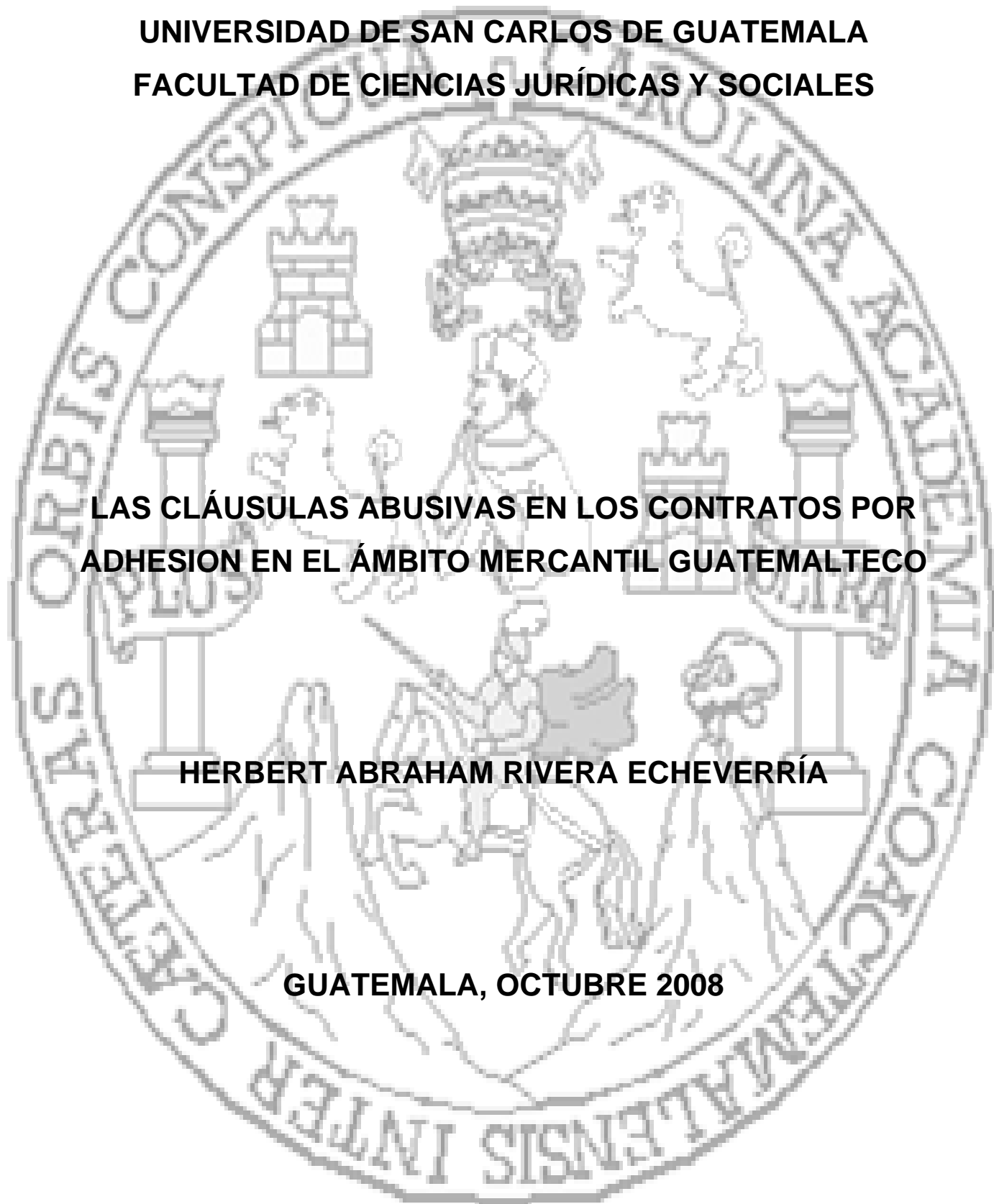


**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

**LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS EN LOS CONTRATOS POR
ADHESION EN EL ÁMBITO MERCANTIL GUATEMALTECO**

HERBERT ABRAHAM RIVERA ECHEVERRÍA

GUATEMALA, OCTUBRE 2008



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

**LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS EN LOS CONTRATOS POR
ADHESION EN EL ÁMBITO MERCANTIL GUATEMALTECO**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

HERBERT ABRAHAM RIVERA ECHEVERRÍA

Previo conferírsele el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

y los títulos profesionales de

ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, Octubre 2008

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

| | |
|-------------|---------------------------------------|
| DECANO: | Lic. Bonerge Amilcar Mejía Orellana |
| VOCAL I: | Lic. Cesar Landelino Franco López |
| VOCAL II: | Lic. Gustavo Bonilla |
| VOCAL III: | Lic Erick Rolando Huitz Enríquez |
| VOCAL IV: | Br. Marco Vinicio Villatoro López |
| VOCAL V: | Br. Gabriela María Santizo Mazariegos |
| SECRETARIO: | Lic. Avidán Ortiz Orellana |

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

| | |
|-------------|----------------------------|
| Presidente: | Licda Marisol Morales Chew |
| Secretario: | Lic. Helder Ulises Gómez |
| Vocal: | Lic. Manfredo Maldonado |

Segunda Fase:

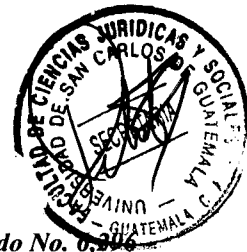
| | |
|-------------|-----------------------------------|
| Presidente: | Lic. Ronaldo Amilcar Sandoval |
| Secretario: | Lic. Jorge Estuardo Reyes |
| Vocal: | Lic. Rodolfo Giovanni Celis López |

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

Corporación de Servicios Jurídicos Bufete Asociado

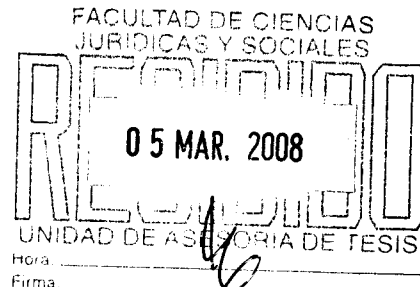
Lic. Willian Edilzar Rodas Quiñonez

Colegiado No. 0,906



Guatemala 03 de marzo de 2008

Licenciado
Marco Tulio Castillo Lutín
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.
Universidad de San Carlos de Guatemala.
Ciudad Universitaria.



Respetable Licenciado Castillo:

De acuerdo con el nombramiento emitido el siete de noviembre del dos mil siete en el que se me faculta que como Asesor pueda realizar modificaciones que tengan por objeto mejorar el trabajo de investigación del bachiller HERBERT ABRAHAM RIVERA ECHEVERRÍA, intitulado "LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS EN LOS CONTRATOS POR ADHESIÓN EN EL AMBITO MERCANTIL GUATEMALTECO", procedo a emitir el siguiente dictamen:

Del trabajo de tesis presentado por el bachiller Herbert Abraham Rivera Echeverría, se establece que el trabajo de investigación realizado contribuye grandemente y de una manera técnica y científica con los estudiosos del derecho guatemalteco, especialmente en el ámbito mercantil, realizado con metodología basada en el uso del método científico, asimismo utilizando técnicas de investigación documental y bibliográfica.

En el presente trabajo de investigación se manejó bibliografía especialmente del ramo mercantil, arribando a conclusiones y recomendaciones importantes que deben ser tomadas en cuenta por la población en general.

El presente trabajo de Tesis cumple con todos los requisitos exigidos por el reglamento universitario vigente, en especial lo establecido en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis previo a optar el grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, así como del Examen General Público. Se concluye el presente dictamen indicando que el bachiller Herbert Abraham Rivera Echeverría, en su trabajo de investigación ha utilizado la metodología pertinente y la forma de redacción ha sido clara y práctica para la fácil comprensión del lector.

En tal virtud como Asesor, emito mi DICTAMEN FAVORABLE para que el presente trabajo de tesis del bachiller Herbert Abraham Rivera Echeverría continúe con su trámite.

Lic. Willian Edilzar Rodas Quiñonez
ABOGADO Y NOTARIO



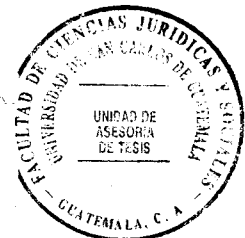
UNIDAD ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, seis de marzo de dos mil ocho.

Atentamente, pase al (a la) **LICENCIADO (A) RAFAEL MORALES SOLARES**, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante **HERBERT ABRAHAM RIVERA ECHEVERRÍA**, Intitulado: **“LAS CLAUSULAS ABUSIVAS EN LOS CONTRATOS POR ADHESIÓN EN EL ÁMBITO MERCANTIL GUATEMALTECO”**.

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 el Examen General Público, el cual dice: “Tanto el asesor como el revisor de tesis, harán constar en los dictámenes correspondientes, su opinión respecto del contenido científico y técnico de la tesis, la metodología y técnicas de investigación utilizadas, la redacción, los cuadros estadísticos si fueren necesarios, la contribución científica de la misma, las conclusiones, las recomendaciones y la bibliografía utilizada, si aprueban o desaprueban el trabajo de investigación y otras consideraciones que estimen pertinentes”.

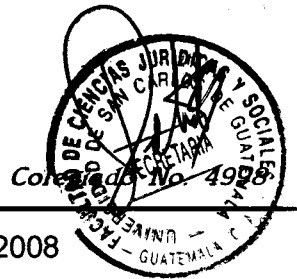

LIC. MARCO TULIO CASTILLO LUTÍN
JEFE DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS

cc.Unidad de Tesis
MTCL/sllh



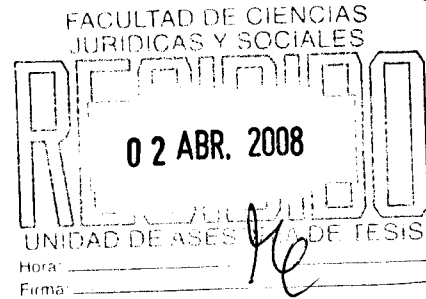
**CORPORACION DE SERVICIOS JURIDICOS
BUFETE ASOCIADO**

Lic. Rafael Morales Solares



Guatemala 02 de abril 2008

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




Licenciado Castillo Lutín:

Con agrado he recibido el oficio de fecha seis de marzo de dos mil ocho, en el que se me faculta para que como Revisor pueda realizar modificaciones que tengan por objeto mejorar el trabajo de investigación del bachiller **Herbert Abraham Rivera Echeverría** intitulado "**LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS EN LOS CONTRATOS POR ADHESIÓN EN EL ÁMBITO MERCANTIL GUATEMALTECO**". Procedo a emitir el siguiente dictamen:

El trabajo realizado posee un excelente contenido , con una metodología basada en el uso del método científico, utilizando las técnicas de investigación documental y bibliográfica.

Se utilizó la metodología pertinente, con una redacción clara y se manejó de una manera práctica para la fácil comprensión del lector; en su elaboración se utilizó bibliografía de autores nacionales e internacionales, arribando a conclusiones y recomendaciones importantes que deben ser tomadas en cuenta, tanto por legisladores, estudiosos del derecho y población en general.

Por lo anteriormente mencionado, considero que el trabajo efectuado, cumple con los requisitos que para el efecto establece el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público de dicha casa de estudios, previo a optar el grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, así como del Examen General Público, por lo que procedo a emitir **DICTAMEN FAVORABLE**, en el trabajo de tesis del bachiller Herbert Abraham Rivera Echeverría, para que continúe su trámite respectivo.


Rafael Morales Solares
Abogado y Notario



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES.

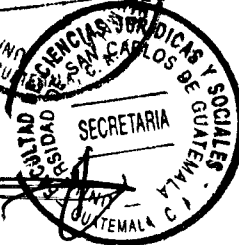
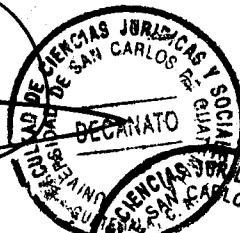
Guatemala, veintidós de agosto del año dos mil ocho.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del trabajo de Tesis del (de la) estudiante HERBERT ABRAHAM RIVERA ECHEVERRÍA, Titulado "LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS EN LOS CONTRATOS POR ADHESIÓN EN EL ÁMBITO MERCANTIL GUATEMALTECO" Artículos 31, 33 Y 34 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público de Tesis.

MTCL/ragm

eff

[Handwritten signature]



[Handwritten signature]

DEDICATORIA

- A DIOS: Mi Padre Celestial, por haberme guiado en toda mi vida y nunca haberme desamparado, por darme la posibilidad de alcanzar mis metas y por haberme dado inteligencia para lograr mis propósitos.
- A MIS PADRES: Herbert Estuardo Rivera Mazariegos y Alicia Verónica Echeverría Vallejo . Infinitas gracias por darme la vida, cuidarme siempre y enseñarme a llevar una vida correcta y digna. Gracias por su apoyo incondicional y sobre todo su amor
- A MI HERMANA: Cristhel Alicia. Por haber crecido juntos y haber compartido tanto momentos de alegría como de tristeza y haber estado en todo momento juntos. Gracias por todo tu apoyo, que aunque eres tan joven tienes tanta bondad y madurez.
- A MI TIO Y MENTOR: Licenciado Julio Roberto Echeverría Vallejo. Por toda su paciencia y dedicación y confianza al instruirme sobre la manera correcta de actuar en la carrera profesional en la carrera profesional y en la vida en general.
- A MIS ABUELOS: Armando Roberto Echeverría Bran, Marta Alicia Vallejo López y Elsa Leonor Mazariegos De Leon, por todo su amor paciencia y sabiduría.
- A MIS TIOS: Otto Adolfo, Telma Lucrecia, Cesar Otoniel, Edwin Fernando, Ingrid Magali, Elsy Ignacia y Eunice Anabella por su cariño e incondicional apoyo.
- A MIS PRIMOS:
Y A TODA MI
FAMILIA. Con mucho cariño.
- A LOS LICENCIADOS : Rafael Morales Solares, William Edilzar Rodas Quiñónez , infinitas gracias.

A MIS AMIGOS: Por haber estado siempre a mi lado y haber compartido mis triunfos y tristezas.

A MIS AMIGOS Y
COMPAÑEROS DE
TRABAJO:

Por ser parte de mi familia.

A MI PATRIA:

Tierra bendita que me vio nacer.

A LA TRICENTENARIA
UNIVERSIDAD DE SAN
CARLOS:

En Especial a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales y a la Jornada Matutina por haberme acogido en sus aulas.

ESPECIALMENTE A:

Todas las personas que de una u otra manera ayudaron a la elaboración del presente trabajo de tesis.

