

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

**"LA PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR Y USUARIO GUATEMALTECO EN LOS NEGOCIOS
JURÍDICOS DENTRO DEL COMERCIO ELECTRÓNICO INTERNACIONAL"**

TESIS DE GRADO

JOSÉ GABRIEL MARÍN LUNA
CARNET 10479-09

GUATEMALA DE LA ASUNCIÓN, AGOSTO DE 2015
CAMPUS CENTRAL

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

"LA PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR Y USUARIO GUATEMALTECO EN LOS NEGOCIOS
JURÍDICOS DENTRO DEL COMERCIO ELECTRÓNICO INTERNACIONAL"

TESIS DE GRADO

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

POR
JOSÉ GABRIEL MARÍN LUNA

PREVIO A CONFERÍRSELE
LOS TÍTULOS DE ABOGADO Y NOTARIO Y EL GRADO ACADÉMICO DE LICENCIADO EN CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

GUATEMALA DE LA ASUNCIÓN, AGOSTO DE 2015
CAMPUS CENTRAL

AUTORIDADES DE LA UNIVERSIDAD RAFAEL LANDÍVAR

RECTOR: P. EDUARDO VALDES BARRIA, 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: MGTR. ALAN ALFREDO GONZÁLEZ DE LEÓN
DIRECTOR DE CARRERA: LIC. ERICK MAURICIO MALDONADO RÍOS
DIRECTOR DE CARRERA: MGTR. ENRIQUE FERNANDO SÁNCHEZ USERA
DIRECTORA DE CARRERA: MGTR. ANA BELEN PUERTAS CORRO

NOMBRE DEL ASESOR DE TRABAJO DE GRADUACIÓN

LIC. ALEJANDRA BERMÚDEZ BARREDA

TERNA QUE PRACTICÓ LA EVALUACIÓN

LIC. DEBBIE MICHELLE SMITH ALVARADO

Guatemala 19 de junio de 2015.

Señores

Miembros del Consejo

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

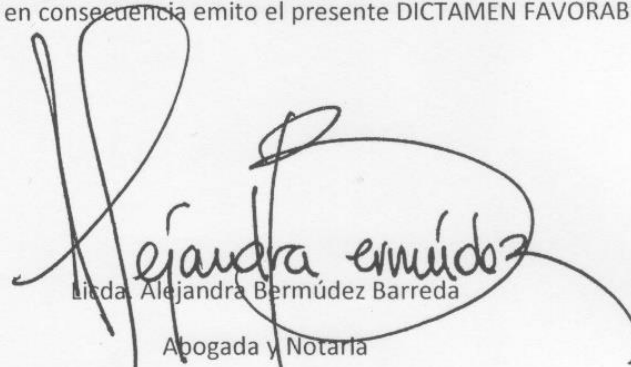
Universidad Rafael Landívar

Respetables Miembros:

En atención al nombramiento que en su oportunidad me fuera discernido, he procedido a asesorar al alumno JOSÉ GABRIEL MARÍN LUNA en su trabajo de tesis titulado "LA PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR Y USUARIO GUATEMALTECO EN LOS NEGOCIOS JURÍDICOS DENTRO DEL COMERCIO ELECTRÓNICO INTERNACIONAL".

A juicio de esta asesora, dicho trabajo responde a los objetivos de la elaboración de una Tesis de Licenciatura, al alumno ha cumplido con los requisitos que establece el reglamento y atendió las observaciones realizadas, en consecuencia emito el presente DICTAMEN FAVORABLE.

Atentamente,



Linda Alejandra Bermúdez Barreda
Abogada y Notaria

Alejandra Bermúdez Barreda
Abogada y Notaria

Guatemala, 14 de Agosto de 2015

Señores
Miembros del Consejo
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad Rafael Landívar
Ciudad

Honorables Miembros del Consejo:

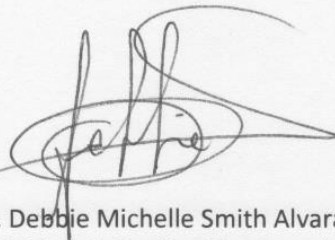
Me dirijo a ustedes con el objeto de hacer de su conocimiento que, en cumplimiento al nombramiento recaído en mi persona; procedí a realizar la revisión de forma y fondo del trabajo de tesis titulado "**LA PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR Y USUARIO GUATEMALTECO EN LOS NEGOCIOS JURÍDICOS DENTRO DEL COMERCIO ELECTRÓNICO INTERNACIONAL**" elaborado por el estudiante **JOSÉ GABRIEL MARÍN LUNA** de carné número 1047909.

