

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

FALTA DE REGULACIÓN LEGAL PARA LA PROTECCIÓN AL  
USUARIO Y/O CONSUMIDOR FINAL DE LA ENERGÍA ELÉCTRICA

ISABEL ALEJANDRA PAZ GARCÍA

GUATEMALA, MARZO DE 2012

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

**FALTA DE REGULACIÓN LEGAL PARA LA PROTECCIÓN AL  
USUARIO Y/O CONSUMIDOR FINAL DE LA ENERGÍA ELÉCTRICA**

**TESIS**

Presentada a la Honorable Junta Directiva  
de la  
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales  
de la  
Universidad de San Carlos de Guatemala.

Por

**ISABEL ALEJANDRA PAZ GARCÍA**

Previo a conferírsele el grado académico de

**LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

y los títulos profesionales de

**ABOGADA Y NOTARIA**

Guatemala, marzo de 2012

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

DECANO:	Lic. Bonerge Amilcar Mejía Orellana
VOCAL I:	Lic. Avidán Ortiz Orellana
VOCAL II:	Lic. Mario Ismael Aguilar Elizardi
VOCAL III:	Lic. Luis Fernando López Díaz
VOCAL IV:	Br. Modesto José Eduardo Salazar Dieguez
VOCAL V:	Br. Pablo José Calderón Gálvez
SECRETARIO:	Lic. Marco Vinicio Villatoro López

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ  
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

**Primera Fase:**

Presidenta:	Licda. Gloria Melgar Aguilar
Vocal:	Licda. Marta Josefina Sierra González de Stalin
Secretario:	Lic. Guillermo Rolando Díaz Rivera

**Segunda Fase:**

Presidente:	Lic. Juan Carlos López Pacheco
Vocal:	Lic. Juan Ramiro Toledo Álvarez
Secretaria:	Licda. Eloisa Mazariegos Herrera

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



Lic. ESTUARDO CASTELLANOS VENEGAS  
ABOGADO Y NOTARIO  
3ª. Avenida 13-62, Zona 1 Guatemala  
Teléfono 2230- 4830

Guatemala, 22 de julio de 2011

Licenciado  
Carlos Manuel Castro Momroy  
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis  
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales  
Ciudad Universitaria



Respetable Licenciado:

En cumplimiento del nombramiento como Asesor de Tesis de la Bachiller **ISABEL ALEJANDRA PAZ GARCÍA** me dirijo a usted, con el objeto de informar sobre mi labor y emito el dictamen correspondiente en el sentido siguiente:

1. El trabajo de tesis se denomina: **"FALTA DE REGULACIÓN LEGAL PARA LA PROTECCIÓN AL USUARIO FINAL DE LA ENERGÍA ELÉCTRICA DE LA CIUDAD CAPITAL"**
2. En la revisión del trabajo de tesis, se discutieron algunos puntos en forma personal con la autora, realizando los cambios y correcciones que la investigación requirió, en argumento de la anterior, procedí a revisar los diferentes métodos empleados, los cuales fueron: el analítico, cuyo cometido fue descomponer el tema central en varios subtemas, con el propósito de encontrar posibles soluciones; el deductivo que partió de generalizaciones universales permitiendo obtener inferencias particulares; el sintético mediante el cual se relacionaron hechos aislados para poder así formular una teoría unificando diversos elementos y el inductivo, estableciendo enunciados a partir de la experiencia. Las técnicas utilizadas fueron la observación y la documental. Además se comprobó que la bibliografía fuera la correcta, que los métodos y técnicas fueron aplicados adecuadamente, en virtud que con ello, se obtuvo la información necesaria y objetiva para la elaboración, redacción y presentación final del presente trabajo. En cuanto a las conclusiones y recomendaciones, comparto los argumentos vertidos por la autora, puesto que las mismas se encuentran estructuradas de acuerdo al contenido del plan de investigación y están debidamente fundamentadas.
3. En cuanto al aporte o contribución científica, la presente investigación, se centra en la desprotección del usuario final de energía eléctrica de los habitantes de la ciudad Capital y la pasividad del Estado ante los constantes aumentos en la misma.



4. Se establece, que se cumplieron los requisitos exigidos por el Artículo 32 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, por lo cual resulta procedente dar el presente **DICTAMEN FAVORABLE**, aprobando el trabajo de tesis asesorado.

Atentamente,

Lic. Estuardo Castellanos Venegas  
ABOGADO Y NOTARIO

Lic. Estuardo Castellanos Venegas  
Abogado y Notario  
Col. 7.706

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS  
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS  
JURÍDICAS Y SOCIALES

Edificio N-7, Ciudad Universitaria  
Guatemala, Guatemala



**UNIDAD ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS  
JURÍDICAS Y SOCIALES.** Guatemala, veintidós de agosto de dos mil once.

Atentamente, pase al ( a la ) LICENCIADO ( A ) **EDGAR ARMINDO CASTILLO AYALA**, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del ( de la ) estudiante: **ISABEL ALEJANDRA PAZ GARCÍA**, Intitulado: **"FALTA DE REGULACIÓN LEGAL PARA LA PROTECCIÓN AL USUARIO FINAL DE LA ENERGÍA ELÉCTRICA DE LA CIUDAD CAPITAL"**.

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

  
**LIC. CARLOS MANUEL CASTRO-MONROY**  
**JEFE DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS**



cc.Unidad de Tesis  
CMCM/brsp



Lic. **EDGAR ARMINDO CASTILLO AYALA**  
**ABOGADO Y NOTARIO**  
3<sup>a</sup>. Avenida 13-62, Zona 1 Guatemala  
Teléfono 22327736

Guatemala, 5 de octubre de 2011

Licenciado  
Carlos Manuel Castro Monroy  
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis  
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales  
Ciudad Universitaria



Respetable Licenciado:

De manera atenta y respetuosa me permito comunicarle que atendiendo a la providencia emanada por la Unidad a su cargo con fecha veintidós de agosto del presente año, he cumplido con la función de Revisor de Tesis de la Bachiller **ISABEL ALEJANDRA PAZ GARCÍA** cuyo trabajo se intitula **"FALTA DE REGULACIÓN LEGAL PARA LA PROTECCIÓN AL USUARIO FINAL DE LA ENERGÍA ELÉCTRICA DE LA CIUDAD CAPITAL"**; al respecto informo que la bachiller ya citada, trabajó bajo mi dirección en el que consideré que el título del mismo se consigne de la siguiente manera: **"FALTA DE REGULACIÓN LEGAL PARA LA PROTECCIÓN AL USUARIO Y/O CONSUMIDOR FINAL DE LA ENERGÍA ELÉCTRICA"**, a efecto de que el mismo sea tomado en cuenta.

Efectué la revisión de la investigación, y en su oportunidad sugerí cambios de fondo y forma, algunas correcciones de tipo gramatical y de redacción, misma que considere oportunas, para una mejor comprensión del tema abordado por la bachiller; cabe destacar que la redacción de la misma es clara, adecuada y con el léxico jurídico correcto.

Consideré, además que el trabajo relacionado constituye un aporte de contenido científico y técnico, ya que se analiza la desprotección del usuario y/o consumidor final de energía eléctrica y la pasividad del Estado ante los constantes aumentos en la misma,

La bachiller **ISABEL ALEJANDRA PAZ GARCÍA** para el desarrollo del trabajo en mención utilizó metodologías y técnicas de investigación siguientes: el analítico, el



deductivo, el sintético y el inductivo. Las técnicas utilizadas fueron la observación, la encuesta y la documental. Es de mencionar que la bibliografía consultada es acertada y actualizada además es de autores nacionales e internacionales

Las conclusiones y recomendaciones a que arriba la bachiller, son congruentes con el contenido de la investigación, para lograr los objetivos que se ha planteado en su plan de trabajo. Determinando la veracidad de la hipótesis formulada.

Por lo anterior, se establece que se cumplieron los requisitos establecidos en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, por lo cual me permito emitir **DICTAMEN FAVORABLE** del trabajo de tesis a efecto que el mismo pueda continuar el trámite correspondiente.

Atentamente

Lic. Edgar Armindo Castillo Ayala  
Abogado y Notario  
Colegiado 6220

Edgar Armindo Castillo Ayala  
Abogado y Notario





DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.  
Guatemala, veintiséis de enero del año dos mil doce.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del trabajo de Tesis del (de la) estudiante ISABEL ALEJANDRA PAZ GARCÍA, Titulado FALTA DE REGULACIÓN LEGAL PARA LA PROTECCIÓN AL USUARIO Y/O CONSUMIDOR FINAL DE LA ENERGÍA ELÉCTRICA, Artículos 31, 33 y 34 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.-

CMCM/slh.

*effe*

*[Handwritten signature]*



*[Handwritten signature]*





## DEDICATORIA

- A LA MADRE NATURALEZA:** Hoy en peligro de muerte por culpa de sus propios hijos.
- A MIS PADRES:** Rolando Paz y Gladys de Paz, por su apoyo académico, económico y moral y por haberme guiado a través de los caminos escabrosos de la vida.
- A MIS HERMANOS:** Rolando y Lucy, mi triunfo es su triunfo.
- A MI FAMILIA EN GENERAL:** Gracias por acompañar mi esfuerzo.
- AL PUEBLO POBRE DE GUATEMALA:** Con la esperanza que un día dirija los destinos de esta tierra sufrida.
- A TOTONICAPÁN:** Origen de mi existencia, mis anhelos, mis esperanzas y desesperanzas.
- A LA LICENCIADA IRMA MILIÁN DE RAMÍREZ:** Por su apoyo incondicional y desinteresado.



A :

La Universidad de San Carlos de Guatemala, siempre gloriosa y combativa y a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, gracias por hacer de mí lo que actualmente soy.



## ÍNDICE

Pág.

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

### CAPÍTULO I

1. Derecho administrativo.....	1
1.1. Definición.....	1
1.2. Características del derecho administrativo.....	2
1.3. Relaciones del derecho administrativo con otras ramas del derecho.....	3
1.4. Clasificación de las fuentes del derecho administrativo.....	5
1.4.1. Fuentes reales o formales.....	5
1.4.2. Directas e indirectas.....	5
1.4.3. Mediatas e inmediatas.....	5
1.5. Principios fundamentales de la organización administrativa.....	5
1.5.1. Jerarquía.....	5
1.5.2. Competencia.....	6
1.6. El derecho administrativo y su relación con el Estado.....	6
1.6.1. Clasificación de las funciones del Estado.....	9
1.7. El acto administrativo.....	9
1.7.1. Definición.....	9
1.7.2. Clases de actos administrativos.....	12
1.8. Elementos del acto administrativo.....	15



## CAPÍTULO II

Pág.

2. Contratos en general.....	19
2.1. Definición.....	19
2.2. Relación histórica de los contratos.....	21
2.3. Análisis jurídico doctrinario.....	24

## CAPÍTULO III

3. Contratos administrativos y mercantiles.....	39
3.1. Contratos administrativos.....	39
3.1.1. Elementos de contratos administrativos.....	39
3.1.2. Clasificación de contratos de derecho administrativo.....	40
3.2. Procedimiento administrativo.....	41
3.2.1. Clasificación de los procedimientos administrativos.....	41
3.3. Análisis general.....	42
3.4. Contratos mercantiles.....	43
3.4.1. Obligaciones mercantiles.....	43
3.4.2. <i>Perfeccionamiento e interpretación de los contratos mercantiles y prerredactados</i> .....	45
3.4.3. Singularidad de los contratos mercantiles.....	47
3.4.4. Distinción entre contratos mercantiles y civiles.....	48
3.4.5. Perfeccionamiento del contrato mercantil.....	49
3.4.6. Características.....	50
3.4.7. Objeto del contrato mercantil.....	51



## CAPÍTULO IV

4. Comisión Nacional de Energía Eléctrica.....	53
4.1. Ley General de Electricidad (Decreto Número 93-97 del Congreso de la República de Guatemala).....	53
4.1.1. Parte considerativa.....	54
4.1.2. Principios generales.....	55
4.1.3. Comisión Nacional de Energía Eléctrica.....	57
4.1.4. Organización.....	58
4.1.5. Régimen de precios de electricidad.....	60
4.1.6. Tarifas aplicables a los consumidores.....	61
4.1.7. Sanciones.....	63

## CAPÍTULO V

5. Protección al consumidor y solución al problema.....	65
5.1. Definición del consumo.....	65
5.2. Antecedentes.....	67
5.3. Principios del consumidor.....	71
5.3.1. Principio de publicidad.....	72
5.3.2. Principio de seguridad.....	74
5.3.3. Principio de libertad.....	75
5.3.4. Principio de asociación.....	76
5.4. Elementos.....	77
5.5. La Dirección de Atención y Asistencial Consumidor (DIACO).....	78
5.6. Análisis general y proposición de solución.....	80
5.7. Anteproyecto de creación de ley.....	84



	Pág.
CONCLUSIONES.....	93
RECOMENDACIONES.....	95
ANEXOS.....	97
ANEXO I.....	99
ANEXO II.....	101
BIBLIOGRAFÍA.....	105



## INTRODUCCIÓN

Se dice que Guatemala es un país surrealista, en el que casi todo pasa, pero casi siempre en contra de los sectores desposeídos: les arrebatan sus tierras, los explotan, los expolían, criminalizan su protesta justa. Los servicios que puede pagar son de muy mala calidad y siempre están sujetos a los caprichos de los poderosos, organizados en monopolios y oligopolios, como sucedió con los usuarios y/o consumidores finales de la energía eléctrica en Guatemala, quienes pagan un servicio de mala calidad, pero con constantes aumentos en las tarifas mensuales, a estas alturas difíciles de pagar.

Los usuarios y/o consumidores finales de energía eléctrica, son la gran mayoría de guatemaltecos que, para recibir ese servicio, dependen de la voluntad de un monopolio dividido en cuatro sectores, sólo para "taparle el ojo al macho", y no hay ley, ni autoridad alguna que le ponga freno a los exagerados abusos de los prestadores de ese servicio.

Por eso mismo, con los objetivos de esta investigación se busca demostrar la problemática que suscita la falta de protección legal al usuario y/o consumidor final en materia de energía eléctrica y la propuesta de solución. Desde esta perspectiva se plantea la siguiente hipótesis: "Los abusos que se cometen en contra del usuario y/o consumidor final de la energía eléctrica son propiciados por la falta de disposiciones legales que regulen claramente a qué institución del Estado le corresponde la protección del mismo."

La obligación de defender los derechos de los usuarios y consumidores, así como de establecer las infracciones, sanciones y los procedimientos aplicables en dicha materia, debería corresponder a la Dirección de Atención y Asistencia al Consumidor (DIACO) cuyo fundamento legal se encuentra contenido en el Decreto número 6-2003 del Congreso de la República de Guatemala. No obstante, dicha ley no incluye en su protección jurídica, al usuario y/o consumidor final en materia de energía eléctrica, y remite a la Ley General de Electricidad, Decreto 93-96 del Congreso de la





República, para la protección de los mismos, pero la Comisión Nacional de Energía Eléctrica (CNEE) no cuenta entre sus funciones con tal atribución.

Se pretende demostrar, a través de esta tesis, que no hay una institución que defienda efectivamente los derechos de los usuarios y/o consumidores finales guatemaltecos de la energía eléctrica, como se afirma en la hipótesis, y proponer como solución la elaboración de un proyecto de Ley de Protección del Usuario y/o Consumidor Final de Energía Eléctrica, por parte del Consejo Superior Universitario de la Universidad de San Carlos de Guatemala y su propuesta al Congreso de la República para su discusión y aprobación.

Este trabajo se basó en los métodos: inductivo, deductivo, analítico y sintético, y también se utilizaron las técnicas de observación, encuesta y documental. Se desarrolla en cinco capítulos, de los cuales, en el primero se presenta el tema del derecho administrativo, sus características, fuentes, principios, su relación con el Estado y los actos administrativos; el segundo contiene los contratos en general para entender el siguiente capítulo que desarrolla los contratos administrativos y mercantiles y así establecer qué clase de contrato se da entre las empresas que proporcionan energía eléctrica y el usuario y/o consumidor final de la misma; el cuarto capítulo contiene los aspectos más importantes que trata la Ley General de Electricidad (Decreto Número 93-97 del Congreso de la República de Guatemala) y en la que no se encuentra protección alguna al usuario y/o consumidor final de la energía eléctrica y por último, en el quinto se desarrolla brevemente cómo surge el derecho del consumidor; y finalmente, se plantea la solución que la estudiante considera más viable: una propuesta de una Ley específica de protección al usuario y/o consumidor final de la energía eléctrica, la que tendría que ser necesariamente canalizada a través del Consejo Superior Universitario por tener iniciativa de ley, porque otros sectores y grupos de poder no han manifestado jamás interés alguno en defender los derechos de los usuarios y/o consumidores finales de la energía eléctrica. De estos últimos nadie se recuerda. Viven al filo de las injusticias diariamente.

## CAPÍTULO I

### 1. Derecho administrativo

#### 1.1. Definición

Aunque algunos nieguen el carácter de ciencia jurídica al derecho administrativo, la expresión evoca un concepto bien perceptible para los juristas.

Guillermo Cabanellas define que el derecho administrativo "Es el conjunto de normas reguladoras de las instituciones sociales y de los actos del poder ejecutivo para la realización de los fines de pública utilidad"<sup>1</sup>.

Agrega, "Es la rama del derecho referente a la organización, funciones y procedimientos del poder ejecutivo, según la Constitución, para el cumplimiento de la misión del Estado en la vida"<sup>2</sup>.

