerdo arbitral esté relacionada con más de un Estado.

De acuerdo con la ley modelo, se atiende más a la materia sustancial que a la procesal, para calificar el arbitraje como internacional.

5.6.5. Voluntario, necesario

En el caso del arbitraje necesario, obligatorio o forzoso no existe acuerdo arbitral interpartes, y sólo por disposición de la ley (en realidad la voluntad del legislador) debe acudir al obligatorio.

Estas cuestiones fueron abordadas durante los debates para la Ley Modelo de UNCITRAL, pero ahí se consideró que para el arbitraje internacional sólo es importante el voluntario, e incluso por eso se enfatizó en el acuerdo o convenio interpartes.

5.6.6. Previsto en el acuerdo, reglas o leyes

Conforme a la reglamentación que regula el proceso arbitral, ésta puede encontrarse en el propio acuerdo arbitral, en las reglas expedidas por algún centro de arbitraje internacional, o en la ley de algún Estado, sin olvidar que en los convenios internacionales también establecen ciertas reglas de procedimiento.

Las reglas procesales más importantes en el arbitraje, probablemente sean en los arbitrajes institucionales las reglas de los centros de arbitraje, y las que dentro del género de la *lex mercatoria*.

5.6.7. Ad hoc, institucional

Las partes en el acuerdo arbitral establecen las reglas procedimentales que regulan un específico o concreto proceso arbitral, en tanto que las reglas institucionales son administradas por una institución denominada centros o corte de arbitraje que administra procedimientos arbitrales.

5.6.8. Derecho de equidad

En la Ley Modelo de la UNCITRAL, el procedimiento es exactamente el mismo tanto del arbitraje de derecho como el de equidad, tampoco exige que los árbitros sean abogados como muchas legislaciones antiguas se exige.

5.6.9. Irritual, formal

Atendiendo a las reglas del procedimiento estén o no establecidas por alguien ajeno a los árbitros, el arbitraje puede ser irritual o formal, en el arbitraje irritual, el

procedimiento no está establecido por persona diversa al árbitro; también a éste se le puede llamar arbitraje de carta blanca, ya que el árbitro es el que decide el procedimiento.

La figura más común, es la del arbitraje formal, o arbitraje estandarizado; en este las partes señalan por sí el procedimiento o remiten a alguna ley o reglamento que rija la actividad procesal, pero no es árbitro quien fija el procedimiento.

5.7. El Acuerdo de arbitraje

5.7.1. Antecedentes

El arbitraje nace a partir de la voluntad de las partes que deciden excluir la jurisdicción estatal, remitiendo determinadas cuestiones litigiosas a la decisión de particulares. El acuerdo de voluntades que genéricamente denominaremos “acuerdo arbitral” o “pacto de arbitraje”, puede representarse en un solo acto o bien dividirse en dos actos sucesivos.

Todo arbitraje tiene su origen en la voluntad de las partes, que mediante la conclusión de un negocio jurídico denominado convenio arbitral, confían la solución del litigio a un tercero imparcial elegido, directa o indirectamente, por ellas mismas. Este negocio jurídico tiene por objeto, pues, el establecimiento de un medio de arreglo de diferencias jurídicas. Consecuencia del mismo serán la sumisión de la controversia a un órgano no judicial, la conclusión de una relación contractual con éste y la aceptación por las partes de la decisión obligatoria a través de la cual se pone fin a la controversia.

Mediante la figura del convenio arbitral, las partes pueden someter a arbitraje tanto controversias presentes como futuras. El convenio arbitral debe ser celebrado por escrito, bajo sanción de nulidad.

Puede estipularse como alguna cláusula de un contrato, como convenio principal o como acuerdo independiente. Por lo general, suele pactarse como una cláusula del contrato principal, como la cláusula compromisoria.

Las partes no podrán hasta que la contienda se produzca, conocer con certeza cuáles serán exactamente los aspectos concretos que deberán resolver los árbitros.

5.7.2. Especies de pacto arbitral

5.7.2.1. Cláusula compromisoria

Mediante ella las partes contratantes acuerdan solucionar total o parcialmente las diferencias futuras que puedan surgir en relación con un contrato determinado.

5.7.2.2. Requisitos esenciales de la cláusula compromisoria

Además del requisito general que implica que la expresión de voluntades de las partes de someterse a la justicia arbitral debe constar en un documento, si el acuerdo de voluntades consta en un documento separado del contrato, al cual se refiere la cláusula compromisoria, es necesario para su eficacia, es decir que para que produzca efectos jurídicos y sea vinculante que precisen los siguientes aspectos:

- a) Nombre de las partes;
- b) Indicar en forma precisa el contrato al cual se refieren.

5.7.2.3. Características de la cláusula compromisoria

En general la cláusula compromisoria, tiene las siguientes características que la diferencian claramente del compromiso:

- a) Tiene relación directa o inmediata con un contrato.

- b) Se debe pactar antes de que se origine cualquier conflicto o controversia entre las partes. Es decir la esencia misma de la cláusula compromisoria nos indica que opera únicamente para diferencias futuras.

5.7.3. El Compromiso arbitral

Mediante el compromiso las partes convienen en someter sus conflictos de intereses presentes y determinados, relacionados o no con un vínculo contractual a la justicia arbitral, aun cuando el asunto ya esté ventilándose ante la justicia ordinaria.

El compromiso o convenio se formaliza en un acto por el cual las partes, en cumplimiento de una cláusula compromisoria o de una disposición de ley, someten a la decisión arbitral las cuestiones concretas que en el documento determinan; se designa a los árbitros o se les convoca si estuviesen ya dispuestos y se fija las modalidades de la actividad.

El compromiso arbitral debe contener como mínimo los siguientes requisitos:

- a) Nombre y domicilio de las partes;
- b) Las diferencias y conflictos concretos que se someterán a la justicia arbitral;
- c) Lo referente a la integración del tribunal arbitral;
- d) Indicación del proceso en curso, si fuere el caso.

5.7.3.1. Características del compromiso arbitral

- a) Somete al conocimiento de la justicia arbitral, diferencias surgidas tanto de relaciones contractuales como extracontractuales.
- b) El compromiso es un convenio que se pacta con posterioridad o de una vez surgidas las diferencias entre las partes. Es de esencia el compromiso, que entre los subscriptores de dicho pacto, ya exista una controversia judicial o extrajudicial.

- c) Las diferencias o litigios que las partes sometan a decisión arbitral son únicamente las expresamente previstas en el contrato de compromiso.
- d) El compromiso al igual que la cláusula compromisoria, puede pactarse en documentos separados con tal que conste por escrito.

5.8. Elementos del acuerdo arbitral

En su esencia o naturaleza no se trata de un contrato, sino de un acuerdo, ello no impedirá examinar al acuerdo arbitral, valiéndose de la metodología empleada para el análisis de un contrato.

5.8.1. Objeto

El acuerdo arbitral debe referirse a la licitud de arbitrar el litigio, el objeto debe ser lícito, determinado y posible.

El objeto del acuerdo de arbitraje celebrado entre los compromitentes, debe consistir en la expresión del deseo de someterse al proceso arbitral para dirimir la controversia, presente o futura, estableciendo a la vez la forma de solucionarlo.

En la cláusula preparatoria el objeto se va a encaminar a establecer a futuro un acuerdo para resolver las controversias especificadas mediante el proceso arbitral.

5.8.2. El consentimiento

El consentimiento se genera cuando los compromitentes están de acuerdo, en el objeto, expresando tal consentimiento de forma tal que no quede lugar a dudas de su acuerdo.

El consentimiento surge cuando ambos compromitentes se ponen de acuerdo en la forma de solucionar los conflictos, lo cual puede surgir cuando frente a una oferta, se acepta solucionar el conflicto mediante el proceso arbitral.