Luego de efectuada la revisión, se sugirieron algunas correcciones al alumno, quien cumplió con presentar las mismas dentro del plazo establecido en el Instructivo de Tesis de la Facultad. En tal virtud, considero que el contenido de la tesis referida es novedoso y de gran utilidad además que se encuentra estructurado conforme a los requerimientos y regulaciones existentes en la Universidad Rafael Landívar.

Por lo expuesto, emito **DICTAMEN A FAVOR** del trabajo de tesis investigado y elaborado por **JOSÉ GABRIEL MARÍN LUNA**, a efecto de que continúe con los procedimientos establecidos por la Universidad Rafael Landívar.

Habiendo cumplido con la designación encomendada por esta Facultad, me suscribo con muestras de mi consideración y respeto.

Atentamente,



Mgtr. Debbie Michelle Smith Alvarado
Catedrático de Dedicación Completa.



Universidad
Rafael Landívar
Tradición Jesuita en Guatemala

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
No. 07622-2015

Orden de Impresión

De acuerdo a la aprobación de la Evaluación del Trabajo de Graduación en la variante Tesis de Grado del estudiante JOSÉ GABRIEL MARÍN LUNA, Carnet 10479-09 en la carrera LICENCIATURA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES, del Campus Central, que consta en el Acta No. 07430-2015 de fecha 14 de agosto de 2015, se autoriza la impresión digital del trabajo titulado:

“LA PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR Y USUARIO GUATEMALTECO EN LOS NEGOCIOS JURÍDICOS DENTRO DEL COMERCIO ELECTRÓNICO INTERNACIONAL”

Previo a conferírsele los títulos de ABOGADO Y NOTARIO y el grado académico de LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Dado en la ciudad de Guatemala de la Asunción, a los 14 días del mes de agosto del año 2015.


MGTR. ALAN ALFREDO GONZÁLEZ DE LEÓN, SECRETARIO
CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
Universidad Rafael Landívar



DEDICATORIA

A Dios por enseñarme el camino.

A mis padres, que siempre estuvieron
a mi lado en esta increíble experiencia.

A mis hermanos, quienes son mi apoyo para seguir
adelante en cualquier situación.

A mis amigos, quienes hicieron
de esta travesía la mejor de todas.

Responsabilidad: *“El autor es el único responsable del contenido y conclusiones de la tesis”.*

RESUMEN

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

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

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

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

ÍNDICE

	Página
INTRODUCCIÓN	v
CAPÍTULO 1: COMERCIO ELECTRÓNICO	1
1.1. Concepto.....	1
1.2. Negocio jurídico y contrato electrónico	5
1.3. Elementos y características	9
1.4. Derechos y obligaciones derivados de negocios jurídicos.....	14
CAPÍTULO 2: PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR Y USUARIO	23
2.1. Conceptos.....	23
2.2. Principales derechos	25
2.3. Regulación de derechos	35
2.4. Agencia gubernamental.....	39
CAPÍTULO 3: JURISDICCIÓN COMPETENTE Y DERECHO APLICABLE	43
3.1. Conceptos.....	43
3.2. Teorías de la jurisdicción competente.....	47
3.3. Teorías del derecho aplicable.....	51
CAPÍTULO 4: PRESENTACIÓN, ANÁLISIS Y DISCUSIÓN DE RESULTADOS	64
4.1. Protección al consumidor y usuario	64
4.2. Jurisdicción competente y derecho aplicable.....	76
CONCLUSIONES	86
RECOMENDACIONES	88
REFERENCIAS	90
ANEXOS	94

INTRODUCCIÓN

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

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

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

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

Se utilizará como unidad de análisis la legislación nacional, contemplando la Ley de acceso a la información pública, la Ley para el reconocimiento de las comunicaciones y firmas electrónicas, la Ley de protección al consumidor y usuario y Reglamento de la Ley de protección al consumidor y usuario, entre otros. Serán empleados como instrumentos cuadros de cotejo entre los principales derechos de consumidores y usuarios, y las unidades de análisis.