Asimismo, el Diccionario de la Real Academia Española define que el derecho administrativo es el "conjunto de normas doctrinales y de disposiciones positivas concernientes a los órganos e institutos de la administración pública, a la ordenación de los servicios que legalmente le están encomendados y a sus relaciones con las

---

<sup>1</sup> Cabanellas de Torres, Guillermo, *Diccionario enciclopédico de derecho usual*, pág. 571.

<sup>2</sup> *Ibid.*

colectividades o los individuos a quienes tales servicios atañen<sup>3</sup>.

La generalidad de las leyes especiales pertenece al derecho administrativo, como las de propiedad intelectual, industrial y minera; las de caza y pesca, las de obras públicas, las relaciones con las organizaciones de las fuerzas armadas; las de la hacienda pública y aduanas, las de salud pública; las reguladoras de la situación de los funcionarios públicos.

**El derecho administrativo es el derecho aplicable a todas las relaciones humanas y sociales en las cuales el Estado entra en juego.**

El derecho administrativo es una rama del derecho público interno (éste es público porque no existe lucro, e interno porque es diferente del internacional) y está compuesto por normas jurídicas que regulan la actividad administrativa del poder ejecutivo y la actividad materialmente administrativa del poder ejecutivo, el poder legislativo y de los entes públicos no estatales.

La tarea del derecho administrativo es arbitrar los cauces jurídicos necesarios para la defensa de los derechos colectivos, asegurando la realización de los intereses comunitarios.

## **1.2. Características del derecho administrativo**

El derecho administrativo se caracteriza por ser:

---

<sup>3</sup> Diccionario de la real academia española, Tomo I. Pág. 525.



1. **Común:** Es un derecho que, al igual que el derecho civil, es común a todas las actividades (municipales, tributarias, etc.) y sus principios son aplicables a todas esas materias.
2. **Autónomo:** Es una rama autónoma del derecho, tiene sus propios principios generales, se autoabastece; es decir es un sistema jurídico autónomo paralelo al derecho privado.
3. **Local:** Es un derecho de naturaleza local porque tiene que ver con la organización política, es decir que habrá un derecho administrativo provincial y un derecho administrativo nacional.
4. **Exorbitante:** Excede la órbita del derecho privado, porque donde hay una organización estatal hay derecho administrativo. No hay plano de igualdad entre partes, ya que una de ellas es el Estado, que tiene facultades de poder público.

### 1.3. Relaciones del derecho administrativo con otras ramas del derecho

1. **Constitucional:** El derecho constitucional comprende las normas que regulan la estructura u organización jurídico-política del Estado. Las normas del derecho administrativo tratan de la actividad que se desarrolla dentro de los órganos del Estado. La norma de derecho administrativo es creada por el legislador dentro de los límites de la norma constitucional.
2. **Penal:** Se relaciona con el derecho administrativo por el concepto de sanción, típico del derecho penal. Existe el derecho administrativo disciplinario que se aplica en lo interno de la administración, puesto que son



sanciones que el superior jerárquico impone al inferior por faltas disciplinarias. Además existen en la órbita de la justicia organismos de índole administrativa, como por ejemplo el servicio penitenciario.

3. **Financiero:** El derecho financiero regula la actividad financiera del Estado referente a la recaudación, gestión y disposición de los medios económicos necesarios para el cumplimiento de la misión de éste. Las relaciones entre el derecho administrativo y el financiero son inmediatas y contiguas. Ello es así porque las funciones y modos de aplicación de las normas financieras son esencialmente administrativos.
4. **Procesal:** El derecho procesal es la rama del derecho que se ocupa de las formalidades que deben cumplirse en todo proceso. Hay instituciones que son reguladas por el derecho procesal y que son adoptadas por el derecho administrativo. El derecho administrativo crea sus normas, pero el derecho procesal es supletorio.
5. **Municipal:** No es más que derecho administrativo puro, aplicado a un ámbito particular, el comunal.
6. **Civil:** Existen instituciones de él que son aplicables al procedimiento civil administrativo, tales como los conceptos de capacidad, persona jurídica, persona física, etc.
7. **Comercial:** Las sociedades del Estado responden al concepto de sociedad comercial.

**8. Ambiental:** El Código de Minería establece que la propiedad originaria de las minas es del Estado, el que otorga a los particulares su explotación por medio de concesiones y permisos.

#### 1.4. Clasificación de las fuentes del derecho administrativo

##### 1.4.1. Fuentes reales o formales:

- **Reales o materiales:** Atienden a la naturaleza de la fuente, sin necesidad de que sea una norma jurídica (ejemplos: doctrina, jurisprudencia).
- **Formales:** Normas jurídicas (ley, reglamentos)

##### 1.4.2. Directas e indirectas:

- **Directas:** Normas jurídicas.
- **Indirectas:** Doctrina, jurisprudencia, dictámenes.

##### 1.4.3. Mediatas e inmediatas:

- **Mediatas:** Doctrina, jurisprudencia, costumbre, principios generales del derecho, tratados internacionales.
- **Inmediatas:** norma jurídica.

#### 1.5. Principios fundamentales de la organización administrativa

##### 1.5.1. Jerarquía

Significa que los superiores imparten órdenes a los inferiores a efecto de cumplir con



órdenes que les han sido encomendadas. Existe una excepción vertical que reina en toda la organización administrativa: el Presidente de la República está exento de la subordinación jerárquica porque es el jerarca máximo y no tiene sobre él ningún superior.

Todos aquellos funcionarios que se encuentran en el mismo nivel tienen la misma jerarquía. En sentido horizontal, los ministros tienen la misma jerarquía.

El principio de la jerarquía sirve para la atribución de tareas y para ejercer el control sobre el cumplimiento de lo ordenado. Existen funcionarios de staff que, por tanto, están fuera de la jerarquía.

### **1.5.2. Competencia**

Aptitud legal que tiene un órgano para actuar. Es el conjunto de atribuciones, poderes o facultades que le corresponden a un órgano en relación con los demás; cuando se crea el órgano se establece legalmente qué es lo que tiene que hacer.

Competencia no es lo mismo que capacidad. Las personas privadas tienen capacidad, las públicas tienen competencia. En el derecho privado el principio es la presunción de capacidad hasta tanto se demuestre lo contrario; en el derecho público es a la inversa, un órgano no será competente hasta tanto una norma lo habilite para el cumplimiento de determinada función.

### **1.6. El derecho administrativo y su relación con el Estado**

Marina Ivinsky, señala que: "Se llega al concepto de derecho administrativo a través

del concepto de Estado. El advenimiento del Estado de Derecho fue el resultado de la convergencia de ciertas circunstancias, entre las que se destacan las revoluciones inglesa (1688) y francesa (1789), la emancipación americana (1776) y las teorías políticas enunciadas por Montesquieu (división de poderes) y Rousseau (la ley como expresión de la voluntad general)”<sup>4</sup>.

- **Estado de Derecho:** forma de Estado en que se reconocen y tutelan los derechos públicos subjetivos de los ciudadanos, mediante el sometimiento de la administración a la ley.

En el Estado de Derecho se ubica a la administración como esencialmente ejecutiva, encontrando en la ley su fundamento y el límite de su acción. Es una administración sometida al derecho y, aunque está habilitada para dictar reglas generales, éstas están subordinadas a la ley.

- **Estado:** Es la organización jurídico-política más perfecta que se conoce hasta el presente. Es un ente orgánico unitario, estructurado jurídicamente bajo la forma de una corporación, que detenta el ejercicio del poder.

Raneletti, mencionado por Ivinsky dice que “El poder de imperium del Estado, también llamado poder público o poder étático (Estado con organización política), es uno y único. La división de poderes no es sino la distribución del poder étático entre distintos centros o complejos orgánicos para el ejercicio preferente, por parte de cada uno de ellos, de determinada función, todas ellas destinadas al cumplimiento de los cometidos

<sup>4</sup> Ivinsky, Marina. **Derecho administrativo y estado**, pág. 45.





estatales. Pero los que están separados o divididos son esos centros, no el poder<sup>5</sup>.

- **Tipos de Estado**

- ❖ **Unitario:** Existe un solo ordenamiento jurídico.
- ❖ **Federal:** Hay una coexistencia de ordenamientos jurídicos.

- **Elementos del Estado**

- ❖ **Población:** Es el elemento humano. Al respecto, se debe distinguir entre:
  - *Habitantes:* Son los residentes dentro del territorio.
  - *Pueblo.* Concepto más restringido, ya que se refiere a la parte de la población que tiene el ejercicio de los derechos políticos.
- ❖ **Territorio:** Es el elemento geográfico. En nuestro caso comprende: suelo, subsuelo, espacio aéreo, mar continental y plataforma submarina.
- ❖ **Poder o imperium:** Energía o fuerza necesaria con que cuenta el Estado para llevar a cabo sus objetivos. La finalidad del Estado es la realización de objetivos comunitarios. El ejercicio del poder será legítimo si el bien que se persigue es el bien común; es decir que

---

<sup>5</sup> Ibid, pág. 45.

una orden para ser legítima (además de emanar formalmente del órgano competente) debe serlo en su sustancia.

- ❖ **Gobierno:** Conjunto de órganos que ejercen el poder, para el cumplimiento de las funciones del Estado.

### 1.6.1. Clasificación de las funciones del Estado

- **Orgánico o subjetivo:** Ve a la función de acuerdo con el órgano que la cumple. El estudio de las funciones bajo este criterio se relaciona con la teoría de la división de poderes expuesta por Montesquieu.
- **Material, objetivo o funcional:** Considera el contenido del acto sin reparar en el órgano que lo cumple. Es el que debe aplicarse al derecho administrativo, para no dejar fuera los papeles administrativos cumplidos por la administración pública, ya que hay actividad materialmente administrativa en el poder legislativo, en el poder judicial y en los entes públicos no estatales. Los entes públicos no estatales tienen potestades de poder político por delegación del Estado.

## 1.7. El acto administrativo

### 1.7.1. Definición<sup>6</sup>

Es la decisión general o especial que, en ejercicio de sus funciones, toma la autoridad administrativa, y que afecta a derechos, deberes e intereses de particulares o de entidades públicas<sup>6</sup>.

<sup>6</sup> Cabanellas de Torres, Guillermo, Ob. Cit. pág. 133.



La administración pública lleva a cabo su actividad a través de los actos administrativos de la misma manera que la función legislativa se manifiesta y concreta en la elaboración de leyes y la judicial en la de sentencias.

“Acto jurídico unilateral de la administración distinto del reglamento y consistente precisamente en una declaración”<sup>7</sup>.

El acto es dictado por un Poder Público en el ejercicio de una potestad administrativa y mediante el cual impone su voluntad sobre los derechos, libertades o intereses de otros sujetos públicos o privados, bajo el control de la jurisdicción contencioso-administrativa, en virtud de que esos actos resolutivos pueden ser revisados a fin de evitar a los administrados la lesión de sus derechos fundamentales y legales. La normativa legal aplicable es la Ley de lo Contencioso Administrativo, contenida en el Decreto 119-96 del Congreso de la República.

“Es acto administrativo la declaración de voluntad, de juicio, de conocimiento o de deseo realizada por la administración en el ejercicio de una potestad administrativa distinta de la reglamentaria”<sup>8</sup>.

Todo acto dictado por un Poder Público, hace referencia no solo a los actos dictados por una administración pública, sino también a determinados actos dictados por órganos constitucionales, cortes, consejos, tribunal constitucional, municipalidades,

<sup>7</sup> Diccionario jurídico espasa, Fundación Tomás Moro. pág. 22

<sup>8</sup> Zanobini, Pascual, Derecho administrativo, pág. 154.



etcétera y que son enjuiciables ante la jurisdicción contencioso – administrativa.

En el ejercicio de potestades administrativas, encuadradas en el ejercicio de la función ejecutiva y distinta de la potestad reglamentaria y de la función de dirección ejecutiva y distinta de la potestad reglamentaria y de la función de dirección política del Gobierno, porque en esta última lo que se ejercita no es una potestad administrativa sino un objeto político.

Los actos administrativos imponen la voluntad del Estado, porque lo que caracteriza al acto administrativo es que se trata de una declaración unilateral de voluntad, creadora de una situación jurídica, es decir, con efectos imperativos o decisorios. Por ello la jurisprudencia no considera con carácter general, las resoluciones administrativas que no son de fondo, informes, dictámenes, etc, porque estos son actuaciones que se dan dentro de un procedimiento, imputables desde luego a la administración, pero que no son decisorias, y ello se manifiesta porque no tienen acceso directo e independiente ante los tribunales y porque el acto es una declaración de voluntad también se excluyen del concepto las meras ejecuciones materiales de actos administrativos.

Los sujetos públicos o privados se refieren a que, aunque todas las definiciones de acto administrativo dan a entender que el destinatario es un particular, en la actualidad son normales los actos de la administración que tiene por destinatario a otra administración, o incluso está empezando a ser normales los pleitos entre administraciones públicas.

El control de la jurisdicción contencioso-administrativa, se refiere a que todos los actos de la administración pública pueden ser revisados por el órgano contralor como lo es el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, por lo que hay que excluir aquella actividad de la administración como persona de derecho privado, cuyos actos serán enjuiciados por los tribunales ordinarios (ejemplo: arrendamiento por parte de una administración de un inmueble). Para que exista acto administrativo es preciso que una de las partes sea la administración ejercitando una potestad administrativa y por tanto sometida en su actividad al derecho administrativo no al derecho privado.

Ahora bien, no debe confundirse acto administrativo con el modo de manifestación de la entera actividad administrativa. El acto administrativo no lo es todo en el derecho administrativo, por lo que debe depurarse su concepto con el objeto de diferenciarlo de otros actos jurídicos de la administración: los reglamentos y los contratos no son propiamente actos administrativos.

### 1.7.2. Clases de actos administrativos

En la doctrina administrativa una vez que se remiten los reglamentos a la teoría de las fuentes, se clasifican los actos administrativos de varias formas, de entre ellas nos ha parecido, por sus consecuencias, la siguiente como la más interesante:

- Porque ponen fin al expediente, o forman parte del mismo sin ser resolutivos: definitivos y de trámite.

- Por la necesidad o no de agotar la vía administrativa antes de ir a la jurisdicción contencioso-administrativa: actos que agotan la vía administrativa y actos que no la agotan.
- Por las facultades ejercitadas al dictarlos: actos reglados y discrecionales.
- Por la imposibilidad de impugnarlos tanto en la vía administrativa como en lo contencioso-administrativo: actos firmes y consentidos, y actos confirmatorios.
- Por la forma de afectar a la esfera jurídica de los ciudadanos: actos favorables y de gravamen.

Según se dirijan a una persona o grupo determinado de personas, o a un grupo indeterminado de personas: actos singulares y actos generales.

Por la forma de manifestarse: actos expresos y actos presuntos.

Según que provengan de un solo órgano administrativo o de dos o más órganos: actos simples o actos complejos.

Según crean, modifiquen o extingan relaciones jurídicas o se limiten a constatar una situación jurídica ya existente: actos constitutivos o declarativos.

Según que se agote el acto con su ejecución o permanezca en el tiempo: actos de tracto instantáneo y de tracto sucesivo.

Dentro del procedimiento administrativo se producen muchos pasos conducentes a obtener el acto final. Esos pasos intermedios suelen dar lugar a actos de trámite. El último es el acto definitivo, que se plasma en la Resolución.

"Actos de trámite son llamados en nuestra legislación providencias de trámite que de conformidad con lo establecido en el artículo cuatro (4) de la Ley de lo Contencioso Administrativo, son aquellas que sirven para diligenciar el expediente, también los informes, dictámenes, actos de prueba, propuestas de resolución, etcétera que documenta el expediente para poder emitirse al final el acto administrativo

La importancia de la distinción reside en que sólo los definitivos son objeto de control por parte de los administrados y posible revisión a través del Recurso Contencioso Administrativo"<sup>9</sup>.

En cuanto a los actos que agotan la vía administrativa y actos que no la agotan, los primeros también se denominan actos que causan estado, para el efecto la Ley de lo Contencioso Administrativo establece en su Artículo 20 que causa estado las resoluciones que decidan el asunto cuando no sean susceptibles de impugnación en la vía administrativa.

Se puede decir entonces que causan esto o agotan la vía administrativa los actos administrativos que abren la vía jurisdiccional. Actos que no causan estado o que no agotan la vía administrativa son aquellos que aún son susceptibles de ser revisados en

---

<sup>9</sup> *Ibid*, pág. 328.

el seno de la administración, y esto es requisito previo imprescindible para acudir a la vía jurisdiccional

### 1.8. Elementos del acto administrativo

"Los elementos del acto administrativo son aquellos requisitos necesarios para que tal texto pueda existir.

Un acto administrativo es un acto jurídico, es decir un hecho no natural que produce efectos jurídicos, y que procede de una administración pública. Este acto puede tener un contenido muy diverso, tal como se indicó en párrafos anteriores"<sup>10</sup>.

En él pueden distinguirse un elemento subjetivo (administración competente), uno objetivo (contenido), uno causal (motivo que induce a dictarlo) y uno teleológico o de fin, que en este tipo de actos jurídicos reviste una especial importancia, y que ha de ser necesariamente la persecución de intereses generales. Lo contrario es "desviación de poder" que conduce a la anulabilidad del acto.

Elementos subjetivos: Se pueden distinguir entre sujeto activo y sujeto pasivo. El primero es siempre una administración pública que actúa a través de sus órganos, que tienen como titulares a personas físicas (funcionarios o personal al servicio de las administraciones).

<sup>10</sup> Arroyave, Carlos Andrés, *Las resoluciones administrativas*, pág. 55.





