

UNIVERSIDAD RAFAEL LANDÍVAR
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
LICENCIATURA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

"PRINCIPIO LOCUS REGIT ACTUM Y CONTRATOS ELECTRÓNICOS MERCANTILES"

TESIS DE GRADO

PATRICIA LUCÍA TZUNÚN TAX
CARNET 16303-10

QUETZALTENANGO, AGOSTO DE 2017
CAMPUS DE QUETZALTENANGO

UNIVERSIDAD RAFAEL LANDÍVAR
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
LICENCIATURA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

"PRINCIPIO LOCUS REGIT ACTUM Y CONTRATOS ELECTRÓNICOS MERCANTILES"

TESIS DE GRADO

TRABAJO PRESENTADO AL CONSEJO DE LA FACULTAD DE
CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

POR
PATRICIA LUCÍA TZUNÚN TAX

PREVIO A CONFERÍRSELE

LOS TÍTULOS DE ABOGADA Y NOTARIA Y EL GRADO ACADÉMICO DE LICENCIADA EN CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

QUETZALTENANGO, AGOSTO DE 2017
CAMPUS DE QUETZALTENANGO

AUTORIDADES DE LA UNIVERSIDAD RAFAEL LANDÍVAR

RECTOR: P. MARCO TULLIO MARTINEZ SALAZAR, S. J.

VICERRECTORA ACADÉMICA: DRA. MARTA LUCRECIA MÉNDEZ GONZÁLEZ DE PENEDO

VICERRECTOR DE INVESTIGACIÓN Y PROYECCIÓN: ING. JOSÉ JUVENTINO GÁLVEZ RUANO

VICERRECTOR DE INTEGRACIÓN UNIVERSITARIA: P. JULIO ENRIQUE MOREIRA CHAVARRÍA, S. J.

VICERRECTOR ADMINISTRATIVO: LIC. ARIEL RIVERA IRÍAS

SECRETARIA GENERAL: LIC. FABIOLA DE LA LUZ PADILLA BELTRANENA DE LORENZANA

AUTORIDADES DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

DECANO: DR. ROLANDO ESCOBAR MENALDO

VICEDECANA: MGTR. HELENA CAROLINA MACHADO CARBALLO

SECRETARIO: LIC. CHRISTIAN ROBERTO VILLATORO MARTÍNEZ

NOMBRE DEL ASESOR DE TRABAJO DE GRADUACIÓN
MGTR. ESTER ELIZABETH MÉNDEZ PÉREZ

TERNA QUE PRACTICÓ LA EVALUACIÓN
MGTR. RONALD ESTUARDO RECINOS GÓMEZ

AUTORIDADES DEL CAMPUS DE QUETZALTENANGO

DIRECTOR DE CAMPUS:	P. MYNOR RODOLFO PINTO SOLIS, S.J.
SUBDIRECTORA ACADÉMICA:	MGTR. NIVIA DEL ROSARIO CALDERÓN
SUBDIRECTORA DE INTEGRACIÓN UNIVERSITARIA:	MGTR. MAGALY MARIA SAENZ GUTIERREZ
SUBDIRECTOR ADMINISTRATIVO:	MGTR. ALBERTO AXT RODRÍGUEZ
SUBDIRECTOR DE GESTIÓN GENERAL:	MGTR. CÉSAR RICARDO BARRERA LÓPEZ



Universidad
Rafael Landívar

Tradición Jesuita en Guatemala

Campus de Quetzaltenango
Coordinación Ciencias Jurídicas y Sociales
Teléfono (502) 7722 9900 ext. 9888
Fax: (502) 7722 9821
14 Avenida 0-43 zona 3, Quetzaltenango

Quetzaltenango, 10 de Febrero de 2017.

Consejo de Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad Rafael Landívar
Guatemala

Con un cordial saludo, y en atención al nombramiento en que se me designara como asesor de Tesis II del estudiante PATRICIA LUCÍA TZUNÚN TAX, con número de carné 1630310 del trabajo de tesis titulado: "PRINCIPIO LOCUS REGIT ACTUM Y CONTRATOS ELECTRÓNICOS MERCANTILES" conforme al trabajo de investigación realizado por la estudiante, considero oportuno luego de haber constatado el cumplimiento de los requisitos exigidos por el instructivo de tesis de esta casa de estudios, emitir dictamen FAVORABLE sobre la presente investigación, toda vez que, se llegaron a desarrollar puntualmente los aspectos tanto doctrinarios como legales de los elementos de estudio, tales como la importancia de la aplicación del principio locus regit actum en los contratos electrónicos, que consiste en la descripción de los beneficios que se obtienen para comerciar electrónicamente; así como la importancia de la regulación de estos contratos mercantiles en Guatemala, estableciéndose que esta clase de contratos ya se encuentran regulados en España y existen proyectos de ley en México y Argentina; en sí, se cumplió con los aspectos medulares para la consecución del presente trabajo.

Sin otro particular, deferentemente.

Mgter. Ester Elizabeth Méndez Pérez
Abogada y Notaria
Número docente CAT 21010
Colegiado No. 6280



Universidad
Rafael Landívar
Tradición Jesuita en Guatemala

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
No. 071498-2017

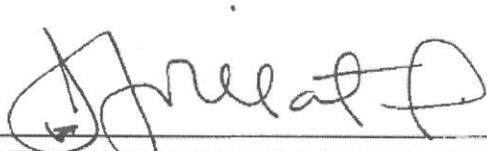
Orden de Impresión

De acuerdo a la aprobación de la Evaluación del Trabajo de Graduación en la variante Tesis de Grado de la estudiante PATRICIA LUCÍA TZUNÚN TAX, Carnet 16303-10 en la carrera LICENCIATURA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES, del Campus de Quetzaltenango, que consta en el Acta No. 07314-2017 de fecha 18 de mayo de 2017, se autoriza la impresión digital del trabajo titulado:

"PRINCIPIO LOCUS REGIT ACTUM Y CONTRATOS ELECTRÓNICOS MERCANTILES"

Previo a conferírsele los títulos de ABOGADA Y NOTARIA y el grado académico de LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Dado en la ciudad de Guatemala de la Asunción, a los 11 días del mes de agosto del año 2017.



LIC. CHRISTIAN ROBERTO VILLATORO MARTÍNEZ, SECRETARIO
CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
Universidad Rafael Landívar

Agradecimiento

Licenciada Ester Elizabeth Méndez Pérez de León, por su apoyo incondicional y aporte en la realización de la presente tesis.

Licenciado Ronald Estuardo Recinos, por su colaboración, muy agradecida.

Licenciado Francisco de León, muy agradecida por su apoyo incondicional durante mi preparación estudiantil y aprecio.

Licenciado Joel Felipe Baquix, por su paciencia, dedicación y contribución en mi formación profesional.

Licenciado Miguel Juárez Pú, por su apoyo incondicional y aprecio.

Mis padres Pedro Celso Tzunún Rosales y Micaela Tax Mendoza, por ser mi fuente de amor, pilares importante en mi vida, eternamente agradecida.

Universidad Rafael Landívar, muy honrada y privilegiada de egresar de ésta casa de estudios. Mi alma mater.

Dedicatoria

- A Dios:** Fuente de toda sabiduría, el autor y responsable de éste triunfo y aunque la vida no me alcance para retribuirle, siempre estaré agradecida.
- A mis Padres:** Pedro Celso Tzunún Rosales y Micaela Tax Mendoza. Con infinito amor, gracias por el apoyo moral, espiritual y económico que me han brindado durante todo éste tiempo. Gracias por su gran amor, sacrificio y por ser personas de gran ejemplo y perseverancia. Los amo y les dedico cada uno de mis triunfos.
- A mis Hermanos:** Rudy Alexander Tzunún Tax, Juan Miguel Tzunún Tax y Alejandra Tzunún Tax. cada uno de ustedes son un gran ejemplo para mí, gracias por compartir su vida conmigo, por ser personas ejemplares para mí, gracias por su apoyo durante mi carrera e impulsarme seguir adelante.
- A mis Abuelos:** Miguel Tzunún (+) y Lucía Angelina Rosales, Julián Tax (+) y Alejandra Mendoza. Con profundo agradecimiento por sus enseñanzas cariño y apoyo.
- A mis Amigos:** Por todo su cariño, compañía y apoyo, son parte de este triunfo.

Índice

	Pág.
INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO I	3
DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO	3
1.1. Historia del derecho internacional privado.....	3
1.2. Definición de derecho internacional privado.....	5
1.3. Principios del derecho internacional privado.....	9
1.3.1. Lex rei sitae.....	9
1.3.2. Locus regit actum.....	10
1.3.3. Lex fori.....	11
1.3.4. La autonomía de la voluntad.....	12
1.4. Código de Derecho Internacional Privado.....	13
CAPÍTULO II	17
COMERCIO ELECTRÓNICO	17
2.1. El contrato.....	18
2.1.1. Elementos esenciales de la contratación.....	21
2.2. El contrato mercantil.....	23
2.3. Comercio Electrónico.....	25
2.3.1. Evolución del comercio electrónico.....	26
2.3.2. Definición de comercio electrónico.....	30
2.4. Importancia del comercio electrónico.....	33
CAPÍTULO III	34
CONTRATOS ELECTRÓNICOS MERCANTILES	34
3.1. Historia del contrato electrónico.....	34
3.2. Definición de contrato electrónico.....	36
3.3. Principios de la contratación electrónica.....	43
3.4. Clasificación de los contratos electrónicos.....	45
3.5. Contratos Electrónicos en España.....	51

CAPÍTULO IV.....	61
EL COMERCIO Y CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA EN EL MUNICIPIO Y DEPARTAMENTO DE QUETZALTENANGO.....	61
4.1. Generalidades de la contratación electrónica en Quetzaltenango.....	62
4.2. Regulación legal de la contratación electrónica en el marco jurídico guatemalteco.....	64
4.3. Aplicación del derecho internacional privado en la contratación electrónica en Quetzaltenango.....	67
CAPÍTULO V.....	71
PRESENTACIÓN, ANÁLISIS Y DISCUSIÓN DE RESULTADOS.....	71
CONCLUSIONES.....	79
RECOMENDACIONES.....	80
REFERENCIA CONSULTADA.....	81

Resumen

El Principio Locus Regit Actum es un principio del Derecho Internacional Privado la cual significa el lugar donde se realiza el acto, recordando entonces que el Derecho Internacional Privado es aplicado cuando exista alguna controversia en el ámbito internacional entre dos o más personas surge algún conflicto de carácter internacional y no se sabe cuál legislación utilizar entonces el Derecho Internacional Privado conoce de dicha controversia, sin embargo no soluciona el fondo del asunto, únicamente determinar cuál legislación es la aplicable. Sin embargo, en la contratación electrónica mercantil la cual es un acuerdo de voluntades en virtud de la cual dos o más personas crean, modifican o extinguen algunas obligaciones utilizando como medio para su perfeccionamiento algún instrumento electrónico, la tecnología y el internet.

El comercio electrónico mercantil en la actualidad es muy utilizado, ya que las personas únicamente deben tener acceso a una red de internet para poder realizar compras por internet, es allí entonces donde surge la contratación electrónica mercantil, porque las personas compran productos aceptando términos y condiciones de acuerdo a los interés de las empresas o personas con las que están contratando. Guatemala tienen regulado en la Ley de Reconocimiento de Comunicaciones y Firma electrónica, decreto 47-2008 sin embargo no desarrolla por completo su funcionamiento, sus principios, únicamente se hace una mención del mismo y por la fuerza y utilidad que tienen hoy en día es necesario regular la normativa relativa a dicha materia.

INTRODUCCIÓN

La presente investigación correspondiente al principio de Derecho Internacional Privado *Locus Regit Actum* y su relación con los contratos electrónicos mercantiles es un tema actual e importante a desarrollar porque hoy en día las personas realizan diversas transacciones vía electrónica.

Es por eso que se hace necesario el desarrollo del presente trabajo la cual contiene temas relacionados a la protección de las personas cuando éstas hacen uso de la tecnología y por ende del internet, para adquirir derechos u obligaciones, que las personas afectadas por la contratación electrónica se orienten para conocer sus derechos y sus obligaciones al momento obligarse.

La presente investigación consta de cinco capítulos, desarrollados de la siguiente manera, el Capítulo I como Derecho Internacional Privado que es una rama de la ciencia del Derecho iniciando con una breve historia del mismo, los principios que lo rigen y los principios que en Guatemala son aplicados según la Ley del Organismo Judicial decreto 2-89, la aplicación que el Código de Derecho Internacional Privado conocido también con el nombre de Código de Bustamante tiene respecto a la contratación electrónica. El Capítulo II desarrolla además el tema del Comercio Electrónico definiendo esta clase de comercio, cómo funciona éste tipo de transacción, la importancia que tiene hoy en día el comercio electrónico. En el Capítulo III se encontrará el tema de Contratos Electrónicos Mercantiles que sin duda la contratación electrónica mercantil es una modalidad de la contratación en general y uno de los más utilizados actualmente por medio del cual se perfecciona una relación contractual, se hace una breve indicación de la historia del contrato electrónico, se proporcionan definiciones también de éste tipo de contratación, condiciones que se deben observar dentro de los contratos electrónicos como la validez del consentimiento por medios electrónicos, que haya una vigencia de la oferta, información para perfeccionar el contrato, sin embargo es importante para brindar certeza jurídica a los otorgantes. Además existen principios de la contratación

electrónica como el principio de buena fe refiriéndose a los contratantes, para que ambos deban actuar con buena fe y no realizar un contrato de manera maliciosa; el principio de inalteración del Derecho existente de obligaciones, entre otros. Se hace una clasificación de los contratos electrónicos según la doctrina, como por ejemplo se pueden mencionar: por la emisión de las declaraciones y entre ésta clasificación se encuentra el contrato “Click” en donde el aceptante manifiesta su voluntad únicamente pulsando algún botón e indicar que se aceptan los términos del contrato. El Capítulo IV contiene el tema referido a El Comercio y la Contratación Electrónica en el municipio y departamento de Quetzaltenango en la cual se indica que en municipio sí son varias las personas que compran y venden productos haciendo uso de la tecnología que por ende realizan contrataciones vía electrónica, también se hace referencia a la aplicación del Derecho Internacional Privado en la contratación electrónica en Quetzaltenango, específicamente en el municipio. Por último en el capítulo V se realiza la presentación, análisis y discusión de resultado en la que se responde y se logra establecer la respuesta de la pregunta de investigación relativa a cómo se aplica el principio locus regit actum en el surgimiento de una controversia de ámbito internacional por la celebración de un contrato electrónico, interrogante que es respondida durante el desarrollo del tema. Se logra además determinar la aplicación del principio locus regit actum en los contratos electrónicos, se define asimismo el principio locus regit actum, se describen los beneficios que se obtienen por comerciar electrónicamente, se estudia la regulación de los contratos electrónicos mercantiles en otros países.

CAPÍTULO I

DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

El derecho internacional privado es una consecuencia jurídica que se materializa a través de normas internas y externas que definen los criterios que rigen las relaciones jurídicas que se den a consecuencia de la interacción social y económica entre sujetos de diversas nacionalidades o que estos se encuentren establecidos en países distintos. Como parte de aquellos conflictos de normativas de cada país se limitan los límites de cada norma y la forma que deben observar para aplicarse en un ámbito internacional.

En este sentido, resulta importante desarrollar de forma sistemática, lógica y concreta lo relacionado al derecho internacional privado desde su concepción, los principios rectores de esta rama en cuanto a la territorialidad de la ley en el ámbito de la contratación.

1.1. Historia del derecho internacional privado

Hasta el siglo XVIII no existía Derecho Internacional Privado, sino lo que existía era un conjunto de normas que regulaba la relación entre los Estados o entre las comunidades. El Derecho Internacional Privado es una de las grandes divisiones del Derecho Internacional el cual surge por la relación que se da entre las personas individuales o jurídicas de distinta nacionalidad, nace bajo la necesidad de regular las relaciones jurídicas de los individuos, relaciones en las cuales se transponen fronteras, por la cual existencia de una gran multitud de leyes y sistemas jurídicos, en la cual los Estados demuestran su soberanía.

A lo largo del tiempo ha obtenido diferentes denominaciones como: *Ius Gentium*, *Ius Gentium Privatum*, Conflicto de Leyes (porque cada Estado tiene su propia normativa), Derecho Extraterritorial, Elección de Leyes, Derecho Interespacial, Derecho Traslatitio, Derecho de los Límites y Derecho Internacional Privado.

Fueron dos causas las que incentivaron la existencia del Derecho Internacional Privado, la primera es la variedad de legislaciones de cada país, ya que cada país cuenta con su propia normativa de acuerdo a las necesidades del mismo; la segunda es por la naturaleza cosmopolitana del ser humano, esto porque el hombre es eminentemente social y necesita interactuar con las demás personas e incluso salir de las fronteras para realizar negocios y diferentes actividades, desenvolviéndose así, internacionalmente.

Dunker Biggs divide la historia del Derecho Internacional Privado en tres etapas; “la primera es la Labor privada individual, en donde dejan de existir las sociedades universalistas y aparecen las repúblicas, esto al finalizar el imperio romano, existieron varias escuelas como: la Escuela Italiana, con sus mayores exponentes Bartolo Sassoferrato quien fue el primero en pronunciarse en cuanto al Principio Locus Regit Actum, otro de los exponentes de ésta escuela fue Charles Duomoulin, discípulo de Bartolo Sassoferrato; La Escuela Holandesa con sus exponentes Paulo Voet y Juan Voet, quienes introdujeron la idea de los estatutos mixtos, se les atribuye la idea de las leyes extranjeras se aplican por cortesía”.¹

La Segunda Etapa es la labor privada y pública colectiva; “en ésta etapa se crea el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT) en el año de 1940, es una entidad intergubernamental para estudiar los medios de armonizar y coordinar el derecho privado entre los Estados. Su sede se encuentra en Roma”.² La tercera y última etapa es la Labor Gubernamental; se llevaron a cabo conferencias en donde se creó el Código de Derecho Internacional Privado conocido como el Código de Bustamante.

El profesor Dávalos Fernández refiere que fue el norteamericano “Joseph Story quien por primera vez utilizó el nombre con el cual se conoce actualmente la disciplina que

¹ Ochaita, Carlos Larios. Derecho Internacional Privado. Octava edición. Guatemala. Editorial Maya Wuj, 2013. Pág. 37, 38.

² Ibid., Pág. 42

estudiamos: Private Internacional Law, en su libro Commentaries in the conflict of Laws cuya primera edición data de 1834.

Algunos autores señalan al alemán Schaeffner como el primero que utilizó el término, en su libro *Entwicklung des internationalen privatechts*, publicado en Francfort en 1941. El propio Echemendía señala posible esta alternativa cuando se refiere a que la doctrina cita a uno u otro (Schaeffner o Story) como los pioneros en la denominación actual de nuestra ciencia³, la denominación del Derecho Internacional Público data desde 1834 en Inglaterra, lo que resulta indispensable considerar que el auge mercantil y comercial entre los países de Europa significaba en ese tiempo un intercambio constante que se regía por una serie de diversas normas que en algún momento representaban un conflicto de leyes al no distinguir cual se debía de aplicar propiamente. Por ello, se coincide en la mayoría de sectores en la doctrina que a Story se le debe atribuir la paternidad de la denominación del Derecho Internacional Privado, aunque desde que Story utilizó la denominación con que aún se conoce a esta materia, no han sido pocos los que han tratado de atribuirle otro nombre, en la mayoría de las ocasiones buscando un término más acorde con el contenido y objeto de la materia.

1.2. Definición de derecho internacional privado

Como toda rama del derecho cuenta con una serie de estudios doctrinarios y jurídicos que tratan de determinar los aspectos que aborda el derecho internacional privado, la materia que aborda y sobre todo el tipo de relaciones que por lo general son objeto de considerarse dentro de esta rama. Por su parte Sánchez de Bustamante y Sirvén definen el Derecho Internacional Privado como "el conjunto de principios que determinan los límites en el espacio de la competencia legislativa de los Estados, cuando ha de aplicarse a relaciones jurídicas que pueden estar sometidas a más de una legislación"⁴, la definición de Bustamante y Sirvén se refiere específicamente a la delimitación de la competencia legislativa de los Estados, es

³ Dávalos Fernández, Rodolfo. *Derecho internacional privado: Parte general*. La Habana, Cuba. Editorial Félix Varela. 2006. Pág. 11.

⁴ Sánchez De Bustamante y Antonio Sirvén: *El Código de Derecho Internacional Privado y la Sexta Conferencia Panamericana*. Imprenta Avisador Comercial, La Habana, 1929. Pág. 10.

decir, que cuando existe la posibilidad de someter relaciones jurídicas a más de una legislación surge una serie de conflictos de ley en el espacio sobre todo en aquellas relaciones contractuales que efectivamente se han vuelto tan común en el mundo moderno y deben solucionarse a través de consideraciones legales que permitan la exigencia de los derechos y obligaciones que puedan derivarse de las distintas relaciones jurídicas.