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

Para tal efecto se tendrá como objetivo general determinar cuál es la protección al consumidor y usuario guatemalteco en los negocios jurídicos dentro del comercio electrónico internacional. Y como objetivos específicos: (i) analizar los distintos instrumentos jurídicos que reconocen derechos al consumidor y usuario guatemalteco a efecto de determinar el alcance y congruencia de los mismos; (ii) determinar la jurisdicción competente para conocer sobre las acciones de los consumidores y usuarios guatemaltecos derivadas de los negocios jurídicos dentro del comercio electrónico internacional; y (iii) establecer el derecho aplicable para ejercitar los derechos y exigir las obligaciones por el consumidor y usuario guatemalteco que nacen de los negocios jurídicos dentro del comercio electrónico internacional.

Por otra parte, el alcance que tendrá esta investigación se concretará en la determinación de la protección efectiva que gozan los consumidores y usuarios guatemaltecos en los contratos internacionales por medio del comercio electrónico, el cual se realizará de acuerdo a las siguientes delimitaciones: Se analizará únicamente con relación a los negocios jurídicos realizados por medios electrónicos entre un usuario guatemalteco que se encuentre dentro del territorio de la República de Guatemala y un contratante extranjero que se encuentre fuera de la República de Guatemala y que no utilice una plataforma propiedad de un tercero para proveer los bienes o servicios.

Así mismo, no se entrará a analizar sobre la protección a los consumidores o usuarios derivados de contratos de transporte, sea de personas o de bienes, y contratos en materia financiera o bancaria. Tampoco se analizarán casos específicos, por lo que, al determinar el derecho aplicable en los incumplimientos de contrato, únicamente se establecerá la fórmula para determinar, en términos generales, qué derecho deberá aplicar el tribunal competente.

Como límites de la misma se identificaron el crecimiento y evolución del comercio electrónico, la dificultad y demora de los procesos para la reforma y derogación de leyes y reglamentos por parte del Congreso de la República de Guatemala (el Congreso) y los Ministerios de Estado del Organismo Ejecutivo y la omisión del Estado de Guatemala en ratificar instrumentos internacionales relacionados con la protección a los consumidores y usuarios dentro del comercio electrónico. Son considerados como un obstáculo de la presente investigación, la falta de legislación nacional actualizada y aplicable a los negocios jurídicos realizados por medios electrónicos. Lo anterior se superará por medio de la revisión de instrumentos legales y de recomendaciones emitidas por instituciones internacionales relacionadas al comercio mercantil y la evolución del comercio electrónico que, a pesar de no contar con la ratificación por parte del Estado de Guatemala, son de gran utilidad para la interpretación de las instituciones jurídicas.

El aporte será, con base en la falta de regulación del comercio electrónico, la vulnerabilidad que este comercio trae en las contrataciones internacionales con consumidores y usuarios que no son expertos o conocedores en el tema y la inexactitud en la determinación de derechos reconocidos para los contratantes por medios electrónicos, dar una guía al consumidor y usuario guatemalteco sobre el reconocimiento de sus derechos en negocios jurídicos transfronterizos realizados por medios electrónicos dentro de los instrumentos legales nacionales, anhelando reunir en un solo documento dichos derechos y sobrepasar la dificultad en su identificación generada por la gran cantidad de cuerpos legales dentro de la legislación guatemalteca.