5.9. Elementos de validez

5.9.1. Forma

Los Estados contratantes reconocerán el acuerdo por escrito conforme al cual las partes se obliguen a someter a arbitraje todas las diferencias o ciertas diferencias que hayan surgido o que puedan surgir.

5.9.2. Ausencia de vicios de la voluntad

Las partes comprometidas al negociar el acuerdo arbitral deben de estar enteradas y conscientes de su actuación, es decir sin obstáculos, libremente.

Según principios de *lex mercatoria* el consentimiento no es válido cuando ha sido dado por error, arrancado por violencia o sorprendido por dolo.

El error o la ignorancia respecto a lo que se accede provocan la invalidez del acuerdo arbitral.

5.9.3. Capacidad de las partes comprometidas

Las partes en el acuerdo arbitral tienen que ser capaces para poder pactar, de lo contrario, el acuerdo es inválido; es necesario que las partes comprometidas estén facultadas para transigir sobre la materia u objeto litigioso, de lo contrario es nulo ese acuerdo.

En el ámbito objetivo, sólo tendrán capacidad para elaborar un acuerdo arbitral aquellas personas que, a su vez, pueden disponer de la materia litigiosa.

5.10. Efectos

Al igual que los demás contratos, el convenio arbitral origina diversos efectos o dicho más exactamente, una pluralidad de derechos y obligaciones relacionadas entre sí y que afectan a las partes. Estos derechos y obligaciones pueden distinguirse en dos tipos, efectos positivos y efectos negativos.

Los efectos positivos la facultad y correlativa obligación de las partes de acudir al arbitraje como medio de arreglo de diferencias, cooperar en el nombramiento de los árbitros, participar en el procedimiento arbitral y aceptar de antemano el carácter obligatorio de la decisión que dicte el órgano arbitral designado por ellas.

Por el contrario, los efectos negativos consisten en la imposibilidad de plantear la diferencia ante un tribunal estatal y de que éste conozca el fondo del asunto.

Un acuerdo para arbitrar, como cualquier otro acuerdo, debe ser susceptible de ejecución legal. De lo contrario, sería una simple declaración de intención que siendo moralmente vinculante carece de efecto legal.

5.11. Técnica de elaboración de las cláusulas compromisorias internacionales

La resolución de disputas comerciales internacionales, requiere de una apreciación muy cuidadosa de la negociación subyacente, de la que derivan los problemas, por ejemplo políticos, económicos, jurisprudenciales y culturales, que rara vez se encuentran involucrados, en la resolución de conflictos nacionales.

Una condición previa e importante, para cualquier elaboración exitosa, es la preparación cuidadosa del cliente, para asegurar consideraciones reales, acerca de la naturaleza o el potencial de conflictos futuros que pudieran surgir en ocasión del acuerdo o su aplicación. Consecuentemente ambas partes deben de acercarse mutuamente en el proceso de elaboración para asegurar su intención y para satisfacer los procedimientos descritos en caso de un conflicto a futuro, El éxito de cualquier

negociación final, reflejará la integridad de las partes en sus esfuerzos mutuos para crear un proceso viable de resolución de conflictos. El esfuerzo de elaboración debe además, abordar la inclusión de formalidades de procedimiento que aseguren el entendimiento de las partes en los méritos de una futura disputa y la necesidad de afrontar la misma mediante ejecutivos adecuados.

De hecho, el proceso de negociación confirmará la existencia de un agente corporativo preventivo-legal en un ambiente diseñado para el efecto, con inclusión del entendimiento de parte de la administración respecto de las alternativas a la resolución de conflictos, para reducir riesgos legales y costas innecesarias.

Cualquier cláusula, finalmente negociada, debe de incluir la descripción explícita y justa de los procedimientos a seguir con inclusión de los términos de referencia, dentro de los cuales se deberá particularizar aspectos únicos a las partes y a su relación.

5.12. Autonomía del acuerdo arbitral

El desarrollo que ha alcanzado el arbitraje fue determinando una evolución en el pensamiento doctrinario, recogida por la jurisprudencia y las convenciones internacionales.

Se ha discutido ampliamente por la doctrina la cuestión según la cual se trata de determinar si la cláusula arbitral debe de ser tratada como una parte del contrato principal o como un acto jurídico diverso al contrato principal. Actualmente, la doctrina es unánime al sostener la autonomía del pacto arbitral frente a la relación contractual o extracontractual que sea la materia objeto del arbitraje.

La doctrina y jurisprudencia internacional han discutido ampliamente la cuestión relativa a los efectos que un contrato nulo puede tener sobre la validez de la cláusula compromisoria incorporada en él o concertada en un acuerdo por separado dada íntima vinculación que existe entre ellos, pues con frecuencia se ha delegado ante los

tribunales que si el pacto accesorio y como tal, según el axioma jurídico conocido de que lo accesorio sigue la suerte principal, es también nula. Se ha sostenido que la cuestión relativa a la validez de una cláusula compromisoria es un asunto independiente de la validez del contrato principal, es decir, se reconoce la autonomía de la cláusula arbitral, de tal manera que ni la nulidad del contrato afecta la validez de la cláusula compromisoria, ni la eficacia de ésta determina la nulidad del contrato.

5.13. Cláusulas compromisorias defectuosas

Algunas cláusulas compromisorias están redactadas de tal forma que resultan inoperantes o imposibles de ser cumplidas. Los argumentos en contra de la solicitud de suspensión del procedimiento se concentran en afirmar que la cláusula es inconsistente, incierta o inoperante.

La tendencia de las cortes frente a solicitudes donde se da inconsistencia, es tratar de proporcionar significado a la cláusula para preservar la intención de las partes de someter la controversia a arbitraje.

Igualmente, la mayoría de cortes han intentado mantener una disposición arbitral, salvo que su incertidumbre sea tan profunda que de la misma no pueda derivarse ningún sentido. La inoperancia de una cláusula compromisoria puede resultar de la omisión de las partes de cumplir los plazos, o de la conducta de las partes de revocar o renunciar al pacto arbitral en forma tácita.

5.14. Pasos dentro del procedimiento

Los litigantes que reciban instrucción de defender un reclamo instaurado ante la justicia ordinaria, deben revisar cuidadosamente la relación contractual entre las partes para asegurarse de que la cláusula compromisoria no exista antes de adoptar algún paso en el procedimiento.

5.15. Suspensión del procedimiento contra terceros

La disponibilidad de una suspensión de procedimientos contra una parte que no haya firmado el pacto arbitral implica cuestionarse si existe o no, jurisdicción arbitral sobre tales partes. La determinación de este asunto dependerá de analizar si el consentimiento de las partes de someterse o no al arbitraje, se manifiesta en forma distinta o mediante suscripción formal de acuerdo.

5.16. Perjuicios por incumplimiento al pacto arbitral

Si existe una cláusula compromisoria en el contrato y una de las partes haciendo caso omiso de ella instaura una acción ante la justicia ordinaria de este país, entonces ella será la responsable por los daños causados a la otra parte al haber actuado así. Si un Juez decide no ordenar la remisión a arbitraje, es porque considera que el arbitraje no es adecuado para el caso específico; y el acuerdo para arbitrar, que en sí mismo incorpora la ley arbitral, incluye necesariamente por inferencia, como disposición contractual, que si el juez sostiene que el arbitraje no es apto, no hay violación al acuerdo por parte de quien se opone a arbitrar.

5.17. Algunos temas importantes contenidos en el Decreto 67-95 Ley de Arbitraje

El desarrollo del arbitraje ha cobrado una significativa importancia jurídica, como un medio alternativo para la solución de conflictos, ya que contribuye al descongestionamiento de procesos en los tribunales jurisdiccionales, así también contribuye a que los conflictos que son susceptibles de resolverse, por esta vía sean tramitados realmente con celeridad y eficacia.