ÍNDICE

Pág.

| | |
|-------------------|---|
| Introducción..... | i |
|-------------------|---|

CAPÍTULO I

| | |
|---|----|
| 1 Evolución conceptual del contrato..... | 1 |
| 1.1 Concepto clásico de contrato..... | 1 |
| 1.1.1 El contrato como acuerdo de voluntades..... | 2 |
| 1.1.2 El contrato en el derecho romano..... | 4 |
| 1.1.3 El contrato en el derecho anglosajón..... | 5 |
| 1.1.4 El contrato en el derecho europeo..... | 6 |
| 1.1.4.1 El contrato en código civil francés..... | 7 |
| 1.1.4.2 El contrato en código civil español..... | 7 |
| 1.1.4.3 El bgb alemán..... | 8 |
| 1.2 El contrato y el acuerdo de voluntades..... | 8 |
| 1.3 El contrato en la época contemporánea..... | 10 |
| 1.3.1 Teoría sobre manifestación unilateral de voluntad..... | 11 |
| 1.3.2 La manifestación del consentimiento en el contrato en masa..... | 13 |
| 1.4 El contrato en la legislación guatemalteca..... | 13 |
| 1.5 Principios contractuales..... | 14 |
| 1.6 Las limitaciones a la libertad de contratar..... | 15 |
| 1.6.1 Las leyes..... | 16 |
| 1.6.2 La moral..... | 16 |
| 1.6.3 El orden público..... | 17 |

CAPÍTULO II

| | | |
|-------|--|----|
| 2 | La contratación en el derecho mercantil..... | 19 |
| 2.1 | Elementos de las obligaciones mercantiles..... | 19 |
| 2.1.1 | Principios de contratación mercantil..... | 19 |
| 2.1.2 | La mora mercantil..... | 21 |
| 2.1.3 | Capitalización de intereses..... | 22 |
| 2.1.4 | Solidaridad de los deudores | 22 |
| 2.1.5 | Exigibilidad..... | 23 |
| 2.1.6 | Derecho de retención..... | 24 |
| 2.1.7 | Vencimiento de las obligaciones mercantiles..... | 24 |
| 2.1.8 | La nulidad en las obligaciones mercantiles..... | 25 |
| 2.2 | Características de los contratos mercantiles..... | 25 |
| 2.2.1 | Concepto de contrato mercantil..... | 25 |
| 2.2.2 | Campo de acción del contrato mercantil..... | 26 |
| 2.2.3 | Representación para contratar..... | 26 |
| 2.2.4 | Forma del contrato mercantil..... | 27 |
| 2.2.5 | Cláusula compromisoria..... | 27 |
| 2.2.6 | Omisión fiscal..... | 28 |
| 2.2.7 | Libertad de contratación..... | 28 |
| 2.2.8 | Cláusula rebus sic stantibus..... | 28 |
| 2.2.9 | Perfeccionamiento, interpretación y prueba del contrato mercantil y contrato prerredactado..... | 29 |

CAPÍTULO III

| | | |
|-----|---------------------------------------|----|
| 3 | El derecho económico..... | 33 |
| 3.1 | Planteamiento del problema..... | 34 |
| 3.2 | Definición del derecho económico..... | 34 |

| | Pág. |
|---|-------------|
| 3.3 Relación del derecho con la economía..... | 36 |
| 3.4 Contenido del derecho económico..... | 38 |
| 3.5 Características..... | 39 |
| 3.5.1 Dinámico..... | 39 |
| 3.5.2 Complejo..... | 39 |
| 3.5.3 Finalista..... | 40 |
| 3.5.4 Instrumental..... | 40 |
| 3.5.5 Especializado..... | 40 |
| 3.5.6 Es una rama inestable del derecho..... | 40 |
| 3.5.7 Variabilidad de contenido normativo..... | 41 |
| 3.5.8 No se rige por patrones del derecho positivo..... | 42 |
| 3.5.9 Es un derecho mixto..... | 45 |
| 3.6 Campo de acción del derecho económico..... | 47 |

CAPÍTULO IV

| | |
|--|----|
| 4 Las formas de contratación actual y las cláusulas predispuestas..... | 49 |
| 4.1 Introducción..... | 49 |
| 4.2 Los contratos uniformes..... | 50 |
| 4.3 Los contratos con cláusulas predispuestas..... | 51 |
| 4.3.1 Características de las cláusula predispuestas..... | 52 |
| 4.3.2 Campo de acción..... | 53 |
| 4.3.3 El conocimiento de la cláusula predispuesta..... | 53 |
| 4.3.4 Nulidad de la cláusula predispuestas..... | 55 |
| 4.4 Condiciones generales de contratación..... | 56 |

| | Pág. |
|--|-------------|
| 4.5 Que debemos saber sobre las condiciones generales de contratación..... | 58 |
| 4.5.1 Que sean conocidas..... | 59 |

CAPÍTULO V

| | |
|--|----|
| 5 Las cláusulas abusivas en la contratación mercantil guatemalteca..... | 63 |
| 5.1 Planteamiento del problema..... | 63 |
| 5.2 Análisis jurídico doctrinario de los contratos por adhesión en legislación guatemalteca..... | 67 |
| 5.3 Las cláusulas abusivas en la contratación mercantil..... | 71 |
| 5.3.1 ¿Que es una cláusula abusiva en la legislación mercantill guatemalteca? | 73 |
| 5.3.2 Definición de cláusula abusiva..... | 74 |
| 5.3.3 ¿Son siempre abusivas?..... | 74 |
| 5.3.4 ¿Cuándo podemos sospechar que una cláusula es abusiva?..... | 75 |
| 5.3.5 ¿A quien se aplica la legislación actual?..... | 75 |
| 5.3.6 ¿Qué se puede hacer ante una cláusula abusiva?..... | 76 |
| 5.3.7 ¿Que clases de cláusulas abusivas pueden existir?..... | 76 |
| 5.3.7.1 Las cláusulas que limitan la libertad de elección del consumidor..... | 76 |
| 5.3.7.2 Las cláusulas que suplantán la voluntad del consumidor | 77 |
| 5.3.7.3 Las cláusulas que fijan unilateralmente condiciones procesales o judiciales para que los usuarios puedan ejercer sus derechos..... | 78 |
| 5.3.8 Protección contractual a contemplar..... | 78 |
| 5.4 Propuesta..... | 80 |

| | |
|----------------------|----|
| CONCLUSIONES..... | 83 |
| RECOMENDACIONES..... | 85 |
| BIBLIOGRAFÍA..... | 87 |

INTRODUCCIÓN

El derecho mercantil, es una de las ramas del derecho, que más contenido y alcance tiene en nuestra sociedad. A donde quiera que vayamos se dan espontáneamente relaciones económicas entre los miembros de una sociedad determinada. El ser humano no puede vivir aisladamente, obligatoriamente para poder subsistir necesita intercambiar con los demás miembros de la sociedad, bienes y servicios. En el intercambio de estos bienes y servicios, necesita regular estas relaciones, de tal manera que crea instituciones encargadas de normarlas. Podemos inferir que entre más desarrolladas estén las instituciones jurídicas de un país, en esa misma medida será el desarrollo económico y cultural del estado determinado; por el contrario cuando su sistema jurídico es débil, así será el atraso y debilidad de un país. Guatemala no es la excepción en este caso, puesto que siendo un país “en vías de desarrollo”, es de suponer que sus instituciones se encuentren en la misma situación, merced a los intereses de las grandes empresas comerciales que determinan; en la mayoría de los casos; las reglas del juego, en lo que a materia del comercio se refiere.

Derivado de lo anterior y haciendo uso excesivo del principio de “autonomía de la voluntad de las partes”, se ha venido forjando en las últimas décadas la supremacía de los llamados contratos de adhesión, (de naturaleza eminentemente mercantil), contratos en los cuales las cláusulas se encuentran de antemano redactadas por las grandes empresas que establecen las

(ii)

condiciones a las cuales se deben sujetar las personas, en este caso el “guatemalteco común”, el cual por ser la parte más débil en la relación contractual, se encuentra en posición de desventaja, frente a la persona que redacta el contrato, el cual muchas veces hace uso de las llamadas “cláusulas abusivas”, mismas que son producto de una “retorcida interpretación” del principio de la “autonomía de la voluntad de las partes” y de otros principios propios de la contratación mercantil; como lo son la buena fe, la verdad sabida, y la palabra guardada. Estos temas serán tratados en los capítulos IV y V del presente trabajo de tesis.

En relación a esto cabe destacar como se menciona en los capítulos I, II y III del presente trabajo, que nuestro ordenamiento jurídico, se refiere a estos principios, como filosóficos, por lo tanto no constituyen formas de interpretación dado su carácter. En las relaciones de comercio que se dan en la actualidad, la persona que contrata bienes y servicios al empresario que oferta masivamente al mercado sus productos, se somete a las condiciones de contratación que éste impone.

En torno a esto girará la presente investigación, por un lado a ubicar las causas y los efectos de los efectos de los contratos con cláusulas predispuestas (cláusulas abusivas), las cuales en muchas ocasiones lesionan los derechos de los consumidores; y por el otro, encontrar posibles soluciones a la problemática planteada, haciendo una análisis exhaustivo de la legislación guatemalteca y la interpretación que hace ésta de los llamados contratos de adhesión. Para lograr este objetivo utilizaré el método de análisis y el inductivo – deductivo junto con la investigación bibliográfica.

El tema que desarrollaré tiene relación directa con la realidad objetiva,

(iii)

dada la cantidad de contratos que gravitan en la esfera del derecho privado, donde se hace necesaria una revisión de la interpretación de los mismos y su ubicación en el sistema jurídico guatemalteco, con la finalidad de hacerlos mas “entendibles” y menos lesivos al comprador o consumidor guatemalteco.

Uno de los motivos personales por las cuales decidí hacer una investigación que tratará el tema antes mencionado, es la falta de interés del legislador y de las personas encargadas de velar por el derecho de los consumidores, de establecer parámetros legales tendientes a limitar el uso de las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión en el ámbito mercantil guatemalteco, puesto que es sabido que la mayoría de las leyes en nuestro país tienen esencialmente un contenido económico negativo, el cual se manifiesta en desventaja para los miembros de la sociedad guatemalteca, la cual tiene que soportar la poca o nula conciencia social del legislador, cuya voluntad se encuentra subordinada a los intereses mercantilistas de los grupos de poder económico que históricamente han dominado los poderes que componen el estado guatemalteco.

Una solución viable a la problemática planteada, sería el establecimiento de leyes y políticas estatales, que se traduzcan en un ordenamiento jurídico con reglas claras que garanticen los derechos de los consumidores, como el establecimiento de una procuraduría del consumidor con la suficiente independencia jurídica, y potestad para decidir controversias que surjan como consecuencia de la aplicación de las cláusulas abusivas en los contratos mercantiles de adhesión.

CAPÍTULO I

Evolución conceptual del contrato

de adhesión

1.1 Concepto clásico de contrato

El concepto clásico de contrato, sustentado en la actualidad, tiene como característica fundamental el acuerdo de voluntades. El Código Civil guatemalteco en su Artículo número 106 establece: “Hay contrato cuando dos o más personas convienen en crear, modificar o extinguir una obligación”. Este concepto ha perdurado desde la imposición del Código Napoleónico, el cual se acuña a fines del siglo XVIII, mismo que ha sido inamovible hasta la actualidad.

En la actualidad el mundo comercial demuestra que la declaración de voluntad, como una característica de los contratos que gravitan en la esfera del comercio, son una excepción, pues la realidad nos demuestra que son los contratos con cláusulas predispuestas la generalidad o lo que gobierna el mundo de los negocios. Actualmente que las contrataciones mercantiles, relativas al tránsito del patrimonio de un lugar a otro, se dan por la simple aceptación de una de las partes, puesto que los contratos se encuentran prerredactados. Visto de esta forma, las relaciones contractuales de hecho, no constituyen una figura jurídica del contrato, sino que se encuentran incluidas dentro de su definición conceptual.

Para definir con precisión el contrato, conviene recurrir al estudio histórico de esta institución jurídica, de tal manera que ciertos puntos oscuros en relación al contrato se aclararan, cuando vayamos entendiendo su desenvolvimiento a través de la historia.

1.1.1 El contrato como acuerdo de voluntades

El ilustre tratadista Farina establece “basado en la declaración de voluntad, constituye una noción tan arraigada en nuestra conciencia jurídica, y parece corresponder tan exactamente con el orden lógico de nuestras ideas y con el orden natural de las cosas, que no se piensa que en su origen y etimológicamente contrato no significo la obligación nacida necesariamente de un acuerdo de voluntades”¹. El concepto de la declaración de voluntad, como característica esencial del contrato, surge después de un largo periodo de evolución del pensamiento e instituciones jurídicas. Tal como lo indica Diez Picazo, “el concepto de contrato que hoy poseemos no se formó en el derecho romano”². La evolución del contrato no se ha quedado estancada, por el contrario sigue evolucionando, según las cambiantes necesidades de las estructuras económicas de la sociedad, la cual cambia a cada instante.

En el derecho romano, el concepto de contrato, sus elementos y sus formas, se fueron transformando con la evolución que esta sociedad experimento

¹ Farina , **Contratos mercantiles modernos**, pág. 168.

² Diez-Picazo, **Fundamentos de derecho**, pág. 96.

a lo largo de la historia. En la presente investigación, consulte varios autores, en relación a la evolución del contrato, y todos señalan que ha sufrido cambios, como lo señala Moroni, citado por Juan Farina: “la clásica teoría del consentimiento en materia contractual cede terreno a raíz de las nuevas modalidades de contratación, impuestas por la constante movilidad de las transacciones mercantiles y porque las previsiones del derecho moderno tienden a resolver situaciones que escapan a los esquemas tradicionales”.

Dicho en otras palabras, los cambios económicos en los estados del mundo, dan paso a nuevas modalidades de contratación, en las que la empresa cumple un papel determinante. Las relaciones entre los comerciantes o dueños de las empresas y los consumidores van gestando un derecho impuesto por las nuevas necesidades económicas, que hacen que la concepción clásica del contrato resulte inservible para las relaciones modernas. De manera que el contrato en cuanto expresión o instrumento del hombre para alcanzar finalidades que individualmente no le es dado obtener, debe estar dotado de todos aquellos elementos que la técnica jurídica actual está en condiciones de brindarle con el objeto de dar acabada satisfacción a lo que se espera de él en estos momentos cruciales de nuestra existencia”³

³ **Ibidem.** Pág. 45

1.1.2 El contrato en el derecho romano

En el derecho romano clásico, a su vez, el contrato se refiere a la concreta situación de estar ligadas las partes por un vínculo jurídico que crea derechos y obligaciones. No se refiere al acto jurídico mediante el cual las partes contraen dichos derechos, sino a lo contratado (/contractus/, lo contraído), la relación jurídica que ha quedado indisolublemente constituida mediante la convención generadora.

La voz de contrato deriva de *contrahere*, que, a su vez proviene de *trahere*.⁴ . Debe tenerse en cuenta que en la lengua latina la palabra *contrahere* no significaba primariamente celebrar un contrato. “En contraste con el verbo *contrahere*, el sustantivo “*contractus*” apareció mucho después, el término jurídico *contractus* fue acuñado por los juristas del periodo último de la república”⁵. En el antiguo derecho romano para que naciera una obligación, no resultante de un delito era necesario realizar determinados actos solemnes. Todos los actos solemnes que generaban una obligación se les llamaban “*contractus*”. Este vocablo tenía una definición distinta a la de la actualidad, en el derecho el contrato no significaba un acuerdo de voluntades, sino un vínculo.