El capítulo uno abordará la concepción doctrinaria y los principales elementos y derechos que emanan del negocio jurídico y el comercio electrónico. El capítulo dos desarrolla la protección al consumidor y usuario y describe de forma breve los principales derechos de los consumidores y usuarios reconocidos por la legislación guatemalteca y la doctrina. El capítulo tres aclara los conceptos y las reglas para la determinación de la jurisdicción competente y el derecho aplicable a los conflictos generados por las contrataciones objeto de este trabajo y por último el capítulo

cuatro presenta un análisis de lo expuesto con el objetivo de señalar los resultados de la investigación.

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

CAPÍTULO 1: COMERCIO ELECTRÓNICO

1.1. Concepto

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

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

Es tan amplio el ámbito de aplicación del comercio electrónico, que en la doctrina se puede encontrar definiciones de cualquier campo. Por ejemplo, Rayport y Jaworski, desde una perspectiva mercadológica, señalan que el comercio electrónico son “*intercambios mediados por la tecnología entre diversas partes (individuos, organizaciones, o ambos), así como las actividades electrónicas dentro y entre organizaciones que faciliten esos intercambios*”³. Desde un punto económico el Grupo de Trabajo sobre Comercio Electrónico y Comercio Exterior, dependiente del Ministerio de Economía de Argentina, citado por Hoczman, ha señalado que es “*el conjunto de transacciones comerciales y financieras realizadas por medios*

¹ Hoczman, Heriberto Simón, *Negocios en Internet: E-commerce. Correo electrónico. Firma digital*, Argentina, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 2005, Pág. 2.

² Barrios Osorio, Omar Ricardo, *Derecho e Informática: Aspectos fundamentales / Tercera edición*, Guatemala, Ediciones Mayte, 2006, Pág. 282.

³ Rayport, Jeffrey F. y Bernard J. Jaworski, *E-Commerce*, Traducción de Concepción Verania de Parres Cárdenas, México, Programas Educativos, S.A. de C.V., 2007, Pág. 5.

electrónicos. Esto es, el procesamiento y la transmisión electrónica de datos, incluyendo texto, sonido e imagen.”⁴

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

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

Para Rayport y Jaworski se deben reconocer cuatro categorías del *e-commerce* tomando en cuenta los sujetos que interactúan en el negocio jurídico:

1. De negocio a negocio (NAN): Este ocurre cuando dos organizaciones o empresas realizan las actividades comerciales que pueden abarcar administración de inventarios, de proveedores, de canales de distribución entre otras. Algunos ejemplos conocidos son *www.chemdex.com* o *www.freemarkets.com*.
2. De negocio a consumidor (NAC): Enfocada al público en general, surge con el intercambio de actividades entre empresas a consumidores, donde las primeras ponen a disposición del consumidor o usuario la venta de productos o servicios,

⁴ Hocsman, Heriberto Simón. *Op. cit.* Pág. 4.

⁵ Congreso de la República de Guatemala, Decreto 47-2008, Ley para el Reconocimiento de las Comunicaciones y Firmas Electrónicas, artículo 2.

pudiendo éste último disponer de una gran variedad de información detallada de los mismos. En éste tipo de contratación, por tratarse de un consumo final, podrán aplicarse las normas de protección a los consumidores y usuarios, que de acuerdo a la legislación guatemalteca se consideran de orden público internacional. Esta categoría será el enfoque de la presente Tesis de Grado.

3. De consumidor a consumidor (CAC): Surge de intercambios entre dos o más consumidores, donde puede o no intervenir un tercero. Un claro ejemplo de esta categoría de e-commerce es *eBay*, donde la plataforma de *www.ebay.com* únicamente actúa como intermediario entre los dos interesados.
4. De consumidor a negocio (CAN): La categoría más inusual, en ésta los consumidores pueden unificarse y realizar un grupo de compradores o adquiridores de servicios y presentarse al negocio sin la necesidad de una oferta previa.⁶

Barrios, al referirse a ésta clasificación agrega las clases de (5) “*Gobierno a Consumidor (G2C)*” y (6) “*Negocio a Gobierno (B2G)*”, que en Guatemala se llevan a cabo por medio del portal de *www.guatecompras.gt*⁷

Por su parte Ruiz Huidobro lo clasifica, de acuerdo a la forma como se lleva a cabo, en directo e indirecto. En el primero, señala, tanto el pedido y el pago del producto o servicio se lleva de forma electrónica, es decir, el total de la transacción celebrada se completa sobre la red. En cambio, en la indirecta una parte de la transacción es celebrada fuera de la red, normalmente es luego del pedido del producto, pues éstos necesitan ser enviados de forma física utilizando los canales tradicionales de distribución, interrumpiendo así la interacción meramente electrónica entre los sujetos⁸.