El Derecho Internacional Privado se define por parte del Prado como el “conjunto de normas jurídicas que tienen por objeto o fin determinar cuál es la jurisdicción competente o la ley que debe aplicarse en caso de concurrencia simultánea de dos o más leyes, en el espacio que reclaman su observancia”⁵, del Prado convalida el conflicto de leyes en el espacio a partir de la concurrencia simultánea de dos o más leyes que para darle solución se crea el Derecho Internacional Privado como un conjunto de normas de jurídicas con el fin de identificar y definir la ley competente que debe aplicarse para llegar a una solución práctica.

Los destacados autores españoles Fernández Rozas y Sánchez Lorenzo refieren que el Derecho Internacional Privado “se configura como un Derecho preferentemente estatal, que se ubica entre los saberes vinculados al Derecho Privado, y cuyo objeto viene determinado por las relaciones o situaciones privadas que presentan un elemento de internacionalidad”.⁶ A partir de la definición de los españoles Fernández y Sánchez se debe entender al Derecho Internacional Privado como una rama que le pertenece al derecho público pero con vínculos que se proyectan al ámbito privado ya que preferentemente observa situaciones privadas que puedan darse como consecuencia de la interacción contractual en el ámbito internacional, sin embargo los conflictos privados de naturaleza internacional vienen a ser realidades nacionales que se amparan muchas veces de las leyes nacionales que pueden ser de atribuidas al ámbito público, lo que señala la dualidad doctrinaria de su naturaleza; aunque la mayoría de estudiosos concuerdan que pertenece al

⁵ Romero del Prado, Víctor N. Derecho Internacional Privado, Assandri. Córdoba, España. 1961. Pág. 97

⁶ J.C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo: Derecho Internacional Privado, p. 25.

derecho privado ya que siempre existe un interés particular más o menos individualizado.

Por su parte Echemendía García se refiere al Derecho Internacional Privado como “el conjunto de principios que directa o indirectamente determinan los límites en el espacio de los cuerpos legales que integran los distintos sistemas jurídicos, cuando estos últimos concurren simultáneamente sobre relaciones jurídicas en las que uno o varios de sus elementos tienen el carácter de extranjeros y por ende, están conectados con legislaciones distintas”.⁷ Como toda ciencia del derecho para Echemendía esta rama es un conjunto primeramente de principios que contribuyen para la solución de conflictos de ley en el espacio a partir de la interconexión que se genera a partir de las relaciones jurídicas que son producto de diversos actos que producen como consecuencia derechos y obligaciones para las partes. En este sentido cuando existen relaciones jurídicas en la cuales sus elementos se conforman a partir de consideraciones extranjeras generan una conexión con otras legislaciones foráneas y a su vez implican un tratamiento jurídico legal distinto al acostumbrado dentro de cada legislación. Por ello, se dice que el derecho internacional privado tiene como finalidad localizar “la ley aplicable a una relación de Derecho privado con efectos extraterritoriales, así como la coordinación de leyes de diferentes Estados para regular relaciones de carácter extraterritorial, que no solamente abarque a los individuos sino que también se extiende a una relación entre personas extranjeras y el Estado, producto de la necesidad del comercio internacional”.⁸ La finalidad del Derecho Internacional Privado no es resolver algún conflicto que surja entre los particulares de distinta nacionalidad sino señalar e indicar que ley se va a aplicar para resolver el conflicto que pueda surgir, Boutin delimita y circunscribe el ámbito de aplicación de Derecho Internacional Privado afirmando que este por lo general, es resultado de la necesidad del comercio internacional de mercaderías, bienes y servicios de diversa índole que son sometidos a relaciones contractuales entre personas de diferentes países lo que genera una relación de derecho privado con efectos extraterritoriales.

⁷ J.M.Echemendía García: Derecho Internacional Privado, Pág. 69.

⁸ Gilberto Boutin I.: Derecho Internacional Privado, pág. 13.

El profesor cubano Rodolfo Dávalos citando a Bartín refiere que es una “modernísima rama del Derecho que tiene por objeto, independientemente del estudio preliminar de la nacionalidad y de la condición civil de los extranjeros en un país determinado, de resolver, en este país, los conflictos de legislación y los conflictos de jurisdicción, en el espacio y en el tiempo, entre Estados independientes, solo en materia de Derecho Privado, y a condición de que las disposiciones legales entre las que el conflicto se produce no aparezcan como disposiciones legales de países civilizados”,⁹ para Dávalos el Derecho Internacional Privado solo puede observarse en relaciones jurídicas que surgen entre individuos, ya que para su efecto existe el Derecho Internacional Público en el cual se regulan las disposiciones para la solución de conflictos entre Estados, a partir de este criterio se le considera al Derecho Internacional Privado propio del ámbito privado ya que su aplicación se supedita a asuntos entre particulares que no cuenten con disposiciones que rijan en el asunto objeto de controversia.

El profesor Echemendía expuso gráficamente, en breve síntesis, el pensamiento que define los pasos que se deben observar para la aplicación del Derecho Internacional Privado, estableciendo los siguientes:

- Paso 1: “Cada Estado fija y determina quiénes son y quiénes no son nacionales, a los que denomina extranjeros.
- Paso 2: Conocido quiénes son los extranjeros, cada Estado delimita la esfera de derechos y deberes de los mismos, en su territorio, lo cual es objeto de la llamada Condición Jurídica del Extranjero.
- Paso 3: Cuando el extranjero pretende ejercer un derecho que le es permitido, habría previamente que determinar si se aplica la propia ley del territorio, la suya propia o la que él haya escogido para el acto, lo cual es objeto del Conflicto de Leyes”.¹⁰

⁹ Dávalos Fernández, Rodolfo. Derecho internacional privado: Parte general. Editorial Félix Varela. La Habana, Cuba. 2006. Pág. 9.

¹⁰ Dávalos Fernández, Rodolfo. Derecho internacional privado: Parte general. Editorial Félix Varela. La Habana, Cuba. 2006. Pág. 17.

En consecuencia, la observación de estos pasos permite de forma objetiva determinar qué relaciones jurídicas son objeto del Derecho Internacional Privado a partir de la territorialidad o extraterritorialidad de la ley que se concibe en el mismo cuerpo jurídico y que es susceptible de aplicarse según sea invocado por el sujeto de derechos. El Derecho Internacional Privado es el conjunto de normas jurídicas, principios y doctrinas que se organizan de forma esquematizada para ayudar a determinar la aplicación de una ley en casos de controversias entre particulares en el ámbito internacional que por lo general son producto u origen de relaciones contractuales que son susceptibles de someterse a dos o más legislaciones extranjeras, lo que ocasiona un conflicto territorial de normas jurídicas debiéndose comprender la controversia para su solución atendiendo a la extraterritorialidad de las normas nacionales vigentes al momento en que se pretende ejercer un derecho por parte de un particular.

1.3. Principios del derecho internacional privado

El Derecho Internacional Privado como una importante rama de la cosmología de las ciencias jurídicas contiene sus propios principios, en este sentido resulta importante indicar que son enunciados o reglas que orientan las acciones relativas a esta materia, los cuales al seguirse cumplen el propósito del objeto del Derecho Internacional Privado, asimismo a través de estos se reflejan las características que deben cumplirse para su aplicación, en este sentido el Derecho Internacional Privado determina los principios siguientes:

1.3.1. Lex rei sitae

Es uno de los principios relativo a las cosas, por su parte el profesor Hooft refiere que “la mayoría de las leyes del mundo, estiman relevante el lugar donde está situada la cosa, para conectar el caso con el derecho extranjero del estado de la situación. La lex situs o lex rei sitae será la encargada de establecer los derechos que pueden constituirse sobre estas cosas”.¹¹ En términos sencillos los bienes muebles o inmuebles cuando se trata de asuntos que implique el ejercicio de un derecho y este

¹¹ Hooft, Eduardo. Derecho Internacional Privado al alcance de todos. 1ª edición. EUDEM. Argentina. 2012. Pág. 14.

sea susceptible de observar dos o más legislaciones según el artículo 27 de la Ley del Organismo Judicial guatemalteco indica que los derechos que se deriven de estos se rigen por la ley del lugar donde estén ubicados. Por su parte el distinguido tratadista Manuel Ossorio refiere que es una locución latina significativa de que debe “aplicarse la ley del país en que se encuentra la cosa en litigio”.¹² En este sentido el principio de *lex rei sitae*, se refiere a los bienes se rigen específicamente por la ley donde se encuentran situados o establecidos y deben ser considerados a título universal respecto a algunas diligencias relativas a su naturaleza.

1.3.2. Locus regit actum

El principio de *Locus regit actum* relativo al Derecho Internacional Privado consiste en que “un acto jurídico está sometido a las condiciones de forma impuestas por la legislación vigente en el país donde fue concluido, por lo tanto los actos jurídicos son regidos por la ley del lugar de su celebración. En consecuencia, cualquiera que sea la nacionalidad de las partes y el lugar en que haya de realizarse el negocio la ley local determina las formalidades extrínsecas de los actos jurídicos”.¹³ La ley local o territorial que rija los actos jurídicos de la contratación es la que servirá para la solución de controversias que puedan derivarse, siendo indispensable observar los preceptos de la legislación vigente de donde fue concluido el acto jurídico.

El profesor argentino Eduardo Hooft se pronuncia respecto al principio *Locus regis actum*, he indica que “ciertas normas de colisión no deben ser desplazadas por la Acción del reenvío, porque sería una inconsecuencia con la voluntad del legislador que creó la norma de colisión.

Ello ocurre en por lo menos dos casos:

1. Con la norma conflictual que adopta la autonomía de la voluntad en materia de ley aplicable a los contratos.

¹² *Lex rei sitae*. Ossorio, Manuel. Diccionario de ciencias jurídicas, sociales y políticas. 1ª edición. Heliasta. Argentina. 2005. Pág. 547.

¹³ *Locus regit actum*. Enciclopedia Jurídica. 2014. Disponible en. <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/locus-regit-actum/locus-regit-actum.htm>. fecha de consulta: 21.03.2016.

Si las partes usaron de dicha autonomía, es inaceptable que por el mecanismo del reenvío, sea burlada esta ley elegida.

2. Con la norma conflictual “locus regit actum”–las formas de los actos jurídicos se rigen por la ley del lugar donde se celebran u otorgan.

Sería ilógico, que por reenvío de la ley de celebración a otra ley, por ejemplo la del lugar de cumplimiento del contrato, el juez concluyera que el acto es nulo por defecto de forma, porque no se cumplió con las formalidades exigidas por la *lex executionis*.¹⁴ La norma de colisión resulta indispensable cuando se observan el principio *locus regit actum* y el principio de la autonomía de la voluntad debiendo observar el juzgador las condiciones de la contratación para determinar los presupuestos para la resolución de controversias en los actos jurídicos con un elemento internacional.

En este sentido, el artículo 28 de la Ley del Organismo Judicial establece que los actos jurídicos son regidos por la ley del lugar de su celebración. No importando la nacionalidad de las partes ya que la ley del lugar donde el negocio jurídico se celebre, regirá y determinará las formalidades extrínsecas de dicho acto. De ahí emana la *Lex Loci Celebrationis* que significa que los actos y negocios jurídicos se regulan de acuerdo a la ley del lugar de su celebración, regulado en el artículo 29 de la ley mencionada. Además se encuentra la *Lex Loci Executionis* referido al lugar de cumplimiento de los actos, según el artículo 30 de la Ley del Organismo Judicial, la cual indica que si el acto o negocio jurídico, debe cumplirse en el lugar distinto a aquel en que se celebró, todo cuanto concierne a su cumplimiento, se rige de acuerdo a la ley del lugar de ejecución.

1.3.3. Lex fori

En derecho internacional privado, es la “expresión con la que se designa la ley del tribunal que entiende de la causa, tanto con referencia a las normas de derecho

¹⁴ Hooft, Eduardo. Derecho Internacional Privado al alcance de todos. 1ª edición. EUDEM. Argentina. 2012. Pág. 171.

interno como a las de derecho internacional. La *lex fori* reviste una gran importancia en la solución de los conflictos de leyes, y es la que se aplica con mayor frecuencia. Todo tribunal consulta primero su propio derecho internacional y hace respetar siempre su propio orden público.¹⁵ Este principio se encuentra contenido en los artículos 33 y 34 de la Ley del Organismo Judicial el cual expresa que los procesos judiciales y sus incidencias, cualquiera que sea su naturaleza, se tramitarán con arreglo a las leyes procesales del Estado en cuyo territorio se promueva la acción, decisión que le corresponde al juzgado o tribunal dictar las resoluciones apegadas a derecho.

1.3.4 La autonomía de la voluntad

La autonomía de la voluntad, es un requisito indispensable en la materialización de las relaciones jurídicas, en especial de aquellas que son producto de la contratación ya que los contratantes propiamente dicho disponen libremente de las condiciones que van a regir la relación jurídica que implica una serie de derechos y obligaciones, esta autonomía de la voluntad debe entenderse como el sometimiento voluntario para su efecto de la invocación de ciertos derechos que deben ser dirimidos dentro de los parámetros de la ley que las partes escogen, la cual de forma adecuada puede indicarse de forma objetiva en un documento contractual.

Larios Ochaita refiere que este principio consiste en que las partes “tienen la facultad de someter la sustanciación y efectos de sus obligaciones a una ley determinada libremente elegida, las partes son libres para elegir la ley que debe conocer o que debe ser aplicable en caso de controversia”.¹⁶ En este sentido para Larios Ochaita la autonomía de la voluntad es aquella facultad que tienen los individuos para disponer libremente, los contratos y leyes que van a regir las obligaciones contraídas por las partes en caso de controversia, siempre en observancia que lo dispuesto no sea contrario a la ley, la moral, el orden público o las buenas costumbres como requisitos intrínsecos a la contratación.

¹⁵ Lex Fori. Enciclopedia Jurídica. 2014. Disponible en: <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/lex-fori/lex-fori.htm>. fecha de consulta: 21.03.2016.

¹⁶ Ochaita, Carlos Larios. Op.cit. Pág. 77

Para darle validez a los requisitos que deben observarse dentro de la autonomía de la voluntad se considera que esta “en modo alguno puede tener carácter absoluto, no sólo por la limitación inherente a la persona, sino porque de ser así desembocaría en anarquía ha de moverse dentro de un marco general, constituido por:

- a) Las leyes imperativas. El carácter imperativo de la ley resulta de la «ratio legis».
- b) La moral. El contrato será ineficaz cuando su causa se oponga a la moral.
- c) El orden público. En el sentido no de ley imperativa (concepción legalista), sino en el de conjunto de principios que constituyen el núcleo fundamental de criterios informadores del ordenamiento jurídico”.¹⁷

Las leyes imperativas, la moral y el orden público son requisitos que deben observarse en la contratación internacional para la materialización de la autonomía de la voluntad, ya que si esta libertad se observa desde el punto de vista absoluto implicaría un grado de anarquía, por lo tanto deben considerarse estos tres aspectos importantes cuando se trata de una contratación de carácter internacional entre particulares.

1.4. Código de Derecho Internacional Privado

Este documento de carácter internacional establece las normas que deben observarse en cuanto a las controversias que puedan surgir en las diversas relaciones jurídicas que a su vez implique un conflicto de leyes en el tiempo y en el espacio, el que resulta importante para los particulares que someten asuntos jurídicos dos o más legislaciones y resulta conveniente determinar cuál es la aplicable por razones de extraterritorialidad, pero sobre todo lo dispuesto en este cuerpo legal.

Los países que han suscrito para su efecto el Código de Derecho Internacional Privado son Perú, Uruguay, Panamá, Ecuador, México, El Salvador, Guatemala, Nicaragua, Bolivia, Venezuela, Colombia, Honduras, Costa Rica, Chile, Brasil,

¹⁷ Autonomía de la voluntad privada. Enciclopedia Jurídica. 2014. Disponible en: <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/autonomia-de-la-voluntad-privada/autonomia-de-la-voluntad-privada.htm> fecha de consulta: 21.03.2016.

Argentina, Paraguay, Haití, República Dominicana, Estados Unidos de América y Cuba.

Las disposiciones contenidas en el código de Derecho Internacional Privado que son importantes para el objeto de estudio son:

- El artículo 8 del código de Derecho Internacional Privado refiere que “Los derechos adquiridos al amparo de las reglas de este Código tienen plena eficacia extraterritorial en los Estados contratantes, salvo que se opusiere a alguno de sus efectos o consecuencias una regla de orden público internacional”, en este sentido se entiende que los actos jurídicos que deriven en derechos y obligaciones en observancia de este instrumento ratificado por Guatemala, permiten una plena eficacia extraterritorial en los demás países contratantes que han ratificado dicho instrumento legal.
- El artículo 9 del código de Derecho Internacional Privado, indica que “Cada Estado contratante aplicara su propio derecho a la determinación de la nacionalidad de origen de toda persona individual o jurídica y de su adquisición, perdida o reintegración posteriores, que se hayan realizado dentro o fuera de su territorio, cuando una de las nacionalidades sujetas a controversia sea la de dicho Estado. En los demás casos, regirán las disposiciones que establecen los artículos restantes de este Capítulo”, previamente se ha puntualizado respecto a los pasos para la aplicación del de las normas de derecho internacional privado en el cual cada Estado determina quienes son las personas extranjeras, a partir de una serie de requisitos formalistas que se deben observar, en este sentido se le conoce como las normas de la determinación de la nacionalidad de origen de las personas jurídicas o individuales, según sea la situación sometida al derecho internacional privado.
- Respecto al domicilio el artículo 22 da las pautas y consideraciones sobre este aspecto importante para la contratación, en este sentido debe entenderse “el

concepto, adquisición, pérdida y recuperación del domicilio general y especial de las personas naturales o jurídicas se registrarán por la ley territorial”, por lo dispuesto en este artículo en los asuntos o actos jurídicos que interdependan del domicilio de los contratantes debe entenderse según la ley territorial de estas para su efecto.

- El artículo 105 del código de Derecho Internacional Privado refiere que “los bienes, sea cual fuere su clase, están sometidos a la ley de la situación”. La situación se puede referir a la posición de alguien o algo, en este caso en función de los bienes cual fuere su clase se somete a la ley del lugar donde se encuentren, observando las disposiciones que rigen los actos jurídicos relativos a este.
- El artículo 110 del código de Derecho Internacional Privado hace referencia en que “a falta de toda otra regla y demás para los casos no previstos en este Código, se entenderá que los bienes muebles de toda clase están situados en el domicilio de su propietario, o, en su defecto, en el del tenedor”, el domicilio del legítimo propietario o del tenedor definen la ubicación de los bienes muebles susceptibles a un acto jurídico o contratación.
- El artículo 112 del código de Derecho Internacional Privado dispone que “se aplicara siempre la ley territorial para distinguir entre los bienes muebles o inmuebles sin perjuicio de los derechos adquiridos por terceros”, la clasificación de los bienes muebles o inmuebles atiende a la ley territorial de donde estos se encuentren establecidos, de lo cual se deriva la comprensión respecto a que legislación rige sobre estos y los procedimientos de resolución de controversias.

En consecuencia, el derecho internacional privado es una rama importante que define las disposiciones legales para la solución de conflictos de la ley en el tiempo y en el espacio, que especialmente versa sobre actos jurídicos que puedan implicar una confusión respecto a la legislación aplicable en determinado asunto o caso

sometido a jurisdicción, en este sentido los principios generales del derecho internacional privado determinan las consideraciones que deben observarse al momento de resolver una controversia y sobre todo el código de derecho internacional privado es vinculante para el Estado de Guatemala y las demás partes contratantes para observar los requisitos que deben de llenar las situaciones relacionadas a la familia, nacionalidad, domicilio, personas individuales, jurídicas, la propiedad y los contratos.

CAPÍTULO II

COMERCIO ELECTRÓNICO

Para comprender el contenido del comercio electrónico, es indispensable desarrollar el contenido relacionado a la contratación mercantil ya que sin duda alguna el comercio electrónico, es una modalidad del comercio tradicional que se vale de los avances tecnológicos para determinar su viabilidad, implementación, legalidad y eficacia en las relaciones comerciales entre personas individuales que inclusive pueden ser de distintos países que se someten voluntariamente a la adquisición de mercaderías o servicios por medio de la contratación electrónica y las cláusulas que generan certeza y validez jurídica en las relaciones contractuales.