En el derecho romano el contrato aparece como una forma de acuerdo (/conventio/). La convención es el consentimiento de dos o más personas que se

⁴ Diccionario de la lengua castellana, pág. 577

⁵ Fontanarrosa,. Derecho Comercial Argentino, pág. 98

avienen sobre una cosa que deben dar o prestar. La convención se divide en pacto (/pactum/) y contrato (/contractus/), siendo el pacto aquel que no tiene nombre ni causa y el contrato aquel que los tiene. En este contexto se entiende por nombre la palabra que produce la acción (el pacto se refiere solo a relaciones que solo engendran una excepción). La causa es alguna cosa presente de la cual se deriva la obligación. El pacto fue paulatinamente asimilándose al contrato al considerar acciones para exigir su cumplimiento. El contrato se aplica a todo acuerdo de voluntades dirigido a crear obligaciones civilmente exigibles. Estaba siempre protegido por una acción que le atribuía plena eficacia jurídica.

1.1.3 El contrato en el derecho anglosajón

El contrato en este derecho aparece como resultado del trueque. En este derecho suele definirse el contrato como la promesa o el conjunto de promesas que atribuyen a una o a las dos partes del derecho a exigirse algo. “En el derecho anglosajón la consideración es el elemento del que deriva la eficacia vinculante del contrato: Es un acto o una abstención de una de las partes, o de la promesa de esto; es el precio por el cual se compra la promesa de la otra, la promesa hecha de esta forma por una contraprestación queda jurídicamente sancionada”⁶.

En el common law una promesa sólo es sancionada en cuanto revista la

⁶ Gorla. citado por Farina , **Contratos comerciales modernos**, pág. 101.

forma del negocio jurídico. En este sistema lo que cuenta es la voluntad del promitente, en cuanto que promete exigiendo a su vez algo al promisorio, y no la justificación extracontractual del beneficio o del sacrificio. El carácter de los bienes intercambiados no es esencial para el derecho anglosajón, sino la existencia de una promesa, pues si ha habido un intercambio simultáneo de bienes es esta concepción no nace un contrato si bien crean nuevas relaciones físicas para las cuales una sociedad organizada establece nuevas relaciones legales. "Esas nuevas relaciones derivadas del intercambio simultaneo de bienes provienen de la acción voluntaria de ambas partes."⁷

1.1.4 El contrato en el derecho europeo

Con la anterior reseña histórica del contrato, he pretendido establecer la evolución conceptual que ha tenido la definición del concepto del contrato en el viejo continente, dado que es en estas latitudes donde empieza a formarse la ciencia del derecho. En la Europa continental no existe un concepto uniforme del contrato, por lo tanto esbozo las definiciones de los códigos de algunos países, donde más influencia tiene el contrato.

⁷ **Ibidem.**, pág. 172

1.1.4.1 El contrato en el Código Civil francés

El Artículo 1101 expresa que "el contrato es la convención por la cual una o más personas se obligan, con otra u otras, a dar, hacer, o no hacer alguna cosa". Esta definición se asemeja mas a la obligación, contemplada en el Código Civil de Guatemala. Más adelante encontramos en el mismo cuerpo legal, las condiciones de validez, la cuales se asemejan bastante a la legislación guatemalteca. "Cuatro condiciones son esenciales para la validez de una convención: El consentimiento de parte que se obliga, su capacidad de contratar, un objeto cierto que forma la materia del negocio, una causa lícita en la obligación".

1.1.4.2 El contrato en el Código Civil español

La definición jurídica de contrato, es la que más se asemeja a la del Código Civil guatemalteco. "El contrato existe desde que varias personas consienten en obligarse respecto de otra u otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio". La definición es bastante amplia, aunque no incluye la causa, del Código Civil francés. El ordenamiento jurídico guatemalteco, anteriormente incluía la causa, pero después de la entrada en vigencia del Decreto 106 (Código Civil actual), quedó fuera de los elementos de la definición legal.

1.1.4.3 El bgb alemán

Este viejo código no definía el contrato, igual que el Código Civil guatemalteco, de sus elementos se presume el contenido conceptual del mismo. "Salvo disposición en contrario de la ley, se necesitará un contrato de los interesados para establecer por acto jurídico una relación obligatoria o para variar su contenido"⁸. Para este Código el contrato constituye una de las variedades que puede presentar el negocio jurídico. En la actualidad el Código Civil alemán prescribe que "para la formación de un negocio obligacional por actos jurídicos, como para toda modificación del contenido de un negocio obligacional se exige un contrato celebrado entre las partes, salvo que la ley disponga de otro modo". Mientras el Código Civil suizo señala que "hay contrato si las partes manifiestan de una manera concordante su voluntad recíproca; esta manifestación puede ser expresa o tácita".

1.2 El contrato y el acuerdo de voluntades

Las disposiciones legales sobre contratos serán aplicables a todos los convenios y a otros actos jurídicos, en lo que no se opongan a la naturaleza de éstos o a disposiciones especiales de la ley sobre los mismos, que extiende las reglas del contrato a los demás actos jurídicos, unilaterales o bilaterales , diferente

⁸ BGB alemán, citado por Farina., pág. 173

es la formula adoptada por el Código Civil alemán según el maestro Borja Soriano que imita el Código Civil brasileño, ya que se destina a las reglas del acto jurídico, como categoría especial, aun cuando ello no implica, de modo alguno, que considere que el contrato tiene otra naturaleza.

La etimología de la palabra contrato es una voz semi culta, del latín contractus, literalmente contraído, del verbo contraho, ere, originalmente " juntar" y en la aceptación "contraer" una deuda, un negocio. En el diccionario la palabra contrato significa pacto o convenio entre partes que se obligan sobre cosa determinada. Y por convenio ajuste, concierto entre dos o más personas o entidades. En el diccionario de sinónimos nos damos cuenta de que es lo mismo a contrato; pacto, convención, acuerdo, compromiso, trato, estatuto, avenencia, tratado, formalidad, protocolo.

En el diccionario jurídico convenio viene del vocablo convenir, del latín convenire, ser de un mismo parecer, ajuste o concierto de dos o más personas. Es decir, un género particular de actos jurídicos en el que el acuerdo de voluntades tiene por objeto un interés jurídico referido a la transmisión, modificación, creación o extinción de derechos y obligaciones. Y por contrato según el diccionario jurídico proviene del latín contractus derivado del verbo contrahere, es un acto jurídico bilateral que se constituye por el acuerdo de voluntades de dos o más personas y que produce consecuencias jurídicas.

El contrato lo podemos definir como un acuerdo de voluntades para crear o transmitir derechos y obligaciones, es una especie dentro del género de los convenios. El maestro Rafael Rojina Villegas nos dice que el convenio tiene dos funciones; una positiva, que es crear o transmitir derechos y obligaciones, y otra negativa, modificarlos o extinguirlos. Por consiguiente se distingue el contrato del convenio, tomando en cuenta que para el contrato se le asigna una función positiva, es decir la creación y transmisión de derechos y obligaciones, y para el convenio se le da una función negativa, la de modificar o extinguir derechos y obligaciones. Esta distinción tiene su antecedente en el Código Civil francés que distingue la convención o acuerdo de voluntades, que es el género, del contrato que es el acuerdo de voluntades para dar nacimiento a una obligación. Mientras que convención es todo acuerdo de voluntad sobre un objeto de interés jurídico, la convención puede tener por objeto no sólo crear obligaciones, sino también su transmisión, modificación o extinción.

1.3 El contrato en la época contemporánea

El contrato, en general, tiene una connotación patrimonial, y forma parte de la categoría más amplia de los negocios jurídicos. La función del contrato es producir efectos jurídicos. En cada país puede existir un concepto de contrato diferente, y esa divergencia tiene que ver con la realidad socio-cultural y jurídica de cada país (existen ordenamientos en que el contrato no se limita al campo de

los derechos patrimoniales únicamente, sino que abarca también derechos de familia como, por ejemplo, los países en los que el matrimonio es considerado un contrato).

La mayoría de los Códigos Civiles contienen una definición de "contrato". Muchos de ellos, siguen los lineamientos del Código Civil francés, "el contrato es la convención por la cual una o más personas se obligan, con otra u otras, a dar, hacer, o no hacer alguna cosa". El Código Civil alemán prescribe que "para la formación de un negocio obligacional por actos jurídicos, como para toda modificación del contenido de un negocio obligacional se exige un contrato celebrado entre las partes, salvo que la ley disponga de otro modo". Mientras el Código Civil suizo señala que "hay contrato si las partes manifiestan de una manera concordante su voluntad recíproca; esta manifestación puede ser expresa o tácita". El Código Civil soviético solo expresaba que "Los actos jurídicos, esto es, los actos que tienden a establecer, modificar o extinguir relaciones de Derecho Civil, pueden ser unilaterales o bilaterales (contratos)".

1.3.1 Teoría de la manifestación unilateral de voluntad

Para algunos tratadistas contemporáneos, la teoría sobre la finalidad del contrato debió dejar de caracterizarlo como el resultado de la libre y coincidente voluntad de ambas partes, referirse a las necesidades que éste debe satisfacer,

de tal manera que la voluntad de las partes experimente una transformación, para convertirse en conciliación de necesidades. En este orden de ideas Duguit, sugiere una concepción negocial sobre bases distintas a las del clásico consentimiento, pues el cliente que hace uso del aparato se adhiere a un cierto estado de hecho predispuesto por el propietario...; Existe una voluntad, la del propietario, que mediante el aparato distribuidor ha establecido un estado de hecho y no una situación jurídica individual; es un estado de hecho de orden general y permanente; hay una manifestación unilateral de voluntad jurídica del adquirente”⁹.

Acudiendo a los antecedentes históricos, se encuentra la promesa unilateral como única fuerza generadora de obligaciones, la que es congruente, incluso desde el prisma del fundamento racional, porque el deber de satisfacer una prestación nace como consecuencia de la previa decisión de obligarse, antes que de imponer el vínculo a otro. Es falso admitir, que el consentimiento sostiene al contrato, porque en la realidad surge voluntades unilaterales de cada una las partes contractuales”¹⁰.

Soy del criterio que existe la declaración unilateral de voluntad, en virtud que el tráfico mercantil moderno, impone contrataciones en masa, donde una de las partes solamente se adhiere a las condiciones del oferente, de tal manera que es una sola voluntad, la del oferente, la que establece las condiciones contractuales sobre las cuales versara el contrato. Visto así, es solo una voluntad

⁹ Rezzononico, **Contratos con cláusulas predispuestas**, pág 56.

¹⁰ Moroni, **La promesa al publico**, pág. 122

la que predispone la relación jurídica (la idea es mía).

1.3.2 La manifestación del consentimiento en el contrato en masa

En la época actual, el consentimiento esta subordinado a la concurrencia de manifestaciones bilaterales; Por su parte Farina, establece que: “ Para que haya consentimiento no es necesario que exista una declaración de voluntad común, sino que basta con la concurrencia de manifestaciones (exteriorización) de voluntades reciprocas y correlativas de dos o más partes que coinciden en la obtención de un resultado jurídico común, aunque cada parte persiga fines propios (motivo individual de cada contratante)” .

En los contratos mercantiles por adhesión, materia de la presente investigación, una de las partes ve restringido al máximo su poder de negociar al contenido de este, de tal manera que no hay una diferencia conceptual con la oferta que hace el empresario con las cláusulas predispuestas, pero la diferencia existe en las circunstancias que rodean el negocio.

1.4 El contrato en la legislación guatemalteca

El Código Civil guatemalteco , establece que “hay contrato cuando dos o más personas, convienen en crear, modificar o extinguir una obligación”. Las disposiciones legales sobre contratos serán aplicables a todos los convenios y a otros actos jurídicos, en lo que no se opongan a la naturaleza de éstos o a

disposiciones especiales de la ley sobre los mismos. Que extiende las reglas del contrato a los demás actos jurídicos, unilaterales o bilaterales, diferente es la fórmula adoptada por el Código Civil alemán según el maestro Borja Soriano que imita el Código brasileño, ya que se destina a las reglas del acto jurídico, como categoría especial, aun cuando ello no implica, de modo alguno, que considere que el contrato tiene otra naturaleza.

Contrato, según el diccionario jurídico proviene del latín contractus derivado del verbo contrahere, es un acto jurídico bilateral que se constituye por el acuerdo de voluntades de dos o más personas y que produce consecuencias jurídicas.

El contrato lo podemos definir como un acuerdo de voluntades para crear o transmitir derechos y obligaciones, es una especie dentro del género de los convenios.

El Código Civil guatemalteco considera al contrato la especie y al convenio el género; "convenio es el acuerdo de dos o más personas para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones" y contratos son " los convenios que producen o transfieren las obligaciones y derechos" el maestro Rafael Rojina Villegas nos dice que el convenio tiene dos funciones; una positiva, que es crear o transmitir derechos y obligaciones, y otra negativa, modificarlos o extinguirlos.

1.5 Principios contractuales

La idea de contrato y la obligatoriedad encuentran su fundamento en la idea misma de persona y en el respeto de la dignidad que a la persona le es debida.

“Ello implica el reconocimiento de un poder de autogobierno de los principios, fines e intereses o un poder de autorreglamentación de las propias situaciones y relaciones jurídicas, al que la doctrina denominan autonomía privada o autonomía de la voluntad”¹¹. La autonomía privada es el poder de dictarse uno a si mismo la ley o el precepto, el poder de gobernarse uno a si mismo. Desde esta perspectiva la autonomía privada es interpretada como libertad de crear, modificar o extinguir relaciones contractuales, estipular o pactar sin más límites que los fijados por la ley.

1.6 Las limitaciones a la libertad de contratar

La facultad que tienen los contratantes de autogobernarse, importa ciertas limitaciones, puesto que no es absoluta, como bien lo apunta el doctor Vladimir Aguilar, al establecer que “La naturaleza del hombre el respeto a la persona exigen el reconocimiento de la autonomía, pero el orden social precisa que esta autonomía no sea absoluta, sino limitada. Es decir existen intereses de la colectividad que en la visión del ordenamiento se contemplan como de jerarquía superior a la de los privados y no pueden ser satisfechos mediante actos de autonomía de estos. En pocas palabras, la autonomía privada esta a limites por razón de intereses de la colectividad; pero la imposición de estos limites está

¹¹ Diez-Picazo, citado por el Doctor Vladimir Aguilar, **El Negocio Jurídico**, pág. 34.

también, valga la expresión sujeta a límites”¹².

1.6.1 Las leyes

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

1.6.2 La moral

Entendemos por moral, aquel conjunto de valores de una sociedad, que corresponden a la ética que prevalece en un período social determinado, y a las cuales los miembros de la sociedad les dan obligatoriedad de hecho y de derecho. Este es un concepto que admite diversas definiciones, pero que para nuestra ciencia jurídica, es el que más nos sirve.

¹² **Ibidem**, pág. 40.

1.6.3 El orden público

Al igual que el concepto anterior, su definición es bastante compleja, atreviéndonos a definirlo, es: El conjunto de principios y valores preestablecidos en una sociedad determinada, que funciona como limite a la contratación.

CAPÍTULO II

La contratación en el derecho mercantil

guatemalteco

2.1 Elementos de las obligaciones mercantiles

2.1.1 Principios de la contratación mercantil

El lector de la presente investigación se preguntará, porque incluyo en la presente investigación, el presente tema. Existe una relación directa entre los contratos de adhesión y el campo de acción donde gravitan. Para determinar con precisión el alcance y límite de las cláusulas abusivas en los contratos mercantiles, es preciso establecer las características de estos contratos, de tal manera que no quede duda que las cláusulas referidas, actúan con más frecuencia en el derecho mercantil, y no en el derecho civil, como erróneamente se cree. En este orden de ideas y con fines didácticos incluyo el presente capítulo, que servirá para una mejor comprensión del tema central del presente trabajo.