Una vez definida la clasificación del comercio electrónico corresponde el identificar las características que lo diferencian del comercio ordinario. Tomando en cuenta los

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

⁷ Barrios Osorio, Omar Ricardo. *Op. cit.* Pág. 290.

⁸ Hocsman, Heriberto Simón. *Op. cit.* Pág. 9.

conceptos citados y la doctrina se presentan las características que se consideran más relevantes sobre el *e-commerce*.

Hocsman analiza los elementos del *e-commerce* y enlista las que considera son sus principales características que a la vez generan ventajas y desventajas de este tipo de comercialización, las que se resumen a continuación: **a)** Las operaciones son realizadas por vías electrónicas o digitales, obteniendo una rapidez en las comunicaciones entre las partes; **b)** Traspasa no solos fronteras espaciales sino que también temporales, permitiendo una interacción las veinticuatro horas del día en cualquier lugar del mundo; **c)** Existe una reducción de costos y sujetos intervinientes, tales como comisionistas o intermediarios; **d)** Acceso a cualquier empresa, beneficiando a pequeñas y medianas empresas para poder contratar con terceros; **e)** Existe una ampliación del mercado, dando la oportunidad a que las partes puedan contratar sin importar el domicilio de las mismas. Sin embargo, surge la problemática de no poder identificar a las otras partes, debiendo desarrollar un sistema de seguridad para realizar los negocios; **f)** Existe tanto una respuesta inmediata por la comunicación simultánea como la oportunidad de comunicaciones separadas con un historial; y **g)** Genera innovación en las ofertas y mayor competitividad entre las empresas, dando oportunidades a pequeños empresarios de abrir o ingresar a un mercado comercial.⁹

Por su parte Reyport y Jaworski¹⁰ agregan otras características del comercio electrónico que, a su parecer, lo diferencia totalmente del comercio ordinario. Esas características son:

1. Los oferentes se benefician de la innovación y su velocidad por su facilidad de uso, la eficacia operativa, el establecimiento de marcas y otros elementos para mantener o aumentar la diferenciación de sus productos o servicios.
2. El consumidor o usuario tiene la facilidad de comparar productos o servicios, respectivamente, entre varios sitios.

⁹ *Loc. cit.*

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

3. Las empresas se encuentran obligadas a adaptarse a la capacidad de respuesta, por lo que el servicio de las “tiendas” es prolongado y mejorado constantemente.
4. Al emplear una técnica de “autoservicio” en las plataformas web, los clientes tienen un mejor y mayor control sobre las interacciones con el oferente.
5. La tecnología permite a las empresas tener un conocimiento del comportamiento de los consumidores y usuarios, normalmente a través de terceras empresas que llevan un registro de los comportamientos de sus potenciales clientes (a través de los llamados *cookies*): sitios web visitados, duración de las visitas, transacciones realizadas, etc.
6. Beneficia a los empresarios al aumentar el precio de sus productos o servicios por la cantidad de consumidores o usuarios que utilizan los productos.

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

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

1.2. Negocio jurídico y contrato electrónico

Para Manuel Ossorio *“en la moderna literatura jurídica se da este nombre [negocio jurídico] a todo acto voluntario y lícito realizado de conformidad con una norma jurídica*

*que tenga por finalidad directa y específica crear, conservar, modificar, transferir o extinguir derechos y obligaciones dentro de la esfera del Derecho Privado*¹¹.

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

El negocio jurídico, manifiesta Aguilar, es una mera declaración de voluntad que busca la obtención de un fin práctico, efecto que se produce como consecuencia de esa expresión (exteriorización) de voluntad y el resguardo que el ordenamiento jurídico le otorga, siendo el contrato, el negocio jurídico por excelencia¹³.