El comercio electrónico debe entenderse como una forma de las muchas que eventualmente adopta el comercio ya que la dinámica social, económica y cultural induce la evolución mercantilista y sobre todo en cuanto a los usos que pudieran derivarse de las propias necesidades del individuo, el comercio electrónico posee elementos intrínsecos que son de suma importancia para su realización y eficacia en la adquisición de bienes o servicios, en este sentido resulta importante indicar que el comercio en su expresión más general observa solamente la voluntad de las partes, el objeto lícito a comerciar y el lucro o beneficio de las partes; resaltando que no es indispensable que medie un contrato material entre estos sino simplemente avocándose a una contratación verbal. Sin embargo, resulta pertinente señalar que el comercio electrónico debe reunir ciertos requisitos que permitan la seguridad jurídica por medio de la contratación, es decir, que medien entre las partes cláusulas estipuladas en la propia ley que garanticen a la partes el objeto a comerciar. Asimismo, es indispensable señalar el contenido del Código Civil guatemalteco en su artículo 1251 dispone que “El negocio jurídico requiere para su validez: capacidad legal del sujeto que declara su voluntad, consentimiento que no adolezca de vicio y objeto lícito”, al abordar el contenido del comercio electrónico es indispensable entenderlo como un negocio jurídico en el cual debe media la licitud de su objeto, la

declaración de voluntad del sujeto a través de la aceptación de las condiciones contractuales y sobre todo que no adolezca de vicio el consentimiento de las partes, lo cual para su efecto es indispensable no solamente en la contratación civil sino que en la mercantil. Para lo cual el artículo 6 del Código de Comercio dispone que “Tienen capacidad para ser comerciantes las personas individuales y jurídicas que, conforme al Código Civil, son hábiles para contratar y obligarse”, en este sentido el comercio electrónico es una modalidad compleja que debe reunir disposiciones del Código Civil y el Código de Comercio para lo cual es indispensable la interpretación de las normas en observancia de la doctrina, para lo cual es indispensable abordar el contenido relacionado a la contratación en general, su objeto y como esta se relaciona con el comercio internacional.

2.1. El contrato

Dentro de la actividad comercial, el contrato cumple una función importante ya que genera certeza jurídica en las relaciones mercantiles y sobre todo en la relación que se crea de derechos u obligaciones para los contratantes, en este sentido el contenido del contrato es importante para desarrollar la modalidad del comercio electrónico, el cual debe de cumplir con requisitos para su validez y para garantizar a quienes intervienen en la contratación el cumplimiento del objeto comercial.

En este sentido, el profesor Villegas Lara refiere que el “contrato es fuente de derecho mercantil a medida en que recoge convenciones, resultantes de la autonomía de la voluntad”.¹⁸ Esta figura no debe ser limitada únicamente a las relaciones que surgen dentro del ámbito de aplicación del Derecho Civil, ya que la autonomía de la voluntad es eficaz en todas aquellas relaciones que permiten un intercambio constante de bienes y servicios a cambio de una cantidad pecuniaria que se le puede concebir dentro del interés de lucro de uno de los agentes contratantes. A partir de esta definición se plantea la importancia del contrato dentro del comercio en general y en sus diversas formas que adopta, como lo es el comercio electrónico

¹⁸ Villegas Lara, René Arturo. Óp. Cit. Pag.26

el cual se vale de la tecnología y los diversos dispositivos para su efectiva realización.

Asimismo, el tratadista argentino Manuel Ossorio refiere que existe contrato “cuando dos o más personas se ponen de acuerdo sobre una declaración de voluntad común, destinada a arreglar sus derechos”,¹⁹ en una definición acertada por parte de Ossorio, la declaración de voluntad de dos o más personas versan sobre la constitución de derechos para los contratantes y a su vez implica una relación causal que genera obligaciones para ambas partes; aplicando al objeto de estudio esta definición, es pertinente señalar que los derechos y obligaciones que se generan dentro del comercio es el intercambio constante y en masa de bienes, servicios o mercaderías lícitas que son adquiridas a cambio de una cantidad de dinero, lo que implica una relación recíproca de derechos y obligaciones que los contratantes pueden demandar para su cumplimiento.

Manuel Álvarez refiere que el contrato según “La concepción clásica sobre la formación de los contratos corresponde a dos personas que discuten pretensiones opuestas en un debate, se hacen concesiones recíprocas y terminan por concluir un acuerdo que expresa su voluntad común”.²⁰ El contrato para Álvarez es la manifestación libre y consensuada que observa la voluntad común de las partes que han sometido pretensiones a discusión para concluir en un acuerdo que expresa una relación jurídica que implica derechos u obligaciones recíprocas. El contrato es una manifestación individual y voluntaria de las partes, de esto surge la concepción individualista voluntarista, que refiere que el contrato “es todo acto de voluntad interna, declaración de voluntad externa o manifestación de voluntad, dirigida a producir efectos jurídicos creación, modificación, extinción de relaciones jurídicas. No obstante, actualmente sobre el contrato se afirma que debe ser una forma teleológica de acceder a los bienes y servicios en la realidad económica-social, desarrollada en

¹⁹ Ossorio Manuel. Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, Argentina, Editorial Heliasta S.R.L., 1981, Pág. 167

²⁰ Álvarez Didyme, Manuel José. Contratos mercantiles. Colombia. Universidad de Ibagué. 2012. Pág. 17.

un contexto histórico y no una herejía de la realidad”²¹, el contrato más allá de ser un acto que manifiesta la voluntad interna como elemento subjetivo que condiciona a la realización de este, es una declaración externa de la esencia del contratante para crear una relación con efectos jurídicos constituyendo, modificando o extinguiendo derechos u obligaciones, el cual en su delimitación comercial dirigido al acceso de bienes y servicios en el contexto económico social, en el cual el cumplimiento de las necesidades básicas y superfluas es la condicionante para la premisa que acompaña al comercio y esta premisa se le puede concebir como la demanda del mercado y los consumidores.

Una definición en el diccionario jurídico de Cabanellas Torres especifica el contrato como “el acuerdo de dos o más personas sobre un objeto de interés jurídico; y el contrato constituye una especie particular de convención, cuyo carácter propio consiste en ser productor de obligaciones”.²² Es entonces, el contrato una relación basada en un acuerdo o convención que genera obligaciones para las partes que intervienen en este, que “generalmente se identifica con un negocio bilateral de carácter patrimonial. El contrato consta, al igual que el negocio jurídico, de elementos esenciales, naturales y accidentales”.²³ Esta institución propia del derecho civil y mercantil es una convención que se asocia con un negocio bilateral en el que su objeto recae sobre bienes muebles o inmuebles, y el cual se encuentra revestido de elementos naturales, esenciales y accidentales.

La definición legal del contrato yace en el Código Civil Decreto-Ley 106 en su artículo 1517, el cual establece lo siguiente: “hay contrato cuando dos o más personas convienen en crear, modificar o extinguir una obligación”. Siendo esta la declaración de la voluntad de dos o más partes para generar una consecuencia jurídica, dentro de la definición legal del contrato se entiende que es una manifestación libre de dos o más personas que según sus intereses crean, modifican o extinguen obligaciones que surgen naturalmente del contrato como función eficaz

²¹ Ibíd. Pág. 17, 18.

²² Cabanellas, Guillermo. Diccionario de Derecho Usual, Tomo I, Argentina, Editorial Heliasta S.R.L, 1976, Pág. 74.

²³ <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/contrato/contrato.htm>

que brinda una seguridad jurídica intrínseca a favor de las partes que se denominan los contratantes.

2.1.1. Elementos esenciales de la contratación

Para definir los elementos esenciales del contrato en general es indispensable la observancia del Código Civil guatemalteco el cual en su artículo 1251 dispone que “El negocio jurídico requiere para su validez: capacidad legal del sujeto que declara su voluntad, consentimiento que no adolezca de vicio y objeto lícito”, a partir de este precepto es posible establecer los elementos esenciales del contrato y del negocio jurídico los cuales se pueden definir a continuación:

a) Capacidad legal de las partes contratantes

La capacidad legal de las partes constituye el primer elemento necesario para la validez del contrato, entendida como la posibilidad de obligarse por sí mismo y sin el ministerio o la autorización de otro, como lo prescribe el artículo 1254. “Toda persona es legalmente capaz para hacer declaración de voluntad en un negocio jurídico, salvo aquéllas a quienes la ley declare específicamente incapaces”

b) Consentimiento que no adolezca de vicios

El consentimiento es la manifestación de la voluntad de las partes exenta de vicios, que se contiene en un acto jurídico que se le denomina contrato, el Código Civil en su artículo 1252 refiere que la “manifestación de voluntad puede ser expresa o tácita y resultar también de la presunción de la ley en los casos en que ésta lo disponga expresamente”, en este sentido la manifestación expresa es toda aquella que se plasma de una u otra manera en un instrumento privado o público, mientras que la manifestación de voluntad tácita es aquella que se sobreentiende por medio de hechos que llevan a la comprensión de que así y solo así es la plena voluntad de las partes. En este caso el artículo 1253 del Código Civil dispone que “el silencio no se considerará como manifestación tácita de voluntad sino en los casos en que existe, para la parte a quien afecta, la obligación de explicarse”, por excelencia en la

contratación es idóneo que se manifiesta la voluntad de forma expresa, sin embargo el silencio no puede ser invocado como una manifestación tacita.

Para comprender el vicio del consentimiento es indispensable avocarse al artículo 1257 del Código Civil refiere que “Es anulable el negocio jurídico cuando la declaración de voluntad emane de error, de dolo, de simulación o de violencia. La nulidad no puede pedirla o demandarla la parte que hubiere causado el vicio”, existe vicio en la voluntad cuando hay dolo, error o violencia que influye directamente en la manifestación plena de esta; el dolo es la intención positiva de una de las partes de inferir a injuria a la persona o propiedad de otro, sin la cual aquel no hubiese contratado lo que representaría esencialmente la nulidad del negocio jurídico; y por último se considera que se distorsiona la voluntad de las partes cuando hay simulación de contrato.

c) Objeto lícito

Para que la contratación tenga validez, debe versar sobre derechos u obligaciones lícitas y que no contravengan las leyes, las buenas costumbres, la moral y el orden público. “El objeto del contrato es producir obligaciones. Debe ser real, posible jurídica y físicamente, determinado o determinable, Si el objeto es ilícito el contrato generador de la obligación es absolutamente nulo”,²⁴ el objeto de crear obligaciones para los contratantes recae en la posibilidad jurídica y material físicamente para su efectiva realización o cumplimiento, lo que implica la observancia de las normas prohibitivas para su efectiva realización.

En consecuencia el contrato tiene como objeto crear esencialmente obligaciones recíprocas y derechos para las partes bajo circunstancias de incumplimiento, para lo cual debe observar la capacidad legal de los contratantes, el consentimiento o declaración de voluntad que no adolezca de vicio o error y sobre todo que el objeto del contrato sea lícito, en este sentido el contrato trasciende a varias esferas entre estas la actividad mercantilista para lo cual resulta indispensable su definición que

²⁴ Contratos mercantiles. Pág. 21.

genera una consecuencia evolutiva respecto al comercio electrónico, y su respectiva contratación que efectivamente es una modalidad que vanguardista que se vale de la tecnología para el efectivo comercio a distancia especialmente.

2.2. El contrato mercantil

La esencia del comercio es el intercambio de mercancías con el propósito de obtener una ganancia y este se asegura por medio del contrato mercantil. El comercio, como actividad, tiene un inicio tan remoto como la humanidad. El trueque más elemental puede considerarse el antecedente del comercio. La regulación del comercio de manera autónoma es también un proceso muy antiguo "Nace en la Edad Media para atender las necesidades de los mercaderes como reacción al derecho civil que resultaba excesivamente formalista, y por otra parte era insuficiente para regular las nuevas necesidades económicas."²⁵ Por lo que surgió como un instrumento profesional de los mercaderes e incipientes banqueros que se veían sometidos a leyes muy distintas, de países y sistemas jurídicos muy diferentes, contradictorias e inadecuadas para la realización del comercio y la obtención de ganancias, por lo que los comerciantes se sometían a acuerdos y costumbres creados por ellos mismos, con la finalidad de regular y resolver las diferencias surgidas de los negocios que practicaban. De estos acuerdos entre comerciantes surge un sistema jurídico especial para el comercio, con características específicas:

- La rapidez del procedimiento, ya que las transacciones comerciales imponen la disminución de formalidades propias de otras ramas del derecho.
- Carácter internacional o universal, con principios y reglas uniformes que puedan aplicarse a negocios celebrados a distancia.
- La creación de figuras jurídicas nuevas como los contratos de seguros, de transporte, los instrumentos de crédito e incluso la creación de una nueva persona jurídica que representa a la sociedad mercantil

²⁵ Barrera Graf, Jorge Instituciones de derecho mercantil, México, Porrúa, 1999. Pág. 3.

- El lucro como un fin legal, ya que el objetivo fundamental del comerciante es el ánimo especulativo.²⁶

Estas características del comercio, especialmente el lucro como un fin legal y el carácter internacional o universal es importante para determinar la importancia del contrato mercantil. Para una amplia ilustración de lo que son contratos se puede definir como “el acuerdo de voluntades que crea o transmite derechos y obligaciones a las partes que lo suscriben. El contrato es acto jurídico en el que intervienen dos o más personas destinado a crear derechos y generar obligaciones. Se rige por el principio de autonomía de la voluntad, puede contratarse sobre cualquier objeto lícito. Los contratos se perfeccionan por el consentimiento y las obligaciones que nacen del contrato, tienen fuerza de ley y entre las partes que la otorgan.”²⁷ El contrato mercantil se caracteriza por ser un acuerdo de voluntades en el que intervienen dos o más personas para generar obligaciones recíprocas, en el cual el principio de autonomía de la voluntad propone las cláusulas o condiciones para la realización del objeto del contrato mercantil.

Por ello, se dice que “con frecuencia no resulta una cuestión fácil la de determinar cuándo un contrato es mercantil, y cuándo es civil. Dos son los criterios que pueden usarse para delimitar la cuestión. Desde el punto de vista objetivo, puede decirse que estamos ante un contrato mercantil cuando tenga por objeto un acto de comercio, desde el subjetivo, resultaría ser la condición de empresario de las partes la que llegaría a determinar la mercantilidad contractual”.²⁸ Para determinar si un contrato es de índole mercantil o civil es indispensable observar aspectos objetivos y subjetivos de la relación contractual, en este sentido es indispensable observar que el objeto sea un acto de comercio entre los cuales se incluiría una actividad constante y en masa relacionada a bienes, mercaderías o servicios; mientras que el aspecto subjetivo lleva implícito la condición de empresario o comerciante de las

²⁶ Alvarez Loera, Graciela. Nociones de derechos civil y mercantil. México. Instituto Politécnico Nacional. 2007. Pág. 55, 56.

²⁷ Am-Abogados.com. Alzate Monroy, Patricia. El contrato definición y tipos, Zaragoza, España, 2008, Disponible en <http://www.am-abogados.com/blog/el-contrato-definicion-y-tipos/110/> Fecha de consulta 13/06/2014.

²⁸ “Contrato mercantil”. Enciclopedia Jurídica. disponible en: <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/contrato-mercantil/contrato-mercantil.htm> fecha de consulta: 12.04.2016.

partes o una de estas y sobre todo la intención material de lucro a partir de las actividades que se proponen a desarrollar en el objeto del contrato; por lo tanto, para considerar la diferenciación de ambos contratos resulta imperativo observar los puntos de vista objetivos y subjetivos que interactúan en la relación contractual.

Para la validez del contrato mercantil, la Enciclopedia Jurídica refiere que “el principio básico del derecho contractual, según el cual el contrato se perfecciona por el mero consentimiento y es válido y eficaz con independencia de la forma que revista, es aplicable también a la contratación mercantil como regla general que, sin embargo, tiene las excepciones siguientes en las que es imprescindible una forma determinada para que el contrato se perfeccione”.²⁹ El contrato mercantil opera de forma similar que el contrato civil y este se rige por el principio básico del derecho contractual que refiere que este se perfecciona con el pleno consentimiento de las partes, principio que es una regla general para toda clase de contratación incluido el ámbito mercantil. En este sentido, el contrato mercantil debe observar los elementos esenciales contractuales para su validez y sobre todo la licitud de su objeto, sin embargo resulta importante mencionar que la más evidente diferencia entre el contrato mercantil y el civil yace en las condiciones objetivas y subjetivas de la contratación, es decir, que por una parte el contrato mercantil es una actividad constante que tiene como objeto bienes, mercaderías y servicios de carácter comercial también tiene como elementos subjetivos la calidad de empresario de alguna de las partes y sobre todo la intención de lucro por medio de la contratación, mientras que el contrato civil es básicamente un acto jurídico generador de derechos u obligaciones para las partes, acto que no es constante, en masa y no observa la calidad de empresario de los contratantes así como la intención de lucro derivado de la contratación.

2.3. Comercio Electrónico

El progreso económico y comercial ha utilizado desde siempre el contrato como un instrumento que da seguridad jurídica a las transacciones o simplemente a la compra

²⁹ “Contratos mercantiles formales”. Enciclopedia Jurídica. disponible en: <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/contratos-mercantiles-formales/contratos-mercantiles-formales.htm> fecha de consulta: 12.04.2016.

y venta de bienes, mercaderías o servicios en observancia de la ley de la oferta y la demanda, el contrato resulta indispensable para desarrollar las actividades comerciales para garantizar el cumplimiento de las obligaciones, en este sentido es acertado afirmar que la evolución social es fuente generadora de nuevos tipos contractuales o simplemente modifica los ya existentes, contribuyendo a la dinámica del comercio siendo susceptible de modificación los ya tipificados en la propia ley o creando nuevos a partir de la aceptación y sobre todo que la misma práctica social inventa para mejorar su utilidad en las relaciones contractuales que versan sobre el comercio. En la actualidad el comercio electrónico resulta ser tan práctico que la vida cotidiana se encuentra susceptible de la contratación y adquisición de bienes, servicios o mercaderías por medio del uso de la tecnología que se encuentra a su alcance.

El comercio electrónico es una modalidad derivada del comercio tradicional que encuentra sus fundamentos en la facilitación de la contratación de bienes o servicios a partir de la necesidad constante del consumidor, en este sentido resulta indispensable abordar los antecedentes que dan a luz el comercio electrónico, como una repercusión en el mundo contractual que constantemente es dinámico y emplea los mecanismos estructurales a nivel nacional o internacional para operar comercialmente en la satisfacción de las necesidades de los consumidores.

2.3.1. Evolución del comercio electrónico

Así, los cambios económicos que se operaron a finales de la concluida centuria y los que suceden cada vez más rápidamente en lo corrido de esta, repercuten en el universo contractual como en otros instrumentos socio-legales, por determinación de las estructuras del poder económico, nacional e internacional, privatizaciones, desburocratización, despolitización, desregulación, mayor intervención judicial, etc., que generan nuevos modelos de negocios al interior de la sociedad.

Aspatore, refiere que de alguna u otra manera, “el comercio y la inversión siempre han estado presentes en nuestra sociedad. No obstante, el interés en el mercado

accionario ha tenido un auge sin igual en años recientes, debido a lo sencillo que es acceder a la información de los mercados, a las bajas comisiones por ventas y al veloz crecimiento de las acciones en el sector tecnológico. En especial, Internet ha traído consigo una riqueza de información que está al alcance de cualquier persona, permitiendo, de este modo, que los inversionistas tomen decisiones con mayor fundamento a la hora de comprar acciones. Al proveer de acceso a los noticieros sobre los mercados y cobrar comisiones bajas, la primera generación de correduría de bolsa online (en línea) ha hecho posible que miles de se ocupen de sus propias cuentas, en vez de recurrir a un corredor profesional”.³⁰ Desde el punto de vista de Aspatore, el acceso a la información de los mercados y el crecimiento de las acciones en el sector tecnológico, en especial internet ha traído un alcance a cualquier persona ocuparse de las transacciones en línea sin necesidad de recurrir a un profesional.

Hay diferentes puntos de partida del comercio electrónico, se cree que a “principio de los años 1970, aparecieron las primeras relaciones comerciales que utilizaban una computadora para transmitir datos. Este tipo de intercambio de información llevó a mejoras de los procesos de fabricación en el ámbito privado, entre empresas de un mismo sector. En los 70's la transferencia electrónica de fondos (TEF) a través de redes de seguridad privadas dentro de las instituciones financieras expandió el uso de las tecnologías de telecomunicación para propósitos comerciales, permitiendo el desarrollo del intercambio computador a computador de la información operacional comercial en el área financiera, específicamente la transferencia de giros y pagos”.³¹ El comercio electrónico tiene sus raíces en las primeras relaciones de intercambio de pagos que se dan a través de una computadora, herramienta fundamental para desarrollar esta actividad lucrativa en las sociedades actuales a partir de la utilización de tecnologías de telecomunicación que fomentan el intercambio entre computadores para usos comerciales.

³⁰ Aspatore, Jonathan. El día en comercio electrónico: comprenda que necesita hacer para estar a la vanguardia en el comercio actual. México. McGraw Hill. 2001. pág. 15.

³¹ Google Sites. Evolución del comercio electrónico. Disponible en: <https://sites.google.com/site/webcelectronico/evolucion-del-comercio-electronico/historia-y-origen> fecha de consulta: 14.04.2016.