Como lo mencioné en la introducción de esta investigación, los contratos mercantiles y sus obligaciones tienen principios propios, los cuales están

encaminados a interpretar el campo de acción de dichas obligaciones. Tiene libertad de forma aunque el Estado obliga a realizar numerosas operaciones con arreglo a formas rígidamente preestablecidas. Su intención es la de proteger el interés del público en general. Reducción del principio de la autonomía de la voluntad en materia de contratación. Los contratos mercantiles se suponen elaborados en igualdad de condiciones por las partes contratantes. Sin embargo, en la realidad, existen compañías privilegiadas que “imponen” su ley a los clientes. Es el caso de contratos bancarios, seguros, transportes, suministros de gas, agua, electricidad, etc. Son los denominados **contratos-tipo** en los que raramente se realizan modificaciones por exigencias de particulares.

El Artículo 669 del Código de Comercio establece: “Las obligaciones y contratos mercantiles se interpretarán, ejecutarán y cumplirán de conformidad con los principios de verdad sabida y buena fe guardada, a manera de conservar y proteger las rectas y honorables intenciones y deseos de los contratantes, sin limitar con interpretación arbitraria sus efectos naturales”. En esencia el significado y alcance de este Artículo es el poco formalismo de las obligaciones mercantiles, de tal manera que los principios filosóficos, funcionan como parte integral de dichas obligaciones, por lo tanto los sujetos de las obligaciones mercantiles, conocen el alcance y limite de sus derechos y obligaciones. Tomando como base la buena fe en sus intenciones de contratar, dando celeridad al tráfico mercantil, obviando el exagerado formalismo, propio de otras materias del derecho.

2.1.2 La mora mercantil

A diferencia del derecho civil, en las obligaciones y contratos mercantiles se incurre en mora sin necesidad de requerimiento, solamente con el vencimiento del plazo de las obligaciones se cae automáticamente en la mora, a diferencia de los sujetos en las obligaciones civiles, donde es necesario el requerimiento para que la mora se dé. En lo mercantil hay un mandato para el deudor que cae en mora de pagar los daños y perjuicios, salvo pacto en contrario, cuando la obligación tenga por objeto una cosa cierta y determinada. Estos daños y perjuicios son cuantificables en relación al interés legal sobre el precio pactado en el contrato. A decir del doctor Villegas Lara “esta especialidad, que favorece privilegiadamente al acreedor, es injusta porque no entra a considerar si los daños y perjuicios realmente los provoco el incumplimiento del deudor;...¹³”.

Es la situación jurídica en que se encuentra el sujeto que no cumple con sus obligación o que no acepta la prestación que le hace el deudor, según el caso, en virtud de la exigibilidad de los respectivos vínculos. En las obligaciones y contratos mercantiles, a diferencia de lo que ocurre con el derecho civil, en donde es necesario el requerimiento, se incurre en mora sin necesidad de requerimiento bastando únicamente que el plazo haya vencido o que las obligaciones o contratos sean exigibles. Así se adquiere el *status* de moroso. La excepción a esta regla son los títulos de crédito y cuando hay pacto en contrario.

¹³ Villegas Lara, Rene Arturo, **Derecho Mercantil Guatemalteco Tomo III**, pág. 5.

2.1.3 Capitalización de intereses

Hablamos de capitalización de intereses, cuando el deudor deja de pagarlos, entonces la cantidad que se adeuda por este concepto, pasa a formar parte del capital, de tal manera que después de la capitalización, los intereses aumentan, debido a que aumentó la suma del capital, así lo expresa el Artículo 691 del Código de Comercio que literalmente dice: “En las obligaciones mercantiles se podrá pactar la capitalización de intereses, siempre que la tasa de interés no sobrepase la tasa promedio ponderado que apliquen los bancos en sus operaciones activas, en el periodo de que se trate”.

La capitalización de interés era propia de las operaciones de crédito, pero después de la promulgación del actual Código de Comercio, pasó a ser parte integral de todas las obligaciones mercantiles, siempre que así se pacte en el contrato, y que la tasa de interés no sobrepase el interés bancario. El Doctor Villegas Lara nos dice al respecto: “La capitalización de intereses, duramente criticada por la doctrina, es uno de los aspectos negativos del actual Código de Comercio, porque va en contra de grandes masas de la población que consumen bienes y servicios...”.

2.1.4 Solidaridad de los deudores

En las obligaciones mercantiles los codeudores serán solidarios, salvo pacto expreso en contrario. Todo fiador de obligación mercantil, aunque no sea

comerciante, será solidario con el deudor principal y con los otros fiadores, salvo lo que se estipule en el contrato.

En todo tipo de obligaciones siempre van a existir dos tipos opuestos de la obligación, por un lado tenemos al acreedor y por el otro está el deudor de la obligación. Cuando de ambos lados existen varias personas se dice que hay mancomunidad; ésta a su vez puede ser simple o solidaria. En el caso del deber, es simple cuando cada uno de los sujetos responde de una parte de las obligaciones; y solidaria cuando cualquiera de ellos responde de la totalidad frente al acreedor. La diferencia de la solidaridad de las obligaciones civiles con las mercantiles radica en que estas últimas la solidaridad de los deudores es obligatoria por mandato legal a diferencia de la civil, donde debe ser expresa.

2.1.5 Exigibilidad

La obligación está sujeta a un plazo, o sea el tiempo en que el deudor debe cumplirla. De acuerdo con el Código Civil cuando se omite pactar el plazo, o se dejó a voluntad del deudor fijar la duración del mismo, el acreedor tiene que recurrir a un juez competente para que lo determine (Artículo 1283 del Código Civil). Si éste fuera el procedimiento que se siguiera ante las obligaciones mercantiles sin plazo, la celeridad en el cumplimiento de los contratos se vería afectada y generaría hechos negativos en el tráfico comercial, además de hacer negativa la característica del poco formalismo del derecho mercantil. Aquí surge

una segunda especialidad de las obligaciones mercantiles: cuando se omite el plazo, la obligación es exigible inmediatamente. En concordancia con este tema, los términos de gracia y cortesía para ampliar el plazo, no existen en las obligaciones mercantiles, a menos que se pacten expresamente (Artículos 675 y 676 del Código de Comercio);

2.1.6 Derecho de retención

Es la facultad que se le da al acreedor mercantil para retener bienes muebles o inmuebles de su deudor que se hallen en su poder o de los que tuviere por medio de títulos representativos, cuando al ser exigida la obligación el deudor no cumple; o bien, hasta que el deudor cumpla. El derecho de retención es la facultad que se concede al acreedor mercantil para retener bienes muebles o inmuebles de su deudor, que se hallen en su poder; o de los que tuviere por medio de títulos representativos, cuando al ser exigida la obligación el deudor incumple. La retención funciona como una garantía a favor del acreedor que desea hacer efectiva la obligación. Los bienes retenidos siguen siendo propiedad del deudor, de tal manera que el acreedor tiene por mandato legal la calidad de depositario.

2.1.7 Vencimiento de las obligaciones mercantiles

Contemplado en el Artículo 693 del Código de Comercio el cual establece que: "Cuando se haya estipulado que la obligación ha de ser pagada por tractos

sucesivos, salvo pacto en contrario, la falta de un pago dará por vencida y hará exigible toda la obligación”. Debemos entender en este caso, que cuando se incumple con una cuota, sea el caso de una obligación de tracto sucesivo, el acreedor puede ejecutar toda la obligación. Por ejemplo se incumple con el pago de una o varias cuotas de un vehículo, el acreedor está facultado para embargar el objeto de la obligación, en este caso el vehículo.

2.1.8 Nulidad de las obligaciones mercantiles

Algunos tratadistas sostienen que en materia de contratos y obligaciones mercantiles, la nulidad debe ser reducida, éste es el criterio que sigue el Código de Comercio guatemalteco al establecer: “La nulidad que afecte las obligaciones de una de las partes, no anulará un negocio jurídico plurilateral, salvo que la realización del fin perseguido con éste resulte imposible, si no subsisten dichas obligaciones”.

2.2 Características de los contratos mercantiles

2.2.1 Concepto de contrato mercantil

Un contrato mercantil es un acuerdo que tiene carácter comercial. Al ser un contrato, el acuerdo tiene que haber sido celebrado entre dos o más personas, y de él se derivan uno o más derechos u obligaciones. Para que un contrato sea calificado de mercantil, debe versar sobre actos de comercio, definidos según la

legislación aplicable. La legislación aplicable a los contratos mercantiles a menudo ofrece diferencias con respecto a la legislación civil debido a que busca adaptarse a las necesidades del tráfico mercantil, que en ocasiones necesita soluciones distintas (normalmente más ágiles y rápidas) que el ámbito civil.

2.2.2 Campo de acción del contrato mercantil

. Es un contrato regulado en el derecho mercantil. Hay que tener en cuenta que un mismo contrato puede tener regulaciones diferentes según si se califica como civil o mercantil. Por ejemplo, las condiciones de una compraventa pueden ser diferentes.

- Es un contrato privado en el que las partes deben ser particulares. En el momento en que en un contrato una parte sea un organismo público, el contrato será un contrato público y no mercantil.

- No obstante un ente público, puede actuar como un particular, o sea, desprovisto de potestades y firmar un contrato mercantil con un particular. En tal caso el contrato se rige por las normas del derecho mercantil (derecho privado) y no por el derecho público.

2.2.3 Representación para contratar

Se le llama representación aparente, se da cuando una persona se manifiesta como representante de otra, sin necesidad de ostentar un mandato,

como sería necesario en el tráfico civil. Quien haya dado lugar, con actos positivos u omisiones graves a que se crea, conforme a los usos del comercio, que alguna persona está facultada para actuar como su representante, no podrá invocar la falta de representación respecto a terceros de buena fe.

2.2.4 Forma del contrato mercantil

El Código de Comercio establece que los contratos de comercio no están sujetos para su validez y formalidades especiales. En el Código Civil, establece formas de contratarse. Entre las excepciones está el contrato de fideicomiso y el de sociedad, los que deben celebrarse en escritura pública. 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. Los contratos celebrados en el territorio guatemalteco y que hayan de surtir efectos en el mismo, se extenderán en el idioma español. Se exceptúan de esta disposición los contratos que, de acuerdo con la ley, requieran formas o solemnidades especiales.

2.2.5 Cláusula compromisoria

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

2.2.6 Omisión fiscal

El hecho de que se omita el pago de impuesto en la celebración de un contrato, no lo hace ineficaz, pero además de pagar la carga tributaria, debe responder de las multas establecidas por el derecho tributario.

2.2.7 Libertad de contratación

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

2.2.8 Cláusula “rebus sic stantibus”

Es conocida como teoría de la imprevisión, en comercio, el deudor, puede demandar la terminación del contrato únicamente en los de tracto sucesivo y en los de ejecución diferida si sobrevienen hechos extraordinarios e imprevisibles que hagan oneroso el cumplimiento de la prestación. El Código de Comercio en su Artículo 688 menciona: “Únicamente en los contratos de tracto sucesivo, y en los de ejecución diferida, puede el deudor demandar la terminación si la prestación a su cargo se vuelve excesivamente onerosa, por sobrevenir hechos extraordinarios e imprevisibles. La terminación no afectará las prestaciones ya ejecutadas ni

aquéllas respecto de las cuales el deudor hubiere incurrido en mora. No procederá la terminación en los casos de los contratos aleatorios; ni tampoco en los conmutativos, si la onerosidad superviniente es riesgo normal de ellos”.

2.2.9 Perfeccionamiento, interpretación y prueba del contrato mercantil y el contrato prerredactado:

En cuanto a la forma: en lo mercantil los contratos se encuentran simplificados, no están sujetos para su validez a formalidades especiales. Cualquiera que sea la forma y el idioma en que se celebren las partes quedan vinculadas en los términos en que se quisieron obligar, aunque cuando ha de surtir sus efectos en Guatemala, debe hacerse en español. Hay contratos, sin embargo, que exigen determinada solemnidad, como la escritura pública en el contrato de fideicomiso y en el de constitución de sociedad.

En cuanto al perfeccionamiento: hay cuatro teorías, a saber:

a) Teoría de la declaración: el contrato se perfecciona cuando se exterioriza la aceptación. Parte del sujeto aceptante, cuya aceptación puede exteriorizarse en forma verbal, escrita o tácita;

b) Teoría del conocimiento: el contrato se perfecciona cuando el oferente tiene conocimiento de la aceptación. Parte de la opción del oferente;

c) Teoría de la expedición: El contrato se perfecciona cuando el

aceptante expide su declaración de acepto, pero se consigue cuando la declaración es por escrito;

d) Teoría de la recepción: El contrato se perfecciona cuando se recibe la aceptación por parte del oferente aunque no lo conozca, lo que supone que tiene que ser por escrito y en sobre cerrado, en el caso de las entregas con aviso de recepción.

En cuanto a la interpretación: se indica que cuando hay insuficiencia en la ley mercantil, se aplicará la civil observando siempre que por la naturaleza del tráfico comercial deberá tomarse en cuenta los principios que son básicos para que tanto las relaciones objetivas que norma como las leyes que lo rigen, se adecuen perfectamente a los principios filosóficos establecidos en el Artículo 669 del Código de Comercio (buena fe guardada, verdad sabida);

En cuanto al contrato prerredactado: Se considera que esta modalidad de contrato es más susceptible de darse en el campo mercantil, es también llamado contrato por adhesión, que son producto de la negociación en masa, elaborados en serie, sometidos a las leyes de una estandarización rigurosa, que por un proceso de tipificación contractual reduce el ánimo y esfuerzo de las partes y también la pérdida de tiempo. Se deben distinguir dos situaciones que disciplinan el contrato por adhesión:

a) **Contrato mediante formularios:** Su interpretación se rige por las

siguientes reglas: 1.- Se interpretan en caso de duda en sentido menos favorable de quien preparó el formulario; 2.- Cualquier renuncia de derecho tiene validez si en la redacción del documento aparece en caracteres tipográficos más grandes o diferentes al resto del documento; y, 3.- Las cláusulas adicionales prevalecen sobre las generales, aunque éstas no hayan sido dejadas sin efecto (Artículo 672 del Código de Comercio);

b) **Contrato mediante pólizas:** Hay contratos que se celebran mediante pólizas (el seguro); mediante facturas (compraventa); mediante órdenes o pedidos (el de suministro). En estos contratos puede suceder que en los términos en que se contrató difieran de lo que dice el documento, para ello se puede pedir la rectificación dentro de los quince días siguientes a aquel en el que se recibe el documento, de lo contrario se consideran aceptadas las condiciones consignadas en el documento.

CAPÍTULO III

El derecho económico

Modernamente en campo del derecho se habla de otra rama que, regula cierto tipo de materias que son propias de la economía, pero que a su vez son reguladas por el derecho, en Guatemala en algunas universidades privadas ya se imparte como una asignatura, el derecho económico. Decidí incluir el presente capítulo porque de las lecturas conexas a los contratos de adhesión y las cláusulas abusivas se puede establecer que hay un denominador común; y es que estas figuras se mueven dentro del referido derecho. Ahora bien cabe preguntarnos, ¿Cuál es la sustancia de este derecho?, ¿Cuál es su campo de aplicación? Para dar respuesta a ésta y otras preguntas, es necesario definirlo primero, de tal manera que de los elementos de la definición conceptual, inferiremos las respuestas a la problemática planteada.