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

Para clarificar el comentario anterior es necesario contar con uno o varios conceptos de lo que se entiende por contrato, por lo que, en sentido amplio, es el acuerdo de voluntades con la finalidad de crear, modificar o extinguir obligaciones relativas a hacer, no hacer, dar o permitir. Manuel Ossorio lo define como el *“pacto o convenio entre partes que se obligan sobre materia o cosa determinada a cuyo cumplimiento pueden ser compelidas”*¹⁴, y Contreras, por su parte, amplía la definición concordando con la aclaración destacada anteriormente, pues señala que es un negocio jurídico bilateral [entendiendo que un negocio jurídico unilateral no constituye un contrato] que debe nacer de un acuerdo entre partes con capacidad

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

¹² Barrios Osorio, Omar Ricardo. *Op. cit.* Pág. 79.

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

¹⁴ Contrato, Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Judiciales, Guatemala, *Ibid.* pág. 217.

[legal] para crear, modificar, transmitir o extinguir obligaciones¹⁵. La capacidad legal que manifiesta se ampliará al analizar los elementos del contrato.

El contrato electrónico por su parte, tiene características especiales que complementan las anteriores definiciones, siendo el comercio electrónico una actividad que se llevará a cabo por medio de un *instrumento* o con la utilización de dicho instrumento. Los contratos electrónicos son acuerdos iniciados, perfeccionados y concluidos por medio de ese instrumento¹⁶. Hocsman cita a dos autores Jinena Leiva y Brizio, quienes definen el contrato electrónico como “*el intercambio telemático de información entre personas que da a una relación comercial, consistente en la entrega en línea de bienes intangibles o en un pedido electrónico de bienes tangibles*” y “*a la realización mediante la utilización de algún elemento electrónico, con influencia decisiva, real y directa sobre la formación de la voluntad, el desenvolvimiento o la interpretación de un acuerdo*”¹⁷, respectivamente.

Fernando Ramos, citado por Barrios, fija que por medio del contrato electrónico las partes adquieren las obligaciones de dar, hacer o no hacer alguna cosa. En esta clase de contratos, señala, surgen diferentes problemas derivados que el acuerdo de voluntades no puede llevarse a cabo de forma directa, pues una de las características del contrato electrónico es que las declaraciones de voluntad de los sujetos se manifiestan a través de medios electrónicos¹⁸.

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

¹⁵ Contreras Ortiz, Rubén Alberto. *Obligaciones y negocios jurídicos civiles (Parte General)*, Guatemala, Universidad Rafael Landívar / Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004, Pág. 41.

¹⁶ Bastidas García, José Manuel y Elías Cardona Bermúdez. “El comercio electrónico y la protección al consumidor en Venezuela”, *Télématique: Revista Electrónica de Estudios Telemáticos*. Volumen 7, Edición No. 1, Venezuela, 2008, Universidad Rafael Bellosillo Chacín, pág. 45.

¹⁷ Hocsman, Heriberto Simón. *Op. cit.* Pág. 78.

¹⁸ Barrios Osorio, Omar Ricardo. *Op. cit.* Pág. 91.

forma electrónica, sino también el cumplimiento de las obligaciones de las partes (directo)¹⁹.

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

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

Segundo, se refiere a contratos electrónicos totales, aquellos que todas sus etapas se realizan de forma electrónica, es decir, desde el consentimiento (oferta y aceptación) hasta la ejecución de las obligaciones y cumplimiento de las contraprestaciones se realizan en soporte electrónico y no material; y los contratos electrónicos parciales, cuando el elemento electrónico existe únicamente en su consentimiento o en su ejecución.²⁰

Vladimir Aguilar, citado por Barrios, ha concluido que la forma del contrato o negocio jurídico *“radica en la idea de que la forma consiste en el medio expresivo o de exteriorización de la declaración de voluntad de los sujetos del acto jurídico negocial y, en particular, del contrato”*²¹. En Guatemala, por la necesidad de asegurar la conservación de lo pactado y las declaraciones de voluntad se ha regulado, para ciertos contratos, los requisitos de forma que se deberán cumplir para poder exteriorizarlos y ser válidos frente a terceros. Sin embargo, los Códigos Civil y de

¹⁹ Recalde Castells, Andrés. “Comercio y Contratación Electrónica”, *Informática y Derecho*, Jornadas sobre Contratación Electrónica, Privacidad e Internet, España, 1999, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Centro Regional de Extremadura en Mérida, Pág. 39.