A partir de la transferencia electrónica de fondos (TEF), empieza un ciclo en la evolución de las relaciones comerciales imponiendo pautas prácticas para desarrollarlo de forma electrónica beneficiando las relaciones contractuales a partir del tiempo y disponibilidad inmediata. En este sentido al comercio electrónico se considera en cuatro generaciones

- la Primera Generación: esta se considera que surge a partir del año de 1993 y tiene como premisa que “las grandes empresas perciben la importancia y comienzan a crear sus sitios web, primero de una manera en la que solo hablan de su negocio, posteriormente empezaron a realizar catálogos en la red, las páginas son estáticas y el modo de comunicación consistía en un formulario que contactaba a través del correo electrónico”.³² El comercio electrónico en la primera generación era estático y muy básico ya que solo buscaba poner en contacto al consumidor con la empresa y esta se lograba por medio del correo electrónico, para lo cual esta generación como precursora de lo que en la actualidad es el comercio electrónico era ausente de dinámica y generalmente era estática en la cual el catálogo en línea representaba la manifestación del comercio sin poderse adquirir de forma inmediata.
- La segunda generación: durante esta etapa “Inmediatamente las empresas ya vieron la posibilidad de emplear páginas web para sus negocios surgen los centros comerciales virtuales, que consisten en una infraestructura de una tienda virtual e incluso rentaban espacios para otras tiendas que estuviesen interesadas en dar a conocer sus productos, en cuanto al medio de pago se realizaba a través de tarjetas electrónicas las cuales consisten en transferencias de dinero a través de una tarjeta bancaria en la red”.³³ Durante la segunda generación las tiendas virtuales imponen el nuevo modelo de comercio electrónico y la utilización de tarjetas electrónicas es fundamental para la sostenibilidad de este mercado en línea que permite la compra y transferencia del valor de producto de forma virtual, resulta ubicar en una fecha específica esta generación conjuntamente con las

³² Seoane, Eloy, La nueva era del comercio electrónico: Historia del comercio electrónico. España: Vigo, 2005. Pág.13

³³ Loc. cit.

siguientes ya que cada empresa ha implementado su propia plataforma de mercadeo para mantenerse a la vanguardia.

- Tercera Generación: durante esta generación se busca y “se pretende automatizar el proceso de selección y el envío de datos acerca de los productos comprados, surgen las primeras implementaciones de bases de datos junto con aplicaciones web dinámicas y de fácil interacción con el usuario, surge la publicidad “el marketing en la red” y aparecen los primeros protocolos de pago seguro a través de las tarjetas electrónicas”.³⁴ Durante esta generación la implementación de webs dinámicas e interactivas suponen el cambio, esto permite la creación de pagos seguros por medio de tarjetas de crédito y débito a través de protocolos de seguridad que las empresas afiliadas desarrollan conjuntamente con las entidades bancarias a fin de garantizar las transacciones de dinero por medio del mercado virtual.
- Cuarta Generación: durante esta generación “el contenido ya es completamente dinámico generado a partir de una aplicación web a partir de datos suministrados por un sistema de base de datos, se cuida el diseño y aspecto del sitio empleando diseñadores gráficos especializados en su creación e informáticos para a programación del sitio web, se mejora la seguridad en el sitio y se implementan diversos nuevos mecanismos de seguridad”.³⁵ La cuarta generación del comercio electrónico supone mecanismos que desarrollan a un nivel superior la seguridad de los sitios y de los métodos de pago, asimismo la preocupación por los aspectos visuales y de diseño son la vanguardia para la atracción de consumidores; en este sentido las aplicaciones dinámicas trascienden a otros dispositivos tales como los smartphones y tablets.

A partir de las cuatro generaciones que definen la evolución del comercio electrónico, es pertinente indicar que el mayor impulso que ha recibido la industria del comercio electrónico ha sido el desarrollo de la industria de internet en diversas plataformas,

³⁴ Loc. cit.

³⁵ Ibíd. pag.12

adecuando la práctica comercial a las bases vanguardistas de la internet, por lo cual se han amasado fortunas de miles de millones de dólares a partir del comercio electrónico, que utiliza la información proporcionada por internet para integrar sus plataformas y estrategias comerciales a las necesidades de los consumidores.

2.3.2. Definición de comercio electrónico

El comercio electrónico es una consecuencia de la práctica social respecto a la adquisición de bienes, servicios y mercaderías para alcanzar la satisfacción de sus necesidades, valiéndose del desarrollo vanguardista del internet para la ejecución de sus actividades lucrativas. En ese sentido el comercio electrónico consiste en intermediar directa o indirectamente entre productores y consumidores, con el objeto de facilitar y promover la circulación de la riqueza manteniendo flujos que observan constantemente la ley de la oferta y la demanda en los diversos mercados de carácter nacional o internacional.

Kaba Ibraim, refiere que para la Oficina de Promoción de la Sociedad de la Información (ISPO) de la Comisión Europea, comercio electrónico es “cualquier forma de transacción comercial de bienes y servicios en la cual las partes interactúan de forma electrónica, en lugar de hacerlo a través de intercambios físicos”.³⁶ Uno de los elementos básicos para considerar al comercio como electrónico es la forma de transacción, es decir, la interacción electrónica entre las partes suprime la forma tradicional de intercambio físico, para lo cual deben existir plataformas diseñadas y seguras para la materialización del comercio electrónico.

El comercio electrónico consiste en realizar electrónicamente transacciones comerciales. Está basado en “el tratamiento y transmisión electrónica de datos, incluidos texto, imágenes y video. El comercio electrónico comprende actividades muy diversas, como comercio electrónico de bienes y servicios, suministro en línea de contenidos digitales, transferencia electrónica de fondos, compraventa electrónica de acciones, conocimientos de embarque electrónicos, subastas, diseños y

³⁶ Kaba, Ibraim. Elementos básicos del comercio electrónico. La Habana, Cuba. Editorial Universitaria. 2008. Pág. 10

proyectos conjuntos, prestación de servicios en línea (online-sourcing), contratación pública, comercialización directa al consumidor y servicios posventa. Por otra parte, abarca a la vez productos (bienes de consumo, equipo médico especializado) y servicios (servicios de información, financieros y jurídicos), actividades tradicionales (asistencia sanitaria, educación) y nuevas actividades (centros comerciales virtuales)".³⁷ El comercio electrónico es una serie lógica, sistematizada y estructurada de pasos que observan el tratamiento y transmisión electrónica de datos entre los cuales se puede incluir textos, imágenes y videos como parte de las actividades dinámicas que se utilizan para la estrategia comercial de producto.

Kaba, hace referencia directa sobre una recopilación de definiciones aportadas por importantes personajes en el desarrollo de plataformas comerciales, en este sentido refiere las siguientes definiciones:

- Bill Gates: "el CE es una actividad comercial que se desarrolla por medio de procesos digitales a través de una red."
- Comunicaciones: el CE es la entrega de información, productos o servicios, o pagos a través de líneas telefónicas, redes de computadoras o cualquier otro medio electrónico.
- Procesos de negocios: el CE es la aplicación de la tecnología hacia la automatización de transacciones de negocio y flujos de trabajo.
- Servicio: el CE es una herramienta que permite obtener el deseo de las organizaciones, clientes y administración de reducir los costos de servicio mientras se mejora la calidad de los bienes y se incrementa la velocidad de la entrega de servicios. En línea: el CE permite comprar y vender productos e información en Internet y otros servicios en línea".³⁸

En consecuencia se entiende por comercio electrónico a toda aquella transacción que vaya destinada a la compra, venta o trueque de productos, bienes o servicios cualquiera sea su naturaleza, valiéndose de medios informáticos en la actualidad que

³⁷ Ibid. Pág. 11.

³⁸ Loc. cit.

permite el desarrollo comercial y de capitales a través de la facilidad del acceso a la internet como mecanismo idóneo para lograrlo. Esto permite ampliar los mercados locales y mantenerse a la vanguardia comercial a partir del estudio de la demanda de los consumidores respecto a ciertos productos, fomentando la competitividad a nivel nacional e internacional y sobre todo contribuyendo a la efectiva actividad lucrativa permitida por la ley en las actividades comerciales.

Para lo cual es indispensable indicar, que el comercio electrónico es el resultado de la necesidad de facilitar las transacciones de compra y venta de bienes, servicios o mercaderías; lo que representa una aproximación entre diversos mercados nacionales o extranjeros que operan con la finalidad de contribuir a darle cumplimiento a las necesidades diarias de las personas individuales o jurídicas, ya que las segundas no están excluidas de participar en el comercio electrónico por medio de sus respectivos departamentos que adquieren productos tangibles o digitales que pueden brindar seguridad a sus operaciones y a sus actividades.

En este orden de ideas, el comercio electrónico permite la interacción no física entre productores, proveedores y consumidores utilizando la información que proveen los distintos navegadores que se adaptan constantemente a la vanguardia de la era digital, en la cual los empresarios buscan posicionarse de la mejor manera implementando estrategias de desarrollo de comercio electrónico y adoptando diversas plataformas que permiten la interacción dinámica para atraer a los consumidores, sin embargo el comercio electrónico más allá de presentar ventajas para los proveedores, productores y vendedores, así como a los propios compradores implica una serie de observancias que trasciende a la seguridad jurídica por medio de la contratación electrónica, aspecto fundamental para la investigación que se abordará a continuación con la finalidad de establecer los mecanismos que promueven la contratación electrónica.

2.4. Importancia del comercio electrónico

El comercio electrónico en la actualidad más que una modalidad mercantil resulta ser una herramienta importante que facilita las transacciones entre proveedores y consumidores, asimismo permite generar mecanismos que faciliten las operaciones internacionales que se refieren a bienes, servicios y mercaderías. La importancia radica en la tecnologización de las actividades del ser humano, es decir, que constantemente las personas adoptan sus operaciones a los nuevos mecanismos que son influidos por el fenómeno de la tecnología que es consecuencia del nuevo orden comercial mundial.

Afirmar que las sociedades actuales son parte del comercio electrónico a partir de los nuevos dispositivos de tecnología, los cuales facilitan no solo la compra y venta de bienes, mercaderías y servicios sino que como parte del comercio electrónico se generan las condiciones para la facilitación de pagos como lo son servicios de telefonía, electricidad e inclusive agua. El mundo ha evolucionado en su faceta comercial y mercantil lo que a su vez implica una serie de ventajas entre los individuos que participan en estas operaciones, sin embargo se presentan problemas subyacentes al comercio electrónico como lo es la seguridad jurídica de esta modalidad, asimismo la necesaria comprensión de la resolución de conflictos que surjan dentro de estas operaciones especialmente cuando se aborda el contenido del comercio internacional privado en función de los principios *lex rei sitae*, *locus regit actum* y *lex fori*.

En consecuencia, a fin de garantizar las operaciones que se dan dentro del comercio electrónico y que sean revestidas por una certeza jurídica surge la contratación electrónica mercantil la cual a diferencia del contrato mercantil común y el contrato de adhesión se establecen condiciones recíprocas para las partes que intervienen sobre los derechos y obligaciones que se derivan de la operación electrónica, esto a su vez lleva implícito elementos esenciales para su validez jurídica y sobre todo una compleja operación mercantil en relación a los bienes, servicios y mercaderías objeto de contratación.

CAPÍTULO III

CONTRATOS ELECTRÓNICOS MERCANTILES

La importancia del comercio electrónico es evidente en las sociedades actuales y su continuo crecimiento una realidad, para entender exactamente todo lo que engloba, es necesario tener en cuenta tanto el comercio electrónico por medio de la contratación para su validez jurídica.

3.1. Historia del contrato electrónico

El contrato electrónico como instrumento jurídico que genera certeza en los otorgantes es una figura del derecho mercantil que aún es joven, es decir, que sus orígenes no se encuentran establecidos en un tiempo remoto sino que este se crea conjuntamente con el comercio electrónico a fin de garantizar a las partes que intervienen el cumplimiento de los derechos y obligaciones objeto de contratación.

El comercio electrónico inicia en la década de los setenta la evolución de esta modalidad mercantil fue necesitando la intervención de normas y figuras que garantizarán la tutela jurídica, no existe una fecha precisa en la cual se puede establecer el origen del contrato electrónico ya que las empresas privadas que empiezan con operaciones electrónicas adoptan medidas para garantizar al cliente el cumplimiento de lo ofrecido, aunque sin las observaciones de solemnidad del contrato mercantil se establecen los primeros parámetros semejantes a un contrato. Resulta indispensable considerar que para la validez del contrato debe existir la capacidad legal de las partes y el consentimiento que no adolezca de vicio, para lo cual en el contrato mercantil la solemnidad se manifiesta a través de la aceptación del contrato (firmas) por las partes, mientras que en las primeras manifestaciones del contrato electrónico la simple aceptación expresa de forma verbal o electrónica genera la validez.

La modalidad del contrato electrónico ha adoptado distintas maneras en el comercio electrónico, desde la aceptación verbal por vía telefónica hasta la necesidad de generar confianza en la contratación a través de la remisión por fax o escáner de documentos de aceptación de las condiciones de negociación en el comercio electrónico. Es relativamente el comercio y la contratación electrónica una tendencia mercantil que actualmente permite la realización de negocios a distancia de carácter supraterritorial, es decir, que van más allá del territorio en que se encuentran los proveedores e implementan mecanismos de entrega a distancia sobre los productos objeto de contratación. La historia del contrato electrónico es breve y a la vez compleja ya que es difícil ubicar su origen en el tiempo, ya que sin duda alguna es consecuencia de la costumbre y evolución mercantil que implementa mecanismos actualizados para facilitar la comercialización de productos, bienes y servicios ya sean tangibles o que le corresponden a la materia de propiedad intelectual. Sin embargo como una institución jurídica regulada en leyes actualmente en Guatemala existe una ausencia normativa respecto al contrato electrónico, por lo que aunque no se encuentra regulado y siendo lícito su objeto se perfecciona por medio de los contratantes, considerado en efecto el contrato electrónico mercantil como atípico dentro del marco jurídico guatemalteco.

En este sentido, es indispensable considerar al comercio electrónico como un motor económico de las sociedades actuales y de los principales proveedores en todo el mundo “el cual ha sido definido por varios organismos internacionales de tal forma que crea un marco que facilita comprender cuáles son los contratos electrónicos. La organización mundial de comercio (OMC), define al comercio electrónico como la producción, mercadeo, ventas y distribución de productos y servicios vía redes de telecomunicaciones y siete principales instrumentos: a) teléfono, b) fax, c) televisión, d) transferencia electrónica de fondos, f) EDI (Electronic data interchange) y g) internet”.³⁹ A partir de esta aproximación de la Organización Mundial del Comercio respecto al ámbito de aplicación del comercio electrónico y los medios que se utilizan para su efectiva materialización, es importante puntualizar en que la contratación

³⁹ Ministerio de Hacienda de Costa Rica. Los contratos electrónicos y digitales. Costa Rica, REDI. 2001. Disponibilidad y acceso: <http://www.hacienda.go.cr/> fecha de consulta: 23.05.2016.

electrónica recae sobre la producción, mercadeo, ventas y distribución de bienes, servicios y mercaderías que se efectúan a partir de los medios ya señalados por la Organización Mundial del Comercio.

Fernández refiere que “En la práctica, la contratación electrónica ha generado para los particulares, instituciones, empresas, e incluso para los gobiernos, numerosas ventajas: agilización de procesos, búsqueda y localización instantánea de casi cualquier tipo de información, aumento del volumen de transacciones”.⁴⁰ Es importante la contratación electrónica en la actualidad porque permite a la mayoría de sectores una agilización de los procesos de compra y venta de productos a distancia especialmente, esto a su vez tal como lo afirma Fernández aumenta el volumen de las transacciones e influye directamente en operaciones económicas instantáneas por la influencia de la tecnología como canal intermediario.

Afirmar que el comercio electrónico y la contratación electrónica son la tendencia que va a perdurar durante muchas décadas, sustituyendo la contratación en el ámbito mercantil ya que en materia de comercio internacional en el ámbito privado la mayoría de operaciones de compra y venta así como las relaciones entre proveedor y consumidor se efectúan por lo general a través de la internet y otros medios similares para la efectiva oferta y aceptación.

3.2. Definición de contrato electrónico

El contrato electrónico es aquel que tiene por objeto generar certeza jurídica en las relaciones contractuales que se derivan directamente del comercio electrónico de bienes, servicios y mercaderías lícitas que pueden ser objeto de compra y venta dentro de un mercado en específico. Los contratos electrónicos “se definirían como aquellos que se celebran sin la presencia física simultánea de las partes, las cuales a tal fin utilizan un medio de comunicación a distancia de índole tecnológica o con la intervención de redes de telecomunicación, tanto en las fases anteriores formativas

⁴⁰ Fernández Fernández, Rodolfo. El contrato electrónico: formación y cumplimiento. España. Bosch Editor. 2013. Pág. 18.

como en la propia celebración del contrato.⁴¹ El contrato electrónico consta de varias características que lo diferencian del contrato en papel, primeramente refiere Fernández que estos se celebran sin la presencia física simultánea de las partes, es decir, los contratantes no se ubican en la misma porción territorial en el mismo modo y lugar lo que infiere que por lo general son contratos a distancia, asimismo hace referencia que en la práctica se utiliza un medio de comunicación a distancia que se apoya en aspectos tecnológicos e interviene una red de telecomunicación para la transmisión de los datos, al puntualizar sobre las fases anteriores formativas y la celebración del contrato se establecen dos momentos; el primero en el cual el proveedor o quien mantiene la oferta establece las condiciones de contratación para el consumidor o usuario y el segundo momento es el de la aceptación del consumidor en cuanto a las condiciones preestablecidas que conllevan a la celebración del contrato.

La contratación electrónica se caracteriza por sus variaciones con la contratación tradicional, aunque efectivamente muchos de los elementos deben ser expresados al momento de la celebración del contrato. Por su parte Pérez Bonachea refiere que “la contratación electrónica tiene varios puntos en los que se distancia de la contratación tradicional: en primer lugar puede hablarse del cambio en el soporte documental, material al soporte electrónico, que implica una sustitución del documento escrito en papel al documento electrónico y el correspondiente reemplazo de la firma material, auténtica por la firma electrónica. Como segunda cuestión podemos valorar el hecho de la ausencia física de las partes, pues la contratación electrónica generalmente se realiza entre personas situadas geográficamente distantes, aunque puede contratarse en tiempo real –on line- implicando una comunicación simultánea de las partes”.⁴² Es importante situar al contrato electrónico dentro de la práctica mercantilista, aunque no se encuentre regulado en el marco jurídico guatemalteco su aplicación es una realidad comercial. Partiendo de lo que refiere Pérez Bonachea el contrato electrónico implica una plena sustitución del soporte documental, es decir, el

⁴¹ *Ibíd.* Pág. 19.

⁴² Pérez Bonachea, Mayren. El contrato electrónico y vicios del consentimiento. *Ámbito Jurídico*. Disponibilidad y acceso: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8564 fecha de consulta: 23.05.2016.

documento escrito que a su vez implica la sustitución de la firma material para la aceptación del mismo. Los mecanismos que se implementan es el soporte electrónico o aquel en el cual intervienen medios que sin una corriente de energía eléctrica no puedan operar y a su vez necesiten una plataforma o sistema operativo para realizar las tareas designadas por su operador y esto lleva implícito la sustitución de la firma material que se expresa en el contrato escrito por la firma electrónica o digital. Como segunda cuestión importante Pérez Bonachea se refiere a la ausencia de las partes durante la celebración del contrato, para lo cual refiere que estas por lo general se encuentran situadas en lugares geográficos distintos y aunque puede contratarse en tiempo real vía online las partes siguen estando distantes pero bajo una condicionante de una comunicación simultánea entre las partes.

En definición de Barriuso Ruiz, la contratación electrónica es “aquella que con independencia de cuál sea su objeto, que puede ser también la informática, aunque no necesariamente, se realiza a través de medios electrónicos, que no tienen que ser siempre ordenadores.” Pues bien podría ser mediante un teléfono, cajero automático, o cualquiera de los medios ya mencionados”.⁴³ Barriuso da una aproximación más amplia de la contratación electrónica, este indica que debe entenderse entre ella a la que se da por medios informáticos y no solamente surge por medio de ordenadores o computadores, entre los cuales pueden implementarse como vías intermediarias los teléfonos inteligentes, llamadas telefónicas, cajeros automáticos, entre otros. También serán siempre contratos electrónicos los contratos digitales, es decir, aquellos que se han perfeccionado empleando la firma electrónica avanzada.

Como parte de la contratación electrónica debe entenderse como “aquella que se realiza mediante la utilización de algún elemento electrónico cuando éste tiene, o puede tener, una incidencia real y directa sobre la formación de la voluntad o el desarrollo o interpretación futura del acuerdo”, no se cuenta con la firma manuscrita ni con el documento legal que haga constar el contrato electrónico, lo que nos lleva

⁴³ Loc. cit.

hacia una inseguridad jurídica”.⁴⁴ El contrato electrónico implica un sistema de contratación particular basado en las tecnologías de telecomunicaciones que coadyuvan y auxilian a las partes que intermedian para la manifestación de voluntad plena durante la contratación. Para su efecto y en general existe un mecanismo de oferta y aceptación de las condiciones contractuales en las cuales intermedian vías tecnológicas en las cuales fluye la información o datos que transporta el contrato.