Hablar de una idea original en el presente capítulo sería ser demasiado pretensioso dado la amplitud del tema, razón por la cual me auxilié de los mejores y más modernos tratadistas que abordan el tema, y que aclaran con precisión didáctica la problemática planteada.

3.1 Planteamiento del problema

Modernamente se ha definido a la economía como “la ciencia que estudia la forma en que los individuos y la sociedad efectúan las elecciones y decisiones para que los recursos disponibles, que siempre son escasos, puedan contribuir de la mejor forma a satisfacer las necesidades individuales y colectivas de la sociedad”. Considerando, por otro lado, que la economía por si misma no basta para responder a las necesidades de la sociedad, sino que debe estar inserta en un conjunto de normas jurídicas, podemos explicar que existe el derecho económico, al que podemos definir como “la rama del derecho que tiene por finalidad organizar y regular la actividad económica”.

3.2 Definición de derecho económico

El problema del concepto de cualquier rama jurídica, estriba en el carácter de las relaciones sociales asumidas por esas normas, como bien acota Abelardo Torre, “no es posible establecer límites precisos y tajantes entre las diversas ramas jurídicas, *puesto que en realidad hay una zona común en las fronteras, que abarca elementos integrantes de ambos campos limítrofes y que será más amplia, según las ramas de que se trate.*” No hay al respecto uniformidad en la doctrina, sobre la unidad y contenidos del *derecho económico*. Pero para dar una idea concreta de la órbita de esta rama jurídica, empezaremos por establecer su relación diferenciada con la economía.

Por lo antes mencionado es útil recordar a Hedeman “en la práctica del derecho económico es necesario entrar en los materiales con cierta osadía y libertad de espíritu”¹⁴ .

A modo de análisis, resulta útil la caracterización de los principales modelos de Estado y de derecho económico en América Latina y son: a) El modelo populista, b) El modelo desarrollista, c) El modelo de seguridad nacional y d) La crisis de la deuda y el modelo aperturista; clasificación donde se pueden identificar, a su vez, cinco fases de desarrollo industrial, entendidas como interacciones dinámicas entre la industrialización orientada hacia adentro y hacia fuera.

Tres de ellas, implican un crecimiento industrial hacia afuera: comprenden una fase de exportación de materias primas, luego una industrialización orientada a la exportación de primarios y por último una industrialización orientada a productos secundarios; y dos fases de ampliación industrial hacia adentro: comprende una industrialización sustitutiva de importaciones, en un primer momento de importaciones primarias, para luego alcanzar una sustitución de importaciones secundarias.

¹⁴ Hedeman, **Derecho societario**, pág. 32.

3.3 Relación del derecho con la economía

El derecho y la economía se encuentran en una frontera mutua y vasta, que comprenden las relaciones sociales comunes que forman parte de su objeto y que son tratadas en forma distinta por cada disciplina, relaciones susceptibles a alteraciones en la problemática social, que inducen a cambios en las especialidades jurídicas sobre el sistema del derecho, originando uno de sus más recientes productos el derecho económico.

Por lo expuesto debemos, en primer análisis, plantear el espacio común, las relaciones fundamentales, entre el derecho económico y la economía.

¿Cuál es el objeto, en ambas disciplinas? De la economía seguramente convendremos en que son las relaciones de producción su objeto, relaciones que se encuentran formadas por hombres individualmente considerados, como por grupos organizados hasta llegar incluso a establecer categorías económicas. El objeto del derecho en cambio, también está conformado por las relaciones entre las personas, organizadas o formando parte de complejas categorías jurídicas.

En ambos casos, se encuentra presente el hombre, pero no aislado sino el hombre en relación, en sociedad, lo que cambia en cada una es la relación, en el primero la interacción privilegiada es la que forman los hombres en el proceso de elaboración de sus condiciones materiales de existencia; en el segundo caso, la interrelación privilegiada, es el modo de vincularse en casi cualquier aspecto de la

vida social de los seres humanos que merezca un formalismo y que tenga un efecto coactivo o coercitivo previsto y socialmente aceptado.

El derecho a través de distintas leyes norma aspectos propios de las relaciones de producción y prevé consecuencias, que van desde aquellas que nos afectan de un modo inmediato y cotidianamente, verbigracia las leyes laborales, hasta las que suponemos mediatas y distantes, como las normas de intervención en entidades financieras con problemas de liquidez; en parte esta percepción obedece a que la cuestión económica, que en sí es compleja, es tratada de modo fragmentario por el legislador, a través de un cúmulo disperso de leyes, que con el transcurso del tiempo o en determinadas coyunturas económico-políticas, tienden a contradecirse. Pero esta forma normativa plantea un límite a la acción jurídica, cuando los efectos económicos derivados que puedan tener las decisiones judiciales afectan a otras áreas de la economía, incidiendo en la propia eficacia de la ley y acarreando consecuencias indeseables en el sistema económico.

Estas interrelaciones no son todo el problema, también existen escenarios donde las decisiones políticas en materia económica, como los *paquetazos*, debieran cumplir ciertas formalidades que garanticen una reducción del daño social estimable, otra cuestión, además, es la necesidad de establecer un ejercicio técnico de la coacción y coerción frente a los agentes económicos según hayan cumplido o no determinados presupuestos, las declaratorias de insolvencia a entidades bancarias lo que es un buen ejemplo de ello, el modo como se realicen estos y otros procedimientos podrían prevenir efectos económicos indeseables.

Esta secuencia de efectos económicos recíprocos y una falta de procedimientos y normas sobre decisiones discrecionales comprometidas políticamente en consideraciones extrañas a un modelo de desarrollo elegido democráticamente, no parece ser una opción eficiente en la administración de recursos escasos en el momento de detener una crisis económica, lo que ha dado material a reflexionar por jurisconsultos acuñando a través del tiempo el contenido del concepto de derecho económico. A propósito de la implicación del *derecho económico* con el desarrollo económico, sería oportuno mencionar a Andrés Serra Rojas que distingue al *derecho económico* como "El conjunto de estructuras, valores, normas, procedimientos, medidas técnicas y jurídicas de la economía organizada, del desarrollo económico y social de un país, que formula el Estado para la realización y dirección de su política económica."

3.4 Contenido del derecho económico

Hug argumenta "que el derecho económico incluye todas las normas de derecho público y privado, que rigen la exigencia y actividades de las empresas económicas ¹⁵". La materia del *derecho económico* según Hug es: a) Derecho de la empresa: Constituyen su objeto la totalidad de las relaciones que se dan al interior de la empresa, elementos constitutivos y relaciones jurídicas con el Estado y otras empresas. b) Derecho de la organización de la economía: Constituyen su

¹⁵ Hug, **Derecho Comercial**, pág. 12

objeto la disciplina de los administradores públicos y privados, las formas societarias y las formas coactivas de la organización de las empresas. c) Derecho sobre las cosas en la economía: Abarca relaciones entre las empresas y elementos materiales que sirven a su actividad (bosques, productos del subsuelo, etc.), constituye su tema el contenido de la propiedad privada en la economía. d) Derecho del tráfico en la economía: Régimen de actos jurídicos donde se manifiesta el ejercicio de la empresa frente a terceros, el régimen del derecho privado, como las normas esenciales sobre contratos de comercio o cuando el régimen público restringe la libertad de contratar. e) Derecho al trabajo: Que incluiría todas las relaciones entre las empresas y sus diferentes grupos de trabajadores.

3.5 Características del derecho económico

El derecho económico tiene como principales características la de ser:

3.5.1 Dinámico, debido a que su eficacia jurídica depende de las relaciones sociales a las que se aplica, misma que cambian conforme cada coyuntura económica o política.

3.5.2 Complejo, debido a las diferentes actividades que abarcan las diversas formas del movimiento económico.

- 3.5.3** Finalista, en virtud de que se ha concebido principalmente como un elemento destinado a equilibrar los intereses públicos y privados.
- 3.5.4** Instrumental, debido a que para la consecución de sus fines, requiere del servicio de herramientas técnicas propias de varias disciplinas.
- 3.5.5** Especializado, pues como rama autónoma del derecho, el *derecho económico* asume el encauzar un grupo específico de relaciones sociales, mismas que constituyen su objeto y que son tratados insuficientemente o no son considerados por el resto del derecho.

Para una mejor comprensión del tema subdividimos los caracteres del derecho económico en las siguientes categorías:

3.5.6 Es una rama inestable del derecho

En efecto, se estiman por ramas estables del derecho aquellas cuyos preceptos se mantienen, a decir de Torr , sin sufrir grandes transformaciones en un lapso considerable.

Un ejemplo de ello lo podríamos considerar al derecho civil, una muestra, en cambio, de derecho inestable es el derecho laboral, el derecho penal e incluso el derecho comercial, pues sus modificaciones se deben a la inclinación propia de cada pueblo o a las tendencias políticas que muestran distintos regímenes que las

instauran. El derecho como creación humana se sujeta al designio de los hombres, en su aplicación u omisión, el *derecho económico* se desenvuelve entre las contingencias históricas que afectan las relaciones que intenta instituir, a través de su aplicación que admite encauzar los efectos de cada perturbación a un mínimo de daño económico estimable; en tanto continuemos con una organización social fundada en la democracia, en que cada ejercicio de poder según sus intereses afecte a los contenidos, siempre cambiantes, del daño económico y sus formas de determinación.

3.5.7 Variabilidad del contenido normativo

El derecho penal, según Torr , tiene como característica el que no es factible obtener un concepto puro, que posea por tanto validez universal y necesaria, de este mismo atributo goza el contenido del *derecho económico* como disciplina jurídica.

En efecto, las consideraciones económicas que puede tener cada gobierno son de tan diverso orden, como los intereses que los moldean. Al *derecho económico* sólo le es posible instituir conceptos históricamente contingentes, cuya eficacia, delimitación y consolidación como preceptos, dependerá de los efectos sociales que deriven de su aplicación.

3.5.8 No se rige por los patrones de ordenamiento del derecho positivo.

Aunque es factible que diversas reglas o conjunto de reglas jurídicas puedan ser incorporadas al derecho positivo, como por ejemplo el título preliminar en el Código Civil ecuatoriano, o ciertas normas del Código Tributario de los países Latinoamericanos, incluso como preceptos constitucionales adviértase de ellos en la Constitución colombiana; al ser *juridizadas*, una ley de *derecho económico* o un código sobre la materia, se desconocería que el método por el que se dispone una ley o la norma jurídica, es ajeno en cuanto al ordenamiento del *derecho económico* como conjunto de reglas jurídico técnicas sobre cómo configurar un sistema de objetivos y políticas económicas, en que los factores explicativos provenientes de otras ciencias poseen la misma fuerza analítica que la propia técnica jurídica, como lo que explica Díaz Müller.

Por las relaciones sociales que abarca:

a.- El sector privilegiado de la realidad social, es en el *derecho económico* el relativo al orden público económico, como lo advierte Díaz Müller.

Torré distingue las leyes del orden público como "aquellas normas jurídicas cuya observancia es necesaria para el mantenimiento de un mínimo de condiciones indispensables para la normal convivencia y que, por lo tanto, no pueden ser dejadas a un lado por los particulares". A continuación en su obra cita a Enrique Martínez Paz que las precisa como "aquella parte del orden jurídico que asegura los fines esenciales de la colectividad".

Es posible traducir y aplicar las definiciones anteriores en la comprensión del concepto del orden público económico. Nuestra preocupación principal gira en torno a definir las relaciones sociales fundamentales que lo constituyen como tal, para ser objeto jurídico del *derecho económico*, estimamos que las relaciones esenciales giran en torno a la cuestión del desarrollo económico.

En segundo lugar los conceptos aludidos no provienen sólo de una matriz jurídica, sino, además, económica y consideramos factible traducir los datos producidos por cada disciplina a través del *derecho económico* en la consecución de sus fines, con respecto de las relaciones sociales que privilegia.

b.- Se puede constatar que las disposiciones del derecho económico han sido usadas en regímenes totalitarios, de hecho el derecho económico es un aporte alemán de principios de siglo al derecho moderno.

Vale recordar un denominador en común que tuvieron los programas intervencionistas, al menos en América Latina, que consistía declarar como contenido de sus actos los principios de igualdad, equidad y justicia social; por contraparte, también coincidían en que tales gobiernos no derivaban de una convención democrática.

El derecho económico en los períodos señalados sirvió para imponer modos específicos de comportamiento económico y en realidad, ninguna de las creaciones jurídicas pueden garantizar tales principios, pues dependen de un hecho más básico y elemental, la voluntad y la capacidad de hacerlos prevalecer

por todas o la mayoría de las personas que integran la organización social y al menos el segundo requisito se veía comprometido y arruinado por el origen de facto de los gobiernos aludidos.

No creo oportuno ahora retomar discusiones ampliamente desarrolladas por pensadores decimonónicos y contemporáneos, sobre un par de las cuestiones más debatidas hasta el presente, a saber, si el mercado o los hombres organizados políticamente deben determinar las necesidades sociales en cuanto a las mercaderías a producir; o si es factible superar dentro de los límites del desarrollo capitalista la contradicción entre el carácter social de la producción y la forma privada de la apropiación, en tanto la historia vaya dando sus respuestas y por sobre cualquier presupuesto teórico que asumamos en la configuración del *derecho económico*, deberemos observar que su realización se produzca a través de los medios democráticos, de cualquier otro modo sería totalitarismo.

c.- Las relaciones sociales asumidas se ordenan en torno a grupos de riesgo estimable.

Como habíamos expuesto, aunque cada relación socio-económica seleccionada cambiará con cada nueva coyuntura política o económica, es factible, no obstante, establecer al interior del campo de estudio, aquellos grupos o clases marginados del circuito de distribución de la riqueza o en situación de riesgo.

Aunque la selección de los grupos y de las relaciones privilegiadas en el proceso de construcción del sistema de objetivos y políticas económicas dependa de intervinientes políticas, el *derecho económico* debe para convalidar su función, remitirse a un análisis de cada uno de estos grupos o clases por separado y analizar sus relaciones entre sí y con el conjunto; es un aspecto principal del que hacer del *derecho económico* en su tarea por disminuir los impactos no deseados o previstos sobre los grupos predefinidos.

Por su extensión disciplinaria:

Su extensión, es cambiante por razón de la materia y las circunstancias históricas. Las relaciones económicas y sociales, hemos referido se modifican conforme cada coyuntura, con el transcurso del tiempo observamos cómo las dimensiones que habíamos dado a cada elemento cambian continuamente, afectando los conocimientos que teníamos del conjunto, tornándolos insuficientes, por lo que el *derecho económico*, cambia su extensión no sólo en relación directa al descubrimiento de alguna investigación, sino al compás de la cadencia con que se agita su objeto viviente, el ser humano en su proceso civilizatorio.

3.5.9 Es un derecho mixto

Letelier definió al derecho constitucional como un derecho mixto, pues no se limita sólo a la organización propiamente política, sino que, además, contiene preceptos de otra índole como los administrativos, civiles, penales, procesales, etc.