La puesta en vigencia del Decreto 67-95 del Congreso de la República de Guatemala, que contiene la Ley de Arbitraje, deviene de la necesidad de modernizar las normas pertinentes, en beneficio de la solución de controversias en forma eficaz, en ese sentido se desarrolla su contenido que converge con lo desarrollado anteriormente.

Para su aplicación, se observará lo regulado en el Artículo 1. "Ámbito de aplicación. La presente ley se aplicará al arbitraje nacional y al internacional cuando el lugar del arbitraje se encuentre en el territorio nacional, sin perjuicio de cualquier tratado multilateral o bilateral vigente del cual Guatemala sea parte.

En cuanto a determinar si se trata de Arbitraje Internacional, se seguirán las siguientes reglas, normadas en el Artículo 2. Que se copia en su parte conducente:

1) Un arbitraje es internacional, cuando:

- a) Las partes en un acuerdo de arbitraje tienen, al momento de su celebración, o sus domicilios en estados diferentes, o
- b) Uno de los lugares siguientes está situado fuera del estado en el que las partes tienen sus domicilios:
 - i) El lugar del arbitraje si éste se ha determinado en el acuerdo de arbitraje o con arreglo al acuerdo de arbitraje.
 - ii) El lugar del cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones de la relación comercial o el lugar con el cual el objeto del litigio tengan una relación más estrecha; o
- c) Las partes han convenido expresamente en que la cuestión objeto del acuerdo de arbitraje está relacionado con más de un Estado.

2) Para los efectos del numeral 1 de este artículo, se entenderá que:

- a) Si alguna de las partes tienen más de un domicilio, el domicilio será el que guarde una relación más estrecha con el acuerdo de arbitraje.
- b) Si una parte no tiene ningún domicilio o residencia habitual, se considerará domiciliada en el lugar donde se encuentre".

En lo referente a las controversias que pueden ser sometidas al arbitraje, el Artículo 3. Regula: "Materia objeto de arbitraje:

- 1) La presente ley se aplicará en todos aquellos casos en que la controversia verse sobre materias en que las partes tengan libre disposición conforme a derecho.
- 2) También aplicará la presente ley a todos aquellos otros casos en que, por disposición de otras leyes, se permita el procedimiento arbitral, siempre que el acuerdo arbitral sea válido conforme esta ley.
- 3) No podrán ser objeto de arbitraje:
 - a) Las cuestiones sobre las que haya recaído resolución judicial firme, salvo los aspectos derivados de su ejecución.
 - b) Las materias inseparablemente unidas a otras sobre las que las partes no obtengan libre disposición.
 - c) Cuando la ley lo prohíba expresamente o señale un procedimiento especial para determinados casos.
- 4) Quedan excluidos del ámbito de aplicación de la presente ley los arbitrajes laborales.

En el Artículo 4 de La Ley de Arbitraje se contienen las definiciones más importantes que el legislador consideró incluir para una mejor interpretación de la misma:

- 1) “Acuerdo de Arbitraje”, o simplemente “Acuerdo”, es aquel por virtud del cual las partes deciden someter a arbitraje todas o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica contractual o no contractual.
- 2) “Arbitraje” significa cualquier procedimiento arbitral, con independencia de que sea o no una institución arbitral permanente ante la que se lleva a cabo.
- 3) “Institución Arbitral Permanente” o simplemente “Institución”, significa cualquier entidad o institución legalmente reconocida, a la cual las partes pueden libremente encargar, de conformidad con sus reglamentos o normas pertinentes, la administración del arbitraje y la designación de los arbitrios.

- 4) “Tribunal Arbitral” significa tanto solo árbitro como una pluralidad de árbitros.
- 5) “Tribunal” significa un órgano del sistema judicial de este país, ya sea unipersonal o colegiado”.

Cabe mencionar que al finalizar un proceso de arbitraje, lo acordado por las partes debe constar de conformidad con lo regulado en el Decreto 67-95, Ley de Arbitraje específicamente en:

“Artículo 10 “Forma del acuerdo de arbitraje.

- 1) El acuerdo de arbitraje deberá constar por escrito y podrá adoptar la fórmula de un “compromiso de una “cláusula compromisoria”, sin que dicha distinción tenga consecuencia alguna respecto a los efectos jurídicos del acuerdo de arbitraje. Se entenderá que el acuerdo consta por escrito cuando esté consignado en un documento firmado por las partes o en un intercambio de cartas, telex, telegramas, telefax, u otros medios de telecomunicación que dejen constancia del acuerdo o en un intercambio de escritos de demanda y si ser negada por la otra. La referencia hecha en un acuerdo de arbitraje siempre que el contrato conste por escrito y la referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato.
- 2) El acuerdo arbitral podrá constar tanto en una cláusula incluida en un contrato, o en la forma de un acuerdo independiente.
- 3) Si el acuerdo de arbitraje ha sido incorporado a contratos mediante formularios o mediante pólizas, dichos contratos deberán incorporarse en caracteres destacados, claros y precisos, la siguiente advertencia: “Este contrato incluye un acuerdo de arbitraje”.

Las partes en controversia poseen la facultad de decidir la cantidad de árbitros que conocerán de la misma, según lo regula la ley precitada en:

“Artículo 13. Número de árbitros.

- 1) Las partes podrán determinar libremente el número de árbitros.
- 2) A falta de tal acuerdo, los árbitros serán tres, salvo que el monto en controversia no exceda de cincuenta mil quetzales (Q.50,000.00), en cuyo caso, falta de acuerdo, el árbitro será uno”.

5.18. Apreciación

Al finalizar el presente tema es importante indicar que la figura del arbitraje constituye un mecanismo alternativo de solución de controversias que provee ventajas respecto de los procesos jurisdiccionales en virtud que se cumplen las expectativas de las partes en cuanto a la celeridad y los efectos del acuerdo de arbitraje, sin embargo el inconveniente resulta ser su costo.

CAPÍTULO VI

6. Derecho de retracto

6.1. Antecedentes

Como institución es un derecho nuevo, conocido en el derecho romano, como el “pactum displicentia” (pacto de desagrado). Es una especie de compra sujeta a la aprobación del adquirente, quien no sólo manifestaba su inconformidad con respecto a la cosa vendida sino también recupera el precio pagado por ella. La potestad del consumidor es poder ejercer su derecho de aceptar o cancelar su compra.

Se debe relacionar el derecho de retracto con la compraventa al gusto, ya que son figuras jurídicas en donde el consumidor tiene la facultad de disponer si le parece el producto o no, dentro de un período de tiempo; pero es importante mencionar que son figuras distintas, ya que en la compraventa al gusto regulada en el Artículo 1799 del Código Civil guatemalteco, no hay contrato hasta que el comprador quede satisfecho, mientras que en los contratos de adhesión regulados en la Ley de Protección al Consumidor y Usuario, si hay contrato desde que el consumidor y usuario aceptan las condiciones, pero se le otorga un período de cinco días para ejercer el derecho de retracto.

6.2. Regulación legal del derecho de retracto en Guatemala

El derecho de retracto regulado en el Artículo 51 de la Ley de Protección al Consumidor y Usuario, regula: “El consumidor tendrá derecho a retractarse siempre dentro de un plazo no mayor de cinco días hábiles contados a partir de la firma del contrato o desde la fecha en que éste se hubiere celebrado fuera del establecimiento comercial, especialmente por teléfono o en el domicilio del consumidor o usuario. Si ejercita oportunamente este derecho, le serán restituidos los vales pagados por el consumidor o usuario, siempre que no hubiere hecho uso del bien o servicio.”

Se puede observar que la figura del derecho de retracto antes citada está estableciendo una figura jurídica en la cual el perfeccionamiento del contrato se da cuando la persona acepta las condiciones impuestas según el Artículo 51 de la Ley de Protección al Consumidor y Usuario, por lo que la perfección del contrato se va a dar hasta que hayan transcurrido los cinco días que dicha ley le otorga al consumidor para poder retractarse.