En cuanto a los sujetos pasivos son los administrados, es decir, aquellos que reciben los efectos, favorables o perjudiciales, del acto administrativo. Pero no siempre es el interesado el sujeto pasivo; así, cuando la administración aparece como demandada por el particular ante los tribunales su postura es de sujeto pasivo.

Para que exista acto administrativo debe emanar de un órgano de la administración, en ejercicio de una competencia atribuida por el ordenamiento jurídico.

De conformidad con nuestro ordenamiento jurídico, la competencia la ejerce el funcionario, quien además tiene la representación legal del órgano y ejerce mando, esto de conformidad con lo establecido en el Artículo uno (1) del Reglamento de la Ley del Servicio Civil.

El fundamento de la competencia de cada órgano, de su aptitud para dictar actos administrativos, radica en la existencia de una potestad administrativa de la que aquellos actos son su manifestación.

En función de la jerarquía de los órganos, esos asuntos se reparten; lo que lleva, generalmente, a atribuir los asuntos más importantes de los órganos superiores y los de menor importancia a los órganos inferiores. Los inferiores no pueden invadir la esfera de competencia de los superiores.

El vicio de incompetencia siempre provocará la nulidad del acto cuando lo sea por razón de materia o territorio. La incompetencia jerárquica es siempre relativa pues es

susceptible de convalidación por el superior jerárquico. Si no se convalida si que se puede anular el acto, (anulabilidad).

En cuanto a los motivos de nulidad o anulabilidad surgirán en cuanto a la investidura del funcionario o autoridad. Hay que recordar que lo que perfecciona la condición de funcionario, además del nombramiento, es la toma de posesión. Por lo tanto serán funcionarios de hecho los que habiendo sido nombrados no han tomado posesión, o bien habiendo sido cesados, continúen dictando actos.

En nuestro sistema administrativo no existe cuestión que paralice en forma incidental el procedimiento, ya que éste debe resolverse por el superior jerárquico del funcionario que emitió el acto, y contra su resolución cabrán los recursos pertinentes.

Elementos objetivos. Objeto: Los distintos aspectos que se pueden considerar sobre el objeto son:

- El supuesto o presupuesto de hecho
- El contenido.
- La causa

El supuesto de hecho, es la descripción de las circunstancias fácticas, las cuales al aplicarle una norma dan lugar a una o varias consecuencias jurídicas (el presupuesto de hecho de una jubilación sería el que un funcionario hubiese alcanzado la edad fijada por la norma para que aquella se produzca. El de una oposición el que hubiese plazas libres a cubrir en varios departamentos).



También se le denomina causa o motivo legal, porque las existencias de esa situación recogida por la ley son las causas de que se ejerzan las competencias por parte de la administración.

En este primer capítulo se consideró importante desarrollar de manera amplia los elementos del derecho administrativo que se consideran necesarios para poder desarrollar con fundamentación suficiente, el siguiente capítulo que versa sobre los contratos.



## CAPÍTULO II

### 2. Contratos en general

*Por medio del contrato se perfeccionan los negocios jurídicos, teniendo plena validez cuando el acto se formaliza con todas las exigencias de ley.*

#### 2.1. Definición

Eduardo Vásquez Bote, jurista especializado en derecho civil señala: "Es el negocio jurídico por el que una o más partes crean, modifican o extinguen una relación jurídica patrimonial"<sup>11</sup>.

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

Los autores Guillermo Cabanellas y Federico Puig Peña, sin embargo, no quisieron desprenderse de la sistemática jurídica tradicional, pero para no marchar de espaldas

<sup>11</sup> Diccionario jurídico espasa, Fundación Tomás Moro, pág. 239.



al nuevo orden de ideas tuvieron que desarrollar sus excepciones con una repetición de conceptos, cosa que, por otro lado, no podía resistir, claro está, los argumentos justos de una crítica serena.

Para solventar estos inconvenientes, debía seguirse en la doctrina un doble sistema, o bien conseguir un emplazamiento más lógico y definitivo, por medio de un reajuste de materias, distribuyendo las mismas entre la parte general del derecho civil y la cada día más insuficiente teoría general del contrato, o hacer un estudio detallado y completo de la doctrina del negocio jurídico en aquella parte general y luego, al desarrollar los capítulos contractuales.

La primera posición tenía el inconveniente de la diversidad de criterios que podían seguirse en orden al correcto emplazamiento de las diversas materias, y por ello es más lógico y está más de acuerdo con los principios el segundo sistema.

Prescindiendo de los tiempos anteriores al derecho de Roma, -en los que el contrato sólo se manifiesta como una solución pacífica al *causus belli* provocado por el delito- y concretándonos al mundo jurídico, se observa que el contrato, en ese derecho, tiene una significación especial, referida a aquellos supuestos en los que el acuerdo de voluntades podía producir plena obligatoriedad. Sabido es, en efecto, que la mera convención o pacto era sólo el simple acuerdo, que por sí sólo no generaba acción ni vínculo obligatorio. Para que esta convención se transformase en *contractus* era necesaria una *causa civilis*.

## 2.2. Relación histórica de los contratos

El derecho romano reconoció en el contrato un concurso de voluntades (*consensus*), que creaba un vínculo (*iurisvinculo*) si se actuaba de acuerdo con la formalidad prescrita a la causa *civilis*. Pero la importancia del contrato se fija en el pensamiento liberal individualista, cuyo triunfo hizo posible una noción del contrato que se identifica con el simple convenio o mero concurso de voluntades, concurso que genera una fuerza maravillosa y se erige absolutamente en todos los órdenes, que está encima y más allá de la ley.

Eduardo Vásquez Bote señala "En el plano filosófico, el *iusnaturalismo* racionalista elevaría el contrato a fuente u origen de la sociedad, al concurrir dos tradiciones: la idea del estado de naturaleza como fase previa al estado social, y la problemática de justificar el poder del monarca absoluto por el recurso a legitimar sus poderes en una primigenia transmisión de los mismos por el pueblo al soberano (y ya fuese concebido como un *pactum unionis* o como un *pactum subiectionis*).

La época subsiguiente usó y abusó del concepto de contrato, tanto para justificar y garantizar ciertas libertades individuales que la burguesía ascendente deseaba asegurar, como para justificar el monarca la sujeción contra aquellas libertades que se le reclamaban. Y, aunque ya Kant llamó la atención sobre el mero valor dialéctico de tales posiciones, la doctrina imperante aceptó con posterioridad el contrato como realidad palpable, usando el concepto para explicar y justificar cualquier

situación"<sup>12</sup>.

En el derecho político, el contrato se hace patente en la Constitución; en el penal, la sanción será impuesta al darse la comisión del delito por falsedad material o ideológica del delito; en el internacional, el contrato se erige en fuente única del derecho internacional al ser regulado en tratados y convenciones internacionales; en el civil, el contrato explica y subsume todas las instituciones del derecho interno (matrimonio, relaciones paterno-familiares, adopción, sociedad, etc.).

En el derecho civil, respondiendo a su época, identifica el contrato como la manifestación típica, si no única, del negocio jurídico; concepción hoy superada. La idea del contrato como cruce de voluntades se modifica y orienta hacia su visión como yuxtaposición de intereses, acorde con una función económico-social. Los intereses de las partes porque no son opuestos, y también son vehículo de realización de un fin social superior.

El contrato es un instrumento para satisfacer intereses, pero conforme con un fin superior. No es ya el contrato expresión de concretos intereses, sino instrumento creador de relaciones unitarias en que aquellos pueden también realizarse. Noción actual del contrato que se destaca con pensar simplemente en las contrataciones en masa, que afecta a millones de personas de un colectivo. Concebido como instrumento de realización social de intereses particulares de índole patrimonial, el tema que centra la importancia del contrato es el de su fuerza vinculante. No, naturalmente, su fuerza jurídica, pues ésta se deriva de la ley. Teorías las hay para

<sup>12</sup> Ibid, pág. 239.

todo tipo de gustos y satisfacciones, abundando las filosóficas, bien por remisión a un empeño por un pacto social, bien como resultado de apreciar un mero interés individual.

El contrato no nace a la vida como una relación común, sino que, como todo acto humano, pasa por un proceso de gestación, que afecta al fondo mismo de la relación que el contrato establece. El contrato surge a la vida cuando se exterioriza adecuadamente; pero, además, hace falta que el contrato se rija por normas jurídicas. Normalmente, las partes piensan en un contrato para solventar una necesidad; deliberan sobre su contenido, sopesando ventajas e inconvenientes y, finalmente, suelen celebrarlo. Y esto ocurre incluso en los casos de actuación aparentemente automática.

La evolución del derecho romano posterior determinó el abandono del vicio rigorismo. La degeneración de las formas solemnes de la *sitipulatio*, la inexistencia de la antigua forma del contrato literal, la creación de la categoría de los contratos innominados, la admisión de los pactos vestidos, etc., hizo poco a poco descomponerse el sistema cerrado de los tipos contractuales y el inicio de un camino tendente a la admisión franca de una categoría abstracta y general del contrato, que va después a recibir su fuerza obligatoria por sí mismo, independientemente de las causas anteriores señaladas.

Al llegar a la época liberal, donde, por influencia de diversos factores de tipo doctrinal y político, se caracterizaba por la obligatoriedad y fuerza vinculante del contrato, nacida



única y exclusivamente del convenio o acuerdo de voluntades; por la soberanía absoluta del mismo en todos los órdenes de la vida transaccional privada; por la abstención del Estado frente a los diversos tipos de contratos creados por la autonomía de la voluntad; por el sentido de justicia intrínseca, puesto que solamente tenía importancia el voluntarismo contractualista.

### 2.3. Análisis jurídico doctrinario

En la presente época parece más sensato remitirse a la sociología: la eficacia del instituto no deriva de otra causa que no sea la eficacia que las convenciones sociales implican para el hombre. Ya se acepten por motivos egoístas, por temor, por conveniencia general, hay un hecho cierto el cual es, que las sociedades, los grupos humanos, necesitan dar valor a lo acordado como modo de prevenir un mínimo de actividad cooperativa, sin la cual no es dable la vida en sociedad. Tal valor podrá ser mayor o menor, aumenta su eficacia o apreciarla en crisis; pero se busca asegurar y proteger ese valor mediante la actuación colectiva que, con el tiempo, evita la imperativa reacción violenta que la frustración del acuerdo implica y provoca, y pueda subsistir mediante la remisión a un organismo adecuado de la función que guarda. Cuando esa actividad de cooperación se expresa por medio del derecho, es claro que el ordenamiento acepta el carácter de la autonomía privada y particular, que se expresa en convenciones y contratos, que, por tal admisión del derecho, operan como supuestos fácticos, normativamente considerados y generadores, por ello y en cuanto a ello, de relaciones jurídicas, las cuales provocan por si mismas sus



correspondientes efectos, siendo uno el carácter vinculante para las partes que en ellas han acordado.

Tal fuerza vinculante se ha manifestado de diversos modos, dando lugar a una pluralidad de sistemas de contratación. El primitivo o religioso, aseguraba el cumplimiento mediante el temor a la intervención de lo divino, que obliga a practicar la realidad contractual con sujeción a un rito religioso, cargado de solemnidades rituales, ceremonias, que hagan su efecto de atemorizar a quien el acuerdo infrinja, rituales que se mantendrán, perdido su significado religioso, luego de una avanzada evolución jurídica.

El contrato más moderno del derecho civil es, asimismo, desenvolvimiento del anterior, en que el ritual religioso ha sido sustituido por una no menos complicada ceremonia civil, rígida en su realización, en sus manifestaciones y en su alcance. Un progreso se manifiesta con el influjo del Cristianismo, el cual, elevando la interioridad de la conciencia al máximo rango pudo pretender asegurar la eficacia de los contratos en el hecho de la sola convención que les da existencia, con independencia absoluta de los rituales (presentes, no obstante, en el mecanismo de capacitación de la conciencia de las partes), que facilitó la energía del contrato, al hacerle vinculante, aunque no constase su existencia. El sistema implica, no obstante, un riesgo: la dificultad en la falta de prueba y, con el temperamento de las creencias religiosas, la frustración del contrato mismo. Se abre pues, paso, a la constatación de acuerdos por medios sencillos y rápidos (exigidos por un tráfico cada vez más frecuente y extendido), constantes e indubitados (escritura, testificación, incluso constatación en

un registro o archivo públicos).

Actualmente, pueden considerarse como criterios o principios en que se mueve la contratación, los siguientes: a) Libertad de conclusión, b) Libertad en la determinación del contenido contractual, c) Libertad formal.

**a) Libertad de conclusión.** Cada persona puede o no celebrar un contrato. Hecha abstracción de los imperativos de vida y, también y cada vez más, de las situaciones de monopolio en oferta de medios para satisfacer necesidades, quien contrata lo hace porque así lo estima. Pero se produce una intervención de la colectividad por medio del Estado, bien para homologar el tráfico y evitar francos y exagerados desequilibrios, bien para imponer al monopolista de los medios de satisfacción la contratación ante la demanda. La masificación de la vida explica que, con frecuencia, en el contrato del caso concreto deba adecuarse en su realización, a momentos, circunstancias e incluso en su realización, a circunstancias e incluso contenidos previamente determinados, en todo o en parte.

**b) Libertad en la determinación del contenido contractual.** Las partes pueden estipular lo que crean conveniente. Dos límites importantes se imponen: no pueden emplear el contrato para evadir el contenido que la ley exige para esa modalidad, ni pueden usar el contrato para ir más allá de lo que la ley autoriza (por lo que son nulos los pactos que transgredan el límite). Asimismo, las nuevas modalidades contractuales pueden quedar sujetas a contenidos mínimos para cada parte

(condiciones generales) o hacer depender la eficacia del contrato entero de su confección conforme a criterios legalmente fijados (contratos de adhesión).

c) **Libertad formal.** Por regla general, las partes determinan qué forma ha de tener el contrato, si simplemente oral, escrita en documento privado o constado en documento público. Aunque para trascender el alcance contractual respecto de terceros es normal reclamar una difusión del mismo por su incorporación a un servicio público (ventas a plazos, etc.).

El contrato no nace si antes no se producen actuaciones previas, tratos preliminares, que tienen peculiar eficacia. Los tratos preliminares, por ser anteriores a la acción contractual, carecen de efecto de derecho y orientación que ciertamente, no ha sufrido sensibles modificaciones entre los autores. Ahora bien, que los tratos no obliguen al contrato, no significa que sean jurídicamente irrelevantes, pues generan otros alcances, conforme al principio general de buena fe al que están sometidos.

El tratadista Federico Puig Peña, estudioso del derecho civil, indica: "Si los contratos han alcanzado un estadio tal, que puede estimarse razonablemente, y conforme con un entendimiento normal, que se llegaría a la celebración del contrato, quien desiste de ello sin causa justificada, debe responder de los daños causados ante la creencia de la otra parte de que el contrato nacería y por gastos realizados en función de esa misma creencia, o por otros perjuicios"<sup>13</sup>.

<sup>13</sup> Puig Peña, Federico, *Compendio de derecho civil español*, tomo IV, pág. 330.

Esta responsabilidad precontractual plantea abundantes problemas; el primero, fijar su carácter contractual o extracontractual, o sui generis y con propias reglas. Se apunta como dominante la tesis de considerarla extracontractual, estimándose el tema de escasa relevancia, al tratarse de una cuestión de prueba y de un recto planteamiento del problema, concebido como relación jurídica de confianza, que impone recíprocas obligaciones; o considerado como expresión de dos situaciones sin conexión, que impone un deber de respeto en general de abstención, pero también en actuación positiva de lealtad, de aclaración, etc.

El derecho civil concibe la situación preliminar, oferta y aceptación, como dos momentos independientes, aunque necesarios para que surja el contrato. La oferta, como manifestación subjetiva de un contenido objetivo con un destinatario concreto (o genérico), por ser así, la doctrina y jurisprudencia suelen afirmar que no hay alcance vinculante si no hay aceptación. Pero sería absurdo admitir que quien ofrece no lo hace con intención de que se le acepte, lo que implica, al menos, la permanencia de esa oferta el tiempo necesario para ello, bien porque ese tiempo se fije por el propio oferente, bien por criterios sociales de comportamiento.

La aceptación por referirse a la oferta, reclama la correspondencia íntegra (pues, de no serlo se ofrece como contraoferta) y ser referida a la persona del oferente, expresa o circunstancialmente, de modo tácito dentro del plazo fijado para la efectividad de la oferta; y, en su defecto, dentro del período que se estime socialmente normal. Concurriendo oferta y aceptación, surge el contrato perfecto, generando entonces sus efectos típicos.

Conforme al Código Civil español, se señala que con relación a sus clases, los diferentes contratos varían conforme a los criterios utilizados para su distinción. Quizá la más sucinta y técnica, que toma como punto de partida las modalidades de cooperación humana y sus alternativas, sea la de BETTI, quien distingue los contratos que tienen por fin el desarrollo de una actividad, los que tienen por meta el resultado de esa actividad ajena, y los que pretenden el aseguramiento contra un riesgo<sup>14</sup>.

Al constituirse en la técnica alemana la figura central del negocio jurídico, con trazos singulares y rasgos definidos que la presentaban con autonomía, tanto en su estudio como en su íntima consideración, pareció lógico que la teoría general del contrato, inserta en códigos, y tratadistas como un estudio previo a los diferentes supuestos contractuales, fuese a ir desapareciendo por perder su razón de ser y motivo de existencia.