De igual modo, el *derecho económico* no puede limitarse a organizar un conjunto de normas, económicas si se advierte que en su aplicación entrarían en conflicto con otras normas, sean de carácter administrativo, civil o penal.

De ello se deriva que el *derecho económico* es una rama autónoma del *derecho*, por su carácter eminentemente interdisciplinario en el examen y respuesta de los problemas que enfrenta y por el ámbito de afectación del conjunto de sus normas.

El vasto contenido de las relaciones sociales que conforman el objeto del *derecho económico* causa, un incremento notable del contenido y especialización del instrumental técnico, en que el *derecho económico* se apoya.

A diferencia de otras ramas del derecho, el *derecho económico* se encuentra indisolublemente ligado a disciplinas como la económica en el desarrollo de sus preceptos técnicos jurídicos (a fin de establecer los compartimentos, causas y efectos económicos), la estadística (a fin de medir las consecuencias cuantitativas del modo económico prescrito) y la sociología jurídica (a fin de establecer las proyecciones de los comportamientos dentro de escenarios que admitan en diverso grado la eficacia y secuelas de los presupuestos a sustentar).

El *derecho económico* no se limita en disponer un conjunto de normas en arreglo a una política u objetivo dado, sino que además prevé las causas y efectos en los comportamientos de los demás agentes económicos.

De la aplicación de tales normas, proyectando las posibles secuelas económicas y previendo los elementos que pueden perturbar su eficacia en el curso del tiempo el *derecho económico* demanda para la consecución de sus fines, un amplio de instrumental técnico.

3.6 Campo de acción del derecho económico

Entenderemos por contenido del derecho económico, de lo que éste está contenido, tratándose del derecho económico y debido a la falta de su precisión conceptual, delimitamos los aspectos más generales, acogiéndonos a la dinámica específica de cambio en el curso de la historia. En consecuencia de haber señalado al derecho internacional del desarrollo, como una fuente de conocimiento del derecho económico, se ha ordenado sus principales contenidos según la siguiente clasificación:

Dentro del derecho económico internacional están incluidos los siguientes sistemas normativos:

El derecho de las relaciones comerciales internacionales, en el que se incluye: a) imposiciones internas aduaneras, de contingentes, comercio exterior, etcétera, y b) armonización interestatal y derecho de la liberación;

El derecho monetario internacional, que comprende: a) derecho monetario y de divisas internas; y b) derecho interestatal de la liberalización y armonización al respecto;

El derecho de planificación económica internacional: a) derecho de las subvenciones, inversiones, "stock", carteles y compras con efecto internacional; y b) *derecho interestatal de integración en la materia*".

CAPÍTULO IV

Las formas de contratación actual y las cláusulas predispuestas

4.1 Introducción

Este es uno de los capítulos principales de la presente investigación que estudia la problemática planteada, como lo son las cláusulas abusivas en la contratación. Al hablar de formas de contratación actual, necesariamente tenemos que incluir los subtemas que giran al rededor del mismo, como lo son, las cláusulas predispuestas, Ley de Protección al Consumidor, derecho de consumidores, etc. En Guatemala son pocos o casi nulos los estudios que se han realizado en relación al tema, no obstante la cotidianidad del mismo. En el presente capítulo desarrollaré algunos tópicos de interés, que incluyen conceptos y definiciones los cuales aclaran de una mejor manera, las formas de contratación actual y las cláusulas predispuestas, como un antecedente inmediato al tema central de la presente investigación, el cual se desarrolla en el capítulo último de esta investigación.

En Guatemala la dinámica del comercio actual requiere modalidades de contrataciones ágiles, expeditivas, uniformes, propias de una actividad económica en masa. Esta exigencia ha ido forjando nuevas características en contratos

mercantiles, alejándolos cada vez más de las clásicas estructuras del contrato civil. En efecto, en los contratos mercantiles, el adquirente se halla sometido a lo que imponga el empresario, mediante condiciones generales de contratación, los contratos de formularios, etc. Los contratos que celebra el comerciante con el consumidor y adquirente de bienes y servicios masivamente, se llevan a cabo sobre las base ya prefijadas por el empresario. Estas bases pocas veces admiten modificación, puesto que responden a un criterio y a una política comercial. Esta modalidad se manifiesta por medio de las llamadas condiciones generales de contratación.

4.2 Contratos uniformes

Respondiendo a las exigencias de la dinámica comercial, los comerciantes desarrollan contratos uniformes para todas las operaciones que están encaminados a la prestación de bienes y servicios, los cuales tienen como fin la contratación en masa. A esta forma de contratar es los que se conoce como contratos estándar, puesto que su característica es la uniformidad de su contenido, proyectado por el comerciante para todos los contratos en masa que celebre.

El contenido de los contratos tipo, o estándar, está determinado por las llamadas cláusulas predispuestas, en Guatemala este tipo de contratos los encontramos regulados en el Decreto 6-2003 del Congreso de la República, Ley de Protección al Consumidor. Estamos hablando de los llamados contratos de adhesión, los cuales erróneamente se les ubica en la normativa civil. Como lo

mencioné con anterioridad, el tráfico comercial impone formas de contratar que le den rapidez a las relaciones comerciales, es por esta razón que se hace necesario que el comerciante estandarice, por así decirlo, sus relaciones con los compradores por medio de los contratos de adhesión. "...d) **Contrato de adhesión:** Es aquel cuyas condiciones son establecidas unilateralmente por el proveedor, sin que el consumidor o el usuario pueda discutir o modificar su contenido en el momento de contratar.

En teoría, en el ámbito guatemalteco, el contrato estándar se manifiesta mediante las cláusulas predispuestas, en tanto que las condiciones generales de contratación y la celebración de éste a través del contrato de adhesión. La realidad nos muestra otra cara, puesto que en la actualidad debido a la gran influencia del empresario en las leyes, se ha ido forjando una especie de contratos de adhesión sin que intervenga la voluntad del legislador. Esto en la práctica se da cuando celebramos un contrato con una inmobiliaria, por ejemplo, y esta nos estipula la simple aceptación de las condiciones de compra, sin que podamos discutir las cláusulas del contrato.

4.3 Los contratos con cláusulas predispuestas

Este tipo de cláusulas, constituyen la característica primordial de los contratos en masa, debido a la necesidad de estandarizar el contenido de estos instrumentos jurídicos, cuya formalización se oferta a la colectividad

ilimitadamente. Este tipo de cláusulas suelen estar dentro del contrato o pueden encontrarse en otro documento accesorio al contrato principal. “Pueden figurar en carteles, avisos e incluso ser anunciadas verbalmente a través de altoparlantes, pero en todo los casos deben ser conocidas por sus destinatarios. Se caracterizan estas cláusulas por su elaboración formal, la cual es extremadamente técnico-jurídica, debido a que el comerciante no quiere correr riesgos de nulidad en la contratación”¹⁶.

En la práctica, en Guatemala muy poca gente tiene conocimiento de las leyes o mejor dicho, de sus derechos como consumidor, de tal manera que aunque el comprador pueda leer este tipo de cláusulas, es muy difícil que las pueda entender.

4.3.1 Características de la cláusula predispuesta

La generalidad y la predisposición de este tipo de cláusulas, es resultado de una manifestación unilateral de voluntad de parte del comerciante o empresario, donde prevalece la autonomía propia del derecho privado. La generalidad de esta cláusula es una de sus características esenciales. Dentro del principio de autonomía de la voluntad en una cláusula, siempre es posible su ulterior modificación o sustitución, dando que como es de orden privado, puede ser modificada a voluntad del comerciante. En realidad no es que sea, esta cláusula

¹⁶ Farina, **Contratos comerciales modernos**, Pág. 54

del derecho privado, sino su aplicación se da más en los contratos entre particulares. Cabría preguntarnos entonces, si las relaciones entre estos, no es competencia del derecho publico o del estado en todo caso.

La generalidad de esta cláusula trae como consecuencia su uniformidad, lo que implica rigidez, dado que existan negociaciones en condiciones preestablecidas, en las que esta uniformidad sea tratada con cierta flexibilidad. Aunque puede darse el caso, de cláusulas predisuestas que no revistan de generalidad, sino que han sido prestas para un contrato especial.

4.3.2 Campo de acción

En relación a este tema, solo me resta decir que las cláusulas predisuestas constituyen un modo de expresar las condiciones generales de la contratación, se encuentran presentes en los contratos celebrados mediante formularios y en los contratos por adhesión.

4.3.3 El conocimiento de la cláusula predisuesta

En el medio guatemalteco es muy difícil que se dé esto, debido a la falta de ética por parte del comerciante o vendedor, el cual la mayoría de los casos, le atribuye propiedades a los productos que no las tienen. Para muestra, está el caso

de los productos que se anuncian por televisión, en donde existe una desinformación total por parte de la persona que esta adquiriendo el bien o servicio. Normalmente la cláusula predispuesta es formulada por escrito, dentro o fuera del texto del contrato, pero puede darse el caso, como lo mencione al principio, que se den a conocer verbalmente. La eficacia de este tipo de cláusula, depende del conocimiento que tenga el destinatario de la misma, aunque esto no implica, necesariamente que se anule el contrato, puesto que como lo mencioné, se conozca o no, muchas veces, sino es que la mayoría de las veces, el consumidor desconoce cuales son sus derechos como tal. Sin duda este tipo de publicidad de la cláusula predispuesta, funciona más en el sistema anglosajón, donde el estado es fuerte y actúa en defensa del consumidor.

El comerciante o predisponente, en estos casos debe poner especial interés en imprimir la cláusula, utilizando los medios que permitan tener por probado su conocimiento por parte de el contratante. Cuando la cláusula esta inserta en el texto del contrato, el predisponente queda liberado de probar su conocimiento por la contraparte, pues se presume. Ahora bien, no se debe entender esto como una facultad para engañar al adquiriente. Si el producto, bien o servicio, contiene vicios, de todos modos hace ineficaz el negocio. No puede ser de otra forma, puesto que, si bien es cierto existe el derecho entre particulares, este siempre esta supeditado a un ordenamiento jurídico determinado, el cual siempre será de aplicación general.

“Cuando el contrato reenvía a la cláusula o condiciones generales no

incluidas en el texto, la contraparte podrá alegar y probar que no ha podido (empleando una diligencia normal) conocer el contenido de dicha condición; por lo tanto, no se encontrará vinculada a la cláusula ignorada¹⁷.

4.3.4 Nulidad de la cláusula predispuesta

En las condiciones generales a veces se imponen pactos que, apartándose de las normas legales dispositivas, hacen recaer sobre una de las partes contratantes más débil desde el punto de vista de su posibilidad de negociación los riesgos que puedan derivar del cumplimiento del contrato, por ejemplo los vicios de la cosa, o bien limitando la responsabilidad solo a los casos de dolo (excluyen la culpa) o ata una suma determinada de daños, o incluyendo cláusulas de caducidad de derecho de la contraparte. También es frecuente la cláusula de reserva (a favor de la empresa predisponente) de la propiedad de las mercancías entregadas, hasta el pago total del precio, y la sumisión a los tribunales que resulten mas cómodos a la empresa por su lugar de emplazamiento o sede¹⁸.

Como lo mencioné con anterioridad, la autonomía de la voluntad está supeditada a las leyes y éstas siempre son de aplicación general, de tal manera que en los casos que menciona el tratadista arriba citado, se puede fácilmente declarar de nulidad una de estas cláusulas, anteponiendo el derecho público a la

¹⁷ Santos Briz., **Derecho Económico**, pág.200.

¹⁸ Farina, **Contratos Comerciales Modernos**, pág. 68.

autonomía privada. ¿Cómo se logra esto? Por medio de una legislación práctica aplicable a este tipo de cláusulas, esto será desarrollado mas adelante, en el capítulo final de la presente investigación.

4.4 Condiciones generales de contratación

En Guatemala no existe ninguna ley que regule este tipo de cláusula, en sentido estricto. De la lectura del Artículo 1520 del Código Civil guatemalteco, inferimos por analogía este tipo de cláusulas, pero como repito no están reguladas taxativamente, en el capítulo que a continuación desarrollaré y expondré parte del problema y la posible solución. No obstante, podemos definir las como: "las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato vienen impuestas por una de las partes, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos". Pensemos como en la práctica, en la mayor parte de los casos nos obligamos en virtud de unas cláusulas o condiciones que nos vienen dadas.

Lo más característico de esta técnica comercial consiste en la eliminación de toda negociación previa al acuerdo de voluntades que da lugar al nacimiento del contrato: "en los contratos de adhesión no existe lo que se conoce con el nombre de "tratos preliminares", no hay ofertas y contraofertas. Sólo cabe la aceptación de la oferta sin matices, o el rechazo de la misma. "Esta forma de contratación halla explicación, entre otras cosas, en la naturaleza misma de la actividad que ejerce el

predisponente, en cuanto requiere la uniformidad de vínculos con cada integrante de la gran masa de consumidores y usuarios y de allí que aparezca como materialmente imposible introducir modificaciones entre contrato y contrato, sacrificándose así la discusión paritaria de cada cláusula o de su conjunto en favor de una contratación más dinámica que responda más acabadamente a criterios de racionalización de la empresa”¹⁹..

Alfaro Aguilar Real, autor de importancia indiscutida en la materia, ha desarrollado de manera exhaustiva las ventajas que acarrea la utilización de las cláusulas predispuestas en los contratos, al expresar: “En síntesis, pueden identificarse cuatro grupos de efectos racionalizadores: las condiciones generales provocan una *reducción de los costos de celebración y regulación de los contratos*; favorecen la *división de tareas* entre los miembros de la organización empresarial; facilitan la *coordinación entre éstos* y hacen posible el *cálculo anticipado del costo de producción de los bienes y servicios* que ofrece la empresa”.

Ahora bien, al igual que otros fenómenos que han venido a imponer una reestructuración de los cánones clásicos del derecho, las condiciones generales produjeron una transformación de los principios en materia de contratos, revelando la insuficiencia de las viejas estructuras de contratación civil y su consecuente regulación legal; muy especialmente, en lo referente al control e interpretación de

¹⁹ Stiglitz, Rubén y Stiglitz, Gabriel, **La Ley**, pág. 198.

las mismas. Y es que sucede, cada vez más frecuentemente, que el uso de ellas trae aparejado el abuso de la posición de predominio de quien las predispone, en perjuicio de la parte adherente, situación que el Estado debe impedir o corregir.

Es importante no confundir las condiciones generales de contratación con las cláusulas abusivas. Una condición general no tiene por qué ser abusiva. Cláusula Abusiva es la que en contra de las exigencias de la buena fe, causa en detrimento del consumidor, un desequilibrio importante e injustificado de las obligaciones contractuales y puede tener o no el carácter de condición general, puesto que puede darse también en contratos individuales, cuyas cláusulas no hayan sido negociadas. En los contratos que contienen condiciones generales se habla de, por una parte, el predisponente o profesional que impone las condiciones, y por otra de, el adherente o consumidor que se adhiere a ellas.

4.5 ¿Qué debemos saber sobre las condiciones generales de la contratación?