6.3. Diferencias con otras figuras jurídicas

6.3.1. Con la rescisión de los contratos

La rescisión de los contratos es la facultad de dejar sin efecto una figura contractual, cuya característica esencial es extrajudicial, puesto que; no hay intervención de órgano jurisdiccional alguno y derivada, de un precepto legal que ello autoriza, o según la cláusula estipulada entre las partes. En ese orden lo rescindible ha sido válido; de no ser así, se estaría ante la nulidad de los contratos”²⁵.

Es un acto jurídico unilateral, o bilateral según haya quedado estipulado por el cual se le pone fin a la figura contractual, salvo que la ley lo prohíba, de pleno derecho ipso jure, sin necesidad de declaración judicial, a otro acto bilateral plenamente válido, por incumplimiento culpable en éste, imputable a una de las partes, y es conocido como Pacto comisorio. Son rescindibles según el Artículo 1579 del Código Civil guatemalteco: “Los contratos válidamente celebrados, pendientes de cumplimiento, pueden rescindirse por mutuo consentimiento o por declaración judicial en los casos que estable dicho texto legal”.

El efecto de la rescisión radica en que obliga a la restitución de las cosas que fueron objeto del contrato con sus frutos y el precio con sus intereses. Solo cabe por ello rescindir cuando el que lo pretende puede volver aquello a que su parte estaría obligado. No cabe rescindir tampoco cuando las cosas se encuentran en poder de un tercero de buena fe.

²⁵ Cabanellas, Guillermo. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Editorial Heliasta, Tomo VII p 117

El derecho de retracto que regula la Ley de Protección al Consumidor y Usuario, implica dejar sin efecto la aceptación del contrato en un plazo establecido, contado a partir de la fecha en que se entregue la cosa o se celebre el contrato sin responsabilidad alguna; es un derecho de retractarse de la voluntad, de arrepentirse.

Es importante anotar que al efecto de todo contrato válidamente celebrado y perfeccionado se refleja en obligar al cumplimiento de lo pactado. El Código Civil guatemalteco regula: Artículo 1519. Desde que se perfecciona un contrato obliga a los contratantes al cumplimiento de lo convenido, siempre que estuviere dentro de las disposiciones legales relativas al negocio celebrado, y debe ejecutarse de buen fe y según la común intención de las partes.²⁶

Este precepto acoge el llamado principio Pacta Sunt Servando, lo pactado entre las partes es ley.

Con referencia al plazo, para ejercer el derecho de retracto, la ley le confiere al consumidor o usuario, cinco días, y al momento de ejercerlo, no tendrá ninguna responsabilidad, siempre que no haya hecho uso del bien o servicio puesto que; al tratarse de un bien, este debe ser restituido en las mismas condiciones que le fue entregado, en el caso de servicio, básicamente se refleja en no hacer consumado su utilidad.

En el derecho de retracto se perfecciona el contrato hasta que hayan transcurrido los cinco días que establece la ley, por lo que es una figura jurídica distinta a otras conocidas en nuestro ordenamiento jurídico. En la rescisión de los contratos, es diferente la situación, ya que se rescinde un contrato cuando es válidamente celebrado, pero pendiente de cumplimiento, ya sea por mutuo consentimiento o por declaración judicial, pero en ambos casos las cosas regresan al estado en que se encontraban. Si es por mutuo consentimiento no se debe pagar daños y perjuicios, pero si no lo fuera, si se debe pagar.

²⁶ Artículo 1519 Código Civil guatemalteco

El plazo para solicitar la rescisión de los contratos es de un año a partir de su celebración. Como se puede observar, existen varias diferencias entre la rescisión de un contrato y el derecho de retracto, por lo que son figuras jurídicas que pueden confundirse en el sentido de que buscan la extinción de una obligación, pero en distintas formas, ya que el derecho de retracto se asemeja más a una compraventa al gusto, y el perfeccionamiento del contrato se da hasta que trascurren los cinco días otorgados por la ley.

6.3.2. Con la revocación de los contratos

La obligación contractual nace del acuerdo de las voluntades de los contratantes. Este acuerdo puede limitar en el tiempo, por anticipado, la obligación que crea, su extinción dentro de un plazo determinado, un término extintivo. En la rescisión ya mencionada y en la revocación, aun cuando las partes no han previsto la extinción de la obligación en el contrato y por anticipado, pueden efectuarlo más adelante. Por lo tanto, le es lícito ponerle fin al cumplimiento de un contrato de prestaciones (rescisión) o suprimir una obligación que no había dado lugar aún a ningún cumplimiento (revocación). Revocar es dejar sin efecto una medida, una decisión o acuerdo; es anular la substitución de una orden o fallo por una autoridad superior, consiste en la anulación de la disposición adoptada o del acto otorgado, tales como una donación, un testamento, un legado, un poder, un mandato. Para surtir efecto, la revocación ha de provenir de una declaración unilateral válida, porque si no fuera así, constituiría un incumplimiento, una violación.

Por otra parte, la revocación señalada es la que trata el Código Civil en el Artículo 1290 el cual estatuye: “Todo acreedor puede pedir la revocación de los negocios celebrados por el deudor en perjuicio o fraude de sus derechos (...).” Además, el término para solicitar la revocación de un negocio celebrado es de un año contado a partir de la celebración del negocio o desde la fecha en que se verificó el paro o se hizo la renuncia del derecho. La revocación también es conocida como la acción pauliana, la cual según se precisó, es la acción que se le concede al acreedor para protegerlo contra el fraude de su deudor, que disminuye su patrimonio o que

reemplaza algunos bienes cómodamente embargables con bienes que pueden librarse con facilidad de la persecución. La acción pauliana se limita a los actos jurídicos, que son susceptibles de ser impugnados por la acción pauliana. Con lo anterior, se puede observar que el derecho de retracto se diferencia de la revocatoria que regula nuestro ordenamiento jurídico, ya que son figuras totalmente distintas, teniendo efectos diversos.

Esta queda sujeta a inscripción o registro puesto que para ello se encuentran instituidas las autoridades correspondientes.

6.3.3. Con la resolución de los contratos

El objeto perseguido por las partes al establecer el vínculo contractual es el de cumplir las obligaciones recíprocamente comprometidas, lo que constituye el efecto natural del contrato. La Resolución es un acto, hecho o declaración de voluntad que deja sin efecto una relación jurídica; es un acto jurídico que deja sin efecto un contrato válidamente concertado; la reducción a la nada de un contrato válido. Al dejar sin efecto las obligaciones existentes o establecidas, e incluso ejercer poder retroactivo sobre las mismas, en la legislación moderna, como regla específica, es exigible desde luego toda obligación que la contenga, pese estar pendiente de condición resolutoria y sin perjuicio de los efectos de su resolución.

En las obligaciones recíprocas, la facultad de resolverlas se entiende que se refiere a cuando uno de los obligados no cumpla lo que le incumbe. El perjudicado puede escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de los daños (en este caso causados al patrimonio) y perjuicios (como lucro cesante de ganancias lícitas dejadas de percibir) el abono de intereses en ambos casos. También se puede solicitar la resolución después de haber optado por el cumplimiento, si se torna imposible. La resolución es un remedio contemplado por la ley a favor del contratante que se mantuvo fiel al cumplimiento de lo pactado, y que se dirige a extinguir el vínculo obligacional válido que lo liga a quien en forma legalmente inexcusable, no satisfizo lo prometido. La resolución solo se rige para los contratos

bilaterales, siendo necesaria la reciprocidad en las prestaciones, situación que no se da en los contratos unilaterales. La resolución tiene efectos retroactivos. Por lo que al declararse, pierde toda eficacia el vínculo nacido del contrato. Para que se proceda la resolución debe existir ejecución culpable. Esto se traduce en la existencia de dolo o culpa en el contratante incumplidor. El derecho de solicitar la resolución sólo lo posee el contratante fiel que cumplió u ofrece cumplir con sus obligaciones.