En un primer momento se consideró esencial, como necesario para obtener el efecto contractual, la observancia de una forma especial. Más tarde se reconoció como válidamente celebrado si había ejecución por parte de uno de los contratantes a título de crédito, o mediante la transcripción de ellos en los libros de data y haber de todo *pater familias*. Por último, y como enlace con el derecho moderno, se admitió excepcionalmente que para ciertos contratos (compraventa, arrendamiento, sociedad y mandato) bastase el solo acuerdo de voluntades. De aquí los contratos verbales (*stipulatio dictio dotis, operarum iurata promissio*), cuya causa, como consistía en el empleo de las palabras prescritas en forma de pregunta y respuesta, en los que la

<sup>14</sup> Diccionario jurídico espasa, Fundación Tomás Moro, pág. 241.

causa consistía en la transcripción realizada en los libros como consecuencia de operaciones jurídicas libremente consentidas por las partes; reales (mutuo, comodato, depósito y prenda), que se integraban por la recepción por el deudor de la cosa a título de crédito, y consensuales, admitidos así por la especial naturaleza e importancia de la relación jurídica que se supone la compraventa, el arrendamiento, la sociedad y el mandato.

Sobre este particular, se deben tomar en cuenta las consideraciones que a continuación se presenta.

Los hombres, en efecto, para la satisfacción de sus necesidades -tanto de orden primario como de matiz accesorio- entran en relaciones entre sí, dando vida a multiplicidad de acuerdos o convenciones que constituyen el entrecruce de toda su intensa y variada actividad; representan el exponente de la solidaridad humana, sin la cual no pueden aquellos vivir en el trato con sus semejantes. Estas convenciones descubren la gama extraordinaria del contenido sobre el cual puede versar el trato con los demás: relaciones patrimoniales, de amistad, de favor, de complacencia, de diversión, etc.

Pero un sector de las mismas queda acotado, desde el momento en que el objeto de ellas tiene un interés jurídico. Entonces el derecho se hace ya entrando en el terreno del contrato que tiene, de momento, aquella base inicial un polo especial de referencia (objeto con interés jurídico).



Muchas veces el derecho, tanto científico como legislado, se detiene ante ese umbral. Ve el contrato en eso, y no quiere seguir indagando. Si hay una convención y ésta tiene un interés jurídico, se está ante un contrato, cualquiera que fuesen los designios de las partes; bien se muevan éstos en el ámbito patrimonial, bien trasciendan del mismo para integrar relaciones de familia o incluso acuerdos de propia sustancia pública. El antiguo Código italiano decía a este respecto que el contrato era el acuerdo de dos o más personas para constituir, regular o disolver entre sí un vínculo jurídico. Y algunos autores, coincidentes en esta primera acepción, decían, que el contrato era el acuerdo de dos o más voluntades, dirigidas a producir efectos jurídicos.

Pero las insistentes investigaciones de la doctrina cuidaron de seguir describiendo trazos, para perfilar mejor la figura del contrato. Bien que éste sea una convención con un interés jurídico; pero es necesario algo más, pues este objeto con interés jurídico hay que concretarlo todavía para que se pueda obtener con precisión el propio campo del contrato. Entonces surge una expresión: la constitución de un vínculo obligatorio de carácter patrimonial. Este criterio se entronca en cierto sentido con el derecho romano, toma asiento legal en la época de la codificación y es seguido por la mayoría de los tratadistas, que tan finalmente representa la que se pudiera llamar doctrina nacional, al definir el contrato como aquella convención jurídica manifestada en forma legal, por virtud de la cual una persona se obliga a favor de otra, o varias entre sí, al cumplimiento de una prestación de dar, hacer o hacer.

Este criterio general de considerar el contrato como el acuerdo de constitución de un vínculo obligatorio, se ha sometido a revisión últimamente. Hoy día, en efecto, se



entiende que el contrato puede ir dirigido no sólo a la creación de ese vínculo obligatorio, sino también a la modificación o extinción del mismo. El criterio es correcto y ha merecido el beneplácito de la más selecta doctrina. En efecto, el contrato es negocio jurídico bilateral dirigido a constituir, modificar o extinguir un vínculo jurídico del contenido patrimonial o económico. Ha recibido consagración legal esta doctrina que define el contrato que es aquel acuerdo de dos o más personas para constituir, regular o extinguir entre ellas una relación jurídica patrimonial.

Un fino examen del basamento jurídico del contrato ha hecho ver, finalmente, que es preciso delimitar su concepto con una sugerencia especial, porque acuerdo hay en todos los actos jurídicos plurilaterales, y, sin embargo, el contrato es sólo una especie de ellos. A tal efecto se ha establecido que el contrato representa una coincidencia de intereses opuestos. Las partes tienen motivaciones diferentes, que se unen en el punto crucial del contrato. Entonces, el contrato propio sensu (en sentido propio) es el llamado acto colectivo, que se integra por una suma de voluntades concordantes o paralelas, como sucede, por ejemplo, con el acto constitutivo de una asociación. Tampoco es contrato aquellas situaciones en las cuales la norma se crea por un sujeto y las obligaciones resultantes se aceptan por otro u otros, como acontece, por ejemplo, con las subastas. La dogmática de esos actos complejos suscita modalidades interesantísimas, cada día de más acusado perfil, cuyo estudio corresponde a la parte general del derecho civil. Sólo se trata aquí su línea diferenciativa, para recoger su distinción del contrato.

A la vista de las anteriores consideraciones, se puede definir el **contrato diciendo que**



es aquel acuerdo de voluntades, anteriormente divergentes, por virtud del cual las partes dan vida, modifican o extinguen una relación jurídica de carácter patrimonial.

El contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse, respecto de otra u otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio. No cabe duda que procede adscribir su criterio a la tesis obligacional pura, de sabor clásico y que reduce el contrato al acuerdo de constitución de un vínculo obligatorio. Sin embargo, la técnica no estorba para admitir la concepción obligacional amplia y moderna, incluyendo contratos típicamente modificativos y extintivos

El concepto que del contrato tenía la doctrina dominante en el mundo, como consecuencia del liberalismo, ha sufrido honda crisis, puesto que se ha intentado cambiar fundamentalmente hasta los pilares y paredes maestras de la figura contractual. Porque, si bien sigue siendo la voluntad concordada la piedra angular de la construcción, sin embargo entran ahora en el concepto del contrato elementos nuevos, que le dan una particular fisonomía. La conceptualización del contrato como el entrecruce de voluntades opuestas queda, en efecto, modificada, pues a la oposición de intereses o a la distinción de los mismos, sustituye hoy la yuxtaposición de aquellos. Es decir, que los intereses de las partes no parecen contrapuestos y en lucha incesante de uno contra otros, aparentemente resuelta en la síntesis del contrato, sino yuxtapuestos, es decir, agrupados en un radio común: el servir a los intereses de la comunidad.

El contrato, pues, es un medio de satisfacción económica, que, como todas las instituciones fundamentales, quedan articuladas en la sociedad, para el bien común. El protagonista del contrato es ahora la comunidad; los individuos pactan, sometidos a la suprema conveniencia de ésta; los intereses se supeditan a lo que el bien común reclame, y en vez de manifestarse el contrato como expresión de apetencias particularistas, efímeramente conjugadas hay que entenderlo como fuente creadora de una relación nueva, unitaria, fecunda, inspirada por el pensamiento de comunidad, basada en principios de fidelidad y buena fe y justificada en los rigores por consideraciones de mutua atención inexcusable a las circunstancias accidentales.

El sistema de contratación equivale a buscar el principio supremo, a cuyo calor se han desenvuelto las transacciones; la idea cardinal, la base primordial bajo la cual se cobijan y desenvuelven los contratos reconocidos de una legislación. Todos los pueblos no tienen la misma psicología ni todas las épocas se desenvuelven bajo el mismo signo; hay un mundo de concepciones que varía de nación a nación, de era a era. Por eso cada país -y, en definitiva, cada legislación- tiene un punto de vista distinto, un criterio diferente en orden al momento formal en que puede decirse que el contrato existe. Esto da lugar a los sistemas de contratación, definidos por civilistas como los diferentes criterios con que cada legislación se determina la base fundamental a que ha de ajustarse la formación de los contratos.

Desde el punto de vista cronológico, el primer sistema de contratación que aparece en los pueblos es el rigurosamente formalista, caracterizado por la existencia de determinadas formalidades exteriores con el carácter de esenciales para la existencia

y validez de los contratos. Es el propio de los pueblos primitivos, encerrando en su primera fase un sabor típicamente religioso que caracteriza a las legislaciones de los países orientales, y en su segundo momento, un matiz civil del cual son exponentes las legislaciones romana y germánica.

El derecho romano, sobre todo en la primera época, no admitió que la mera voluntad de las partes contratantes bastase en principios para engendrar una mera obligación. Era necesario que aquella se manifestase a través de las fórmulas solemnes del contrato verbal; por medio de las transcripciones típicas del contrato literal o con el complemento de la entrega de los contratos reales. Únicamente admitió una especie de contrato (los consensuales) que, por la trascendencia e importancia de la relación, podían quedar perfectos por mera voluntad. Las convenciones que no respondiesen a estas causas civiles eran pactos nulos, desprovistos por completo de acción. Algunos de éstos, sin embargo, determinaron en su eficacia algunas consecuencias civiles (pactos vestidos), por estar agregados a contratos de buena fe (*pacta adiecta*), o por reconocimiento del derecho pretorio (*pacta praetoria*), o de las Constituciones imperiales (*pacta Legitima*).

El derecho romano queda, pues, adscrito al sistema formalista civil, con las atenuaciones que suponen los contratos consensuales y los pactos vestidos, que representan el tránsito al sistema consensual.

El derecho germánico es también predominantemente formal y simbólico en igual o quizá mayor intensidad que el romano. Pero los inconvenientes de este sistema



saltaban a primera vista.

El formalismo iba bien, mientras las relaciones de obligación no presentaron caracteres de complejidad; pero el apretado mecanismo de la forma resultó anacrónico en cuanto se aumentaron de la vida civil. Aparte de esto, ahogaba las iniciativas de los particulares, y, en definitiva, tiranizaba la libertad del tráfico. La técnica de los pactos pretorios y de los contratos consensuales representa un loable esfuerzo para ir abandonando la pesada carga del formalismo y orientarse hacia el principio del consentimiento. Éste, sin embargo, caracterizado porque sólo atiende al elemento interno del contrato, a la mera convergencia de voluntades, cualquiera que fuere la forma en que queda expresado, no surge de pronto; va naciendo poco a poco en la misma vida del pueblo, consciente de las desventajas del sistema anterior, y adquiere consagración legal en el derecho con la famosa Ley del Ordenamiento de Alcalá, con arreglo a la cual será válida la obligación o el contrato que fueran hechos en cualquier manera que aparezca que por el mismo se quiso obligar a otro a hacer contrato con él. Esto es, la desaparición del formalismo, el límite del simple consentimiento.

Pero el sistema consensualista, llevado a sus extremos, también tiene sus inconvenientes, y no pequeños, pues con el amplio margen de libertad concedido se produce una verdadera inseguridad e incertidumbre en el derecho, que trae consigo la multiplicación de los litigios e imprecisión de las relaciones. Se debe considerar como un mecanismo proteccionista en una sociedad en descomposición de elementos, la mejor garantía de los actos jurídicos y el mejor reconocimiento de la libertad de las

convenciones. Por lo mismo que la forma es enemiga declarada de arbitrariedad y hermana gemela de la libertad, es una valiosa garantía de los intereses públicos y privados y jamás podrá ser eliminada del derecho.

Quizá estas afirmaciones envuelvan algo de exageración; pero lo cierto y verdad es que en los tiempos modernos las legislaciones no aceptan el sistema consensualista en su forma pura, sino que se observa una vuelta a los sistemas de forma, como garantía, singularmente, de los terceros y de la seguridad del tráfico. Ello ha dado nacimiento al sistema de la forma escrita, en el cual, para evitar la imprecisión que surgiría de los contratos confiados sólo a la prueba testifical, se exige que la manifestación de la voluntad que comprobada en un cuerpo de escritura más o menos trascendente.

Este sistema recibió el favor de la doctrina, por asegurar la seriedad del consentimiento y la fijación del vínculo; pero en aquellos contratos de escasa cuantía resultaba improcedente. Además, la exigencia constante de la forma escrita podía embarazar en ocasiones la contratación.

Por esto ha surgido el llamado sistema ecléctico o moderno, propio de los códigos más recientes. Con arreglo al mismo, por regla general, los contratos quedarán perfectos por mera voluntad; pero en algunas ocasiones se exige una determinada forma de prueba, bien de solemnidad causa, bien probaciones causa.

Los contratos por sí mismos ameritan un estudio específico, por su historia de siglos y



porque han sido motivo de controversia. Para efectos de este trabajo se considero conveniente desarrollar el tema de una manera tal vez minuciosa, pero es que ello permite especificar sin mayores dificultades los contratos administrativos y mercantiles, que a continuación se desarrollan.



## CAPÍTULO III

### 3. Contratos administrativos y mercantiles

#### 3.1. Contratos administrativos

Los contratos de derecho público son aquellos por los cuales el Estado satisface indirectamente el interés general.

Los contratos de derecho público (género) pueden clasificarse como internacionales (tratados o convenios internacionales) o internos. Éstos últimos son los contratos administrativos.

El concepto de contrato administrativo no difiere del concepto de contrato en el derecho privado, pero al ser una de las partes el Estado, tiene características propias.

Puede definirse el contrato administrativo como aquel en que la administración ejerce prerrogativas en cuanto a su interpretación, ejecución y extinción, cuidando de no alterar la ecuación financiera del mismo. El objeto de este contrato se rige por el derecho público. En todo contrato administrativo tiene que participar un órgano estatal en ejercicio de la función administrativa.

##### 3.1.1. Elementos del contrato administrativo

- Objeto del contrato es la obligación consistente en una prestación de dar, hacer o no hacer, requerida por las partes. Pueden ser objeto del contrato cosas que están fuera del comercio.



- Acuerdo de voluntades, que implica una manifestación de voluntad coincidente de las partes y presupone la capacidad jurídica del contratante y la competencia del órgano estatal.
- Causa del contrato es la situación de hecho que ha considerado la administración y que la determina a contratar para satisfacerla. Es considerada un elemento esencial.
- La forma se refiere a cómo se documenta el vínculo contractual.
- La finalidad del contrato administrativo es la satisfacción del interés general, fin que debe ser tenido en cuenta por la administración en la realización del contrato.

### 3.1.2. Clasificación de los contratos de derecho administrativo

- En razón del objeto. Pueden ser de obra pública, administrativos, etc.
- En razón de la parte a cargo de la prestación:
  - ❖ **Colaboración:** La prestación principal está a cargo del particular o contratante (ejemplo: contrato de obra pública).
  - ❖ **Atribución:** La prestación principal la hace la administración. Por ejemplo, en la concesión de un bien de dominio público la prestación la realiza el organismo estatal que concede a un particular el uso de una porción del dominio público por un término limitado, mediante el pago de un canon por parte de ese particular.

### 3.2. Procedimiento administrativo

Es la parte del derecho administrativo que estudia las reglas y los principios que rigen para la intervención de los interesados en la preparación e impugnación de la voluntad de la administración. Se refiere, entonces, a las formalidades a las que deben sujetarse la administración y los administrados en el desarrollo de la función administrativa; estas formalidades aseguran la eficacia de la gestión de la administración y el respeto de los derechos e intereses de los administrados.

#### 3.2.1. Clasificación de los procedimientos administrativos

- **Técnicos:** Son los empleados por la administración para obtener y ordenar todos los datos y elementos de juicio necesarios para decidir sobre cuestiones que apunten al bien común, no teniendo consecuencias jurídicas para el administrado (ejemplo: construcción de una obra pública, creación o modificación de servicios, etc.).
- **De gestión:** Contemplan la relación jurídica entre la administración y el particular, quien busca el reconocimiento de un derecho o interés legítimo protegido administrativamente.
- **Sancionatorios:** Son los procedimientos disciplinarios que buscan limitar a los funcionarios de la administración, observando las extralimitaciones cometidas y aplicando las sanciones correspondientes. También son sancionatorios los procedimientos correctivos, es decir, aquellos que se refieren a los particulares.
- **Recursivos:** Son procedimientos fundamentales para el control de la voluntad de la administración. Son los realizados por los particulares interesados para

impugnar actos administrativos, con el objeto de obtener una decisión revocatoria o modificatoria de una decisión anterior. El recurso puede interponerse ante el mismo órgano cuyo acto administrativo se trata de impugnar o ante un órgano superior. Los procedimientos recursivos son aplicables en el ámbito de la administración pública centralizada y descentralizada.

### 3.3. Análisis general

Derecho administrativo es la rama del derecho público que tiene por objeto la administración pública, entendida como actividad a través de la cual el Estado y los sujetos auxiliares de éste tienden a la satisfacción de intereses colectivos.

En los Estados modernos tanto la administración como la jurisdicción se encuentran reguladas por una normativa y cabe distinguir ambas funciones en razón de lo siguiente:

- Al ejercitar la función de juzgar, el Estado persigue la realización de los derechos controvertidos o inciertos;
- Al ejercitar la vía administrativa, tiende a realizar intereses generales. En esta línea, las acciones fundamentales que la administración lleva a cabo son las siguientes:
  - ❖ Acción de garantía. Mediante este procedimiento la administración fija el marco de la vida colectiva; establece el orden de



convivencia, garantizando cuáles son los ámbitos dentro de los que pueden desarrollarse las iniciativas privadas y cuáles las posibles conductas de los particulares, lo que se realiza manteniendo la tranquilidad y el orden público o definiendo derechos, como en el caso del urbanismo o limitando posibilidades de actuación, como cuando tasa un precio.