Los contratos también pueden celebrarse mediante el correo electrónico, Fernández Fernández indica que “en éstos, las partes disponen de cierto margen de negociación sobre las condiciones, dado que de forma rápida y efectiva pueden intercambiar tanta información, borradores y opiniones como consideren necesario antes de obligarse. Ello no excluye, sin embargo, la posibilidad de que aparezcan condiciones generales de contratación. En éste tipo de contratos, los prestadores de servicios no ostentan el deber de información previa a los clientes como tampoco el deber de confirmación de la recepción de la aceptación con posterioridad a la celebración del contrato, lo que a efectos prácticos supone agilidad y facilidad para las partes implicadas. Sin embargo, a la vez ocurre que para la actividad empresarial en masa propia de la contratación mercantil éste sistema en ocasiones puede presentar problemas de recepción, y la celebración del contrato no acontece en tiempo real”.⁴⁵ Una de las modalidades del contrato electrónico es vía correo en el cual las partes tienen una libertad de negociación sobre las condiciones a contratar, en las cuales el intercambio de información permite establecer borradores constantes de las cláusulas y todas aquellas posibilidades generales que sean propias del contrato, si bien es cierto que el correo electrónico facilita las condiciones de negociación y de celebración del contrato cuando esta actividad se realiza en masa se presentan obstáculos de recepción lo que implica que su celebración no es en tiempo real.

Para su efecto y validez requieren el intercambio efectivo de oferta y aceptación del contenido del contrato electrónico entre las partes del mismo. “A partir de ello

⁴⁴ AR. Revista de Derecho Informático. Núm. 034. Argentina. Alfa-Redi. 2001. Pág. 26.

⁴⁵ Fernández Fernández, Rodolfo. Óp. cit. Pág. 45

podríamos plantearnos el incluirlos o no dentro de la categoría de contratos de adhesión, en especial en los contratos web. Los contratos electrónicos son acuerdos de voluntades celebrados a través de medios electrónicos por los cuales las partes establecen de forma volitiva obligaciones exigibles”.⁴⁶ El profesor español Pablo Burgueño refiere que para su efectivo estudio el contrato electrónico debe considerarse dentro de la categoría de los contratos de adhesión ya que los acuerdos de voluntades atienden a la oferta del emisor y la aceptación del receptor sin que por lo general medien negociaciones sobre el objeto sometido a contratación, en especial los contratos que surgen dentro de la red o la web en la cual la contratación está sometida a la simple aceptación de una de las partes, mientras que las condiciones han sido fijadas de forma unilateral por el oferente.

Asimismo, Burgueño refiere que “Al contrario de la opinión mayoritaria, los contratos electrónicos no son un tipo de contrato especial; ni son contratos referidos a bienes o servicios tecnológicos. El contrato electrónico es el contrato tradicional celebrado a través de medios electrónicos”.⁴⁷ Para Burgueño el contrato electrónico no es más que un contrato tradicional celebrado por medio de mecanismos que utilizan la tecnología para optimizar su alcance, sin embargo Burgueño previamente puntualiza en que el contrato electrónico resulta ser una modalidad del contrato de adhesión por lo cual definir su realidad mercantil resulta complejo y existen criterios que apoyan la noción que es un contrato especial y así como el citado autor refiere que es un contrato tradicional aunque no contiene los mismos elementos contractuales. Aunque para Burgueño no constituyen por sí mismos contratos diferentes a los tradicionales, le son aplicables al contrato electrónico requisitos adicionales en condiciones de información, plazos, forma, derechos y obligaciones.

Es entonces, la contratación electrónica aquella en la cual al menos la aceptación se manifiesta y se transmite por medio de equipos electrónicos en los que se almacena

⁴⁶ Burgueño, Pablo F. Tipos y clasificación de contratos electrónicos. España. 2010. Disponibilidad y acceso: <http://www.pabloburgueno.com/2010/06/tipos-y-clasificacion-de-contratos-electronicos/> fecha de consulta: 23.05.2016

⁴⁷ Loc. cit.

y se le da un tratamiento seguro a los datos que se comparten por medio de una red de telecomunicaciones.

Batuecas Caletrió en su obra contratación electrónica señala que para la formación del contrato electrónico deben observarse las condiciones siguientes:

1. “El principio de libertad de forma permite la existencia de estos contratos.
2. La validez del consentimiento otorgado por medios electrónicos
3. Información previa a la celebración del contrato
4. Información posterior a la perfección del contrato
5. Vigencia de la oferta
6. Condiciones generales”.⁴⁸

La formación del contrato electrónico es importante para su certeza jurídica y sobre todo para considerar como válida la declaración de voluntad por medios electrónicos, primeramente la libertad de forma que se establece en el artículo 671 formalidades de los contratos establece que “Los contratos de comercio no están sujetos, para su validez, a formalidades especiales. Cualesquiera que sean la forma y el idioma en que se celebren, las partes quedarán obligadas de la manera y en los términos que aparezca que quisieron obligarse. Los contratos celebrados en el territorio guatemalteco y que hayan de surtir efectos en el mismo, se extenderán en el idioma español”; la contratación mercantil no está sometida a formalidades especiales y se entenderán, interpretarán, ejecutarán y cumplirán de conformidad con los principios de verdad sabida y buena fe guardada, para lo cual la manifestación de la voluntad de forma expresa es suficiente para su validez. Sin embargo en Guatemala este contrato es atípico ya que su ausencia en un cuerpo jurídico determinado limita el desarrollo de los elementos esenciales y accidentales que pudieran surgir durante la contratación, pero esta limitante no es grave para su realidad diaria en Guatemala.

Asimismo, Batuecas puntualiza de forma importante en la relevancia de la información para el perfeccionamiento del contrato electrónico previo a su

⁴⁸ Batuecas Caletrió, Alfredo. Contratación electrónica. España. pág. 1. Disponibilidad y acceso: <http://campus.usal.es/~derinfo/Material/ITIG/2008-itig-t5.pdf> fecha de consulta: 24.05.2016.

celebración y posterior a su celebración en cuanto a las obligaciones contraídas por las partes así como los derechos que se deriven del objeto sometido a relación contractual.

En este orden de ideas, conocer el momento en que se celebra el contrato electrónico es relevante “para saber desde cuándo puede exigirse el cumplimiento de las obligaciones contraídas. Las teorías principales acerca del momento en el que se celebra el contrato son la de la emisión y la de la recepción, siendo la primera aceptada en países de tradición anglosajona cuyo derecho está basado en el Common Law, y encontrando la segunda mejor acogida en Derecho Continental. Sin embargo, la discusión entre emisión y recepción quedará reducida a una simple cuestión doctrinal sin efectos prácticos en la mayor parte de los contratos electrónicos por su carácter inherente de inmediatez y confusión o unión de ambos momentos”.⁴⁹ Burgueño de forma acertada da una aproximación al momento en que se celebra el contrato electrónico a fin de saber cuándo puede exigirse el cumplimiento del mismo en las condiciones pactadas, en este sentido los aspectos doctrinarios apuntan a la emisión y recepción del contrato entre las partes; en la práctica opera de forma dual ya que la inmediatez de su celebración genera una confusión en cuanto al momento en que sucede.

Otro factor importante es la determinación del lugar en el que se celebra el contrato electrónico, ya que a efectos de la aplicación del Derecho Internacional Privado para la resolución de conflictos, es indispensable determinar la competencia jurisdiccional a nivel internacional y la ley aplicable, por lo que entran a operar los principios del derecho internacional privado *lex rei sitae*, *locus regit actum* y *lex fori*.

La mayor parte de legislaciones de los Estados, carecen actualmente de normas que regulen y ofrezcan validez jurídica a los documentos electrónicos. “Esto genera un grave conflicto en el que muchos pretenderán negar los efectos que produzca un documento, por el sólo hecho de encontrarse el medio de expresión de la voluntad

⁴⁹ Burgueño, Pablo F. Óp. cit. pág. 2.

en un medio electrónico. Sin embargo, ya son varios los autores e incluso algunos Estados, los que se han manifestado al respecto, procurando en su mayoría se le otorgue validez legal a los documentos electrónicos. Es claro que el régimen jurídico de las compraventas en Internet, dependerá de la validez que se le otorgue a las manifestaciones realizadas digitalmente, ya sea la oferta, la aceptación u otras tratativas entre las partes del contrato. El tratamiento por los medios informáticos, permite la sustitución del soporte en papel del contenido de los documentos. Nos encontramos en medio, de una transición entre la economía basada en papeles y una economía electrónica-digital. El resultado de esto, es la disminución de los costos para miles de empresas y sujetos alrededor del mundo, pero también la creación de un nuevo paradigma, que confunde las legislaciones mundiales, en las cuales los medios electrónicos no fueron analizados para la creación de normas”.⁵⁰ El costarricense Juan José Obando presenta un complejo análisis de lo que implica la contratación electrónica, su argumento yace en la evolución de la economía basada en papeles a una economía que sustenta sus pilares en la era digital, lo que presenta problemas para muchas legislaciones en todo el mundo en las cuales no fueron contemplados los medios electrónicos para la consagración de las principales de carácter mercantil y civil en cuanto a los contratos y su forma.

3.3. Principios de la contratación electrónica

La contratación electrónica sin duda alguna es un tema complejo, se aborda el contenido de un contrato atípico en la mayoría de legislaciones por lo cual los estudios doctrinarios resultan importantes, sin embargo para su efecto algunos cuantos estudiosos del contenido del contrato electrónico se han atrevido a determinar los principios rectores de lo que es el negocio jurídico contractual por medios de tecnología, para su efecto Alfredo Batuecas Caletrío refiere que existen cinco principios de la contratación electrónica que aborda brevemente que se derivan de la Ley Modelo de Comercio Electrónico en el marco jurídico español, los cuales son:

⁵⁰ Obando P. Juan José. Contratos electrónicos y digitales. Costa Rica. R.E.D.I. 2001. Pág. 27.

1. Principio de equivalencia de los actos electrónicos:

Aunque el autor no desarrolla de forma amplia y objetiva el principio de equivalencia de los actos electrónicos, se entiende que estos deben tener la misma validez que los actos que se realizan en papel lo que implica nociones de aceptación de formalidades y existencia de los elementos esenciales para la contratación electrónica.

2. Principio de neutralidad tecnológica de las disposiciones reguladoras de la contratación electrónica.

Tiene como finalidad este principio que “las directrices dadas para el Contrato Electrónico sean aplicadas no sólo a la tecnología existente sino también a la que pueda venir y que todavía no se conoce”,⁵¹ este principio informa que las disposiciones deben observar el desarrollo de la tecnología y por lo cual deben contemplar en tiempo circunstancias propias de la evolución del contrato electrónico por medios que eventualmente pudieran o no existir dentro del comercio internacional y las tendencias mercantilistas.

3. Principio de inalteración del Derecho existente de obligaciones y contratos:

Este principio refiere que “Las reglas dadas para regular el contrato electrónico no deben modificar considerablemente el Derecho de obligaciones y contratos. La particularidad de la electrónica puede llegar a suponer pequeños cambios para el derecho existente. Los elementos esenciales del negocio jurídico y la tipología contractual no sufren variación alguna”.⁵²

4. Principio de exigencia de la buena fe.

Este es un principio filosófico del derecho mercantil, “por la desconfianza que todavía generan estos medios en sus usuarios, consagrado en el artículo 3.1 de la Ley Modelo de Comercio Electrónico”,⁵³ la exigencia de la buena fe es propia del negocio jurídico en cualesquiera forma que esta se materialice, por lo tanto el contrato

⁵¹ Batuecas Caletrío, Alfredo. Óp. cit. pág. 4.

⁵² Ibíd. pág. 5.

⁵³ Loc. cit.

electrónico y cualquier negocio que se genere a partir de la utilización de medios de tecnología debe prevalecer la buena fe de las partes que intervienen.

5. Principio de reiteración de la libertad de pacto y su ejercicio en el nuevo contexto de la contratación electrónica.

En cuanto al principio de la reiteración de la libertad de pacto, este principio informa lo relativo a la libertad de contratación y la forma en que puede darse en Guatemala en los negocios jurídicos en materia mercantil estos inclusive pueden darse de forma verbal en observancia de la libertad de pacto, en este sentido es importante que la manifestación de la voluntad se encuentre libre de vicios del consentimiento y sobre todo se revista la contratación electrónica por medio de un flujo válido de información previo a la celebración del contrato y posterior a esta respecto a las obligaciones y derechos derivados de la relación contractual electrónica.

Los principios de la contratación electrónica aún son ambiguos y en la actualidad implican estudios más profundos por parte de los doctos en esta materia, se entiende que los principios de una figura jurídica son reglas o directrices que rigen su validez jurídica y generan la certeza suficiente para las partes que intervienen, sin embargo en Guatemala la contratación electrónica aún es un contenido complejo partiendo desde el punto que el contrato electrónico es atípico y su ausencia de regulación es un obstáculo para identificar los elementos formales, esenciales, accidentales y la denominación de los sujetos que intervienen en la contratación, asimismo la libertad contractual permite a las partes convenir la forma de realizar las operaciones en el comercio electrónico.

3.4. Clasificación de los contratos electrónicos

Los contratos electrónicos según la doctrina son susceptibles de clasificación, es indispensable mencionar que la ausencia de su regulación es una limitante para el desarrollo adecuado de la clasificación de los contratos de esta índole, sin embargo el tratadista español Pablo Burgueño especializado en lo referente a la informática jurídica y sus incidencias en el ámbito mercantil establece la clasificación siguiente.

a. Por su forma de ejecución:

- **“Contrato de comercio electrónico directo:** aquel que permita la entrega virtual de bienes inmateriales o la prestación de servicios que no precisen de presencia física de su prestador. Esta entrega o prestación puede ser, a su vez, inmediata o diferida. Ejemplos: adquisición de licencias de uso de programas informáticos o derechos sobre canciones y vídeos o la contratación de servicios de hosting, gestión de pagos, y servicios virtuales.
- **Contrato de comercio electrónico indirecto:** aquel que requiere la entrega física de bienes materiales o la prestación presencial. Su ejecución es necesariamente diferida. Ejemplos: compra de cartuchos de tinta, contratación de pintor de casas, contratación de servicios jurídicos”⁵⁴.

Los contratos en cuanto a su clasificación por su forma de ejecución parten de dos premisas importantes. La tangibilidad del objeto que se va a contratar y su intangibilidad, es decir, el contrato electrónico que se deriva del comercio electrónico directo se refiere a bienes inmateriales o aquellos que sean considerados dentro de las leyes que protegen los derechos de propiedad intelectual tales que incluirían los servicios virtuales y todos aquellos productos que son parte de la informática en sus aspectos más básicos, se citan como ejemplos: canciones, programas, aplicaciones, videos, entre otros. Por otra parte el autor ubica el contrato derivado del comercio electrónico indirecto que básicamente requiere la entrega física de bienes materiales que necesitan ser puestos a disposición de la parte contratante para su uso, entre este contrato se puede citar cualquier producto que sea tangible que es contratado por medios tecnológicos y para su perfeccionamiento debe ser recibido por el adquirente o contratante.

⁵⁴ Burgueño, Pablo F. Óp. cit. pág. 18.

b. Por la emisión de las declaraciones:

- **“Contrato electrónico puro:** las declaraciones de voluntad se manifiestan íntegramente a través de medios electrónicos tales como el correo electrónico las páginas interactivas.
- I. Contratos Reactivos: Exigen de las partes el uso de herramientas adicionales de comunicación para poder llevar a cabo la contratación. Son los más comunes en sistemas de micropagos, contratación de servicios personalizados y venta por catálogo. Ejemplos: Contratación a través de e-mail, Suscripción a servicios por medio del envío de SMS.
- II. Contratos Interactivos: El lugar en que se encuentra la oferta permite por sí mismo permite efectuar la contratación.
 - a. Contratos “click“: La formalización del contrato exige del aceptante una manifestación expresa de voluntad, que otorga pulsando el botón que se indica a tal efecto y que habitualmente contiene la palabra “Acepto”. Ejemplo: Aceptación por medio click de las condiciones de uso de una red social online.
 - b. Contratos “browser“: El contrato se formaliza con el mero acceso a la página web o sitio, sin necesidad de aceptación expresa. Ejemplos: Aceptación tácita de las condiciones de uso de una página web o de su aviso legal.
- **Contrato electrónico mixto.** La contratación combina sistemas electrónicos de manifestación de voluntad con otros tradicionales. Ejemplo: Descarga de formulario de solicitud de pedido para su envío por fax o correo postal”.⁵⁵

Dentro de esta clasificación se identifica la declaración como premisa en el contrato electrónico, la división parte de un contrato electrónico puro y uno mixto; el primero consiste en la manifestación expresa de una de las partes al momento de la celebración y aceptación de las condiciones a que está sujeta la contratación entre los cuales el autor menciona los contratos reactivos que básicamente necesitan de herramientas externas para su celebración y aceptación; mientras que los interactivos son menos complejos y representan la manifestación del consentimiento de una forma precisa dentro de esta clasificación existe una subclasificación que

⁵⁵ Loc. cit.

deriva en la utilidad del contrato click y el contrato browser, el primero contiene la expresión acepto las condiciones del contrato el cual se proyecta de forma clara y significa una manifestación expresa de las condiciones; mientras que el contrato browser es la aceptación de las condiciones a través de avisos legales que no necesitan una manifestación de aceptación expresa. El acceso a muchos sitios web de negocios como Ebay, Amazon, entre otros implementan este mecanismo ya que en cada compra que va a realizar un usuario no se celebra un contrato sino más bien se aceptan las condiciones que rigen al negocio jurídico dentro de los límites de la empresa oferente o los usuarios que introducen ofertas para su posterior negociación. Por su parte el contrato electrónico mixto es una combinación de distintas formas de la declaración manifiesta de aceptación del negocio jurídico que se pretende realizar por medio de herramientas que permitan la transmisión de datos a distancia.

c. Por los sujetos que son parte del contrato electrónico:

- **“Contrato electrónico de consumo:** el contrato será de consumo cuando en él participe al menos un consumidor o usuario. Ejemplo: compra de billetes de vuelo a través de una página web.

- **Contrato electrónico mercantil:** el contrato será mercantil cuando todas las partes contratantes sean empresarios o profesionales. Ejemplo: Compra-venta de madera para la fabricación de sillas”.⁵⁶

En cuanto a la clasificación que realiza el autor por los sujetos que son parte del contrato electrónico, este refiere que se pueden dividir en contratos de consumo y mercantiles; el primero tiene como premisa que al menos una de las personas que intervienen es consumidor o usuario y se consideran contratos mercantiles cuando todas las partes que intervienen en el contrato electrónico son empresarios o profesionales.

⁵⁶ *Ibíd.* pág. 20.

d. Por la forma de pago (sólo aplicable a contratos onerosos):

- **“Contrato con pago electrónico:** El medio de pago elegido por las partes es el dinero electrónico. Los ejemplos más comunes son los siguientes: pago con tarjeta de crédito, transferencia bancaria, PayPal. Sin embargo, cada vez tienen más relevancia los pagos realizados con moneda privada en páginas web de comercio electrónico, subastas y MMORPGS; así, en Second Life los pagos se realizan en Linden Dollars (L\$), en algunas páginas se compra con tokens y en WOW con monedas de oro.
- **Contrato con pago tradicional:** El medio de pago escogido es el dinero en efectivo o cheque, pudiéndose entregarse mediante su envío postal o contrarrembolso”.⁵⁷

La clasificación por la forma de pago es compleja, ya que utiliza como premisa el dinero electrónico o moneda virtual para completar sus transacciones, en esta clasificación los informáticos le llaman al entorno mundo virtual en el cual el usuario puede adquirir por lo general mercaderías inmateriales que son aplicables a los mundos virtuales, asimismo hay transacciones como lo son los denominados tokens cantidades de monedas adquiridas con dinero real que son útiles en determinados sitios web para la adquisición de servicios. Dentro de esta clasificación es posible catalogar las transacciones vía paypal que es una de las más utilizadas por los consumidores de distintas tiendas de productos materiales pero que gestionan el pago mediante dinero electrónico o intangible. El contrato con pago tradicional es un mecanismo que se implementa en algunos negocios jurídicos en los cuales se acepta el negocio jurídico pero el perfeccionamiento del contrato se realiza mediante envío postal o contrarrembolso que implica un mecanismo de “paga cuando se le entrega el producto”, el cual ha sido contratado mediante la red u otros mecanismos de tecnología.

⁵⁷ Loc. cit.

e. Por el objeto del contrato

○ **“Contratos de entrega:**

- I. Contratos de entrega material.
- II. Contratos de entrega inmaterial

○ **Contratos de prestación:**

- I. Contratos de prestación instantánea
- II. Contratos de prestación diferida”.⁵⁸

Cuando se refiere al objeto del contrato electrónico deben observarse dos premisas y específicamente se refieren a que si es indispensable la entrega de la cosa aunque esta fuera inmaterial y se encuentra calificada dentro de la ley de propiedad intelectual y derechos de autor, así como debe observarse si el contrato se refiere a la prestación de un servicio en específico. En cuanto a los contratos de entrega versan sobre cosas materiales e inmateriales las cuales para el perfeccionamiento del negocio jurídico deben ser puestos a disposición del adquirente, sin embargo dentro de esta clasificación la entrega de la cosa se considera indispensable a efectos de darle cumplimiento a la obligación contraída a cambio de una prestación, asimismo en los contratos de prestación deben entenderse aquellos que se refieren al negocio jurídico que recae sobre servicios y similares lo cuales pueden brindarse de forma inmediata o en su otra modalidad diferida o que se hace en un momento posterior a su contratación.