Para demandar la resolución es necesaria la previa constitución en mora. El Código Civil establece en su Artículo 1535. “En todo contrato bilateral hay condición resolutoria y esta se realiza cuando alguna de las partes falta al cumplimiento de la obligación en lo concerniente. El interesado puede pedir la resolución del contrato o reclamar su ejecución, en este caso estaríamos frente a una ejecución especial de obligación de hacer, en ese sentido el Artículo 337 del Código Procesal Civil y Mercantil estatuye: “Si el título contiene obligación de hacer y el actor exige la prestación del hecho por el obligado, el juez atendida las circunstancias, señalará un término para que se cumpla la obligación; sino se cumpliera, se embargarán los bienes por los daños y perjuicios, fijando provisionalmente el juez el monto de ellos. Si alguna de las partes se opusiera al valor fijado por el juez, se procederá conforme lo dispuesto en el artículo anterior (...).” Al establecerse lo anterior, se puede observar que la resolución es viable cuando haya incumplimiento de una de las partes en una obligación bilateral, siendo la rescisión del contrato o la ejecución y en ambos casos, daños y perjuicios.

El derecho de retracto es una figura por la cual una de las partes deja sin efecto el contrato celebrado, pero no tiene ninguna responsabilidad, ni obligación de pagar daños y perjuicios en caso de ejercer el derecho de retracto.

6.3.4. Apreciación

Lo anterior se refleja en la llamada Cláusula Rebus Sic Stantibus, conocida como Teoría de la Imprevisión, verbigracia el contrato se cumple siempre y cuando las circunstancias o cosas –rebus- se mantengan -stantibus- en las mismas condiciones o situaciones iniciales –sic. A este respecto el Código de Comercio guatemalteco regula:

artículo 688. Terminación. Únicamente en los contratos de tracto sucesivo, y en los de ejecución diferida, puede el deudor sobrevenir la terminación si la prestación a su cargo se vuelve excesivamente onerosa, por sobrevivir hechos extraordinarios e imprevisibles. La terminación no afectará las prestaciones ya ejecutadas ni aquellas respecto de las cuales el deudor hubiere incurrido en mora. No procederá la terminación en los casos de los contratos aleatorios; ni en los conmutativos, si la onerosidad superviniente es riesgo normal de ellos.²⁷

²⁷ Artículo 688 Código de Comercio guatemalteco

CAPÍTULO VII

PROPUESTA DE REFORMA EN CUANTO AL DERECHO DE RETRACTO REGULADO EN EL DECRETO LEGISLATIVO 006-2003, LEY DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR Y USUARIO

DECRETO 1-2007

El Congreso de la República de Guatemala;

CONSIDERANDO:

Que la materia de consumo y distribución reviste una característica acrecentada dentro del tráfico mercantil, es preciso adecuar su regulación dentro del Decreto Legislativo 006-2003 respecto al Derecho de Retracto,

CONSIDERANDO:

Que la relación entre distribuidor y consumidor nace de un contrato previo, la creación, modificación o extinción del mismo en atención al significado legal del contrato debe ser bilateral, y no como se regula y otorga en beneficio propio para el consumidor únicamente en forma unilateral en el artículo 51 de la Ley de Protección al Consumidor y Usuario,

CONSIDERANDO:

Que según lo estatuye el Decreto Legislativo 006-2003, el derecho de retracto reviste la característica de unilateral en beneficio del consumidor, este debe ser igualitario; pues el proveedor, distribuidor o titular del servicio o bien, cuenta con la calidad de sujeto contractual y ante tal calificativo constitucionalmente debe tener participación igualitaria en el contrato, partiendo que es un acuerdo de voluntades y, según lo regula la legislación de la materia la connotación de contrato es de carácter bilateral,

CONSIDERANDO:

Que en el presente proyecto de reforma se incluye de manera bilateral lo relativo al derecho de retracto, a fin de resguardar la garantía constitucional del derecho de igualdad que debe imperar en todo ámbito;

POR TANTO:

En uso de las atribuciones contenidas en el inciso uno del artículo 170 de la Constitución Política de la República de Guatemala,

DECRETA:

La siguiente reforma al artículo cincuenta y uno de la Ley de Protección al Consumidor y Usuario;

Artículo 51. Derecho de retracto.

(Reformado por el Decreto 1-2007 del Congreso de la República de Guatemala).

El consumidor tendrá derecho a retractarse dentro de un plazo no mayor de cinco días hábiles contados a partir de la firma del contrato o desde la fecha en que este se hubiere celebrado, fuera del establecimiento comercial, especialmente por teléfono o en el domicilio del consumidor o usuario.

Si ejercita oportunamente este derecho, le serán restituidos los valores pagados por el consumidor o usuario, siempre que no hubiere hecho uso del bien o servicio.

Es entendido que dicho derecho no aplica en aquellos bienes o servicios de uso inmediato toda vez la pretensión del consumidor o usuario haya quedado plenamente satisfecha.

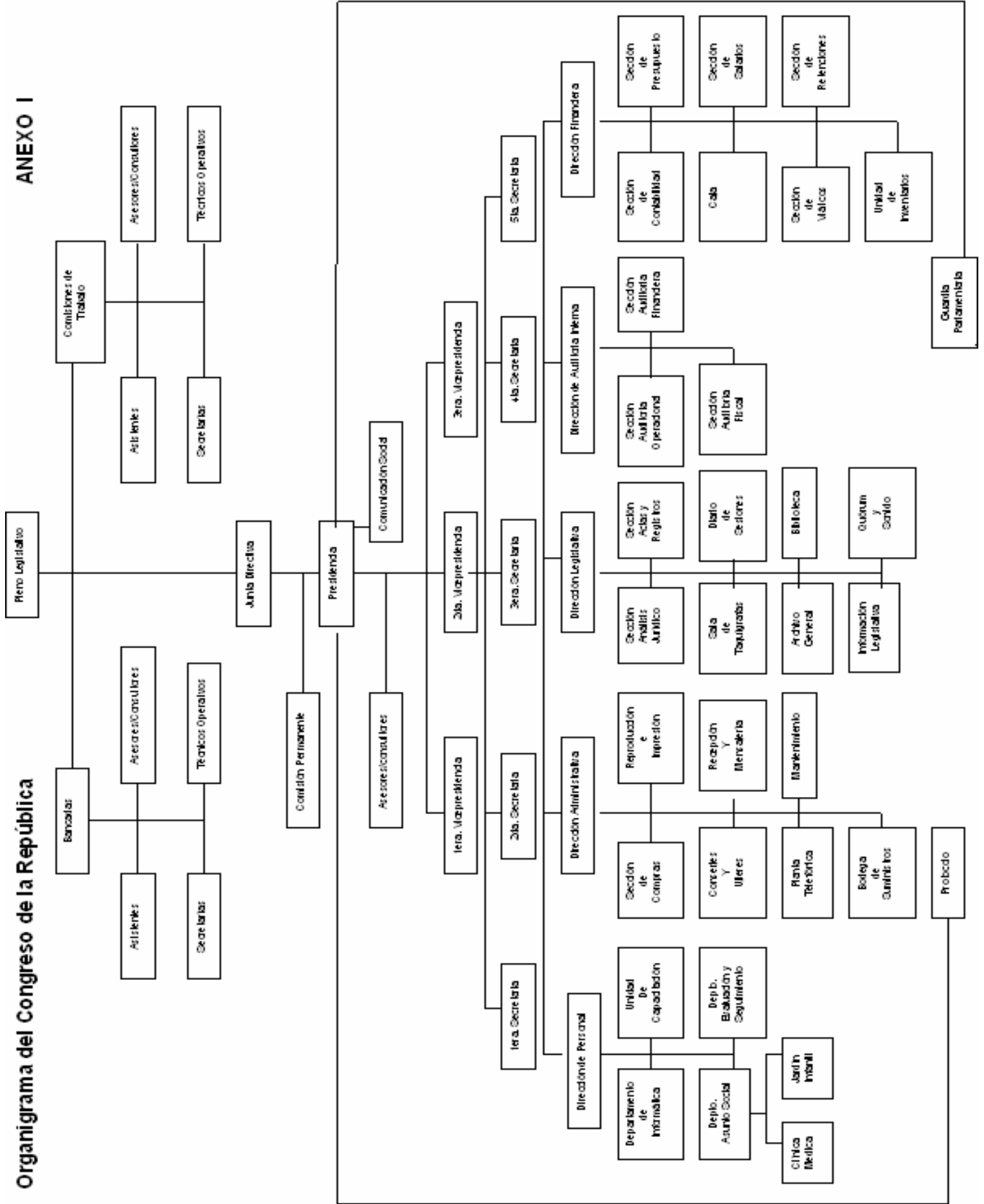
El derecho de retracto también queda sujeto al consentimiento del proveedor, distribuidor o titular del bien o servicio, estipulación que desde el inicio de la formalización y perfeccionamiento de la relación contractual así debe plasmarse, derivado que la creación, modificación o extinción del vínculo no debe llevar implícita una decisión unilateral, pues lo convenido por los sujetos contratantes debe ser bilateral.