- ❖ Acción de prestación. Tiene por finalidad entregar a sus destinatarios ciertos bienes o prestar determinados servicios. Los puede ofrecer la administración en el mercado, en régimen de derecho privado o mediante un concesionario al que fija pautas de actuación, o bien puede ejecutar el servicio público de forma directa como administración.
- ❖ Acción de estímulo. La administración incita a los particulares a que cumplan actividades concretas de interés público mediante subvenciones, créditos, desgravaciones o exenciones fiscales, recursos estos muy utilizados en materia de urbanismo

### **3.4. Contratos mercantiles**

#### **3.4.1. Obligaciones mercantiles**

Guillermo Cabanellas, al referirse a la negociación mercantil, indica "Contrato mercantil, es el peculiar del derecho de la contratación comercial o el que, común en ciertos aspectos básicos con el homónimo del derecho civil, se rige según la

legislación mercantil por ser comerciante al menos uno de los que intervienen o por tratarse de actos de comercio, caracterizados por el lucro y la profesionalidad sobre todo<sup>15</sup>.

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 este 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 engañosa 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).

En cuanto a la mora, 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

---

<sup>15</sup> Ob. Cit. pág. 358.



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.

La 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.

### **3.4.2. Perfeccionamiento e interpretación de los contratos mercantiles y 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.

Al igual que los civiles, los contratos mercantiles se perfeccionan por el consentimiento de las partes, que se produce por el concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y la causa del contrato.

**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 y 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 es producto de la negociación en masa, elaborado en serie, sometido 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 características que disciplinan el contrato por adhesión:

- 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.

### **3.4.3. Singularidad de los contratos mercantiles**

La forma del contrato hace referencia al modo como se manifiesta o declara la voluntad de las partes, y por ende, como se perfecciona el contrato; la voluntad debe exteriorizarse de algún modo, verbal, escrito, o en ocasiones por medio de facta concludentia. En el derecho mercantil rige el principio de libertad en la elección de la forma, a menos que para contratos determinados el Código o leyes especiales indiquen formas o solemnidades necesarias.

El contrato entre ausentes, cuando geográficamente oferente y aceptante están separados, que se perfecciona eligiendo entre cuatro momentos distintos:

- Declaración de la aceptación;
- Emisión de ésta al oferente;
- Recepción por éste de la aceptación;
- Conocimiento por el oferente de la aceptación.



El Código Civil se inclina por el último, mientras que el Código de Comercio por el primero al afirmar que los contratos se perfeccionan desde que se contesta la propuesta por correspondencia.

El perfeccionamiento de los contratos mercantiles, al igual que los civiles se perfeccionan por el consentimiento de las partes, que se da por el concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y la causa del contrato. Pese a esta coincidencia, en la perfección de los contratos mercantiles concurren algunas singularidades, que se exponen a continuación:

- a) La forma del contrato es libre, carente de solemnidades como lo regula el Artículo 671 del Código de Comercio.
- b) Se refiere a los contratos estipulados entre ausentes, personas que se encuentran a distancia (contrato por teléfono o fax). Para resolver el problema de cuándo se perfeccionan estos contratos, debe elegirse entre cuatro momentos: declaración de la aceptación; emisión de ésta al oferente; recepción por éste de la aceptación; o conocimiento por el oferente de la aceptación. Mientras que en el derecho civil elige el último momento para reputar perfecto el contrato entre ausentes, el derecho mercantil se inclina por el primero.

#### **3.4.4. Distinción entre contratos mercantiles y contratos civiles**

La diferencia que existe entre los contratos mercantiles y civiles, es que el primero se relaciona con el comercio o negocio de origen mercantil o comercial, y se regula por el

Código de Comercio, mientras que los contratos civiles se refieren a las obligaciones y derecho entre las personas individuales o jurídicas.

### 3.4.5. Perfeccionamiento del contrato mercantil

La prestación, entrega o abstención debida por el deudor o exigible por el acreedor cuando constituye acto de comercio. Sin duda para demostrar su carácter práctico, a tenor del de los comerciantes, el legislador mercantil no se "entretiene" en establecer una teoría legal de las obligaciones mercantiles. Tanto el Código de Comercio argentino como el español se remiten, en los primeros preceptos que a los contratos dedican, a los principios generales relativos a ellos y a las obligaciones establecidas en el derecho civil o en el derecho común, respectivamente.

Edmundo Vásquez Martínez, estudioso del derecho mercantil, al referirse a las obligaciones, indica: Obligación significa vínculo jurídico que liga dos o más personas en virtud del cual una de ellas queda sujeta a realizar una prestación a favor de la otra acreedor, para la satisfacción de un interés de éste digno de protección; y a éste acreedor le compete un correspondiente poder (llamado derecho de crédito) para pretender tal prestación.

Para el Código Civil toda obligación resultante de un acto de declaración de voluntad consiste en dar, hacer o no hacer alguna cosa. La obligación impone cierto comportamiento o conducta que asume el nombre técnico de prestación y su contenido puede consistir en un dar, un hacer o en un no hacer, que es aplicable al

campo mercantil pues desde un punto de vista jurídico-estructural no puede haber diferencias entre obligaciones civiles y mercantiles. Básicamente la nota diferencial entre éstas radica en que las mercantiles surgen en las relaciones a que da lugar el ejercicio de una empresa. Son el instrumento o vehículo de la circulación de los bienes y de la organización de los elementos de la producción.

### 3.4.6. Características

Las características del contrato mercantil son:

- a) Es un contrato de cambio: es un contrato de cambio que procura la circulación de la riqueza dando una cosa por dinero (Artículo 1790 del Código Civil)
- b) Es un contrato consensual: ya que se perfecciona por el mero consentimiento. El Código Civil lo expresa al disponer que: "el contrato de compraventa queda perfecto entre las partes desde el momento en que convienen en la cosa y el precio, aunque ni la una ni el otro se hayan entregado". (Artículo 1791 del Código Civil).
- c) Es un contrato oneroso: puesto que supone equivalencia entre las prestaciones del comprador y del vendedor.
- d) Es un contrato bilateral: desde luego que produce obligaciones recíprocas entre las partes (Artículos 1791, 1809 y 1825 del Código Civil).
- e) Es un contrato generalmente conmutativo: pues representa una ventaja o beneficio por lo regular cierto.
- f) Es un contrato traslativo de dominio: en el sentido de que sirve por sí solo para la

transferencia de la propiedad. El Artículo 1790 del Código Civil regula que el vendedor transfiere la propiedad.

### 3.4.7. Objeto del contrato mercantil

En lo mercantil, el objeto más frecuente y típico de la compraventa es la mercadería, entendiéndose por tal los bienes muebles en cuanto forman el objeto del tráfico mercantil. Es preciso también tener en cuenta que el Código de Comercio al referirse a las cosas mercantiles enumera a título de ejemplo y como expresamente regidos por él: los títulos de crédito, la empresa mercantil y sus elementos, las patentes de invención y de modelo, las marcas, los nombres, los avisos y los anuncios comerciales (Artículo 4o. del Código de Comercio). De consiguiente, otras cosas que no son mercaderías constituyen también el objeto de la compraventa mercantil, de tal manera que puede decirse que toda cosa mueble o inmueble, corporal o incorporal, fungible o no fungible, puede ser objeto de compraventa mercantil si se vende o se compra en el ejercicio de una explotación mercantil y no se trata de cosas inalienables. En otras palabras, todas las cosas que se compran o se venden en el ejercicio de una empresa mercantil, son cosas mercantiles objeto del contrato de compraventa mercantil.

Dentro de las cosas que pueden ser objeto de la compraventa mercantil se han mencionado a la empresa y sus elementos. Lo que caracteriza a la venta de una empresa es que, además de la enajenación de todos los bienes que la componen, provocará la sucesión en sus contratos, así como la cesión de sus créditos en favor del



adquirente. El régimen de transmisión de la empresa mercantil lo establecen los Artículos 656 y siguientes del Código de Comercio.

El contrato de compraventa mercantil se extingue por las mismas causas que los contratos en general: por rescisión voluntaria mediante mutuo consentimiento o por declaración judicial en los casos que establece la ley, y por resolución (Artículos 1579 a 1582 Código Civil). Tanto la rescisión como la resolución producen los mismos efectos, las cosas vuelven al estado que tenían antes de celebrarse el contrato, es decir, que los contratantes deben restituirse lo que respectivamente han recibido: el comprador devuelve la cosa y el vendedor el precio (Artículos 1583 y siguientes, Código Civil).

En conclusión, los contratos mercantiles rigen el comercio entre las personas individuales o jurídicas, procurando que las transacciones comerciales se establezcan con la mayor veracidad y que los acuerdos o convenios entre los contratantes se cumplan conforme las obligaciones que han adquirido.



## CAPÍTULO IV

### 4. Comisión Nacional de Energía Eléctrica

#### 4.1. Ley General de Electricidad (Decreto Número 93-96 del Congreso de la República de Guatemala)

Como se observa, en los capítulos anteriores se desarrollaron de manera amplia los elementos del derecho administrativo y los contratos, porque ello permite entender el tipo de contrato que se establece entre los proveedores y los usuarios y/o consumidores finales de la energía eléctrica, y de qué manera se materializa el mismo. De aquí en adelante, se analiza la situación jurídica y económica en que se encuentra el usuario y/o consumidor final de la energía eléctrica, y se plantea una posible solución a la problemática que vive diariamente el mismo.

La Ley General de Electricidad (Decreto Número 93-96 del Congreso de la República) establece en el Artículo 6 último párrafo, que el **usuario** es el titular o poseedor del bien inmueble que recibe el suministro de energía eléctrica, mientras que en la Ley de Protección al Consumidor y Usuario (Decreto Número 6-2003 del Congreso de la República), se establece que el **usuario** es la persona individual y jurídica que adquiere por derecho (...) los servicios prestados o suministrados por proveedores de carácter público o privado.

En cuanto al **consumidor**, La Ley General de Electricidad no lo define, mientras que la Ley de Protección al Consumidor y Usuario lo define como la persona individual o

jurídica, pública o privada, nacional o extranjera (...) que por derecho establecido, adquiere, utiliza y disfruta **bienes** de cualquier naturaleza.

La diferencia entre las definiciones arriba mencionadas, estriba en que según la Ley de Protección al Consumidor y Usuario, éste adquiere un servicio y el consumidor adquiere un bien. Para efectos del presente trabajo, y para no incurrir en equívocos se utilizará el concepto **usuario y/o consumidor**, en virtud que al final usuario y consumidor resulta siendo la misma persona. En algunos casos me referiré al consumidor o al usuario final, porque las leyes que se mencionan así los señalan.

#### 4.1.1. Parte considerativa

La oferta de energía eléctrica no satisface las necesidades de la mayor parte de la población guatemalteca, que no son proporcionales los requerimientos de una mayor oferta en relación con su creciente demanda y que la deficiencia de dicho sector es un obstáculo en el desarrollo integral del país, por lo que es necesario aumentar la producción, transmisión y distribución de dicha energía mediante la liberalización del sector, siempre que los contratos establezcan regalías superiores al 40% para el Estado de Guatemala.

El Gobierno como coordinador y ente rector y subsidiario debe facilitar lo anterior, basado en el Artículo 129 de la Constitución Política de la República de Guatemala ya que el mismo no cuenta con los recursos económico-financieros, para una empresa de tal envergadura, lo que hace necesaria la participación de inversionistas que



apoyen la creación de las empresas de generación, transmisión y distribución de energía eléctrica y optimicen el crecimiento del subsector eléctrico.

Al desmonopolizarse el sistema de generación de energía eléctrica, cumpliendo con el mandato constitucional contenido en el Artículo 130 de la Constitución Política de la República de Guatemala, es urgente descentralizar y desmonopolizar los sistemas de transmisión y distribución de energía eléctrica para agilizar el crecimiento de la oferta y satisfacer las necesidades sociales y productivas de los habitantes de la república, buscando mejorar el nivel de vida de todos los guatemaltecos, especialmente de los pobladores más pobres de las regiones del interior del país que actualmente *no gozan de este servicio*.

Es necesario establecer las normas jurídicas fundamentales para facilitar la actuación de los diferentes sectores del sistema eléctrico, buscando su máximo funcionamiento, lo cual hace imperativo crear una comisión técnica calificada, elegida entre las propuestas que pudieran surgir entre los sectores nacionales más interesados en el desarrollo del subsector eléctrico.

#### **4.1.2. Principios generales**

La Ley General de Electricidad norma el desarrollo del conjunto de actividades de generación, transporte, distribución y comercialización de electricidad, de acuerdo con los siguientes principios y enunciados:

- a) Es libre la generación de electricidad y no se requiere para ello autorización o condición previa por parte del Estado, más que las reconocidas por la Constitución





Política de la República de Guatemala y las leyes del país;

- b) Es libre el transporte de electricidad, cuando para ello no sea necesario utilizar bienes de dominio público; también es libre el servicio de distribución privada de electricidad;
- c) En los términos a que se refiere esta ley, el transporte de electricidad que implique la utilización de bienes de dominio público y el servicio de distribución final de electricidad, estarán sujetos a autorización;
- d) Son libres los precios por la prestación del servicio de electricidad, con la excepción de los servicios de transporte y distribución sujetos a autorización. Las transferencias de energía entre generadores, comercializadores, importadores y exportadores que resulten de la operación del mercado mayorista, estarán sujetos a regulación en los términos a que se refiere la presente ley.

Las normas de la Ley General de Electricidad son aplicables a todas las personas que desarrollen las actividades de generación, transporte, distribución y comercialización de electricidad, sean estas individuales o jurídicas, con participación privada, mixta o estatal, independientemente de su grado de autonomía y régimen de constitución.

El Ministerio de Energía y Minas es el órgano del Estado responsable de formular y coordinar las políticas, planes de Estado, programas indicativos relativos al subsector eléctrico y aplicar esta ley y su reglamento para dar cumplimiento a sus obligaciones.



#### 4.1.3. Comisión Nacional de Energía Eléctrica

El Artículo 4 de la Ley de Energía Eléctrica crea la Comisión Nacional de Energía Eléctrica como un órgano técnico del Ministerio de Energía y Minas. La Comisión tiene independencia funcional para el ejercicio de sus atribuciones y de las siguientes funciones:

- a) Cumplir y hacer cumplir la presente ley y sus reglamentos, en materia de su competencia, e imponer las sanciones a los infractores;
- b) Velar por el cumplimiento de las obligaciones de los adjudicatarios y concesionarios, proteger los derechos de los usuarios y prevenir conductas atentatorias contra la libre competencia, así como prácticas abusivas o discriminatorias;
- c) Definir las tarifas de transmisión y distribución, sujetas a regulación de acuerdo a la presente ley, así como la metodología para el cálculo de las mismas;
- d) Dirimir las controversias que surjan entre los agentes del subsector eléctrico, actuando como árbitro entre las partes cuando éstas no hayan llegado a un acuerdo;
- e) Emitir las normas técnicas relativas al subsector eléctrico y fiscalizar su cumplimiento en congruencia con prácticas internacionales aceptadas;
- f) Emitir las disposiciones y normativas para garantizar el libre acceso y uso de las líneas de transmisión y redes de distribución, de acuerdo a lo dispuesto en esta ley y su reglamento.



#### 4.1.4. Organización

La Comisión estará integrada por tres miembros que serán nombrados por el Ejecutivo de entre cada una de las ternas, uno de cada terna, que serán propuestas por:

1. Los Rectores de las Universidades del país;
2. El Ministerio de Energía y Minas;
3. Los Agentes del mercado mayorista.

Los miembros de la Comisión deberán cumplir con los siguientes requisitos:

1. Ser guatemalteco;
2. Ser profesional universitario, especialista en la materia, y de reconocido prestigio;
3. No tener relación con empresas asociadas al subsector eléctrico regulado por la Ley General de Electricidad,
4. No tener antecedentes penales o juicio de cuentas pendiente o, habiendo sido condenado, no haber solventado su responsabilidad;
5. Los miembros de la Comisión trabajarán a tiempo completo y con exclusividad para la misma.

En el acuerdo gubernativo por el que se nombre a los miembros de la Comisión se dispondrá quién de ellos la presidirá. El presidente de la Comisión tendrá a su cargo la representación de la misma en los asuntos de su competencia.



Los miembros de la Comisión desempeñarán sus funciones por un periodo de cinco años contados a partir de su toma de posesión.

Las resoluciones de la Comisión serán adoptadas por mayoría de sus miembros, los que desempeñarán sus funciones con absoluta independencia de criterio y bajo su exclusiva responsabilidad.

En caso de renuncia, ausencia definitiva o remoción por negligencia o incumplimiento comprobado de cualquier miembro de la Comisión, el Ejecutivo nombrará al sustituto para completar el periodo de entre la terna que para el efecto le propuso originalmente el ente respectivo.

La Comisión tendrá presupuesto propio y fondos privativos, los que destinará para el financiamiento de sus fines.

Los ingresos de la Comisión provendrán de aplicar una tasa a las ventas mensuales de electricidad de cada empresa eléctrica de distribución. Esta tasa se aplicará de la siguiente manera: todas las empresas distribuidoras pagarán mensualmente a disposición inmediata de la Comisión, el punto tres por ciento (0.3%) del total de la energía eléctrica distribuida en el mes correspondiente, multiplicado por el precio del kilovatio hora de la tarifa residencial de la ciudad de Guatemala.

La Comisión dispondrá de sus ingresos, con las limitaciones que impone esta ley y la Constitución Política de la República. La Comisión normará lo relativo a las dietas y remuneración de sus integrantes.