La clasificación de los contratos electrónicos es un contenido doctrinario en la actualidad, son pocas las legislaciones que regulan para su efecto el contrato electrónico y disponen de un cuerpo jurídico amplio respecto a la forma, emisión y principios de la contratación electrónica, sin embargo la aproximación de varios autores permite evidenciar que este en las relaciones mercantiles en la actualidad es una realidad y que a diario se utilizan en todo el mundo como mecanismo para la negociación de bienes materiales e inmateriales que son considerados dentro de la

⁵⁸ Loc. cit.

propiedad intelectual y derechos de autor. Es importante mencionar que aunque la clasificación de los contratos electrónicos pareciera extensa en la práctica no influye realmente esta clasificación doctrinaria ya que las condiciones de las negociaciones son consecuencia de la libertad de contratación por lo que las formas de cada contrato pueden variar constantemente. Por ello, resulta pertinente el tratamiento que se le da al contrato electrónico en algunos países a partir de su regulación en contraste con Guatemala ya que aún no se maneja una definición jurídica por su ausencia de regulación y sobre todo los mecanismos para hacer efectivo el contrato frente al incumplimiento. Asimismo las condiciones o requisitos indispensables para que un contrato genere certeza jurídica son indispensables, por lo que su atipicidad es una brecha u obstáculo para el cumplimiento pleno del contrato, por lo que las partes que intervienen solamente les queda acompañarse de la buena fe recíproca.

3.5. Contratos Electrónicos en España

Los contratos mercantiles son una realidad mercantil e indudablemente su importante utilidad en el nuevo orden comercial a nivel mundial es evidente, sin embargo en distintos países el contrato mercantil por su dinámica y sobre todo por su valor jurídico ha recibido un escaso tratamiento, la ausencia de leyes o normativas que regulen el contenido más importante del contrato electrónico partiendo de una definición legal, requisitos para su validez jurídica, elementos esenciales al momento de su celebración y sobre todo una clasificación aceptada por la propia ley para su efectivo análisis, en consecuencia la Ley 34/2002 servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico contiene aspectos jurídicos para el desarrollo de la contratación electrónica en el país europeo. La importancia de contar con un cuerpo jurídico respecto a la contratación electrónica permite el desarrollo de cuestiones jurisdiccionales en cuanto a los conflictos que pudieran derivarse de la contratación, asimismo otros aspectos son la protección al consumidor y usuario, así como el exigir el cumplimiento del contrato bajo las condiciones pactadas, sin embargo aunque España cuenta con una ley que data del año 2002 aún necesita abordar aspectos que han evolucionado desde esa fecha para la actualidad, por lo

que a continuación se presentan las normas jurídicas más relevantes en cuanto al contrato electrónico en España.

El artículo 1 de la ley 34/2002 establece que “Es objeto de la presente Ley la regulación del régimen jurídico de los servicios de la sociedad de la información y de la contratación por vía electrónica, en lo referente a las obligaciones de los prestadores de servicios incluidos los que actúan como intermediarios en la transmisión de contenidos por las redes de telecomunicaciones, las comunicaciones comerciales por vía electrónica, la información previa y posterior a la celebración de contratos electrónicos, las condiciones relativas a su validez y eficacia y el régimen sancionador aplicable a los prestadores de servicios de la sociedad de la información”, aplicada esta normativa española al objeto de estudio es importante mencionar que uno de sus principales objetos es establecer la regulación de la contratación vía electrónica y establecer de forma expresa las condiciones más importantes que surge de los contratos electrónicos en cuanto a las obligaciones y derechos que se deriven de la celebración de contratos electrónicos, asimismo hace referencia a los aspectos más relevantes en cuanto a la validez y eficacia de las condiciones del contrato referente a la información previa y posterior a su celebración, así como un régimen sancionador.

En el marco jurídico español, se establece hace más de diez años una normativa especial para el tratamiento de los contratos electrónicos en el país europeo. Esto como consecuencia de las tendencias comerciales y mercantilistas en especial sobre los índices de intercambio de mercaderías, a comparación de países latinoamericanos que aún carecen de normas expresas que traten el contenido del contrato electrónico, España por su parte tiene amplio contenido respecto a la promoción, ofertas y forma lícita de las mercaderías, bienes y servicios materiales o inmateriales objeto de contrato.

Es importante el presupuesto que establece en el artículo 21 bajo el nombre de Prohibición de comunicaciones comerciales realizadas a través de correo electrónico

o medios de comunicación electrónica equivalentes, ya que esto evita la venta de información privada que pueda atentar contra la privacidad de las personas de la manera siguiente: “1. Queda prohibido el envío de comunicaciones publicitarias o promocionales por correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica equivalente que previamente no hubieran sido solicitadas o expresamente autorizadas por los destinatarios de las mismas.

2. Lo dispuesto en el apartado anterior no será de aplicación cuando exista una relación contractual previa, siempre que el prestador hubiera obtenido de forma lícita los datos de contacto del destinatario y los empleara para el envío de comunicaciones comerciales referentes a productos o servicios de su propia empresa que sean similares a los que inicialmente fueron objeto de contratación con el cliente. En todo caso, el prestador deberá ofrecer al destinatario la posibilidad de oponerse al tratamiento de sus datos con fines promocionales mediante un procedimiento sencillo y gratuito, tanto en el momento de recogida de los datos como en cada una de las comunicaciones comerciales que le dirija”.

Esta prohibición atiende a específicamente a los flujos de información comerciales, es decir, aquella publicidad que es susceptible de realizarse a los correos electrónicos de forma constante, tediosa y sin interés para las personas. La prohibición es consecuencia jurídica de la venta de datos personales de usuarios y consumidores, en Guatemala existe el claro ejemplo de empresas como INFORNET que venden información respecto al comportamiento del consumidor circunstancia que es prohibida a través de este artículo, dentro del segundo artículo se propone la exclusión de esta prohibición cuando el prestador de servicios o productos haya obtenido de forma lícita la información y otorgando la posibilidad el prestador al destinatario de oponerse al tratamiento de sus datos con fines promocionales mediante un procedimiento sencillo y gratuito. Para lo cual es una protección al consumidor y usuario frente a información confidencial y personal que es susceptible de negociación por empresas como la citada.

Asimismo, el artículo 23 se refiere expresamente a la validez y eficacia de los contratos celebrados por vía electrónica, para lo cual dispone que “1. Los contratos celebrados por vía electrónica producirán todos los efectos previstos por el ordenamiento jurídico, cuando concurren el consentimiento y los demás requisitos necesarios para su validez. Los contratos electrónicos se registrarán por lo dispuesto en este Título, por los Códigos Civil y de Comercio y por las restantes normas civiles o mercantiles sobre contratos, en especial, las normas de protección de los consumidores y usuarios y de ordenación de la actividad comercial. 2. Para que sea válida la celebración de contratos por vía electrónica no será necesario el previo acuerdo de las partes sobre la utilización de medios electrónicos. 3. Siempre que la Ley exija que el contrato o cualquier información relacionada con el mismo conste por escrito, este requisito se entenderá satisfecho si el contrato o la información se contiene en un soporte electrónico. 4. No será de aplicación lo dispuesto en el presente Título a los contratos relativos al Derecho de familia y sucesiones.

Los contratos, negocios o actos jurídicos en los que la Ley determine para su validez o para la producción de determinados efectos la forma documental pública, o que requieran por Ley la intervención de órganos jurisdiccionales, notarios, registradores de la propiedad y mercantiles o autoridades públicas, se registrarán por su legislación específica”. La validez y eficacia del contrato electrónico es importante en el régimen jurídico español y en general, ya que según este artículo el contrato electrónico produce todos los efectos previstos en la ley siempre que se cumplan los requisitos del consentimiento, la buena fe de las partes y el flujo de información previo a su celebración así como posterior a esta. Estos efectos versan sobre los derechos y obligaciones recíprocos que se derivan de la contratación, asimismo existe una consideración subsidiaria que permite la integración del Código Civil, Comercio y leyes de protección al consumidor.

El contrato electrónico como un mecanismo contractual reconocido en el ordenamiento jurídico español genera prueba en un proceso jurisdiccional, según lo dispuesto en el artículo 24 bajo el epígrafe Prueba de los contratos celebrados por

vía electrónica indica que “1. La prueba de la celebración de un contrato por vía electrónica y la de las obligaciones que tienen su origen en él se sujetará a las reglas generales del ordenamiento jurídico. Cuando los contratos celebrados por vía electrónica estén firmados electrónicamente se estará a lo establecido en el artículo 3 de la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

2. En todo caso, el soporte electrónico en que conste un contrato celebrado por vía electrónica será admisible en juicio como prueba documental”. El contrato electrónico tiene una certeza jurídica que permite generar prueba dentro de un proceso jurisdiccional por lo que debe atenderse a la valoración de la prueba según el ordenamiento español, para lo cual debe clasificarse el contrato electrónico dentro de la prueba documental, según lo refiere el artículo citado de la ley 34/2002

Por su parte el artículo 26 es la relación jurídica entre esta ley y lo relativo a la ley aplicable en cuanto al derecho internacional privado, por cual dispone que “Para la determinación de la ley aplicable a los contratos electrónicos se estará a lo dispuesto en las normas de Derecho internacional privado del ordenamiento jurídico español, debiendo tomarse en consideración para su aplicación lo establecido en los artículos 2 y 3 de esta Ley”. Esta consideración debe entender en aquellos contratos que son celebrados por la vía electrónica y alguna de las partes que intervienen en el contrato son de diferentes países para lo cual se debe observar las normas del derecho internacional privado y los principios *lex rei sitae*, *locus regit actum* y *lex fori* que rigen la contratación a nivel internacional.

La importancia de un cuerpo legal que regule lo relativo al contrato electrónico y a la consideración jurídica de las obligaciones que se derivan de esta representa una certeza jurídica y sobre todo un mecanismo tutelar de los derechos de las partes que intervienen en el contrato, en el artículo 27 obligaciones previas a la contratación se considera que “1. Además del cumplimiento de los requisitos en materia de información que se establecen en la normativa vigente, el prestador de servicios de la sociedad de la información que realice actividades de contratación electrónica

tendrá la obligación de poner a disposición del destinatario, antes de iniciar el procedimiento de contratación y mediante técnicas adecuadas al medio de comunicación utilizado, de forma permanente, fácil y gratuita, información clara, comprensible e inequívoca sobre los siguientes extremos: a) Los distintos trámites que deben seguirse para celebrar el contrato. b) Si el prestador va a archivar el documento electrónico en que se formalice el contrato y si éste va a ser accesible. c) Los medios técnicos que pone a su disposición para identificar y corregir errores en la introducción de los datos, y d) La lengua o lenguas en que podrá formalizarse el contrato.

La obligación de poner a disposición del destinatario la información referida en el párrafo anterior se dará por cumplida si el prestador la incluye en su página o sitio de Internet en las condiciones señaladas en dicho párrafo. Cuando el prestador diseñe específicamente sus servicios de contratación electrónica para ser accedidos mediante dispositivos que cuenten con pantallas de formato reducido, se entenderá cumplida la obligación establecida en este apartado cuando facilite de manera permanente, fácil, directa y exacta la dirección de Internet en que dicha información es puesta a disposición del destinatario.

2. El prestador no tendrá la obligación de facilitar la información señalada en el apartado anterior cuando: a) Ambos contratantes así lo acuerden y ninguno de ellos tenga la consideración de consumidor, o b) El contrato se haya celebrado exclusivamente mediante intercambio de correo electrónico u otro tipo de comunicación electrónica equivalente. 3. Sin perjuicio de lo dispuesto en la legislación específica, las ofertas o propuestas de contratación realizadas por vía electrónica serán válidas durante el período que fije el oferente o, en su defecto, durante todo el tiempo que permanezcan accesibles a los destinatarios del servicio.

4. Con carácter previo al inicio del procedimiento de contratación, el prestador de servicios deberá poner a disposición del destinatario las condiciones generales a que, en su caso, deba sujetarse el contrato, de manera que éstas puedan ser

almacenadas y reproducidas por el destinatario”. Es amplio el contenido de este artículo y tiene varias nociones muy importantes, establece como obligaciones para la contratación electrónica cuestiones relativas a la información lo que implica la individualización de las partes contratantes, objeto contractual, condiciones bajo las que se realizará el contrato, forma de cumplimiento y sobre todo la aceptación por parte del destinatario, asimismo se deben consignar de forma clara los trámites que deben seguirse para la celebración del contrato o cláusulas formales, la archivación o no del contrato electrónico y su accesibilidad; idioma en que se efectúa el contrato y los medios de identificación (seriales, números de documento electrónico, etc.) y corrección del contrato frente a errores. Otro importante precepto es lo dispuesto en la tercera instrucción de este artículo en todo caso a la vigencia o validez de las ofertas propuestas y refiere que tienen validez durante el periodo que fije el oferente.

Una muy importante disposición se encuentra contenida en el artículo 29 de la ley 34/2002 y se refiere a la consideración del lugar de celebración del contrato, para lo cual dispone que “Los contratos celebrados por vía electrónica en los que intervenga como parte un consumidor se presumirán celebrados en el lugar en que éste tenga su residencia habitual”, esta disposición es relevante para el momento de exigir el cumplimiento de la obligación puesto que el consumidor (como presupuesto indispensable) puede acceder a la vía jurisdiccional de su ubicación geográfica en relación a la circunscripción de leyes aplicables, bajo la premisa que países como España tienen ciudades autónomas las cuales tienen sus propias disposiciones para la resolución de conflictos. Asimismo este mismo artículo refiere que “Los contratos electrónicos entre empresarios o profesionales, en defecto de pacto entre las partes, se presumirán celebrados en el lugar en que esté establecido el prestador de servicios”, el presupuesto del prestador de servicios es la pauta para considerar el lugar de la celebración del contrato para lo cual debe observarse el marco jurídico de su ubicación geográfica para determinar la acción correspondiente en derecho para la exigencia del cumplimiento de las obligaciones pactadas y de las condiciones en que debe desarrollarse el contrato.

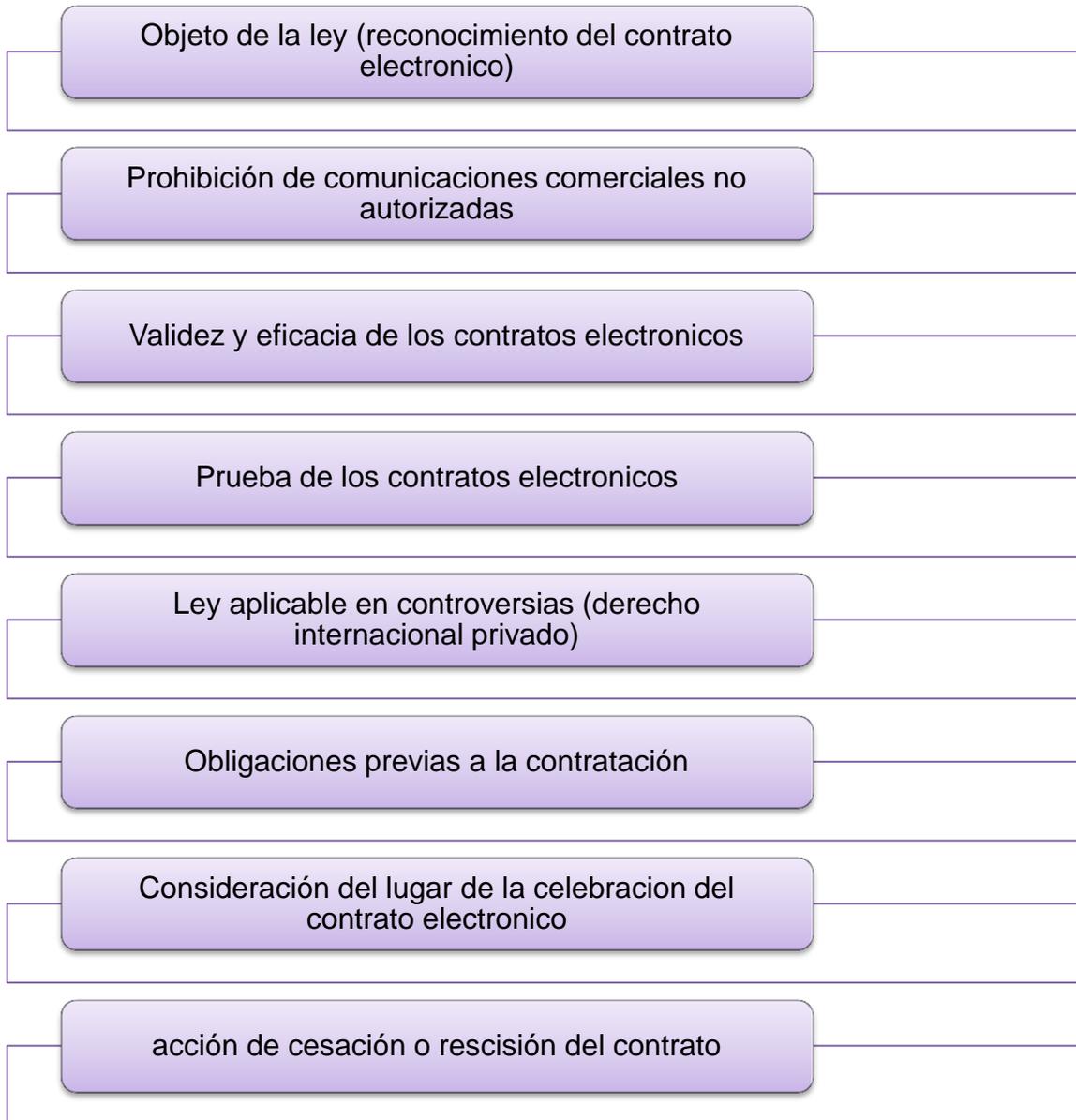
El contenido del contrato electrónico en España se ha desarrollado de forma amplia y objetiva, en su artículo 30 contiene lo que es la acción de cesación y refiere que “1. Contra las conductas contrarias a la presente Ley que lesionen intereses colectivos o difusos de los consumidores podrá interponerse acción de cesación.

2. La acción de cesación se dirige a obtener una sentencia que condene al demandado a cesar en la conducta contraria a la presente Ley y a prohibir su reiteración futura. Asimismo, la acción podrá ejercerse para prohibir la realización de una conducta cuando ésta haya finalizado al tiempo de ejercitar la acción, si existen indicios suficientes que hagan temer su reiteración de modo inminente.

3. La acción de cesación se ejercerá conforme a las prescripciones de la Ley de Enjuiciamiento Civil para esta clase de acciones”.

La acción de cesación del contrato electrónico es sumamente importante en la protección de los derechos de los consumidores y usuarios, así como también brinda una protección legal al oferente o prestador de servicios, la propia ley dispone cuales son las leyes aplicables para el ejercicio de la acción de cesación del contrato electrónico para lo cual existe una serie de procedimientos propios del Estado español que aunque pudieran ser similares a los utilizados en Guatemala, hay diferencias muy enmarcadas para lo cual es posible acudir a la vía jurisdiccional para la protección de los derechos de los consumidores y usuarios, mientras que en Guatemala solamente existen los procesos administrativos emprendidos por la DIACO.

Contenido de la Ley 34/2002 respecto al contrato electrónico



Fuente: autor

El comercio electrónico conjuntamente con el contrato electrónico son una realidad en todo el mundo, el sector empresarial e industrial han adoptado mecanismos para la adquisición de bienes, productos y servicios vía electrónica por lo cual se necesita un conjunto de disposiciones que sean aplicables a la dinámica mercantil de las sociedades actuales y procurando que el derecho constantemente se mantenga en

una evolución constante a través de las nuevas tendencias, indudablemente España es de los pocos países que tiene un cuerpo legal que regula lo relativo al contrato electrónico propiamente dicho, sin embargo en lo que se refiere a Guatemala y otros países latinoamericanos que en la vida diaria hacen uso del comercio electrónico mientras constantemente celebran contratos electrónicos especialmente los denominados “click” y “browser” en los cuales la celebración del contrato se supedita a condiciones de accesibilidad y aceptación contractual a través de una manifiesta aceptación por medio de las herramientas de un computador.