CONCLUSIONES

1. Es indiscutible que el derecho de retracto pese a estar regulado unilateralmente en el Decreto 006-2003 del Congreso de la República de Guatemala, Ley de Protección al Consumidor y Usuario, el mismo subyace de una relación eminentemente contractual.
2. El derecho de retracto en materia de consumo y distribución, puede concebirse contractualmente como una rescisión unilateral,
3. Resulta inapropiado atribuirle sólo al consumidor o usuario el derecho de retracto, pues tal figura emana de un acuerdo de voluntades; en consecuencia el carácter unilateral desnaturaliza la figura contractual nacida o creada entre los sujetos contratantes a priori entre proveedor, distribuidor o titular del bien o servicio y consumidor.
4. No puede nacer a la vida jurídica una estipulación que en el ámbito contractual beneficie a título unilateral, debido a que la ley específica lo estatuye de forma bilateral,
5. La relación entre consumidor o usuario y proveedor, no están excluidas del ámbito contractual, si bien el uso o adquisición de un servicio o producto se formaliza y perfecciona informalmente, ello denota una de las formas de contratar u obligarse.

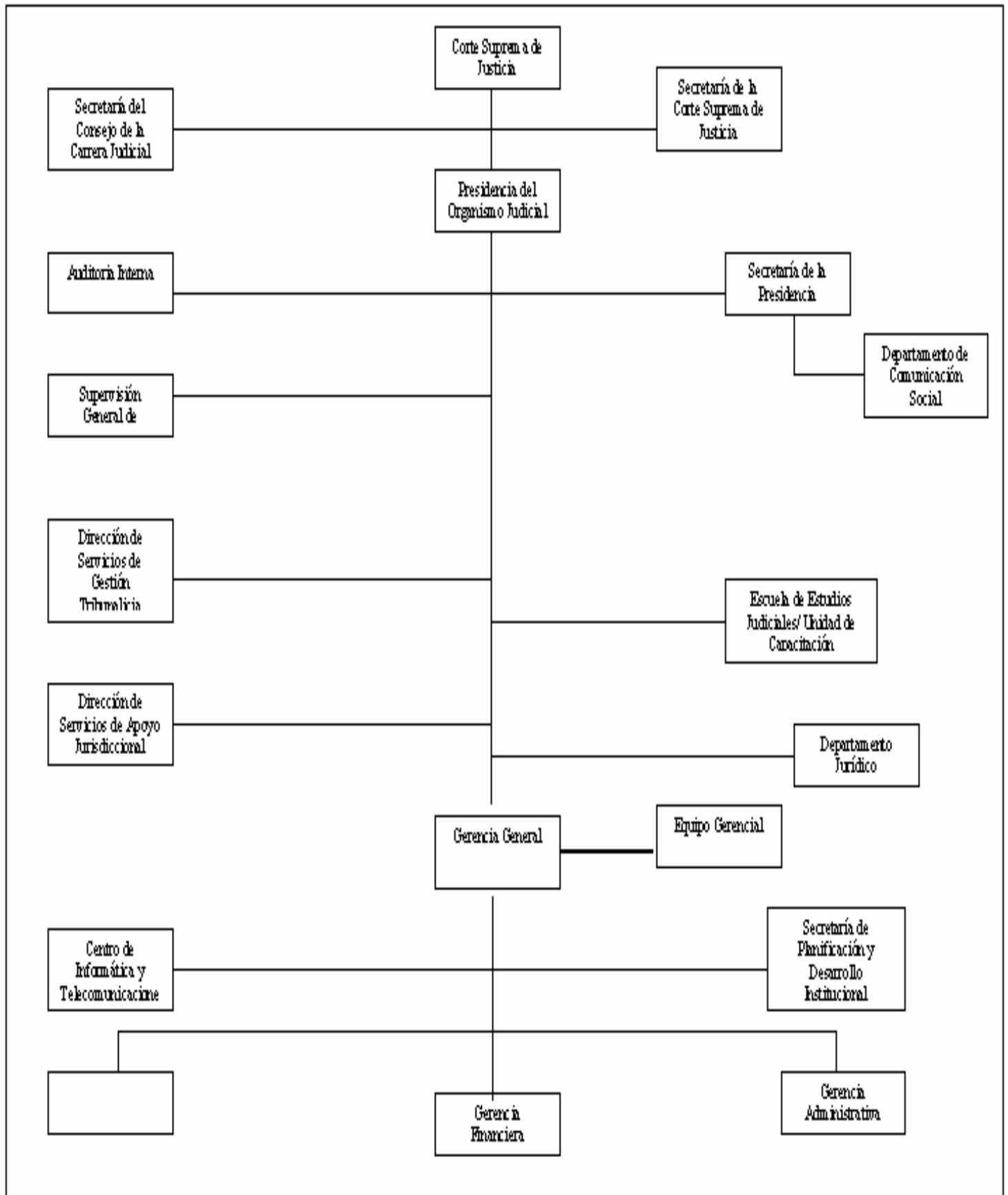
RECOMENDACIONES

1. Que la Dirección de Atención y Asistencia al Consumidor –DIACO- fortalezca las acciones dirigidas a la educación del consumidor, respecto de sus derechos que le asisten, especialmente la protección contractual relacionada al derecho de retracto.
2. Que las autoridades de las Facultades de Ciencias Jurídicas y Sociales, implementen dentro del pénsum de estudios, un curso de derechos del consumidor, para unificar las obligaciones provenientes de la contratación, establecidas en el Derecho Mercantil y Civil.
3. Se recomienda a la Dirección de Atención y Asistencia al Consumidor –DIACO- con la facultad que le otorga la Ley de Protección al Consumidor y Usuario en su Artículo 66 literal g, sugerir la reforma del derecho de retracto, con el fin que éste no sea exclusivo del consumidor como se regula actualmente, atendiendo al principio de igualdad garantizado en la Constitución Política de la República de Guatemala; derivado que la creación, modificación o extinción provenientes de las obligaciones de un contrato deben quedar a título bilateral.