La Comisión podrá requerir de la asesoría profesional, consultorías y expertajes que se requieran para sus funciones.

#### **4.1.5. Régimen de precios de la electricidad**

*Están sujetos a regulación, los precios de los siguientes suministros:*

- a) Las transferencias de potencia y energía eléctrica entre generadores, distribuidores, comercializadores, importadores y exportadores que resulten de la operación a mínimo costo del Sistema Eléctrico Nacional, cuando dichas transferencias no estén contempladas en contratos de suministro, libremente pactados entre las partes.
- b) Los peajes a que están sometidas las líneas de transporte, subestaciones de transformación e instalaciones de distribución, en los casos en que no haya sido posible establecerlos por libre acuerdo entre las partes. En estos casos, los peajes serán determinados por la Comisión, cifándose a las disposiciones legales.
- c) Los suministros a usuarios del Servicio de Distribución Final, cuya demanda máxima de potencia se encuentre por debajo del límite señalado en el reglamento. Los usuarios de demanda máxima de potencia superior a la que especifique el reglamento, no estarán sujetos a regulaciones de precio y las condiciones de suministro serán libremente pactadas con el distribuidor o bien con cualquier otro suministrador.

El Artículo 61 de la Ley General de Electricidad, señala "Las tarifas a usuarios de Servicio de Distribución Final serán determinadas por la Comisión, a través de

adicionar los componentes de costos de adquisición de potencia y energía, libremente pactados entre generadores y distribuidores y referidos a la entrada de la red de distribución con los componentes de costos eficientes de distribución a que se refiere el artículo anterior. Las tarifas se estructurarán de modo que promuevan la igualdad de tratamiento a los consumidores y la eficiencia económica del sector. En ningún caso los costos atribuibles al servicio prestado a una categoría de usuarios podrán ser recuperados mediante tarifas cobradas a otros usuarios.

Las empresas de generación, transmisión o distribución no podrán otorgar a sus empleados, en carácter de remuneración o prestación o bajo ninguna forma, descuentos sobre las tarifas vigentes o suministro gratuito de energía eléctrica.

#### **4.1.6. Tarifas aplicables a los consumidores**

El Artículo 71 de la Ley General de Electricidad, estipula "Las tarifas a consumidores finales de servicio de distribución final, en sus componentes de potencia y energía, serán calculadas por la Comisión como la suma del precio ponderado de todas las compras del distribuidor, referidas a la entrada de la red de distribución y del Valor Agregado de Distribución -VAD-. Para referir los precios de adquisición de potencia y energía a la entrada de la red de distribución, la Comisión agregará los peajes por subtransmisión que sean pertinentes. Los precios de adquisición de potencia y energía a la entrada de la red de distribución deberán necesariamente expresarse de acuerdo a una componente de potencia relativa a la demanda máxima anual de la distribuidora ( $Q/kw/mes$ ), y a una componente de energía ( $Q/kw/h$ ).

Los precios de compra de energía por parte del distribuidor que se reconozcan en la tarifas deben reflejar en forma estricta las condiciones obtenidas en las licitaciones a que se refiere el Artículo 62.

El VAD corresponde al costo medio de capital y operación de una red de distribución de una empresa eficiente de referencia, operando en un área de densidad determinada.

El Valor Agregado de Distribución (VAD) deberá contemplar al menos los siguientes componentes básicos:

- a) Costos asociados al usuario, independiente de su demanda de potencia y energía;
- b) Pérdidas medias de distribución, separadas en sus componentes de potencia y energía;
- c) Costos de capital, operación y mantenimiento asociados a la distribución, expresados por unidad de potencia suministrada.

El Artículo 73 de la Ley General de Electricidad establece "El costo de capital por unidad de potencia se calculará como la anualidad constante de costo de capital correspondiente al Valor Nuevo de Reemplazo de una red de distribución dimensionada económicamente. La anualidad será calculada con la vida útil típica de instalaciones de distribución y la tasa de actualización que se utilice en el cálculo de las tarifas. El costo de operación y mantenimiento corresponderá al de una gestión eficiente de la red de distribución de referencia".



Cada distribuidor deberá calcular los componentes de los VAD mediante un estudio encargado a una firma de ingeniería precalificada por la Comisión. La Comisión podrá disponer que diversos distribuidores contraten un solo estudio, si las densidades de distribución son parecidas en cada grupo y usar un solo VAD para la determinación de las tarifas de todas las empresas calificadas en un mismo grupo.

Los términos de referencia del o de los estudios del VAD serán elaborados por la Comisión, la que tendrá derecho a supervisar el avance de dichos estudios.

#### **4.1.7. Sanciones**

La Comisión, de acuerdo con lo estipulado por la Ley General de Electricidad, sancionará con multa las infracciones a cualquier disposición de la misma. Las multas se expresarán en términos de la tarifa de la componente de energía aplicable a 1 Kw/h. a nivel de cliente residencial en ciudad de Guatemala, en las condiciones que estipule el reglamento de esta ley.

Cuando se trate de usuarios, las multas estarán comprendidas entre 100 y 10,000 Kw/h. En el caso de generadores, transportistas y distribuidores, dependiendo de la gravedad de la falta, las multas estarán comprendidas entre 10,000 y 1 000,000 Kw/h.

Para los fines de la aplicación de multas, cada día que el infractor deje transcurrir sin ajustarse a las disposiciones, después de la orden que para el efecto hubiere recibido de la Comisión, será considerado como una infracción distinta.

El monto recaudado por cobro de multas ingresará al fondo de la Comisión.





El infractor al cual se le apliquen multas por infracciones podrá reclamar ante la justicia ordinaria, por medio de las acciones legales que corresponda.

A grandes rasgos, se ha señalado el funcionamiento de la CNEE y lo que establece la Ley General de Electricidad, para fundamentar la situación del usuario y/o consumidor final de energía eléctrica de Guatemala. Pero es evidente que el usuario y/o consumidor final no se encuentra protegido por esta ley en ninguna de sus partes.



## CAPÍTULO V

### 5. Protección al usuario y/o consumidor final de Guatemala y solución al problema

#### 5.1. Definición de consumo

Para el jurista argentino Carlos Alberto Gherzi: "El consumo resulta ser un fenómeno complejo, propio del sistema capitalista, imprescindible para su existencia y reproducción;

Consumo es una estructura, como ubicación de cada actor o agente social, en relación con los recursos y las restricciones socioeconómicas y jurídicas, propia del sistema de economía capitalista, imprescindible para su existencia y reproducción, que ejercen sobre el individuo y su vida una presión que lo convierten a él y a la comunidad, en una forma muy especial, que ha dado en llamarse la sociedad de consumo.

El consumo así objetivado es el resultado de la generación de un sistema de producción de bienes, que las empresas no pueden dejar de elaborar, creando con ellos condicionamientos sociales y que debe ser regulado de una manera determinada por el derecho..."<sup>16</sup>

"El derecho de consumo o derecho del consumidor es la denominación que se da al

<sup>16</sup> Gherzi, Carlos Albert, *Bienes de consumo*, pág. 154.

conjunto de normas emanadas de los poderes públicos, destinadas a la protección del consumidor o usuario en el mercado de bienes y servicios, otorgándole y regulando ciertos derechos y obligaciones<sup>17</sup>.

Por último, consumidor, en general, se considera a toda persona física o jurídica que contrata a título oneroso, para su consumo final o beneficio propio, o de su grupo familiar o social, la adquisición o locación de bienes o la prestación o arrendamiento de servicios.

Lo que pretende el consumidor es hacerse con el valor de uso de lo adquirido, no emplearlo en su trabajo para obtener otros bienes o servicios; en este sentido, el consumidor participa en la última fase del proceso económico.

Al definir la noción de consumidor se hacen algunas precisiones importantes:

1. Las personas protegidas pueden ser físicas o morales;
2. El acto de consumo puede consistir en bienes o servicios de cualquier naturaleza (comestibles, vehículos, electrodomésticos, inmuebles, servicios de reparación, servicios profesionales, etc.);
3. Los bienes o servicios adquiridos están dirigidos a un uso final, es decir, no profesional, comercial o lucrativo.

---

<sup>17</sup> Ibid, pág. 154.



## 5.2. Antecedentes

"El consumo, como fenómeno material se remonta más allá de los inicios de la civilización. En la vida moderna, el consumo es más que el acto material realizado por los hombres para satisfacer sus necesidades vitales. El consumo que nos preocupa, en calidad de juristas, es la consecuencia de la fabricación en serie derivada de la Revolución Industrial"<sup>18</sup>.

Sin embargo, el movimiento a favor de los derechos de los consumidores no es un fenómeno de la actualidad, pues desde tiempos remotos existen regulaciones y leyes relacionadas con la protección al consumidor; aproximadamente dos mil años antes de Cristo, el Código de Hammurabi, que regía en Asiria, reino de los sumerios, trataba sobre temas como el crédito, el arrendamiento, la calidad de los alimentos, servicios, precios, las pesas y medidas entre otros. En el Medievo líderes religiosos, como Martín Lutero y Juan Calvino atacaron las prácticas engañosas de los negociantes y propusieron el uso de precios justos en el mercado.

A fines del siglo XVIII en los Estados Unidos comienzan, de manera muy incipiente, a generarse algunos acontecimientos relacionados con la protección al consumidor. Para el siglo XIX hay un giro en los movimientos a favor de los derechos de los consumidores al fundarse en los Estados Unidos y algunos países de Europa, movimientos cooperativos, por los derechos laborales de los trabajadores, encabezados por los sindicatos y comienza a tratarse el tema de la educación en la economía doméstica.

<sup>18</sup> Abdiel, Carlos, *Economía doméstica*, pág. 83.



En Inglaterra, la primera cooperativa de consumidores se formó en 1844 en la ciudad de Rochdal. Con posterioridad se suceden varias organizaciones que dirigen su esfuerzo a la educación del consumidor destacándose la "American Home Economics Association" (Asociación Americana de Economía Doméstica), que fomentó la enseñanza de la economía doméstica en las escuelas y universidades, con el objetivo de educar el manejo del presupuesto familiar y orientar hacia un consumo de mayor calidad. Al inicio, las primeras acciones y preocupación de las organizaciones de consumidores era precisamente defender el valor del dinero en el momento de pago en el mercado, procurando obtener la mejor calidad al más bajo precio.

Aquellas primeras agrupaciones que respondían a intereses reivindicativos, se organizaron, fundamentalmente, mediante Ligas. Los movimientos de consumidores en estos primeros momentos se organizaron para boicots de compradores a establecimientos o productos; en aquella primera etapa trabajaron por evitar que se comercializaran productos y medicamentos alterados o con marcas equivocadas.

"Muchos analistas consideran que la culminación de la Primera Guerra Mundial le dio una nueva visión al movimiento de consumidores y a la protección del consumidor en sí. Es conveniente detenerse en un aspecto interesante: durante esta contienda bélica la relación que se estableció con los productos europeos fueron inevitables. La guerra trajo también como consecuencia la irrupción en el mercado por empresas norteamericanas que incluían productos con características europeas, ofrecieron en el mercado nuevos productos y campañas publicitarias, surgiendo nuevas instituciones encargadas de proteger al consumidor. La Federal Trade Commission, institución que ya existía, adquirió más facultades para ejercer acción penal contra prácticas

comerciales ilegales, apareciendo libros y artículos que atacaron la manipulación publicitaria; en los años treinta surgen organizaciones como Consumers Unión (Unión de Consumidores) y Consumers Research (Investigación de Consumo) organizaciones con similares propósitos, además de muchas otras que surgieron y posteriormente desaparecieron<sup>19</sup>.

Sin embargo, no es hasta la segunda mitad del siglo XX que los movimientos consumeristas alcanzan su esplendor, se considera que el desarrollo de los movimientos de liberación nacional en Asia, África y América Latina propiciaron un replanteamiento de los conceptos: consumo, sus relaciones de consumo y los derechos de los consumidores.

En Estados Unidos, todos los movimientos sociales progresistas de la época, las luchas contra la desigualdad racial, los discursos pronunciados por Martin Luther King, los derechos del hombre de color y las clases más humildes, crearon la condiciones propicias para un pronunciamiento, consideramos a partir de un discurso sin mayores compromisos que los permitidos, para asegurar una opinión pública favorable. El Presidente norteamericano John F. Kennedy pronunció un discurso que marcó un nuevo periodo en el quehacer de los movimientos de consumidores al expresar: "Todos somos consumidores y siendo el grupo económico más importante del mundo, se nos olvida continuamente", y en el mismo discurso proclamó los cuatro derechos fundamentales para los consumidores: a la seguridad, la información, a elegir y ser escuchado, estos derechos fueron reconocidos oficialmente en octubre de 1963.

---

<sup>19</sup> Ibid, pág. 83.



La propia declaración de los derechos fundamentales del consumidor conllevó a la fundación de Consumer Advisory Council (Consejo de Asesores de Consumidores) integrado por académicos y activistas de los derechos civiles y de los derechos del consumidor, con la responsabilidad de asesorar al Presidente en las reformas de las legislaciones relacionadas con la protección al consumidor, existiendo hoy en día, un consejero especial en asuntos del consumidor.

En los años anteriormente analizados, a nivel Internacional se generaron los movimientos de consumidores, movimientos de organizaciones no gubernamentales de carácter social, cuyo objetivo básico es defender los derechos de los consumidores en el intercambio con los proveedores. Movimientos que luchan contra el consumismo, a favor de relaciones justas y equitativas.

El propio proceso evolutivo de los movimientos de consumidores, han llegado a alcanzar la aprobación, por parte de diversos países, de normas, regulaciones y leyes para la protección al consumidor, han servido para que los propios consumidores cambien su actitud hacia el mercado, de una relación pasiva se conviertan en consumidores, críticos, responsables, concientes y solidarios frente a las complejidades del entorno mercantil.

En el caso de Guatemala, se estableció en 1945 la primera Oficina de Coordinación de Precios y Abastecimientos. En 1985 se emitió la Ley de Protección al Consumidor y en 1995 se creó la Dirección de Asistencia al Consumidor (DIACO).



### 5.3. Principios del consumidor

Los principios son declaraciones propias del ser humano, que apoyan su necesidad de desarrollo y felicidad; los principios son universales y se los puede apreciar en la mayoría de las doctrinas y religiones a lo largo de la historia de la humanidad. En la índole jurídica representa un conjunto de valores que inspiran las normas escritas que organizan la vida de una sociedad concreta sometida a los poderes de una autoridad, generalmente el Estado. La ley establece una obligación social, de forma coactiva y sancionadora, por tanto actúa como principio condicionante de la acción que limita la libertad de los individuos. El derecho de consumo, como ya se indicó, no es ajeno a este conjunto de valores.

Los principios generales de derecho son aquellos "Criterios fundamentales que informan el origen y desenvolvimiento de una determinada legislación que, expresados en reglas y aforismos, tienen virtualidad y eficacia propia con independencia de las formuladas en el plano positivo"<sup>20</sup>.

Su carácter de criterios fundamentales deriva de expresar principios de justicia de valor elemental y naturaleza objetiva. Y su condición de fuente informativa del ordenamiento jurídico explica que pueden adoptar peculiaridades que sin romper su tónica general y abstracta, disciplinan la estructura jurídica de determinado grupo humano y social. No son, ciertamente, verdades absolutas, pero su más pura esencia

<sup>20</sup> Cabanellas, Guillermo. *Diccionario enciclopédico de derecho usual*, pág. 675.



responde a una general aspiración que se traduce, en la órbita jurídica, en una política de desenvolvimiento y realización de su contenido, que es lo que les da utilidad.

“Su independencia respecto de las normas concretas positivas hacen que informen al ordenamiento jurídico sin necesidad de que sean matizados. Singularmente, cuando el legislador se presta a la labor de organizar normativamente la vida de un país, responde en su esquema y parte siempre de unos principios; y realizada la legislación, aún quedan principios, que sirven para enriquecer y actualizar, completando la norma concreta”<sup>21</sup>.

Los principales principios con relación al consumo son los siguientes:

### **5.3.1 Principio de publicidad**

El principio de publicidad no se encuentra definido en la Constitución ni en la ley, por lo que, para desentrañar su contenido, debe acudir al sentido natural y obvio de las palabras, al tenor del cual publicidad quiere decir: calidad o estado de público y público significa notorio, patente, manifiesto, visto o sabido por todos.

Con ello, se persigue que los actos de los órganos del Estado, los fundamentos en que se sustentan y los procedimientos conforme a los cuales se adoptan sean notorios, patentes o manifiestos y no secretos, reservados, ocultos o escondidos; vale decir, que cualquier persona puede acceder a dicha información a raíz que, en el Estado Democrático y Constitucional de Derecho, tiene que obrarse siempre con

<sup>21</sup> Diccionario jurídico espasa, Fundación Tomás Moro, pág. 354.

transparencia, la cual permite y promueve que las personas conozcan esos actos, sus fundamentos y los procedimientos seguidos para adoptarlos. Lo anterior quedó establecido en la Constitución Política de la República de Guatemala, vigente a partir del 14 de enero de 1986.

En el caso del consumo, se considera como publicidad a todo mensaje dirigido por un proveedor al público con el objetivo de estimular la demanda de bienes y servicios. Los proveedores normalmente consideran a la publicidad como un medio de información, por medio de la divulgación de noticias o anuncios de carácter comercial para atraer a posibles compradores, espectadores, usuarios.

“En el sistema de economía liberal sería impensable la prohibición de la publicidad, sobre todo bajo el prisma de la libertad de competencia y de mercado que supone que cada empresa tenga el derecho de presentar sus productos y de realzar sus méritos.