Para lo cual el contrato electrónico de carácter mercantil es consecuencia de la actividad comercial ya sea a nivel nacional o internacional en la que vive el individuo en el siglo XXI, y en observancia que la mayoría de empresarios han adoptado los mecanismos innovadores para la venta de sus productos en línea (online), es decir, valiéndose de las utilidades que permite un teléfono inteligente con sus respectivas aplicaciones y el acceso ilimitado que permite la internet para completar transacciones relativas a la oferta, la demanda y la aceptación de las condiciones, aunque algunos autores han afirmado que el contrato electrónico es similar a un contrato de adhesión resulta atrevido asegurar tal extremo ya que hay diferencias muy importantes entre el contrato de adhesión y el contrato electrónico, partiendo de la no necesaria presencia física de las partes para su celebración y sobre todo que el contrato electrónico tiene sus principios doctrinarios que atienden a la libertad de contratación.

CAPÍTULO IV

EL COMERCIO Y CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA EN EL MUNICIPIO Y DEPARTAMENTO DE QUETZALTENANGO.

El comercio y la contratación electrónica son importantes en las sociedades actuales, ya que permiten de una manera más rápida la compra y venta de bienes, mercaderías y servicios materiales e inmateriales a través de la aceptación recíproca de las condiciones que rigen la operación o transacción contractual. La eficacia de los contratos electrónicos para determinar el conjunto de derechos y obligaciones que le corresponde a cada una de las partes que interviene permite la determinación de la certeza jurídica de un contrato atípico como lo es en su caso en Guatemala, aunque si bien es cierto que la contratación electrónica es una de las nuevas tendencias comerciales en Guatemala y por supuesto en Quetzaltenango la ausencia de un cuerpo legal y del reconocimiento del contrato electrónico por parte de la ley es un obstáculo para la dinámica del derecho en observancia de los fenómenos culturales, políticos, económicos y en su caso comerciales. Es acertado decir que la mayoría de personas que poseen un teléfono inteligente o una computadora con acceso a la red de internet han hecho uso del comercio electrónico y de la contratación electrónica, para ser más acertados es pertinente citar las compras de aplicaciones para teléfonos inteligentes (Android, IOS, Windows) e inclusive aunque estas fueran gratuitas se está frente a la aceptación de términos y condiciones para su uso lo cual constituye un contrato electrónico en el cual se exponen las cláusulas, prohibiciones y utilidades de ciertas aplicaciones ya sean gratuitas o de pago. La tecnología forma parte de la vida de la mayoría de los guatemaltecos y esto es consecuencia de la implementación de mecanismos para la mejora de las comunicaciones a distancia, lo que a su vez es un canal para mejorar la efectividad del comercio nacional e internacional especialmente.

4.1. Generalidades de la contratación electrónica en Quetzaltenango

La contratación electrónica en Quetzaltenango forma parte de la vida diaria de muchas personas, desde las más sencillas contrataciones hasta las más inimaginables que son producto del comercio nacional e internacional, al abordar el contenido del comercio y la contratación electrónica es indispensable considerar que no tiene una fecha en específico pero esta se observa en muchas operaciones de la vida cotidiana, desde hacer un pedido de comida en cualquier restaurante por medio de una aplicación electrónica o vía internet como sucede en las prestigiosas empresas de comida rápida hasta realizar operaciones internacionales en plataformas serias como lo es eBay y Amazon, la contratación electrónica está a la orden del día y no tiene un horario en específico para celebrarse ya que en la relación de oferta y aceptación de las partes la única condicionante es el plazo fijado por el oferente para la finalización de la oferta tal como sucede en las plataformas de subastas en Guatemala. Sin embargo para entender la contratación electrónica en la circunscripción de Quetzaltenango es indispensable identificar aspectos jurídicos que rijan dicha actividad y generen una certeza y validez jurídica contractual respecto al contrato electrónico.

Primeramente es importante mencionar que la ciudad de Quetzaltenango es una de las más comerciales por su posición geográfica en el occidente del país, esto implica que el flujo comercial es constante y tiende a adoptar distintas formas para su efectiva realización esto en contraste con la libertad de contratación resulta relevante, ya que para la celebración de un negocio jurídico solo basta la buena fe de las partes que intervienen y la manifiesta expresión del consentimiento para que tenga efectos jurídicos y así las partes puedan ser sujetos de derechos u obligaciones en la relación contractual. En este orden de ideas, la libertad de contratación es un elemento importante en el comercio electrónico en Quetzaltenango y esto en observancia de la utilidad de las nuevas tecnologías facilita las transacciones de oferta y demanda a partir de publicidad masiva respecto a ciertos productos, aunque esta oferta se puede dar desde diferentes puntos de vista, un punto de vista local que abordaría un comercio electrónico y contrataciones

derivadas de la aceptación dentro de la circunscripción de Quetzaltenango, otra perspectiva sería la que amplía sus límites a condiciones departamentales, es decir, contratos electrónicos que se celebran desde una ubicación departamental a otra distinta para lo cual resulta indispensable determinar el lugar de celebración del contrato y una última sería la contratación electrónica que trasciende fronteras, siendo esta quizás la más importante por el flujo económico que implica a nivel nacional y la oportunidad de incrementar las exportaciones por razones de industria.

Cuando se puntualiza sobre las razones de industria es indispensable mencionar que Guatemala es un país que se especializa en la agricultura por lo que las necesidades de nueva tecnología y productos derivados de otras industrias resultan indispensables para la población por lo que los consumidores y usuarios acuden a los mercados internacionales de índole privada, es decir, en los que no interviene ninguna entidad gubernamental y es posible encontrar ofertas respecto a las necesidades del consumidor y usuario en específico. Sin embargo, el simple hecho de realizar una operación de esta índole implica o supone la efectiva realización de un contrato electrónico en la cual la aceptación de las condiciones del oferente y la aceptación del consumidor crean una relación contractual que es posible perfeccionarse de forma inmediata o posterior a su celebración.

La determinación específica de la cantidad de transacciones que se derivan de la contratación electrónica por parte de personas de Quetzaltenango resulta imposible, ya que por su naturaleza estas operaciones son de carácter privado por lo que implica el conocimiento del monto y especificaciones contractuales solamente entre los que intervienen, sin embargo como se ha hecho alusión anteriormente hay miles de formas en las que surgen los contratos electrónicos y son innumerables las condiciones que permiten el comercio electrónico en la ciudad de Quetzaltenango entre sus mismos habitantes como a nivel internacional donde interactúan los principios que rigen al derecho internacional privado.

4.2. Regulación legal de la contratación electrónica en el marco jurídico guatemalteco

El contrato electrónico propiamente dicho, dentro del marco jurídico guatemalteco no forma parte de ningún cuerpo legal como lo es el Código Civil o el Código de Comercio, sin embargo se reconoce el contrato electrónico de forma breve y por medio de una interpretación en la Ley para el Reconocimiento de las Comunicaciones y Firmas Electrónicas decreto número 47-2008 del Congreso de la República de Guatemala. Como se ha señalado no existe dentro del ordenamiento jurídico guatemalteco una regulación específica que rijan la contratación electrónica y sobre todo que desarrolle los aspectos más importantes sobre esta figura contractual que es parte de la vida cotidiana de millones de personas en todo el mundo. Se ha desarrollado el contenido del contrato electrónico reconocido en España y en relación al contenido propuesto se pueden considerar aspectos más amplios de la contratación vía electrónica.

Aunque el decreto 47-2008 tiene por objeto integrar los instrumentos técnicos y legales basados en los modelos de legislación internacional para el tratamiento del contenido que versa sobre el comercio electrónico en todo el mundo, su principal objeto es el reconocimiento de la firma electrónica dentro del marco jurídico guatemalteco y por ello es que el contenido de la contratación electrónica desde aspectos jurídicos es breve y aún carece de aspectos esenciales para su aplicación.

El artículo 15 de la Ley para el Reconocimiento de las Comunicaciones y Firmas Electrónicas decreto número 47-2008 bajo el epígrafe Formación y validez de los contratos refiere que “En la formación de un contrato por particulares o entidades públicas, salvo acuerdo expreso entre las partes, la oferta y su aceptación podrán ser expresadas por medio de una comunicación electrónica. No se negará validez o fuerza obligatoria a un contrato por la sola razón de haberse utilizado en su formación una o más comunicaciones electrónicas”, es a partir de esta disposición contenida en la ya citada ley que se reconoce la contratación por comunicaciones electrónicas, reconociendo expresamente la validez y fuerza obligatoria para el

cumplimiento de las condiciones pactadas entre las partes. Este reconocimiento del contrato electrónico es importante pero a su vez resulta breve por razones jurídicas ya que carece de elementos formales, esenciales y sobre todo presupuestos para que genere certeza jurídica, así como la ausencia de una definición jurídica del contrato electrónico aplicable al territorio guatemalteco. Asimismo, el artículo 26 del mismo cuerpo legalmente citado dispone bajo el epígrafe de Empleo de sistemas automatizados de mensajes para la formación de un contrato que “No se negará validez ni fuerza obligatoria a un contrato que se haya formado por la interacción entre un sistema automatizado de mensajes y una persona física, o por la interacción entre sistemas automatizados de mensajes, por la simple razón de que ninguna persona física haya revisado cada uno de los distintos actos realizados a través de los sistemas o el contrato resultante de tales actos ni haya intervenido en ellos”, este artículo prácticamente es la transcripción del artículo anterior citado en esta investigación con la diferencia que amplía el presupuesto para considerar la validez del contrato electrónico, refiriendo que este se puede realizar por medio de una persona física o sistemas automatizados que tengan como función la aceptación de ciertas condiciones para la efectiva realización de negocios jurídicos.

Esta ley dispone la ubicación de las partes que interactúan en la contratación electrónica en su artículo 29 refiere que “Para los fines de la presente ley, se presumirá que la sede o el lugar del establecimiento comercial de una parte está en el lugar por ella indicado, salvo que otra parte demuestre que la parte que hizo esa indicación no tiene sede o establecimiento comercial alguno en ese lugar.

Si una parte no ha indicado la sede o el lugar del establecimiento comercial, y tiene más de un establecimiento comercial, se considerará como tal, para los efectos de la presente Ley, el que tenga la relación más estrecha con el contrato pertinente, habida cuenta de las circunstancias conocidas o previstas por las partes en cualquier momento antes de la celebración del contrato o al concluirse éste.

Si una persona física no tiene establecimiento comercial, se tendrá en cuenta su lugar de residencia habitual.

Un lugar no constituye un establecimiento comercial por el solo hecho de que sea el lugar: a) Donde estén ubicados el equipo y la tecnología que sirven de soporte para el sistema de información utilizado por una de las partes para la formación de un contrato; o, b) Donde otras partes puedan obtener acceso a dicho sistema de información.

El hecho de que una parte haga uso de un nombre de dominio o de una dirección de correo electrónico vinculados a cierto país no crea la presunción de que su establecimiento comercial se encuentra en dicho país”. La presunción de la ubicación de las partes permite determinar las leyes aplicables en observancia de la celebración del contrato electrónico, sin embargo esta disposición carece de puntos más específicos y subsidiarios tales como los derechos que se derivan de la contratación electrónica, obligaciones, mecanismos de resolución de conflictos, requisitos, principios, acción de cesación del contrato, leyes aplicables en materia de derecho internacional privado y sobre todo aspectos relacionados íntimamente a la información previa y posterior a la contratación vía electrónica, al considerar que es una ley que fue promulgada en el año 2008 han transcurrido ocho años de su vigencia por lo que dentro del comercio electrónico hay miles de circunstancias y modalidades que han variado. Al partir de la premisa que las formalidades en el derecho mercantil son básicas y sobre todo atienden a la efectividad y rapidez del negocio jurídico siempre resulta importante la protección legal frente abusos y mecanismos para la resolución de conflictos. El contenido de la contratación electrónica en el marco jurídico guatemalteco es escasa, lo que plenamente permite afirmar que es un contrato atípico ya que se interpreta su reconocimiento más no se manifiesta en el texto legal de forma expresa la denominación del contrato y los elementos real, personal y formal que en teoría deberían de prevalecer. En este sentido es indispensable el reconocimiento del contrato electrónico en Guatemala pero es más aún importante el desarrollo de todos los aspectos jurídicos que se

derivan de la contratación electrónica ya que como una figura importante del comercio electrónico resulta imperativo que la ley se promueva para la conservación y defensa de los derechos que se derivan de la contratación electrónica en Guatemala.

4.3. Aplicación del derecho internacional privado en la contratación electrónica en Quetzaltenango

Como se ha puntualizado anteriormente, el comercio electrónico puede apreciarse desde tres perspectivas la local en la cual las partes que intervienen residen en la misma circunscripción territorial, la que pudiera darse a nivel departamental en la cual la ubicación geográfica de las partes se ubica en departamentos distintos y la de carácter internacional en la cual las partes geográficamente se encuentran en países distintos, esta tercera es la que interesa para la aplicación del derecho internacional privado y el Código de Bustamante para su efecto. En las operaciones en las que intervienen consumidores y proveedores que ofertan por medios electrónicos que no corresponden al mismo país suelen darse un contrato electrónico en el cual la adquisición de bienes materiales o inmateriales que corresponde a la ley de propiedad intelectual y derechos de autor deben observar en ausencia de leyes específicas el Código de Bustamante o Código de Derechos Internacional Privado. La ley del Organismo Judicial guatemalteco establece en el artículo 27 que los derechos que se deriven de los bienes se rigen por la ley del lugar donde estén ubicados, lo que implica que debe aplicarse la ley del país en que se encuentra la cosa en litigio En este sentido el principio de *lex rei sitae*, se refiere a que los bienes se rigen específicamente por la ley donde se encuentran situados o establecidos y deben ser considerados a título universal respecto a algunas diligencias relativas a su naturaleza. Para lo cual en comercio electrónico en especial aquel que surge en el plano internacional el Código de Bustamante refiere en su artículo 186 que “En los demás contratos y para el caso previsto en el artículo anterior, se aplicará en primer término la ley personal común a los contratantes y en su defecto la del lugar de la celebración”, el presupuesto importante en este artículo en relación a la contratación electrónica es la capacidad para la determinación de la celebración del contrato para

lo cual es imperativo que la presunción para indicar donde se celebró el negocio jurídico este sometido a reglas contenidas en la propia ley a fin de garantizar una protección plena de las partes y sobre todo para que prevalezca la justicia en observancia de directrices preestablecidas.

En derecho internacional privado, es la “expresión con la que se designa la ley del tribunal que entiende de la causa, tanto con referencia a las normas de derecho interno como a las de derecho internacional. La *lex fori* reviste una gran importancia en la solución de los conflictos de leyes, y es la que se aplica con mayor frecuencia. Todo tribunal consulta primero su propio derecho internacional y hace respetar siempre su propio orden público.⁵⁹ Este principio se encuentra contenido en los artículos 33 y 34 de la Ley del Organismo Judicial el cual expresa que los procesos judiciales y sus incidencias, cualquiera que sea su naturaleza, se tramitarán con arreglo a las leyes procesales del Estado en cuyo territorio se promueva la acción, decisión que le corresponde al juzgado o tribunal dictar las resoluciones apegadas a derecho. Aunque hay condiciones relativas a la autonomía de la voluntad que son incorporadas en la contratación electrónica en especial en los contratos de adhesión, resulta importante referir que dichas cláusulas son vinculantes para las partes que intervienen en la celebración del contrato ya que atendiendo a la naturaleza de los bienes sobre todo aquellos que son susceptibles de transportarse o cambiarse de lugar el principio de la autonomía de la voluntad es vinculante cuando en cláusula específica la jurisdicción en que se deben resolver las controversias.

El principio *Lex fori* se refiere a que es necesario determinar la ley, es indispensable aplicar la que corresponde a la nacionalidad del juez que conoce el asunto, es decir la ley del Estado en el cual el juzgador puede ejercer su competencia y jurisdicción aplicando como consecuencia el derecho correspondiendo a su territorio. Como contraposición a este principio se debe sobreponer la autonomía de la voluntad ya que esta en determinados caso dispondrá de forma expresa el lugar para resolver las controversias. En cuanto a la contratación electrónica se presentan diversas

⁵⁹ *Lex Fori*. Enciclopedia Jurídica. 2014. Disponible en: <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/lex-fori/lex-fori.htm>. fecha de consulta: 21.03.2016.

posibilidades, especialmente en aquellos negocios jurídicos que recaen sobre bienes muebles que por su naturaleza son transportados de países extranjeros hacia la república de Guatemala, por lo que opera una aparente presunción en cuanto a la ubicación del establecimiento de donde se emiten los bienes sometidos a contratación electrónica, sin embargo la complejidad se materializa en aquellas operaciones en las cuales existen establecimientos electrónicos que son intermediarios como por ejemplo (Amazon, eBay, etc.) por lo que en caso de controversias o incumplimiento de las condiciones pactadas en cuanto a los bienes adquiridos por medio de contratación electrónica, por lo que para su efecto se han implementado mecanismos de quejas y reclamos en los cuales a pesar de que los establecimientos se encuentren ubicados en el extranjero es posible en este sentido es posible de forma objetiva responder a la pregunta: ¿Cómo se aplica el principio locus regit actum por el surgimiento de una controversia de ámbito internacional por la celebración de un contrato electrónico? Primeramente cabe delimitar la contratación electrónica y por su influencia en el comercio en la actualidad por lo que se debe considerar la controversia desde la contratación electrónica mercantil, en la cual las discrepancias que surjan recaen especialmente sobre bienes muebles y obligaciones recíprocas; para su efecto determinar el lugar que rige el acto es una actividad compleja ya que existen tres elementos que se deben considerar, el primero es la ubicación del oferente, segundo la ubicación del ofertante y tercer la existencia de un establecimiento electrónico que opera como intermediario en la contratación electrónica algunos ejemplos podría ser (eBay, Amazon, etc.); en relación a estas tres circunstancias el acto se puede considerar que se da de forma inmediata a la aceptación, por lo que el lugar que rige el acto yace en una esfera de incertidumbre territorial porque los sujetos que intervienen se encuentran en distintos lugares al momento de la celebración de la contratación electrónica. El principio Locus Regit Actum tiende a observar la sede o el lugar donde se celebra el contrato electrónico, pero ante la problemática consistente en determinar la legislación aplicable es indispensable observar las cláusulas intrínsecas y condicionantes del contrato ya que estas pueden ser alteradas por la autonomía de la voluntad, en la cual la mayoría de ofertantes se adhieren a las condiciones establecidas es

pertinente señalar que el acto se otorga en la ubicación del oferente y se dispone a cumplirse en el lugar del ofertante por lo que el principio *locus regit actum*. En general, la solución que ha dado la doctrina comparada a estos casos pasa por utilizar la respectiva conexión asumiendo que un contrato ha sido efectivamente celebrado. Se recurre así al lugar de celebración, pero no sin antes debatir sobre cláusulas de responsabilidad que se relacionan a la autonomía de la voluntad.

CAPÍTULO V

PRESENTACIÓN, ANÁLISIS Y DISCUSIÓN DE RESULTADOS

En el trabajo de campo se realizaron tres entrevistas, una de ellas es Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales con Maestría en Derecho Mercantil, se entrevistó también a dos personas encargadas de la empresa AEROPOST DE GUATEMALA Sociedad Anónima sede en Quetzaltenango, por otro lado se quiso entrevistar a la directora de la Cámara de Comercio de Quetzaltenango, sin embargo indicó que desconoce el tema. De acuerdo entonces con las entrevistas realizadas, de conformidad con la primera interrogante ¿Cómo cree usted que se da la contratación electrónica? Para lo cual dos de los entrevistados concuerdan que es una forma de adquirir bienes o servicios de manera electrónica, directamente con páginas de internet, es un lugar donde puede realizarse cualquier clase de bienes, pudiendo ser accesorios personales, accesorios para vehículos, para teléfonos celulares que en ocasiones no se encuentran en el país o que sí existen pero a un costo más elevado, indican además que las páginas más comunes son Amazone.com o eBay y que AEROPOST DE GUATEMALA realiza compraventas con los proveedores actuando entonces como intermediario entre los usuarios para con las empresas. Sin embargo uno de los entrevistados indica que la contratación electrónica básicamente es un acuerdo de voluntades que ocurre entre personas particulares o personas jurídicas en donde hay un interés a satisfacer, hay una necesidad o una demanda y existe un satisfactor, indica también que la palabra contratación electrónica no es más que una modalidad de la contratación en general, menciona y hace énfasis a que para la mayoría de contratos se tienen que cumplir con los requisitos de un negocio jurídico, él entiende como regla general que hay contrato cuando dos o más personas convienen en crear, modificar o extinguir una relación y que la diferencia puntal o específica es la cuestión electrónica, ese medio con el que la contratación se da, además comenta que no existe disposición en la ley que prohíba que se pueda celebrar contratos a distancia, pero tampoco existen disposiciones legales que defina los parámetros por los que debe hacerse una contratación cuando hay distancia, sin

embargo en la práctica se han visto contratos hechos vía telefónica, mensaje de texto, redes; indica que el modo de la contratación electrónica a la larga lo que hace es darle una modalidad más al sistema de contratación que existe entre particulares e inclusive entre particulares frente al Estado, sólo que el modo debe ser distinto, suele utilizarse dispositivos, suele utilizarse por ejemplo correos electrónicos donde ya existe contratos por adhesión o que ya existen parámetros para que ciertas personas solamente se sujeten o acepten las cláusulas que el otro de los contratantes ha definido. Se concuerda entonces que la contratación electrónica no es sino una modalidad de la contratación en general, que la única diferencia radica en el medio a utilizar para perfeccionar el contrato.