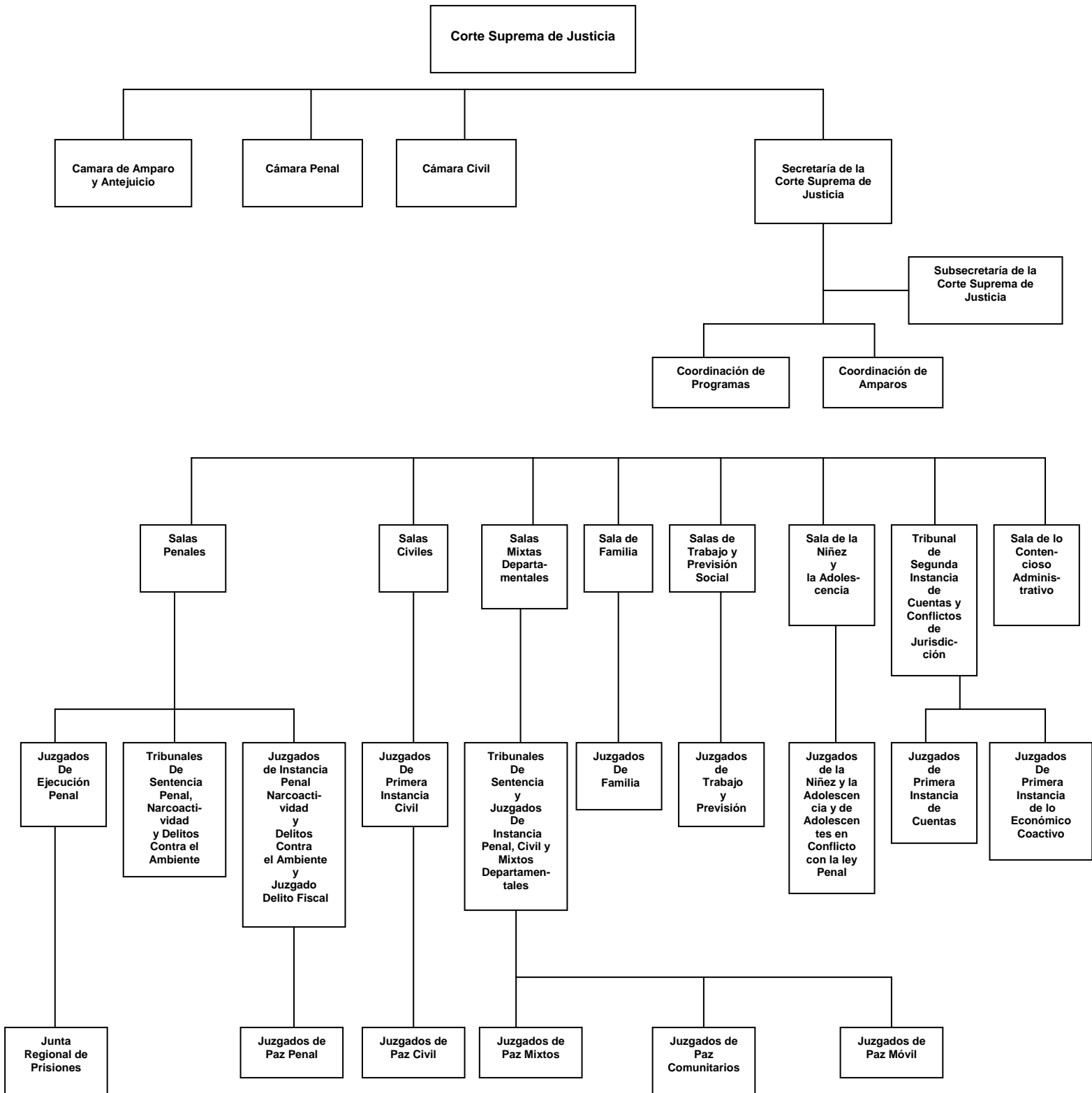
**ORGANIGRAMA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
AREA ADMINISTRATIVA**