Por otra parte, la Ley y la Jurisprudencia han coincidido en sancionar la publicidad perjudicial para el consumidor. Esta publicidad, catalogada como engañosa, afecta no solo al consumidor, sino a los competidores y al mercado<sup>22</sup>.

“**Definición de publicidad engañosa:** Se considera engañosa la publicidad que contiene alegaciones, indicaciones o presentaciones falsas o de tal naturaleza que puedan inducir en error al consumidor medio.

<sup>22</sup> Sabaj, Nelson, **Conceptos de publicidad**, pág. 41.

Para que la publicidad de un proveedor pueda ser considerada como engañosa, es necesario:

- a. Una publicidad. Esto es, un mensaje dirigido al público con el objeto de estimular la demandada de bienes o servicios.
- b. El carácter engañoso. En otras palabras, se sanciona la publicidad que induzca en error al público consumidor sobre las características del producto o servicio que se anuncia.
- c. El engaño en la publicidad debe recaer sobre los elementos siguientes: c.1) el bien o el servicio; c.2) sobre las condiciones de la venta o de la prestación del servicio, particularmente sobre su precio; y c.3) la identidad del fabricante, del vendedor o del proveedor<sup>23</sup>.

### 5.3.2. Principio de seguridad

La seguridad es jurídicamente un principio del derecho, universalmente reconocido, que se entiende y se basa en la «certeza del derecho», tanto en el ámbito de su publicidad como en su aplicación, y representa la seguridad de que se conoce, o puede conocerse, lo previsto como prohibido, mandado y permitido por el poder público respecto de uno para con los demás y de los demás para con uno. La palabra seguridad proviene de la palabra latina *securitas*, la cual deriva del adjetivo *securus* (de *secura*) que significa estar seguros de algo y libres de cuidados.

El Estado, como máximo exponente del poder público y primer regulador de las

---

<sup>23</sup> *Ibid*, pág. 41.

relaciones en sociedad, no sólo establece (o debe establecer) las disposiciones legales a seguir, sino que en un sentido más amplio tiene la obligación de crear un ámbito general de "seguridad jurídica" al ejercer el poder político, jurídico y legislativo.

La seguridad jurídica es, en el fondo, la garantía dada al individuo por el Estado de modo que su persona, sus bienes y sus derechos no serán violentados o que, si esto último llegara a producirse, le serán asegurados por la sociedad, la protección y reparación de los mismos. En resumen, la seguridad jurídica es la «certeza del derecho» que tiene el individuo de modo que su situación jurídica no será modificada más que por procedimientos regulares y conductos legales establecidos, previa y debidamente publicados.

Sin embargo, el término puede tomar diversos sentidos según el área o campo a la que haga referencia. En el caso del consumo, como mecanismo que asegura algún buen funcionamiento, precaviendo que este falle, se frustré o se viole.

### **5.3.3. Principio de libertad**

En la Constitución, se proclama la libertad como uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico y como desarrollo y complemento, dedica varios preceptos fundamentales a garantizar las diversas manifestaciones de la libertad, una de las cuales es la libertad jurídica, que no es sino la posibilidad de actuar libremente con trascendencia jurídica.

Entendida respecto de la libre contratación o libertad de contratación que es el derecho que tienen las personas para decidir celebrar contratos y con quién hacerlo,



así como la libertad para determinar el contenido de los mismos. Por consiguiente, las personas son libres para negociar la celebración de sus contratos y las condiciones, limitaciones, modalidades, formalidades, plazos, y demás particularidades que regirán la relación jurídica creada por el contrato. La libertad de contratación está sostenida doctrinalmente en la libertad individual y la autonomía de la voluntad; en la actualidad es reconocida como un derecho fundamental en las democracias liberales, sin embargo se encuentra limitada y regulada por sus legislaciones nacionales en niveles que varían de país a país.

#### **5.3.4. Principio de asociación**

La libertad de asociación o derecho de asociación es un derecho humano consistente en la facultad de unirse y formar grupos, asociaciones u organizaciones con lícitos, así como retirarse de las mismas. La libertad o el derecho de asociación suponen la libre disponibilidad de los individuos para constituir formalmente agrupaciones permanentes o personas jurídicas encaminadas a la consecución de fines específicos. Es una de las prolongaciones de las libertades de pensamiento, expresión y reunión y una antesala de los derechos de participación, en la medida en que la participación política se canaliza preferentemente a través de formas específicas de asociaciones, entre las que los partidos políticos y las diferentes organizaciones populares ocupan un lugar señalado.

Mientras que la reunión se interpreta como el agrupamiento de personas pero momentáneo, circunstancial, en la asociación hay cierta continuidad en el tiempo y permanencia, esto debido a que sus peticiones y fines comunes requieren, para su



logro, plazos más prolongados y su cumplimiento no puede ser instantáneo. La reunión faculta a un grupo a concurrir temporalmente en un mismo lugar, la asociación faculta a un grupo por plazos más largos ilimitados o permanentes.

#### 5.4. Elementos

En Guatemala, como en muchos de los países con el mismo nivel de desarrollo, puede observarse una paulatina pero posiblemente progresiva construcción de un modelo de sistema de protección al usuario y/o consumidor final que toma como antecedentes las reformas instauradas en muchos países desarrollados o en los de economías emergentes como México, Brasil y Argentina.

Una de las ideas a tomar en cuenta en este trabajo es la relación de las políticas públicas con un determinado orden social, que produce situaciones que enlazan relaciones, actores y gestores sociales, en un país de este tipo. Por eso es que uno de los aspectos a destacar es la posición del sujeto social que se relaciona con los bienes y servicios, que tiene implicaciones tan profundas que alteran la esencia misma de la relación prestador de servicios y receptor-demandante de los mismos.

Lo anterior remarcado por la diversidad de productos y servicios, en una expresiva generalización, lo que se ha convertido en un punto más de timidez de la cobertura de protección al conjunto de la población de usuarios y/o consumidores finales y ha provocado términos ambiguos en los parámetros de dicha protección al consumo, ya que, de forma natural o no, todos los productos y servicios se han segmentado y diferenciado en cantidad y calidad.

Esos aspectos permiten vislumbrar la transformación de su valor social intrínsecamente positivo, a un valor de cambio regido por necesidades y circunstancias del mercado de producción, circulación y consumo de bienes materiales y de servicios. Constituye el cambio de un derecho social por un atributo individual de usuario y/o consumidor final y cliente de un centro de producción de servicios.

Esto conlleva la transformación de la protección al usuario y/o consumidor final, que como muchos otros sectores, tiene múltiples aspectos coyunturales, pero en este punto, las principales líneas argumentales de su discurso están encaminadas a los mecanismos de solución que se proponen.

Todas las propuestas que se formulan tienen consecuencias profundas que inciden sobre el individuo, a quien se le otorga protección como usuario y/o consumidor final y sobre el mercado, principalmente. El solo enunciado de una palabra que denomine a la persona acreedora de servicios como usuario y/o consumidor final o cliente, representa un cúmulo de consideraciones, de límites y de posibilidades; pero especialmente, implica un modo de concebir la relación social existente entre el consumo, los individuos de una sociedad, el Estado y la iniciativa privada. La reforma de los sistemas de consumo es una realidad viva y actuante en casi todos los países, con independencia del tipo de sistema económico, grado de desarrollo y otros indicadores.

### **5.5. La Dirección de Atención y Asistencia al Consumidor (DIACO)**

La Dirección de Atención y Asistencia al Consumidor (DIACO) fue creada como dependencia del Ministerio de Economía, según el Acuerdo Gubernativo No. 425-95



de fecha 4 de septiembre de 1995. Actualmente la DIACO tiene la responsabilidad de defender los derechos de los consumidores y usuarios, y educarlos e informarlos acerca de sus derechos y obligaciones.

El Congreso de la República de Guatemala aprobó el Decreto Ley 6-2003 "Ley de Protección al Consumidor y Usuario" entrando en vigencia el 22 de diciembre de 2003. El objeto de la ley es la de promover, divulgar y defender los derechos de los consumidores y usuarios.

Actualmente la DIACO asiste los derechos e intereses de los consumidores y usuarios en sus relaciones comerciales con los proveedores y prestadores de servicios. Procura que las relaciones entre proveedores, consumidores y usuarios se lleven a cabo con apego a la ley en materia de protección al consumidor.

Atiende al consumidor y usuario, orientándolo en todo lo relacionado a calidad, peso y demás características de los productos y servicios existentes en el mercado. Para ello la DIACO está compuesta de varios departamentos que tienen a su cargo la aplicación de la ley.

La DIACO tiene la visión de que los usuarios y consumidores guatemaltecos conozcan y ejerzan sus derechos.

Donde radica el problema es que la DIACO no ejerce control en los usuarios y/o consumidores finales de energía eléctrica, pues no tiene facultades para hacerlo, por lo que esa institución está desahartada de los usuarios y/o consumidores finales de ese tipo de energía y en consecuencia cuando el usuario y/o consumidor paga el



elevado precio de la energía no es protegido porque no existe institución que lo proteja. La DIACO no ha llevado un solo caso de defensa del usuario y/o consumidor final de la energía eléctrica

## 5.6. Análisis general y proposición de solución

En los tiempos modernos reviste especial importancia el tema del derecho de consumo, pues es casi un clamor unánime y general su correcta observancia y la exigencia de ser respetado. Bajo ese orden de ideas, el objetivo del presente trabajo es establecer la importancia que tiene la protección al usuario y/o consumidor final, específicamente respecto del pago de energía eléctrica, desde el origen de ambos temas, para luego observar dónde se ubican, tanto en la realidad social, jurídica y económica de este país.

El análisis del problema objeto de este trabajo se encuentra en un campo de fricciones en donde se trata de imponer una posición y por lo tanto, habrá que dejar claro el riesgo que implica perder un modo de equilibrio social y convivencia humana, que podría disolverse, por ser posiblemente parcialmente ineficiente, sin señalar los signos de alarma que pueden implicar su pérdida. Esto debiera dar por resultado la necesidad de crear opciones que signifiquen un relativo contrapeso y obligar a medir las propuestas y renovarlas en sus alcances y consecuencias.

Existe una desprotección jurídica del usuario y/o consumidor final de la energía eléctrica, toda vez que la Ley de Protección al Consumidor y Usuario, no tiene facultades según el Artículo 2 del Decreto 6-2003 del Congreso de la República de Guatemala, para defender los derechos de dichos sujetos. Algunos consideran que



debería ser la Comisión Nacional de Energía Eléctrica, CNEE, la defensora de los derechos de los sujetos ya citados. Sin embargo, esa institución no tiene dentro de sus atribuciones esa función. Además, no puede ser juez y parte. Cuando en el artículo 4º inciso b) de la Ley General de electricidad se dice "Velar por el cumplimiento de las obligaciones de los adjudicatarios y concesionarios, proteger los derechos de los usuarios y prevenir conductas atentatorias contra la libre competencia, así como prácticas abusivas o discriminatorias" no se refiere a la protección de los usuarios y/o consumidores finales sino a los concesionarios.

Al no haber una institución que proteja al usuario y/o consumidor final por las alzas en los precios de la energía eléctrica y los cortes indebidos, queda desprotegido el mismo ante los desmanes de las empresas que controlan la energía mencionada.

Por ello, el usuario y/o consumidor final de energía eléctrica, no cuenta con respaldo o protección de sus derechos, y ante un hecho que le perjudique no tiene un ente estatal o privado al cual recurrir en busca de atención y asesoría.

Ante tal laguna de ley, se suscita una problemática de indefensión legal de los sujetos mencionados.

Las características del problema son: no existe un organismo gubernamental o privado que proteja al usuario y/o consumidor final de energía eléctrica; las empresas que proporcionan la energía se exceden en los cobros, los cortes de energía los hacen en forma indebida, el personal de las empresas no toma en cuenta las denuncias de los usuarios y/o consumidores finales.



Las causas son de desprotección al usuario y/o consumidor final de la energía eléctrica quien tiene que pagar las alzas indebidas que hacen las empresas que controlan la energía, teniendo como efectos el agravamiento de la situación socioeconómica de la población, ya que los gastos que hace en los pagos se refleja en el empobrecimiento del grupo familiar.

La Dirección de Atención y Asistencia del Consumidor DIACO, no tiene facultades para proteger al usuario y/o consumidor final de energía eléctrica, porque si bien es cierto que nació como una protección al consumidor y usuario en general, el Artículo 2 del Decreto 6-2003 del Congreso de la República de Guatemala, no la faculta para conocer casos de denuncias contra las empresas que controlan la energía eléctrica en Guatemala

Las empresas que monopolizan la energía eléctrica, hacen cobros injustificados en virtud que en muchas oportunidades las lecturas a los contadores no concuerdan con el consumo que aparece en las facturas de cobro. Aumentan el cobro por consumo de manera arbitraria, con total impunidad, pues nadie puede proceder legalmente en contra de los lectores ni en contra de las empresas que venden el servicio. Además, hacen cortes de energía a pesar que las personas ya han pagado la mensualidad correspondiente, lo cual provoca cobros altos por la reconexión de la energía, amén de no reparar los cables, postes y líneas dañadas, ni pagar los daños provocados en los aparatos electrodomésticos.



La Procuraduría de los Derechos Humanos, en algunas ocasiones ha actuado en defensa del usuario y/o consumidor final de energía eléctrica, emitiendo resoluciones que van en protección del mismo. En otras oportunidades ha presentado recursos de inconstitucionalidad, pero una de las desventajas de las resoluciones de esta institución es que las mismas no son vinculantes, por lo que tendría que actuar judicialmente para hacerlas valer. El Procurador de los Derechos Humanos, actúa en defensa de la población, y tiene como atribuciones, entre otras, lo establecido en el inciso b) del Artículo 275 de la Constitución Política de República que a la letra establece: b) Investigar y denunciar comportamientos administrativos lesivos a los intereses de la personas (...). La Institución del Procurador, como ya se dijo, actúa en consecuencia, pero sus resoluciones se han topado brutalmente con el poder del monopolio de la electricidad.

Queda claro, entonces, que el usuario y/o consumidor final de energía eléctrica en Guatemala, se encuentra totalmente desprotegido jurídicamente hablando, y sujeto a la voluntad del poderoso monopolio que presta ese servicio en el país, pese a que los monopolios están prohibidos en Guatemala, según el Artículo constitucional 130.

Por ello, la presente investigación tiene por objeto demostrar la problemática descrita (tal y como ya se hizo líneas arriba) y proponer como solución, la elaboración de un proyecto de Ley de Protección del Usuario y/o Consumidor Final de Energía Eléctrica, por parte del Consejo Superior Universitario de la Universidad de San Carlos de Guatemala y su propuesta al Congreso de la República para su discusión y



aprobación. No debemos olvidar que la Universidad de San Carlos de Guatemala tiene iniciativa de ley, según lo regula el Artículo constitucional 174.

Este decreto pretende que participen varias instituciones de reconocida trayectoria de defensa a los guatemaltecos, y que sus representantes sean garantes de los precios que en realidad debe tener el fluido de energía eléctrica, asimismo incluir entre las atribuciones de los representantes la obligación de defender los derechos de los usuarios y/o consumidores finales, así como de establecer las infracciones, sanciones y los procedimientos aplicables en materia de energía eléctrica, creando asimismo un trámite específico, con la tipificación de conductas ilícitas y sanciones a las mismas.

#### **5.7. Anteproyecto de creación de ley.**

### **ANTEPROYECTO LEGISLATIVO PARA EMITIR LA LEY DE PROTECCIÓN AL USUARIO Y/O CONSUMIDOR FINAL DE ENERGÍA ELÉCTRICA**

**ORGANISMO LEGISLATIVO  
CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA  
DECRETO NÚMERO \_\_\_\_\_**

**EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA**



CONSIDERANDO:

Que el Artículo 119 literal i) de la Constitución Política de la República de Guatemala, establece la defensa de usuarios y consumidores finales en cuanto a la preservación de la calidad de los productos de consumo interno y de exportación para garantizar su salud, seguridad y legítimos intereses económicos.

CONSIDERANDO:

Que Guatemala adquirió el compromiso de aplicar y cumplir las directrices para la protección del consumidor aprobadas por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, mediante Resolución Número 39/248 del nueve de abril de mil novecientos ochenta y cinco, en las que se define el quehacer de los gobiernos para la concreción de una efectiva protección y salvaguarda de los derechos e intereses legítimos de los consumidores.

CONSIDERANDO:

Que en los últimos años, las empresas que prestan servicios de energía eléctrica, han incrementado exageradamente los precios de las mismas, sin tener ningún control por parte del Estado, lo que conlleva a la desprotección del usuario y/o consumidor final, sin que el Estado mismo vele por la economía familiar y dé protección jurídica a la persona individual y a la sociedad.



## CONSIDERANDO:

Que para hacer efectivo el control de precios de las empresas en referencia se debe establecer un ente que investigue y que al mismo tiempo imponga multas o sanciones a las distribuidoras de energía eléctrica, como una protección al usuario y/o consumidor final guatemalteco, ya que en la actualidad la Comisión Nacional de Energía Eléctrica es la encargada de llevar dicho control, pero no tiene dentro de sus atribuciones la protección del mismo, y tampoco es atribución de la Dirección de Atención al Consumidor. Ante esa situación de indefensión del usuario y/o consumidor final de la energía eléctrica se impone la necesidad de constituir una ley que proteja integralmente al guatemalteco que hace uso de esa energía. La ley debe posibilitar la constitución de un órgano autónomo, tutelar de los derechos de los usuarios.