Según la interrogante número dos ¿Ha contratado usted algún bien o servicio de manera electrónica? A la cual concuerdan los tres entrevistados que sí han realizado contrataciones de manera electrónica, indican dos de ellos a eso se dedican, es su trabajo y consideran que es un buen servicio porque se puede adquirir cualquier objeto y en ocasiones a un precio accesible; por otro lado, uno de los entrevistados indica que en la actualidad cualquier persona ha contratado de alguna u otra forma algún servicio o bien de manera electrónica, menciona el entrevista que por su parte sí ha contratado y adquirir bienes por ejemplo el Servicio de Open English de aprendizaje de inglés para práctica de pronunciación, un servicio de aprendizaje de hebreo y que además ha adquirido de manera electrónica música, aplicaciones para su aprendizaje como músico como también para el ejercicio de la profesión y estima que ésta clase de contratación se ha vuelto muy común. Se considera entonces que de acuerdo a las entrevistas realizadas tanto a la empresa AEROPOST DE GUATEMALA como al Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales que en la actualidad cualquier persona tiene acceso a internet y que diariamente se están llevando a cabo contrataciones electrónicas, desde objetos de poco valor como objetos o servicios de precios más elevados.

De conformidad con la interrogante número tres ¿En caso de controversia por incumplimiento de un contrato electrónico, a qué entidad acudiría y por qué? Los

entrevistados indican que acudirían a las empresas proveedoras del producto o servicio, sin embargo, dos de ellas mencionan que a la empresa para la que laboran ofrece un Seguro a los usuarios en caso de que pueda existir alguna controversia, algún siniestro durante el transporte en este caso AEROPOST DE GUATEMALA le cubre al cien por ciento el precio de los bienes o servicios, además indican que por lo general los proveedores siempre quieren quedar bien y que es muy difícil encontrar proveedores que no estén dispuestos a aceptar algún producto de regreso, y si ese fuere el caso entonces ya acuden al Seguro para reintegrar al cliente su inversión sin necesidad de acudir a órganos jurisdiccionales ya que hay productos que no valen la pena pelearlos porque se gastaría más en gastos legales que lo que realmente vale el producto. Sin embargo indica el Licenciado que existe una controversia o incumplimiento cuando el oferente no cumple con su parte del contrato, él indica que antes de aceptar un contrato primero se debe tener precaución y leer las condiciones y términos a que se está obligando; menciona también que no ha tenido un caso referido a un incumplimiento, pero que si en algún momento tuviese un caso acudiría en primera instancia a la misma empresa, en todo caso procuraría buscar legislación del país a la que pertenece la empresa para interponer una Queja, el licenciado indica que también podría acudir a la DIACO de acá del país para cumplir con el principio de definitividad y agotar los recursos que en el país puedan proporcionarse, podría acudir igualmente a la Procuraduría de los Derechos Humanos en términos muy generales, únicamente para agotar instancias para que pueda iniciarse un expediente de Derecho Internacional Privado. Coinciden entonces los entrevistados que acudirían primero a la empresa proveedora del producto o servicio antes de acudir a un órgano jurisdiccional establecido en el país porque puede solucionarse con más facilidad y rapidez.

En cuanto a la interrogante número cuatro, como conocedor del Derecho ¿cómo asesoraría a una persona que tenga conflictos surgidos de contratos electrónicos celebrados con empresas de otros países? Indican los encargados de AEROPOST DE GUATEMALA que no tienen ningún problema por conflictos surgidos de las contrataciones electrónicas ya que ellos cuentan con un seguro y éste cubriría el

valor del bien o servicios que puede ser hasta de millones, ellos prefieren solucionar el conflicto de manera interna para que puedan también continuar con el servicio que prestar. Sin embargo, el licenciado entrevistado indica que ya ha tenido casos así, que tuvo una experiencia en la adquisición de un seguro que fue contratado en Italia ante una empresa española para surtir efectos de un viaje de Italia y Guatemala, resulta que al final el siniestro sí ocurrió y la aseguradora no quiso pagar por lo sucedido, entonces, él tuvo agotar primero una instancia directa con la aseguradora, resulta que se pudo enterar que tal aseguradora española tenía oficinas en Guatemala por lo que tuvo que acudir directamente a lo estipulado en el contrato, y sí, el contrato estipulaba cómo solucionar el conflicto. Menciona entonces el licenciado que primero hay que ceñirse a la letra del contrato ya que ahí mismo se indica la modalidad para poder resolver alguna controversia; sin embargo indica el licenciado que muchas personas han optado por viajar y pagarle a un abogado que los acompañe para ir y resolver la controversia; el licenciado asesoraría a una persona indicándole que opte por acudir en forma conciliatoria ante las empresas y así resolver el problema; en el ámbito judicial menciona el licenciado que no ha llevado casos donde primero tenga que acudir primero a las instancias del Derecho Internacional Privado y específicamente al Principio Locus Regit Actum para determinar y se decida en qué país se llevará a cabo el juicio, qué juez y qué juzgado debe conocer, ya que es muy desgastante y eso es únicamente para determinar la razón del territorio, mas no del fondo del asunto. Los entrevistados entonces acuerdan que orientarían a una persona para que acuda directamente a la empresa porque es más rápido ya que si se acude al ámbito jurisdiccional es más tardado, se perdería tanto dinero como también tiempo.

De acuerdo a la pregunta número cinco ¿Qué seguridad jurídica proporcionan los contratos electrónicos? Dos de los entrevistados indican que confían más en su propio Seguro que el que les ofrecen los proveedores, por otro lado el licenciado indica que el contratante debe conocer sus derechos, porque hay personas que les es más fácil decir acepto o darle “Click” al botón de “acepto” al botón “pagar”, al botón “estoy conforme”, sin embargo no leen el contrato y que lastimosamente la

gente únicamente busca el satisfactor a su necesidad pero no leen los contratos, es entonces cuando la misma persona pone en riesgo su propia seguridad jurídica, su seguridad patrimonial ya que el contrato es ley entre las partes; además ya existen en Guatemala una Ley de Comunicaciones Electrónicas y de Firma Electrónica, de modo que si la legislación constitucional y ordinaria permite éste tipo de contratos es porque sí están revestidos de suficiente seguridad jurídica, el problema sería la falta de conocimiento o de imposición de términos en materia contractual para saber lo que está contratando. Se logra establecer entonces que existen dos puntos de vista, la primera que se prefiere pagar un seguro para no correr riesgos por algún incumplimiento o siniestro, por otro lado se indica que los contratos electrónicos gozan de seguridad jurídica, sin embargo los mismos contratantes arriesgan su propia seguridad jurídica cuando no leen los términos y condiciones al que se están obligando.

Por último, la interrogante número seis ¿Por qué es necesario regular en Guatemala una normativa referida a la contratación electrónica? Una de las personas entrevistadas indica que es necesario regular la contratación electrónica para que éste tipo de contratación sea más involucrada en Guatemala ya que traen muy buenos beneficios y facilidades, indica además que la tecnología va avanzando día a día por lo tanto Guatemala no debe quedar atrás; por otro lado, otra persona entrevistada menciona que sería mejor regularlo de manera internacional para que no exista un conflicto entre legislaciones; por su parte el licenciado indica que de momento depende, puede que sea necesario pero el problema es que ya existe un control de convencionalidad internacional tanto para entidades jurisdiccionales como para autoridades administrativas que deben respetarse, puede ser que la Constitución no diga mucho, a pesar de que dentro de sus primeros artículos regula la obligación o el deber del Estado en dar seguridad a las personas, por otro lado el Código de Comercio es muy pobre en cuanto a éste tipo de regulación y por subsidiariedad siempre se va a ir a la norma general que sería el Código Civil, y ahí se encuentran varias soluciones, las vías ya se tienen marcadas en el Código Procesal Civil y Mercantil, y en todo caso, por qué no considerar la existencia de una

Ley de Arbitraje que sobre toda materia mercantil puede ser utilizada para resolver controversias suscitada por contratación electrónica, ahora, eso es en cuanto a las regulaciones en cuanto a ésta materia en Guatemala, pero se debe recordar que existen principios UNIDROIT en materia Internacional que son códigos aplicables a la mayoría de países en donde imperan los principios de verdad sabida y buena fe guardada en materia contractual mercantil, entonces ya existe esta legislación, y Guatemala ya forma parte, el problema es que es legislación internacional y no necesariamente es legislación sobre Derechos Humanos para tener preeminencia sobre el derecho interno; sin embargo el mismo contrato puede decir donde se puede llevar a cabo la controversia, y si alguien le dio "Click" a acepto entonces no se puede acudir a las reglas del Derecho Internacional Privado porque la Lex Mercatoria y los principios UNIDROIT respaldan la forma o la modalidad de ése contrato aunque sea una contrato por Adhesión. Menciona entonces el licenciado que no sería mal tener una normativa específica en Guatemala que desarrolle los principios internacionales de Derechos Mercantil, de la Lex Mercatoria o de los Principios UNIDROIT. Se concluye entonces que no es necesario crear una Ley que regule la contratación electrónica, sin embargo no sería mal crear una que desarrolle los principios UNIDROIT o indicar bases para aplicar tales principios.

Se logra establecer entonces que en Guatemala son varias las personas que han sido afectadas por contratar vía electrónica, esto según las entrevistas, sin embargo, existen empresas como AEROPOST DE GUATEMALA que ofrecen seguros a sus usuarios, les proporcionan seguridad jurídica a sus contrataciones, y además pueden solucionar conflictos o controversias surgidos por incumplimientos de los mismos contratos, por ello es que son varias también las empresas que han sido beneficiadas y han sabido aprovechar tal circunstancia, esto de acuerdo a que hay empresas que se dedican a realizar transacciones vía internet actuando como intermediarios entre el cliente y la empresa a la cual se va adquirir algún bien o servicio; sin embargo, hay personas que contratan electrónicamente algún bien o servicio sin intervención o intermediación de alguna empresa sino que lo hacen directamente, pagan con su tarjeta de crédito, y dependiendo a qué empresa

contraten pueden ocasionarles conflictos y es ahí donde surgen los conflictos por incumplimiento de los contratos y el cliente pierde porque no recibe el objeto aun habiéndolo pagado. Además prefieren no acudir a un órgano jurisdiccional para agotar en primera instancia el Derecho Internacional Privado acudiendo al principio Locus Regit Actum referido al lugar donde se celebra el acto, porque en primer lugar, no se sabe dónde se celebró el acto, ya que se han utilizados ordenadores o teléfonos inteligentes para realizar los contratos sin embargo no se logra establecer con exactitud el lugar donde cada persona está al realizar la contratación, por ejemplo: Brandon Alexander Rodas Méndez contrata con una empresa de Holanda un teléfono celular, Brandon Alexander realiza el pago con su tarjeta de crédito, acepta los términos del contrato que anteriormente fue preparado por la empresa, sin embargo el bien nunca se recibió, además no se sabe dónde se celebró el acto, si fue en el país de Holanda o en Guatemala, es allí donde las normas del Derecho Internacional Privado se aplican o intervienen para resolver la controversia, si se aplican las leyes de Holanda o de Guatemala.

Además las mismas personas por no tener una cultura de lectura únicamente dan “Acepto” a los términos del contrato, sin embargo, no saben las cláusulas y los términos a los cuales se están obligando, sin embargo hay cláusulas de sumisión que obligan al cliente a que en caso de controversia se sometan a los tribunales del país donde la empresa tiene su sede, es decir, el cliente tendría que viajar al país donde contrato, en éste caso a Holanda, para ventilar su conflicto ante los tribunales de ese país, todo esto porque el cliente no ha leído los términos del contrato, recordando también que el contrato es ley entre las partes; en el caso de que no existiere pacto de sumisión tendría que acudir primero a los tribunales para que por medio de las normas del Derecho Internacional Privado pueda resolverse a qué norma, país, y órgano deba conocer el conflicto. Es el caso que en Guatemala las personas prefieren perder su dinero y no acudir a los órganos jurisdiccionales guatemaltecos o viajar al país donde se ha contratado para resolver su conflicto.

Se comprueba entonces que el principio *Locus Regit Actum* referido al Lugar donde se realiza el acto como un principio del Derecho Internacional Privado no se aplica con el surgimiento de una controversia en el ámbito internacional por la celebración de un contrato electrónico, ya que las personas prefieren acudir directamente a las empresas proveedoras y no a los órganos jurisdiccionales para ventilar un proceso porque implica inversión de dinero y de tiempo.

CONCLUSIONES

- a) La contratación electrónica es una modalidad de la contratación en general por medio de la cual las personas se obligan y crean, modifican o extinguen obligaciones haciendo uso del internet, siendo uno de los más utilizados en la actualidad.
- b) El Derecho Internacional Privado es una rama del Derecho que se aplica en los conflictos surgidos entre personas de diferente nacionalidad para determinar qué legislación se va a aplicar en un caso en concreto, sin embargo, en la contratación electrónica no se puede determinar el lugar donde se está celebrando el acto.
- c) Son varias las personas que optan no seguir un proceso ante un órgano jurisdiccional ya sea porque el bien, objeto de la controversia es de un precio inferior y prefieren perder el dinero que han invertido y evitar perder tiempo durante la ventilación del conflicto en un órgano jurisdiccional y agotar en primera instancia los principios del Derecho internacional Privado para saber qué país y qué normativa va a aplicarse.
- d) Son varias las empresas que han sabido aprovechar el vacío legal que los legisladores han dejado al no proporcionar seguridad jurídica a los contratos electrónicos, sin embargo las empresas ofrecen Seguros en caso de siniestro o pérdida en cuanto al producto objeto del contrato.
- e) En la actualidad cualquier persona tiene acceso a internet, por ello la contratación electrónica es una de las más utilizadas día a día, sin embargo únicamente se encuentra una definición de Contratación Electrónica en la Ley de Reconocimiento de Comunicaciones y Firma Electrónica, misma que varias personas no tienen conocimiento.

RECOMENDACIONES

- a) Es necesario regular una normativa que desarrolle la aplicación de los Principios UNIDROIT y así se aplicarían con más frecuencia y no únicamente como una norma subsidiaria.

- b) Que las personas antes de comprar algún bien por internet se informen para saber las políticas de la empresa, que sean personas que lean el contrato antes de adherirse al mismo y aceptar las condiciones estipuladas por las empresas para no tener problemas. Además que conozcan la seriedad de la empresa a la cual van a contratar.

- c) Por el desconocimiento de las contrataciones electrónicas es necesario realizar diversos foros o charlas para informar a las personas las ventajas y desventajas que existen por contratar electrónicamente.

REFERENCIA CONSULTADA

BIBLIOGRÁFICAS

- Álvarez Didyme, Manuel José. Contratos mercantiles. Colombia. Universidad de Ibagué. 2012.
- Álvarez Loera, Graciela. Nociones de derechos civil y mercantil. México. Instituto Politécnico Nacional. 2007.
- Aspatore, Jonathan. El día en comercio electrónico: comprenda que necesita hacer para estar a la vanguardia en el comercio actual. México. McGraw Hill. 2001.
- Barrera Graf, Jorge. Instituciones de derecho mercantil, México, Porrúa, 1999.
- Cabanellas, Guillermo. Diccionario de Derecho Usual, Tomo I, Argentina, Editorial Heliasta S.R.L, 1976,
- Dávalos Fernández, Rodolfo. Derecho internacional privado: Parte general. La Habana, Cuba. Editorial Félix Varela. 2006.
- Fernández Fernández, Rodolfo. El contrato electrónico: formación y cumplimiento. España. Bosch Editor. 2013.
- Gilberto Boutin I.: Derecho Internacional Privado.
- Hooft, Eduardo. Derecho Internacional Privado al alcance de todos. 1ª edición. EUDEM. Argentina. 2012.
- J.C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo: Derecho Internacional Privado.
- J.M.Echemendía García: Derecho Internacional Privado.
- Kaba, Ibraim. Elementos básicos del comercio electrónico. La Habana, Cuba. Editorial Universitaria. 2008.
- Lex rei sitae. Ossorio, Manuel. Diccionario de ciencias jurídicas, sociales y políticas. 1ª edición. Heliasta. Argentina. 2005.
- Obando P. Juan José. Contratos electrónicos y digitales. Costa Rica. R.E.D.I. 2001.
- Ochaita, Carlos Larios. Derecho Internacional Privado. Octava edición. Guatemala. Editorial Maya Wuj, 2013.

- Osorio Manuel. Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, Argentina, Editorial Heliasta S.R.L., 1981.
- Romero del Prado, Víctor N. Derecho Internacional Privado, Assandri. Córdoba, España. 1961.
- Sánchez De Bustamante y Antonio Sirvén: El Código de Derecho Internacional Privado y la Sexta Conferencia Panamericana. Imprenta Avisador Comercial, La Habana, 1929.
- Seoane, Eloy, La nueva era del comercio electrónico: Historia del comercio electrónico. España: Vigo, 2005.

NORMATIVAS

- Constitución Política de la República de Guatemala de la Asamblea Nacional Constituyente de 1985.
- Ley del Organismo Judicial, decreto número 2-89 del Congreso de la República de Guatemala.
- Código de Comercio, decreto número 2-70 del Congreso de la República.
- Ley de Reconocimiento de Comunicaciones y Firma Electrónica, decreto número 47-2008 del Congreso de la República.
- Código Procesal Civil y Mercantil, decreto ley número 107, del Jefe de la República, Enrique Peralta Azurdia.

ELECTRÓNICAS

- “Contrato mercantil”. Enciclopedia Jurídica. disponible en: <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/contrato-mercantil/contrato-mercantil.htm> fecha de consulta: 12.04.2016.
- “Contratos mercantiles formales”. Enciclopedia Jurídica. disponible en: <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/contratos-mercantiles-formales/contratos-mercantiles-formales.htm> fecha de consulta: 12.04.2016.
- Am-Abogados.com. Alzate Monroy, Patricia. El contrato definición y tipos, Zaragoza, España, 2008, Disponible en <http://www.am-abogados.com/blog/el-contrato-definicion-y-tipos/110/> Fecha de consulta 13/06/2014.

- Autonomía de la voluntad privada. Enciclopedia Jurídica. 2014. Disponible en: <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/autonomia-de-la-voluntad-privada/autonomia-de-la-voluntad-privada.htm> fecha de consulta: 21.03.2016.
- Batuecas Caletrió, Alfredo. Contratación electrónica. España. pág. 1. Disponibilidad y acceso: <http://campus.usal.es/~derinfo/Material/ITIG/2008-itigt5.pdf> fecha de consulta: 24.05.2016.
- Burgueño, Pablo F. Tipos y clasificación de contratos electrónicos. España. 2010. Disponibilidad y acceso: <http://www.pabloburgueno.com/2010/06/tipos-y-clasificacion-de-contratos-electronicos/> fecha de consulta: 23.05.2016
- Google Sites. Evolución del comercio electrónico. Disponible en: <https://sites.google.com/site/webcelectronico/evolucion-del-comercio-electronico/historia-y-origen> fecha de consulta: 14.04.2016.
- Lex Fori. Enciclopedia Jurídica. 2014. Disponible en: <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/lex-fori/lex-fori.htm>. fecha de consulta: 21.03.2016.
- Locus regit actum. Enciclopedia Jurídica. 2014. Disponible en. <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/locus-regit-actum/locus-regit-actum.htm>. fecha de consulta: 21.03.2016.
- Ministerio de Hacienda de Costa Rica. Los contratos electrónicos y digitales. Costa Rica, REDI. 2001. Disponibilidad y acceso: <http://www.hacienda.go.cr/> fecha de consulta: 23.05.2016.
- Pérez Bonachea, Mayren. El contrato electrónico y vicios del consentimiento. Ámbito Jurídico. Disponibilidad y acceso: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8564 fecha de consulta: 23.05.2016.

OTRAS REFERENCIAS

- AR. Revista de Derecho Informático. Núm. 034. Argentina. Alfa-Redi. 2001.

ANEXOS



1. Modelo de Instrumento

Entrevista

Instrucciones: A continuación se le formularán una serie de interrogantes, mismas que se le solicita amablemente pueda responder. Sus respuestas serán de suma importancia para el desarrollo de la tesis "Principio locus regit actum y los contratos electrónicos mercantiles", y las mismas serán utilizadas de forma confidencial y con fines estrictamente académicos. Desde ya, se agradece su colaboración al respecto.

1. ¿Cómo cree usted que se da la contratación electrónica?
2. ¿Ha contratado usted algún bien o servicio de manera electrónica?
3. ¿En caso de controversia por incumplimiento de un contrato electrónico, a qué entidad acudiría y por qué?
4. ¿Como conocedor del Derecho, cómo asesoraría a una persona que tenga conflictos surgidos de contratos electrónicos celebrados con empresas de otros países?
5. ¿Qué seguridad jurídica proporcionan los contratos electrónicos?
6. ¿Por qué es necesario regular en Guatemala una normativa referida a la contratación electrónica?