El tema de las condiciones generales de contratación se ha transformado en un tópico de trascendental importancia para el derecho privado actual, en orden a su incidencia en la relación contractual, al constituirse en un indicador de una situación de desigualdad negocial al mismo tiempo que se transforma en un instrumento de técnica empresarial imprescindible para la sociedad postmoderna. Seguramente, en los contratos de empresa, las condiciones generales y las

cláusulas abusivas tuvieron su primera expresión en las pólizas de seguros, que fueron usadas por lo menos desde el siglo XVI. A partir de allí, su uso se extendió a una inimaginable cantidad de operaciones, que en la actualidad van desde complejos contratos bancarios, hasta boletos de transporte, por ejemplo.

Ya las directrices de la Asamblea General de la ONU de 1985, establecían en el Artículo 19: *“Los consumidores deben gozar de protección contra abusos contractuales como el uso de contratos uniformes que favorecen a una de las partes, la no inclusión de derechos fundamentales en los contratos y la imposición de condiciones excesivamente estrictas para la concesión de créditos por parte de los vendedores”*.

Para la validez de las condiciones generales la mayoría de los ordenamientos legales exigen una serie de requisitos, en Guatemala la Ley de Protección al Consumidor no contempla ningún capítulo o sección con este título, pero de la lectura de la citada ley podemos inferir ciertas obligaciones.

4.5.1 Que sean conocidas

En este sentido no se entienden aceptadas por el usuario las condiciones generales cuando el profesional - vendedor (predisponente) no halla informado expresamente al consumidor y le halla facilitado un ejemplar de las mismas. Ahora bien, si el contrato no debe formalizarse por escrito, bastará con que anuncie las condiciones generales en un lugar visible dentro del lugar en el que se celebra el

negocio, o bien, que las inserte en la documentación del contrato, o que de cualquier otra forma garantice al adherente la posibilidad efectiva de conocer su existencia y contenido en el momento de la celebración.

La Ley de Protección al Consumidor en su Artículo 15 expone lo siguiente: “sin perjuicio de las contenidas en otras leyes, son obligaciones de los proveedores:

- ...c) Proporcionar la información básica sobre los bienes y servicios que provee.
- f) Utilizar el idioma español en las especificaciones de contenido, manejo, uso, fecha de producción, de vencimiento y demás indicaciones de los productos que se ofrecen al público...
- g) Traducir al idioma español las especificaciones completas de los productos importados que las traigan impresas en idioma extranjero, así como identificar plenamente al importador.
- ñ) Incorporar en listados, rótulos, letreros, etiquetas o envases, el precio de los bienes o servicios que se ofrecen al público, incluyendo el Impuesto del Valor Agregado -IVA-.
- o) Respetar las especificaciones de los productos, así como las ofertas, promociones y liquidaciones hechas sobre los mismos, cumpliendo exactamente con los términos contractuales.
- w) Proporcionar la información que le sea requerida por la autoridad competente.

x) Las demás contenidas en ésta y otras leyes del país que le sean aplicables”.

Dentro de este requisito plantean una problemática específica, los casos cada vez más extendidos de contratación a distancia por vía telefónica, electrónica o telemática, (sobre todo contratos a través de Internet, televisión, etc.). En este sentido la ley de Guatemala, no estipula la información de las condiciones generales, éstas se encuentran dispersas en el Código Civil, y su aplicación nos remite a la interpretación clásica de la ley.

CAPÍTULO V

Las cláusulas abusivas en la contratación mercantil guatemalteca

5.1 Planteamiento del problema

En el sistema jurídico Guatemalteco, no hay una normativa legal que regule las condiciones generales de contratación, las cuales a su vez llevan implícitas la forma de regular los contratos en masa, más conocidos en nuestro medio como contratos de adhesión. Intencionalmente decidí dejar de ultimo la definición de este tipo de contratos con el propósito de analizar la incidencia de los mismos, en la contratación mercantil guatemalteca. Si bien es cierto la Ley de Protección al Consumidor regula los contratos de adhesión y las condiciones sobre las cuales deben versar los mismos, estos no son regulados por el ordenamiento mercantil guatemalteco. El legislador fue muy parco en establecer las limitaciones legales en los contratos de adhesión, que prevengan y sancionen los abusos en los que incurre el comerciante al momento de establecer las condiciones de venta de sus productos.

Por un lado se habla de defensa del consumidor, pero no se establecen los mecanismos prácticos esenciales, tendientes a normar la actividad del comerciante en los contratos de adhesión. Comúnmente se entiende que este tipo de contratos gravitan en la órbita del derecho civil y no mercantil, pero la realidad

nos demuestra que en la actualidad la mayoría de los contratos que celebramos son de naturaleza mercantil. De la lectura del inciso d), del Artículo 3 de la Ley de Protección al Consumidor, podemos fácilmente determinar como nuestras relaciones de comercio son, en la actualidad verdaderos contratos de adhesión, puesto que nuestra conducta solamente se limita a aceptar las condiciones impuestas por el oferente, este artículo dice así: “Contrato de adhesión: Es aquel cuyas condiciones son establecidas unilateralmente por el proveedor, sin que el consumidor o el usuario pueda discutir o modificar su contenido en el momento de contratar”.

De la lectura del anterior Artículo nos surgen algunas interrogante tales como: ¿Son los contratos de adhesión, en la actualidad, de dominio del derecho mercantil?, ¿Se encuentra el consumidor en una posición de desventada frente al oferente de un producto? La respuesta a las anteriores interrogantes, definitivamente es afirmativa, en el sentido que la mayoría de los actos de comercio que realizamos normalmente, solo nos adherimos a las condiciones impuestas en el contrato, de donde podemos inferir que nos encontramos en una posición de desventaja frente a la persona que estipula sus condiciones (el comerciante). En la legislación mercantil también encontramos los contratos de adhesión, aunque no con este nombre, pero sus características son similares. Lo mas preocupante es la irresponsabilidad del legislador en la redacción de leyes que van dirigidas a la colectividad.

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

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

Nótese, en este caso como la ley faculta al empresario para que en este caso, estipule a su antojo las condiciones, muchas veces abusivas sobre las cuales versará la conducta del cliente, en este caso sujeto pasivo de la relación. Es así como nuestra conducta al momento de contratar se limita a “aceptar” las condiciones impuestas por el comerciante o empresario. Para dar un ejemplo palpable de lo anteriormente expuesto, tomemos como referencia una compraventa de un bien inmueble, cuando se celebran estos contratos, la inmobiliaria obliga al adquirente a aceptar todas y cada una de las cláusulas en el contratado establecidas; es mas el notario es elegido por ellos y no por el adquirente del bien. Algunas empresas llegan al colmo de prohibirle la venta de inmuebles a abogados. Vemos pues, como nuestra conducta esta supeditada, en muchos casos, a la voluntad del predisponente.

Determinar cuando un contrato de adhesión gravita en la órbita del derecho mercantil, es algo relativamente fácil, si tomo los métodos de interpretación y los principios propios del derecho comercial, estableceremos que estos contratos se mueven mas, en el ordenamiento mercantil. El problema en si no es su ubicación; sino la falta de regulación “intencional”, por parte del legislador de establecer

“reglas claras del juego”, que protejan los derechos de los consumidores. Si hacemos un análisis de las disposiciones legales, tanto en materia mercantil como civil, podremos concluir que la falta de voluntad, por un lado, de proteger los derechos del consumidor, y por el otro el abuso de los principios de la contratación mercantil, los cuales facultan al empresario y al legislador, para no incluir condiciones generales de contratación.

En efecto el Código de Comercio, faculta al empresario o comerciante para que haga su voluntad, debido a la poca formalidad de los contratos comerciales y en su artículo 671 lo expresa así: “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. Los contratos celebrados en el territorio guatemalteco y que hayan de surtir efectos en el mismo, se extenderán en el idioma español...”.

Vemos pues, como la misma ley desampara al consumidor en los contratos mercantiles por adhesión, puesto que los vacíos legales en el ordenamiento jurídico son demasiado grandes. En lo civil, los contratos de adhesión se encuentran regulados en el Artículo 1,520, pero tampoco desarrolla las condiciones generales de contratación : “ Los contratos de adhesión, en que las condiciones que regulan el servicio que se ofrece al público son establecidas sólo por el oferente, quedan perfectos cuando la persona que usa el servicio acepta las condiciones impuestas”. Nuestro objetivo en el presente análisis es, dejar claro los límites y alcances del contrato de adhesión en el ámbito mercantil

guatemalteco, razón por la cual mencione las disposiciones legales que los regulan, falta entonces definir conceptualmente estos contratos, así como su ubicación en la sistemática jurídica actual, para que nuestro estudio quede completo.

5.2 Análisis jurídico doctrinario de los contratos por adhesión, en la legislación guatemalteca.

En muchos de los actos de consumo que realizamos subyace la existencia de un contrato. Los contratos pueden revestir muy distintas formas, pueden ser escritos, verbales, etc. Una gran parte de los contratos que celebramos son los denominados contratos de adhesión o contrato tipo que a continuación pasamos a comentar.

Estos contratos se caracterizan por estar redactados previa y unilateralmente por el oferente para su aplicación en la contratación con consumidores y usuarios, sin que les quepa a estos la posibilidad de negociación o modificación de sus cláusulas, que les vienen impuestas si quieren acceder al servicio o producto. Son generalmente utilizados en servicios tan imprescindibles como la electricidad, el agua, la telefonía, o los servicios bancarios, de ahí la necesidad de establecer en la utilización de estos contratos unas garantías de protección de los legítimos intereses de los consumidores y usuarios.

Los contratos de adhesión incluyen las denominadas condiciones generales de contratación, que podemos definir como "las cláusulas predisuestas cuya incorporación al contrato vienen impuestas por una de las partes, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos". Pensemos como en la práctica, en la mayor parte de los casos nos obligamos en virtud de unas cláusulas o condiciones que nos vienen dadas. En los contratos que contienen condiciones generales se habla de, por una parte, el predisponente o profesional que impone las condiciones, y por otra de, el adherente o consumidor que se adhiere a ellas.

El doctor Vladimir Aguilar dice al respecto de estos contratos: "Esta clasificación es hoy día de las más importantes. Denominamos contratos por negociación a aquellos en que las partes debaten o discuten, por lo menos, se encuentran en posición de debatir y discutir el contenido del que el futuro contrato ha de ser dotado. Constituyen en la legislación guatemalteca la regla general. En cambio, denominamos por adhesión a todos aquellos en que existe una previa prerredacción unilateral del contrato que es obre de una de las parte contratantes, por medio de formularios impresos, pólizas o modelos preestablecidos y la otra solo le es permitido declarar su aceptación o eventualmente su rechazo"²⁰.

Difiero con el doctor Aguilar en relación a que la regla general sean los contratos negociados. El tráfico mercantil y la realidad misma nos imponen las reglas a las cuales solo nos adherimos, claro que todos los contratos tienen una

²⁰ Vladimir Aguilar, **El Negocio Jurídico**, pág. 52.

fase de negociación, pero esta se inclina en la balanza a favor del comerciante o empresario. En este sentido se pronuncia el doctor Villegas Lara al hablarnos de los contratos de este tipo, donde concluye lo siguiente: “El llamado contrato por adhesión ha sido discutido profundamente en la doctrina, tanto por la forma en que se da en negocio como en lo referente a su conveniencia para contener auténticas manifestaciones de voluntad. Se le critica, fundamentalmente, el hecho de colocar al consumidor en una posición de desventaja frente al que ofrece un bien o un servicio”²¹ .

La Ley de Protección al Consumidor en su Artículo 48 en relación a este tipo de contratos dice: “Contratos de adhesión. Se entenderá por contrato de adhesión 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”.

COMENTARIO:

De la lectura de la Ley de Protección al Consumidor podemos inferir que el legislador incluyó las condiciones generales de contratación, en este apartado, el problema, que hay es que en el Artículo 3 de la misma ley también se define el contrato de adhesión, y en este no se hace mención a la palabra “partes”, sino a los vocablos, “proveedor y consumidor”. Es una imprecisión jurídica por parte del

²¹ Villegas Lara. Rene Arturo, **Derecho Mercantil Guatemalteco Tomo III**, pág. 12 .

legislador demasiado grave, porque por un lado existe una norma donde se define los contratos de adhesión, por la otra existe una definición del mismo concepto con características diferentes, puesto que el Artículo 47 de la ley es más extenso y abarca más las situaciones contractuales, pero debió a mi criterio incluir los vocablos, “proveedor y consumidor”, tal como aparece en el Artículo 3 de la citada norma.

Además de lo establecido en otras leyes los contratos de adhesión podrán constar en formularios ya impresos o reproducidos y deberán estar escritos en idioma español con tamaño de letra y caracteres legibles a simple vista. Las cláusulas en que no se cumplan dichos requisitos no producirán efecto alguno para el consumidor o usuario. No deberá hacerse relación a textos o documentos que no se proporcionen al consumidor o usuario simultáneamente a su suscripción.

El artículo arriba mencionado, hace referencia a las características de los contratos de adhesión pero, a mi criterio, son parte de la forma y su publicidad. Las características de una cosa, desde el punto de vista de la técnica jurídica, son aquellos elementos particulares que hacen que una norma, en este caso, sea esto y no otra cosa. Pienso que si se habla de caracterizar, debió haberse englobado algo que penetrara más en el ordenamiento jurídico, tanto civil como mercantil, de tal forma que no quedara duda de su interpretación y ubicación en el ordenamiento jurídico mercantil guatemalteco.

En cuanto a su interpretación, de conformidad con la ley, existe un gran vacío legal, puesto que la disposición remite a la misma ley la nulidad de las

cláusulas, pero el citado texto legal no contiene ningún apartado que incluya las condiciones generales de contratación, como ocurre en otros países. El Artículo 52 de la Ley de Protección al Consumidor establece el registro de este tipo de contratos, los cuales deberán ser enviados a la dirección para su homologación o autorización. Ahora bien ¿cuál es el criterio que utilizará la dirección para su autorización? Si como lo acabo de mencionar, no existe una ley que desarrolle las condiciones generales de contratación.

5.3 Las cláusulas abusivas en la contratación mercantil

El contrato por adhesión es una buena fuente de estudio debido a las particularidades que posee y que lo diferencian de la noción clásica de contrato. La principal diferenciación es la forma en que una de las partes expresa su voluntad, esto es, por medio de la adhesión. Hasta hace poco la doctrina no se ponía de acuerdo en determinar su naturaleza jurídica, así algunos autores señalaban que la adhesión no constituía voluntad o era insuficiente para generar un contrato, mientras que otros sostenían que la adhesión es una forma de manifestación de la voluntad del adherente que genera el contrato por adhesión.

Pero la naturaleza jurídica no es el único tema a discutir. Un tema importante y de gran utilidad práctica son las cláusulas abusivas que puede contener este contrato, ya que al omitirse la fase de negociación en este tipo de contratos, es el comerciante quien establece, unilateralmente las condiciones del contrato, lo que le otorga una cierta peligrosidad al permitir la introducción de

cláusulas abusivas. Hasta el año 2003, año en que entro en vigencia la Ley de Protección al Consumidor (Decreto 6-2003), el marco normativo de las cláusulas en los contratos por adhesión era escaso, se limitaba a la teoría general del contrato. Fue en ese año que se dictó la Ley de Protección al Consumidor, que establece normas especiales que regulan las cláusulas que son nulas en este contrato, sin embargo, estas normas no son suficientes ya que escapan de ella múltiples supuestos no sancionados.