## POR TANTO:

En el ejercicio de las atribuciones que le confiere el Artículo 171 inciso a) de la Constitución Política de la República de Guatemala:

## DECRETA:

La siguiente:



# LEY DE PROTECCIÓN AL USUARIO Y/O CONSUMIDOR FINAL DE ENERGÍA ELÉCTRICA

## CAPÍTULO I

### DISPOSICIONES GENERALES

**ARTÍCULO 1. Objeto.** La presente ley se crea con el objeto de proteger al usuario y/o consumidor final de energía eléctrica, la cual tendrá como fin defender a esas personas y tener los medios para sancionar a las empresas que funcionan en Guatemala y que prestan esta clase de servicios.

**ARTÍCULO 2. Aplicación.** Esta ley será aplicable en todo el territorio nacional, y va dirigida a las empresas que prestan el servicio de energía eléctrica en forma masiva a comunidades que la consumen. Se exceptúan de esta ley las personas individuales o jurídicas que prestan este servicio a empresas en lo particular, industrial o mercantil.

## CAPÍTULO II

### PROVEEDORES

**ARTÍCULO 3. Proveedores.** Son proveedores las empresas que prestan el servicio de energía eléctrica en forma masiva, pudiendo ser nacionales o extranjeras y que operan en la República de Guatemala.

**CAPÍTULO 4. Derechos.** Son derechos de las empresas proveedoras obtener ganancias de los beneficios de la prestación de servicios, exigir al usuario y/o consumidor final el pago del servicio prestado y el libre acceso a las leyes del país y





órganos jurisdiccionales por cualquier conflicto que haya entre usuarios y/o consumidores finales y proveedores.

**CAPÍTULO 5. Obligaciones.** Las empresas proveedoras están en la obligación de prestar el servicio en forma continua y no suspenderlo, salvo por causa de fuerza mayor; cumplir con las disposiciones que regulan las leyes nacionales y tratados internacionales; facilitar toda la información sobre sus operaciones cuando sean requeridas por las instituciones relacionadas a ese servicio, tributar como la ley lo estipula, extender al usuario y/o consumidor final recibo por el consumo de energía eléctrica, detallar en forma clara el consumo del usuario y/o consumidor final y la cantidad a cobrar. Cuando se considere la posibilidad de aumentar la cuota del servicio, debe de consultarse previamente al **Consejo de Protección al Usuario y/o Consumidor Final de Energía Eléctrica.**

### CAPÍTULO III

#### EL USUARIO Y/O CONSUMIDOR FINAL

**ARTÍCULO 6. El usuario y/o consumidor Final.** Usuario y/o consumidor final es el titular o poseedor del bien inmueble que recibe el suministro de energía eléctrica.

**ARTÍCULO 8. Derechos.** El usuario y/o consumidor final tiene el derecho de pedir a las empresas proveedoras la descripción y detalle de lo que se le cobra por el consumo del servicio, a denunciar los hecho anómalos para iniciar procesos penales o civiles, y a exigir que el servicio le sea prestado en forma continua y sin interrupciones, salvo por causa de fuerza mayor.



**CAPÍTULO 9. Obligaciones.** El usuario y/o consumidor final tiene la obligación de pagar el servicio en forma continua cuando le ha sido proveído el servicio de energía eléctrica, a utilizar los bienes que le ha proporcionado la empresa proveedora en forma racional y sin hacer mal uso de los mismos.

#### **CAPÍTULO IV**

### **CONSEJO DE PROTECCIÓN AL USUARIO Y/O CONSUMIDOR FINAL DE ENERGÍA ELÉCTRICA**

**ARTÍCULO 10. Creación.** Se crea el Consejo de Protección al Usuario y/o Consumidor Final de Energía Eléctrica, como una dependencia mixta, compuesta por representantes del Estado, de los usuarios y/o consumidores finales, por entidades autónomas y por representantes de las empresas que prestan el servicio, la que gozará de independencia y autonomía en sus decisiones, teniendo competencia en todo el territorio nacional.

**ARTÍCULO 11. Organización.** El Consejo estará compuesto por diez miembros, distribuidos así: un representante de la Universidad de San Carlos de Guatemala, dos representantes de la Procuraduría de los Derechos Humanos, dos representantes del Ministerio de Economía, tres representantes de los usuarios y/o consumidores finales y dos representantes propuestos por las empresas que prestan servicios de energía eléctrica.

**ARTÍCULO 12. Director.** El Consejo designará un Director, que será el que represente al usuario y/o consumidor final ante el Estado y la sociedad y tendrá derecho a doble



voto en las discusiones del Consejo, cuando haya empate en las mismas.

**ARTÍCULO 13. Obligaciones.** Defender al usuario y/o consumidor final cuando tenga problemas con los proveedores y cuando el usuario y/o consumidor final tenga razón en sus reclamos, revisar periódicamente los precios impuestos por el proveedor, previo al incremento por cobro de energía eléctrica revisar los precios para luego dar su aprobación o denegatoria, actuar con equidad e imparcialmente, iniciar acciones administrativas cuando así se requiera, iniciar cualquier tipo de demanda civil si así lo considera, asimismo iniciar querrela o denuncia contra los proveedores cuando se crea que pudieran ser responsables de algún ilícito con relación a la prestación del servicio, hacer estudios comparativos para establecer si el cobro del servicio está bien orientado.

## CAPÍTULO V

### SANCIONES

**ARTÍCULO 14. Sanciones.** La empresa proveedora será sancionada con multa de veinticinco mil quetzales cuando haga cortes de energía sin haber causa alguna, con diez mil quetzales cuando habiendo sido avisada con anticipación no proceda a hacer las reparaciones en un tiempo justo, con cien mil quetzales cuando incremente los precios de la energía sin hacer la consulta correspondiente al Consejo de Protección al Usuario y/o Consumidor Final de Energía Eléctrica.



**ARTÍCULO 15. Obligaciones.** Las empresas proveedoras tienen la obligación de pagar las multas en un plazo que no exceda de quince días, de lo contrario se recurrirá a los órganos jurisdiccionales para hacerlas efectivas.

## CAPÍTULO VI

### IMPUGNACIONES

**ARTÍCULO 16. Recursos.** Las resoluciones administrativas del Consejo, podrán ser impugnada por medio de los recursos de revocatoria y reposición, los que serán impugnados en un plazo de tres días a partir de la última notificación.

## CAPÍTULO VII

### DISPOSICIONES TRANSITORIAS

**ARTÍCULO 17. Reglamento.** El reglamento de la presente ley deberá ser elaborado y concluido en un plazo de tres meses contados a partir de la toma de posesión del Consejo.

**ARTÍCULO 18.** El presente decreto entrará en vigencia treinta días después de su publicación.

PASE AL ORGANISMO EJECUTIVO PARA SU SANCIÓN, PROMULGACIÓN Y PUBLICACIÓN.

DADO EN EL PALACIO DEL ORGANISMO LEGISLATIVO EN LA CIUDAD DE GUATEMALA... A LOS... DIAS... DEL... MES DE... DEL AÑO...





## CONCLUSIONES

1. En Guatemala existe un oligopolio (pequeño número de empresas que controlan totalmente el mercado de la electricidad. En el caso de Guatemala son cuatro: el INDE, la Empresa Eléctrica, DEOCSA y DEORSA) que en la práctica funcionan como monopolio, prestador del servicio de energía eléctrica y que explota a los usuarios y/o consumidores finales del mismo. Esto es característico del capitalismo guatemalteco, dependiente pero voraz.
2. La Comisión Nacional de Energía Eléctrica CNEE responde a los intereses del "mercado mayorista", afectando de esa manera a la población en general.
3. En Guatemala, el usuario y/o consumidor final se encuentra a merced de las decisiones que la Comisión Nacional de Energía Eléctrica dispone, sin que exista institución alguna que lo proteja.
4. En Guatemala, nunca ha existido una ley que proteja los intereses de la población que compra energía eléctrica.
5. En Guatemala los usuarios y/o consumidores finales de energía eléctrica no se encuentran organizados; ello les ha impedido participar

junto a las demás organizaciones populares para defender sus intereses, siempre vulnerados.





## RECOMENDACIONES

1. El Estado de Guatemala, a través de las instituciones correspondientes, debe terminar con el monopolio disfrazado de oligopolio (el INDE, la Empresa Eléctrica, DEOCSA y DEORSA), pues "su fin supremo es la realización del bien común".
2. La Comisión Nacional de Energía Eléctrica, no sólo debe responder a los intereses del "mercado mayorista", sino también ejercer control en los aumentos tarifarios que constantemente sufren los usuarios y/o consumidores finales de la misma.
3. El Estado de Guatemala, a través de las instituciones correspondientes debe propiciar cambios en la Ley General de Electricidad para que ésta no responda sólo a los intereses del "mercado mayorista", sino también esté obligada a proteger los intereses de los usuarios y/o consumidores finales de energía eléctrica.
4. La Universidad de San Carlos de Guatemala, por tener iniciativa de ley, debe presentar al Congreso de la República una iniciativa de ley, cuyo objetivo principal sea la protección del usuario y/o consumidor final.
5. Los estudiantes universitarios y demás sectores subalternos deben dirigir la organización de los usuarios y/o consumidores finales de la



energía eléctrica para que, juntos, inicien un nuevo proceso de lucha popular para lograr cambios estructurales en beneficio de los sectores subalternos. De que se puede, se puede.





ANEXOS





ANEXO I  
CUESTIONARIO PARA ENCUESTA SOBRE ENERGÍA ELÉCTRICA

- A. La información es confidencial y no será divulgada
- B. Edad aproximada \_\_\_\_\_
- C. Profesión u oficio \_\_\_\_\_
- D. Lugar donde Labora \_\_\_\_\_

1. ¿Cree usted que es necesario que el Estado ejerza control sobre las empresas que proporcionan el servicio de energía eléctrica, para que no suban el precio sin consultar con ninguna institución?

SI \_\_\_\_\_ NO \_\_\_\_\_

¿POR QUÉ?

\_\_\_\_\_  
\_\_\_\_\_  
\_\_\_\_\_

2. ¿Considera usted que la DIACO debiera controlar a las empresas que proporcionan el servicio de energía eléctrica como una forma de protección al usuario?

SI \_\_\_\_\_ NO \_\_\_\_\_

¿POR QUÉ?

\_\_\_\_\_  
\_\_\_\_\_  
\_\_\_\_\_

3. ¿Cree usted que por no haber una forma de protección al usuario, las empresas que proporcionan energía eléctrica suben los precios en forma desmedida sin importarles la economía del usuario y de su familia?

SI \_\_\_\_\_ NO \_\_\_\_\_

¿POR QUÉ?

---

---

---

4. ¿Opina usted que las empresas que proporcionan el servicio de energía eléctrica debieran ser sancionadas económicamente para evitar que suban los precios de energía?

SI \_\_\_\_\_ NO \_\_\_\_\_

¿POR QUÉ?

---

---

---

5. ¿Considera usted que la DIACO debiera estar obligada a controlar y sancionar a las empresas de servicio de energía eléctrica cuando suben desproporcionadamente los precios de la energía?

SI \_\_\_\_\_ NO \_\_\_\_\_

¿POR QUÉ?

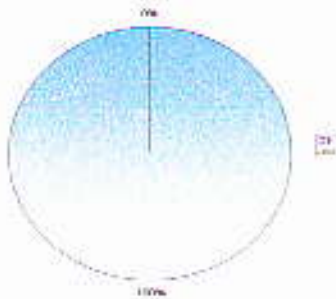
---

---

---

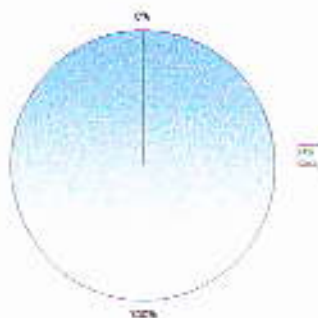
**ANEXO II**  
**GRÁFICAS ESTADÍSTICAS**

**PREGUNTA No. 1.)** ¿Cree usted que es necesario que el Estado ejerza control sobre las empresas que proporcionan el servicio de energía eléctrica, para que no suban el precio sin consultar con ninguna institución?



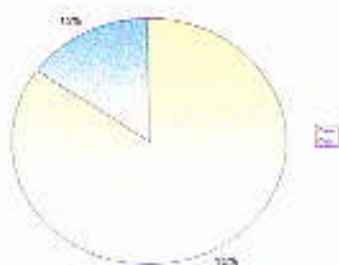
SI 100%  
NO 0%

**PREGUNTA No. 2.)** ¿Considera usted que LA DIACO debiera controlar a las empresas que proporcionan el servicio de energía eléctrica como una forma de protección al usuario?



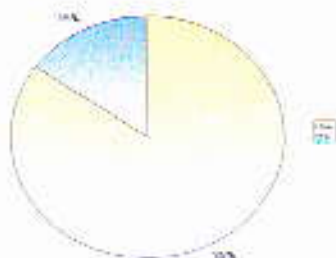
SI 100%  
NO 0%

**PREGUNTA No. 3.)** ¿Cree usted que por no haber una forma de protección al usuario, las empresas que proporcionan energía eléctrica suben los precios en forma desmedida sin importarles la economía del usuario y de su familia?



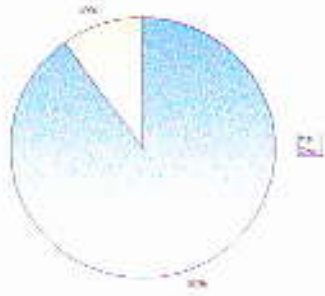
NO 10%  
SI 90%

**PREGUNTA No. 4.)** ¿Opina usted que las empresas que proporcionan el servicio de energía eléctrica debieran ser sancionadas económicamente para evitar que suban los precios de energía?



NO 15%  
SI 85%

**PREGUNTA No. 5.)** ¿Considera usted que la DIACO debiera estar obligada a controlar y sancionar a las empresas de servicio de energía eléctrica cuando suben desproporcionadamente los precios de la energía?



SI 90%  
NO 10%





## BIBLIOGRAFÍA



ABDIEL, Carlos. **Economía doméstica**. México: Ed. América, 2001, 251 Págs.

ARROYAVE, Carlos Andrés. **Las resoluciones administrativas**. México: Ed. Mexicana, 1998, 321 Págs.

BROSETA PANT, Manuel y Fernando Martínez Sanz. **Manual de derecho mercantil**. 1 vol.; 13ª. ed.; Barcelona, España: Ed. Tecnos, 1978, 595 Págs.

CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. **Diccionario enciclopédico de derecho usual**. 3t.; 30ª. ed.; Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta S.R.L., 2008, 720 Págs.

DÍAZ BRAVO, Arturo. **Contratos mercantiles**. México: Ed. Porrúa, 1994, 253 pág.

**Diccionario de la real academia española**. 1t.; 21ª. ed.; Madrid, España:1992, 1077 Págs.

**Diccionario enciclopédico ilustrado sopena** 2 t.; Barcelona, España: Ed. Ramón Sopena, S.A., 1997. 1920 Págs.

**Diccionario jurídico espasa**, Fundación Tomás Moro, Madrid, España: Ed. Espasa Calpe, S.A., 2001, 1449 Págs.

GARRIGUES, Joaquin. **Curso de derecho mercantil**. 1 t.; México: Ed. Porrúa, 1998, 395 Págs.

GHERSI, Carlos Alberto. **Bienes de consumo**. Guatemala: Ediciones y Servicios, 1997, 222 Págs.



- GÓMEZ GONZÁLEZ, Fernando Flores. **Introducción al estudio del derecho y derecho civil**. 1ª. ed.; México: Ed. Porrúa, 1973. 386 Págs.
- IVNISKY, Marina. **Derecho administrativo y estado**. Buenos Aires, Argentina: Ed. Depalma, 1996. 311 Págs.
- OSSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**. 35ª. ed.; Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta S.R.L., 2007. 1005 Págs.
- PALLARÉS, Eduardo. **Diccionario de derecho procesal civil**. 26ª. ed.; Distrito Federal, México: Ed. Porrúa, 2001, 849 Págs.
- PUIG PEÑA, Federico. **Compendio de derecho civil español**. 4t.; 3ª. ed.; Madrid, España: Ed. Pirámide, S.A. 1976, 443 Págs.
- SABAJ, Nelson. **Conceptos de publicidad**. México: Ed. Mexicana, 1999, 189 Págs.
- VÁSQUEZ MARTÍNEZ, Edmundo. **Instituciones de derecho mercantil**. Guatemala: Ed. Serviprensa Centroamericana, 1978.
- VÁZQUEZ DEL MERCADO, Oscar. **Contratos mercantiles**. 1ª. ed.; México: Ed. Porrúa. 2008, 601 Págs.
- VICENTE y GELLA, Agustín. **Introducción al derecho mercantil comparado**. México: Ed. Nacional, 1999.
- VILLEGAS LARA, René Arturo. **Derecho mercantil guatemalteco**. 3t.; 6ª. ed.; Guatemala: Ed. Universitaria, 2006, 429 Págs.



ZANOBINE, Pascual. **Derecho administrativo**. Madrid, España: Ed. Jurídica, 2000, 356 Págs.

ZEA RUANO, Rafael. **Lecciones de derecho mercantil**. Guatemala: Tipografía Nacional, 1979, 264 Págs.

#### **Legislación:**

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

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

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

**Ley de Atención y Asistencia al Consumidor**. Congreso de la República de Guatemala, Decreto Número 06-2003, 2003.

**Ley General de Electricidad**. Congreso de la República de Guatemala, Decreto Número 93-67, 1967.