ANEXO II



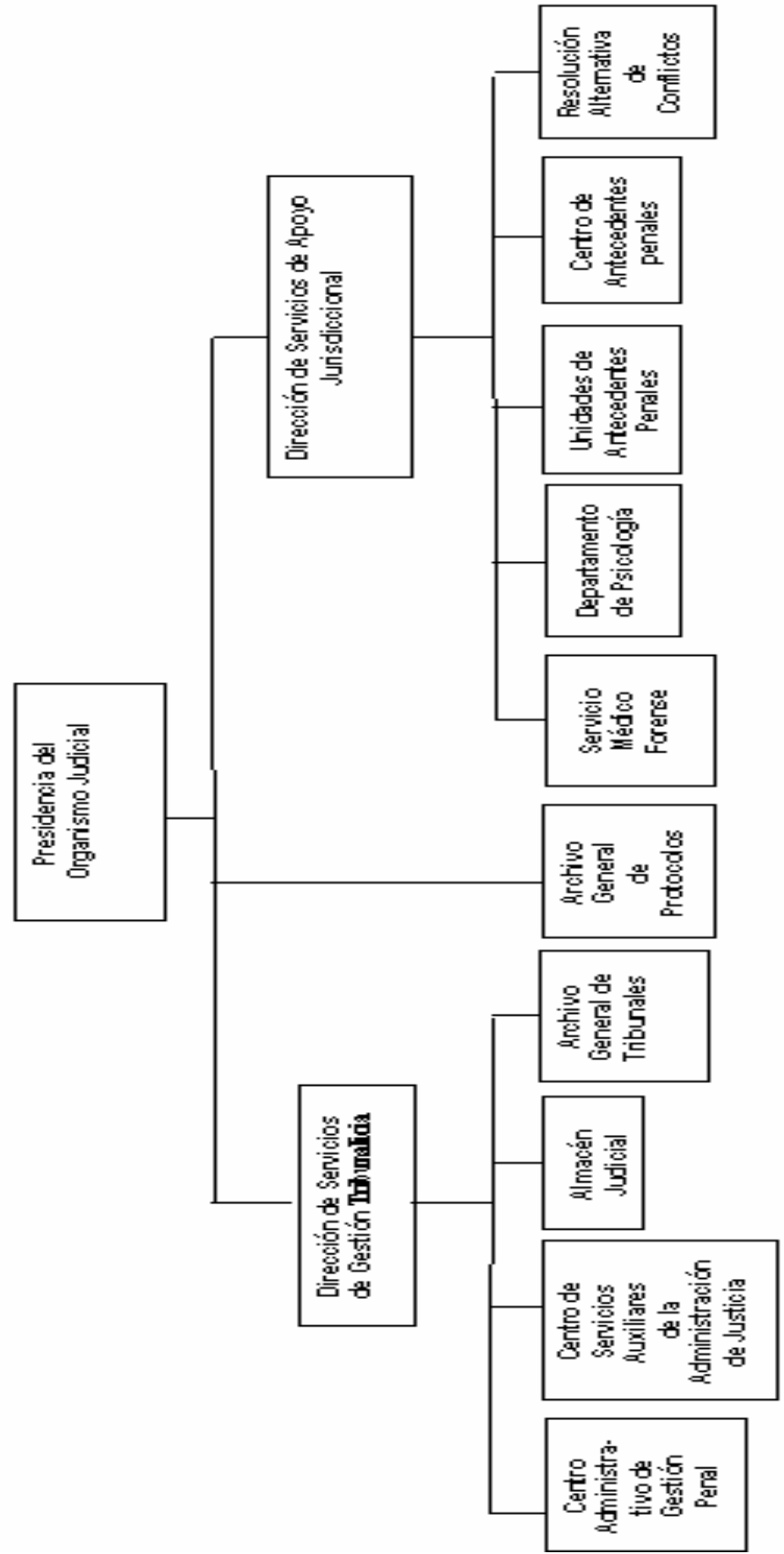
ANEXO III

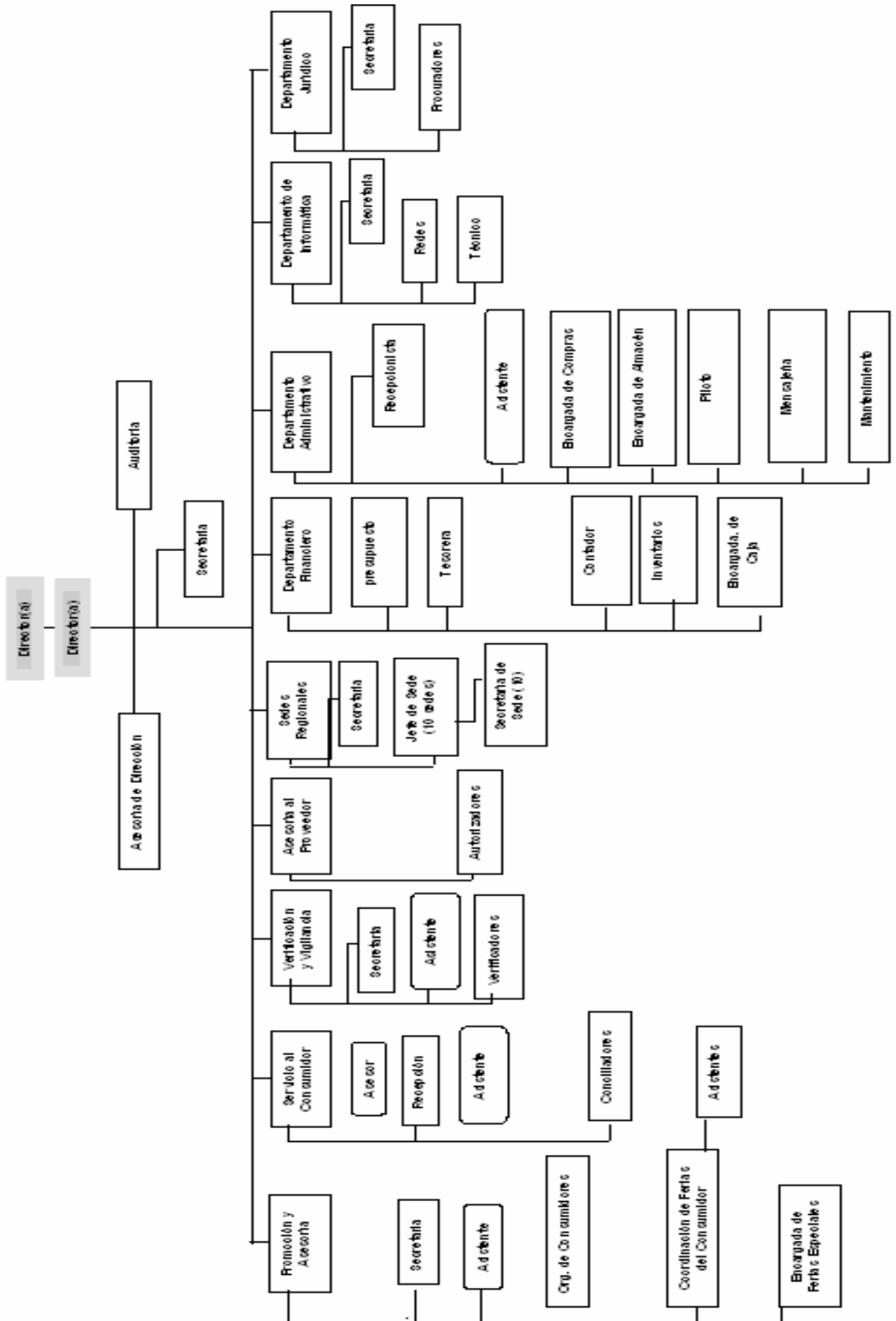
AREA JURISDICCIONAL



ANEXO IV

UNIDADES DE APOYO JURISDICCIONAL





BIBLIOGRAFÍA

AGUILAR GUERRA, Vladimir. **El negocio jurídico**, 2a., ed.; Guatemala: Ed. F. de León impresos, S.A., 2002.

ARRUBLA PAUCAR, Jaime Alberto. **Contratos mercantiles**, 7a., ed.; Cali, Colombia: Ed. Biblioteca Jurídica Dike, 1995.

ARRUBLA PAUCAR, Jaime Alberto. **Contratos mercantiles**, 2t., 2a. ed.; Cali, Colombia: Ed. Biblioteca Jurídica Dike, 1992.

CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario enciclopédico de derecho usual**, 1t., 25a. ed.; Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta, R.S.L., 1997.

CASARES, Julio. **Diccionario ideológico de la lengua española**, 2a., ed.; Barcelona, España: Ed. Gustavo Pili, S.A., 1959.

DE CASSO ROMERO, Ignacio y CERVERA, Francisco. **Diccionario de derecho privado**, 2a., ed.; Barcelona, España: Ed. Labor, S.A., 1961.

DE LA PEZA MUÑOZ, José Luis. **Contratos y obligaciones**, D.F. México: Ed. McGraw Hill/Interamericana de Editores, S.A. de C.V., 1997.

DIAZ BRAVO, Arturo. **Contratos mercantiles**, D.F. México: Ed. Oxford University Press Harla., 1998.

ESPIN CANOVAS, Diego. **Derecho civil español**, 3t., Barcelona, España: Ed. Revista de derecho privado., 1961.

FONTANARROSA, Rodolfo O. **Derecho comercial argentino**. Doctrina General de los Contratos. 2t., Buenos Aires, Argentina: Ed. Víctor P. De Zavalía., 1976.

GARCÍA DELGADILLO, Fausto Oscar. **Rebus sic stantibus vs. pacta sunt servanda en el derecho de los negocios internacionales**, Guatemala: Ed. Universitaria, Universidad Francisco Marroquín, 2002.

GUTIERREZ GONZALEZ, Ernesto. **Derecho de las obligaciones**, 10a. ed.; D.F. México: Ed. Porrúa, S.A., 1995.

LASARTE, Carlos. **Curso de derecho civil patrimonial**, (Introducción al Derecho). 7a. ed.; Barcelona, España: Ed. Tecnos., 2001.

LEIVA GARCÍA, Linegard Dennis. **Derechos y protección al consumidor en la legislación guatemalteca**, Guatemala: Ed. Universitaria, Universidad San Carlos de Guatemala, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales., septiembre 1996.

OSSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias políticas, jurídicas y sociales**, Buenos Aires, Argentina: Editorial Heliasta., 1978.

PUIG PEÑA, Federico. **Compendio de derecho civil español**, 3t., 3a. ed.; Barcelona, España: Ed. Ed. Pirámide S.A., 1976.

PRADO, Gerardo. **Derecho Constitucional Guatemalteco**, Guatemala: Ed. Praxis., 2000.

RIVERA NEUTZE, Antonio Guillermo y Gordillo Rodríguez, Rainer Armando. **Curso práctico de arbitraje comercial internacional**, Guatemala: Ed. Edifolsa., 2001.

TREVIÑO GARCIA, Ricardo. **Los contratos civiles y sus generalidades**, 5a. ed.; D.F. México: Ed. McGraw-Hill., 1995.

VILLEGAS LARA, René Arturo. **Derecho mercantil guatemalteco**, Obligaciones y Contratos". 3vols.; Guatemala: Ed. Universitaria, Universidad de San Carlos de Guatemala., 1985.

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

www.sernac.cl

www.consumidoresint.cl

www.proconsumer.org.ar

Legislación:

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

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

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

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

Ley de Protección al Consumidor y Usuario, Decreto Número 006-2003 del Congreso de la República de Guatemala, 2003.

Reglamento de la Ley de Protección al Consumidor y Usuario, Acuerdo Gubernativo Número 777-2003, 2003.