Teniendo presente que ningún legislador puede prever todos los casos, puesto que algunos son impredecibles, una buena solución es establecer una cláusula abierta que pudiera integrar aquellos que escapan de la enumeración legal. Este trabajo tiene como objetivo establecer el marco normativo que otorga nuestra legislación a las cláusulas abusivas en los contratos por adhesión. Para el estudio del tema se tuvo en cuenta la Ley de Protección al Consumidor, los principios generales del derecho como la buena fe, el orden público y las buenas costumbres; y el derecho comparado. Quizás si hubiera existido una jurisprudencia abundante se podría haber agregado el criterio aplicado por nuestros tribunales para el control de cláusulas abusivas en los contratos por adhesión, sin embargo, es casi inexistente.

5.3.1 ¿Que es una cláusula abusiva en la legislación guatemalteca?

En la legislación guatemalteca no existe una definición de cláusula abusiva, su aproximación más cercana, la encontramos en el Artículo 47 de la Ley de Protección al Consumidor, el cual establece la nulidad de determinadas cláusulas:

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

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

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.

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

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.

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

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

5.3.2 Definición de cláusula abusiva

Tomando como referencia los elementos del artículo arriba citado, podemos concluir que la cláusula abusiva es aquella que perjudica desproporcionadamente o de forma no equitativa al consumidor o que establece una posición de desequilibrio siempre en perjuicio del consumidor.

5.3.3 ¿Son siempre abusivas?

No hay motivo para que así sea. Lo que sucede es que son frecuentes debido a que se trata de cláusulas impuestas por parte del empresario al consumidor en las que no media ninguna posibilidad de negociación. Lógicamente en estos contratos en los que sólo interviene una de las partes en su redacción existe un margen muy amplio que facilita la aparición de cláusulas abusivas beneficiosas para quien redactó el contrato, y, por lo tanto, perjudiciales para la otra parte.

5.3.4 ¿Cuándo podemos sospechar que una cláusula es abusiva?

Cuando los riesgos y consecuencias negativas son solo de una de las partes. Generalmente suele ocurrir cuando se trata de contratos de adhesión que no admiten posibilidad alguna de negociación.

5.3.5 ¿A quien se aplica la regulación actual?

Lamentablemente en Guatemala, son escasas las disposiciones legales que abarquen una gran cantidad de actos jurídicos, el Artículo 1520 del Código Civil, no hace ninguna referencia a este respecto. La Ley de Protección al Consumidor se refiere únicamente a proveedores y consumidores, están sujetos a las disposiciones de esta ley todos los actos jurídicos que se realicen entre proveedores y consumidores y/o usuarios dentro del territorio nacional; se aplicará a todos los agentes económicos, se trate de personas naturales o jurídicas. Lo normado en leyes especiales, así como los servicios públicos con legislación específica y cuya actuación sea controlada por los órganos que la misma contemple, se regirán por esas normas, aplicándose esta ley en forma supletoria.

No obstante la deposición legal arriba mencionada, no hace referencia a la naturaleza de contratos, sean estos de naturaleza mercantil o civil. Soy del criterio que el legislador debió incluir los contratos de naturaleza mercantil o bien incluir la palabra “comerciante”.

5.3.6 ¿Que se puede hacer ante una cláusula abusiva?

Según el artículo 47 de la Ley de Protección al Consumidor, este tipo de cláusulas; aunque no diga taxativamente que son abusivas; siempre son nulas de pleno derecho, no vinculan al consumidor. El usuario que se encuentre en una situación de hacer valer sus derechos puede presentar una demanda por su cuenta ante los tribunales o acudir a una asociación de consumidores para que ésta ejercite, si es el caso, una acción colectiva. Además hay sectores en los que existen sistemas de mediación previos, aunque si no satisfacen al consumidor, éste, siempre podrá acudir a la vía judicial.

5.3.7 ¿Que clases de cláusulas abusivas pueden existir ?

Básicamente las podríamos resumir en tres tipos:

- Las cláusulas que limitan la libertad de elección del consumidor
- Las cláusulas que suplantán la voluntad del consumidor
- Las cláusulas que fijan unilateralmente condiciones procesales o judiciales para que los usuarios puedan ejercer sus derechos

5.3.7.1 Las cláusulas que limitan la libertad de elección del consumidor

Son aquellas que le impiden cambiar al proveedor del servicio, escoger los bienes o servicios en las cantidades y calidades que prefiera o le obligan a adquirir

bienes o servicios que no necesita, o configuran límites al ejercicio de los derechos del suscriptor en aspectos sobre los cuales la equidad, la ley o la costumbre y los usos comerciales le reconocen una situación más favorable.

5.3.7.2 Las cláusulas que suplantán la voluntad del consumidor

Es el caso de las cláusulas que le permiten al proveedor modificar unilateralmente las condiciones del contrato o las que presumen la aceptación del usuario sobre estas modificaciones.

Las cláusulas que suplantán la voluntad del consumidor que fijan unilateralmente condiciones procesales o judiciales para que los usuarios puedan ejercer sus derechos, son cláusulas que imponen requisitos que entran el acceso a los mecanismos judiciales previstos para resolver las diferencias entre particulares, como son las que definen el lugar donde se deben adelantar las reclamaciones u obligan a los usuarios a utilizar mecanismos de solución de controversias que resultan onerosos o invierten la carga de la prueba. En general, los consumidores desconocen las implicaciones legales de las cláusulas que, en contraste, son redactadas por equipos de expertos profesionales.

5.3.7.3 Las cláusulas que fijan unilateralmente condiciones procesales o judiciales para que los usuarios puedan ejercer sus derechos

En muchos casos las leyes exigen un pronunciamiento previo sobre la validez de las estipulaciones mediante un análisis probatorio complejo sobre su causa y el desequilibrio que producen, lo cual resulta excesivamente gravoso para una reclamación de menor cuantía y para quien no tiene el tiempo ni la preparación suficientes para ocuparse de estos temas. Incluso, es común que se estudie la validez de una cláusula abusiva atendiendo al conjunto de obligaciones que se derivan del contrato para determinar la importancia de la cláusula en el negocio, a veces, extendiendo ese análisis a otras relaciones que tienen las partes.

5.3.8 Protección contractual a contemplar

Dentro de la protección contractual existen tres situaciones que la legislación individual de Guatemala debe solucionar para esquematizar adecuadamente esta protección.

Éstas son:

- 1)Cuál es el ámbito de protección contra las cláusulas abusivas, y cuál es la sanción, que se debe imponer contra este tipo de cláusulas que

son consideradas abusivas. Existen a su vez otros elementos que deben estar claramente definidos. En algunos sistemas la ley protege únicamente ciertas cláusulas dentro de los contratos.

2) Otro elemento que varía dependiendo del sistema legal es el relativo a las partes que se benefician de la protección contractual. En algunos sistemas no todas las partes se benefician de la protección contractual, limitándose ésta a ciertos consumidores.

3) Otro elemento que debe estar adecuadamente definido el momento de establecer el ámbito de protección contra las cláusulas abusivas, es: si éstas pueden presentarse en cualquier tipo de contrato, o únicamente en los contratos de adhesión. La Ley de Protección al Consumidor, siguiendo criterios desarrollados y apoyándose en los principios de la protección contractual, restringe esta protección únicamente a los contratos de adhesión, pues es en este tipo de contratos en los que las partes están en evidente desigualdad. Ahora bien, debió incluir a mi criterio, como lo mencioné con anterioridad, que los contratos de adhesión se pueden dar tanto en el ámbito civil como mercantil.

5.4 Propuesta

Mi propuesta, tiene como principal argumento la necesidad de fundamentar un mecanismo de control preventivo legal de las condiciones generales, tal como existe en otros países. La misma resultaría del dictado de una normativa especial destinada a regular la utilización de condiciones generales, determinando, entre otras cosas: el ámbito objetivo y subjetivo en que pueden ser utilizadas, los requisitos que deben reunir para su incorporación a los contratos, las reglas de interpretación judicial de las mismas en caso de controversias, una nómina de condiciones abusivas y el régimen de sanción por su utilización, la creación de un registro publicitario de las mismas, etc. Esta modalidad de control permitiría justamente un examen de las condiciones; esto es, en una etapa previa a su inclusión a los contratos, a diferencia de los controles actuales, que sólo actúan con posterioridad, ante un conflicto derivado de la interpretación de la letra de cada contrato en particular.

Ante todo, intentamos establecer un marco conceptual de lo que se entiende por condiciones generales, propugnando a las mismas como *“el conjunto de cláusulas que una de las partes redacta o predispone con antelación para que formen parte de un número indeterminado de contratos”*. Asimismo, podemos afirmar que los contratos con cláusulas predispuestas comportan un amplio género que engloba formas contractuales tanto típicas como atípicas; al punto que su utilización sobrepasa los límites del derecho civil, dado que en la actualidad

abarca el derecho mercantil.

En ese orden de ideas, los contratos llamados “*de adhesión en el ámbito mercantil guatemalteco*” que constituyen el campo de acción propio de nuestra investigación, constituyen entonces una *especie* dentro de ese gran *género*, ya que en el estado actual del desarrollo empresarial, podría afirmarse que la casi totalidad de los contratos que celebran los consumidores son contratos predispuestos con condiciones generales. Más aún, se ha comprobado en la actualidad, que los abusos cometidos al consumidor o usuario, en la gran mayoría de los casos se realizan a través de la imposición de este tipo de condiciones.

Sin embargo, no creemos que la solución a esos problemas sea la de prohibir el uso de esta modalidad contractual, cuya importancia económica para la economía guatemalteca es indiscutible; A mi criterio, lo que debe hacerse es intensificar los controles sobre la misma, para hacer efectiva la protección de la tan mentada igualdad jurídica de los contratantes.

CONCLUSIONES

1. En Guatemala no existe una ley que regule de manera precisa y positiva los contratos con cláusulas prerredactadas, puesto que este tipo de contratos se encuentra regulados solamente en el Código de Comercio, lo cual hace que los contratos con cláusulas abusivas, sean utilizados indiscriminadamente por los oferentes o empresarios.
2. Los empresarios a través de las cláusulas abusivas pretenden redefinir las condiciones generales de los contratos. Esto en virtud de una idea deformada del principio de la autonomía de la voluntad de las partes, el cual han manejado siempre a su favor.
3. La Ley de Protección al Consumidor no es una disposición legal que regule plenamente el derecho de los consumidores, debido a que en su contenido muchas de las disposiciones son de carácter administrativo, y su coercibilidad y regulación en materia contractual es escasa.
4. La libre autonomía de la voluntad de las partes, es un principio inherente a la contratación privada, la cual favorece el tráfico comercial. Lamentablemente en Guatemala desconocemos los límites de la contratación que la mayoría de estados reconocen.

5. Guatemala es un país tercermundista. Por ende con muchos atrasos y deficiencias, es blanco de las empresas multinacionales que están al tanto de estas anomalías e inescrupulosamente toman ventaja de esta situación para obtener ganancias millonarias que en otros países con sistemas jurídicos más fuertes no podrían.

RECOMENDACIONES

1. El Congreso de la República de Guatemala debe crear en la legislación una protección a favor del consumidor, en lo relativo a la publicidad engañosa y las cláusulas oscuras o ambiguas en los contratos por adhesión en el ámbito mercantil, porque inducen a error al consumidor.
2. Que el Gobierno de Guatemala cree las condiciones necesarias para el establecimiento de una Procuraduría del Consumidor, con la suficiente independencia jurídica y financiera y con la capacidad de dirimir controversias entre las partes de la relación contractual, a través de mecanismos tales como la revisión de las cláusulas preestablecidas en los contratos por adhesión.
3. En los países desarrollados , existe una ley general de condiciones generales de contratación, en ese sentido están sujetos todos los empresarios y personas de derecho público y privado. En Guatemala es necesario que el Congreso de la República cree la legislación de este tipo, ya que evitaría el abuso de los empresarios, y a su vez mejoraría la calidad de los productos que estos venden.

4. Deben crearse en Guatemala mecanismos populares para divulgar a toda la población sobre sus derechos como consumidores y las autoridades estatales deben informar a los consumidores sobre sus derechos, para no caer en complicidad con los oferentes.

BIBLIOGRAFÍA

AGUILAR GUERRA, Vladímír Osman. **El negocio jurídico**. Editorial Servi prensa S.A. Tercera edición 2003.

AGUILAR GUERRA, Vladímír Osman. **La sociedad anónima**. Editorial Servi prensa S.A. Tercera edición 2003.

BACIGALUPO, Enrique. **Estudios sobre la parte especial del derecho penal**. Editorial Akal, 1991, Madrid.

BROSETA PONT, Manuel. **Manual de derecho mercantil**. Editorial técnos Madrid España 1974.

CASTIÑEIRAS, Daniel . **Recopilación del tema “Responsabilidades de los titulares delito de estafa”**. De la revista de Policía y Criminalística de P.F.A., año V N° 7, Ed. Policial, 1999 Buenos Aires.

DE LA CAMARA, Manuel. **Estudios de derecho mercantil primera parte I**. Editorial de derecho financiero 1997 .

DIEZ, Picazo. **Fundamentos de derecho civil patrimonial**. Editorial Civitas, Madrid España 1997 .

DOBSON, Juan. **El abuso de la personalidad jurídica (en el derecho)**. Buenos Aires, Argentina 1991 segunda edición.

FARINA, Juan. **Contratos mercantiles modernos**. Editorial Astrea. Segunda edición. Buenos Aires 1987.

FERRARA, Francisco. **La simulación de los negocios jurídicos.** Traducción de Atardy A. de Puente, Madrid, España 1967.

GARÍBOTTO, Juan Carlos. **Teoría general del acto jurídico.** Ediciones de Palma Buenos Aires, Argentina 1991.

GUTIERREZ FALLA, Laureano. **Contrato societario y derechos individuales de los accionistas.** Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo de Palma, Buenos Aires, Argentina, 1998.Tomo II .

LAJE ANAYA, Justo. **Comentarios al Código "Penal".** Editorial De Palma, Buenos Aires, Argentina ,2000 Parte Especial, Vol. IV.

MORGAN SANABRIA, Rolando. **El Conocimiento cotidiano y el conocimiento científico.** Editorial Estudiantil Fénix Guatemala.

MORGAN SANABRIA, Rolando. **Manual de fichas bibliográficas.** Facultad de Ciencias Económicas, Universidad de San Carlos de Guatemala editorial Universitaria 1995.

MORGAN SANABRIA, Rolando. **Programa de estudio de post-grado, Material de apoyo para el curso de Introducción a la Investigación Científica.** Editorial Universitaria 1999.

SPOLANSKY, Norberto. **Desbaratamiento de los derechos acordados.** Revista de Derecho Penal, Estafas y otras defraudaciones, 2000, Buenos Aires.

VILLEGAS LARA, Rene Arturo. **Derecho mercantil guatemalteco.** Editorial Universitaria, Universidad de San Carlos de Guatemala, tomo I quinta edición Guatemala, Guatemala, 2001.

Legislación:

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

Código Penal, Congreso de la República, Decreto número 17-73, 1974.

Ley de Protección al Consumidor, Congreso de la República, Decreto número 06-2003, 2003.

Ley de Contrataciones del Estado, Congreso de la República, Decreto número 57-20, 1992.