²⁰ Hocsman, Heriberto Simón. *Op. cit.* Pág. 79.

²¹ Barrios Osorio, Omar Ricardo. *Op. cit.* Pág. 83.

Comercio validan el principio de libertad de forma señalando, el primero que *“cuando la ley no declare una forma específica para un negocio jurídico, los interesados pueden usar la que juzguen conveniente”*²² y el segundo que los contratos de comercio no se sujetan a formalidades especiales, sin importar la forma o el idioma las partes quedan obligadas como quisieron obligarse²³. Éste principio abre las puertas para una nueva forma de contratación cuando el objeto del contrato no tenga una forma determinada (como escritura pública para la compraventa de bienes inmuebles), dando lugar a la consideración de la contratación electrónica como una alternativa válida de exteriorización de la voluntad entre las partes y del negocio jurídico.

1.3. Elementos y características

Para validez del contrato electrónico se requerirá la existencia de 4 elementos básicos que deberán cumplir todos los contratos, sin distinción del objeto. El primero es la **capacidad**: Quien realiza la declaración de voluntad debe ser considerado por la legislación apto para ejercer sus derechos civiles y para contraer obligaciones frente a terceros, así mismo debe tener la facultad para comprender lo realizado (obligarse). En este tipo de contratos es difícil identificar la capacidad de las partes contratantes, sin embargo existen mecanismos de seguridad que adoptan los oferentes para lograr individualizar al consumidor, tales como certificados de firma digital, pagos con tarjeta de crédito, firmas digitales (reconocidas en legislación guatemalteca), formularios de información sensible, entre otros. En Guatemala la capacidad legal se adquiere por la mayoría de edad a los dieciocho años, una vez no adolezca de enfermedades que le impidan el discernimiento o sea declarado en interdicción, y en algunos casos a los mayores de quince años que puedan responder por sus acciones²⁴.

²² Jefe del Gobierno de la República de Guatemala, Decreto-Ley No. 106, Código Civil, artículo 1256.

²³ Congreso de la República de Guatemala, Decreto Número 2-70, Código de Comercio, artículo 671.

²⁴ Jefe del Gobierno de la República de Guatemala, Decreto-Ley No. 106, Código Civil, artículo 8.

Si el oferente es una persona jurídica deberá, para cumplir con el elemento de capacidad, estar inscrito en el Registro público correspondiente en su país de domicilio (o nacionalidad, si su legislación así lo regula) y actuar por medio de un representante legal también inscrito con facultades suficientes para obligarla.

El segundo es un **consentimiento** que no soporte vicios: La declaración de voluntad debe ser “limpia”, sincera y evitar el error, el dolo, la simulación o la violencia al momento de ofertar o aceptar la contratación, la cual puede surgir de forma expresa, por la impresión o exteriorización de su voluntad, o de forma tácita, por la realización de actividades que demuestran la aceptación del contrato. Barrios señala la existencia de un consentimiento por medio de mecanismos o aparatos electrónicos y lo denomina como “*formas de manifestar el consentimiento por medios electrónico*”²⁵. Éste puede manifestarse a través del “*Click*”, ingreso de contraseñas (“*password*”) o la firma electrónica, debiendo considerarse plenamente válido, pues la vía telemática por la que las partes exteriorizan su voluntad de contratar es utilizada únicamente por no encontrarse presentes en el mismo espacio físico.

El tercero elemento es el **objeto** (lícito): El fin práctico que persigue el negocio jurídico debe estar de acuerdo a la legislación aplicable, no debe estar prohibido o ir en contra de la moral o las buenas costumbres, inclusive se debe aplicar el orden público internacional y por lo tanto deberá ser lícito en las legislaciones de todas las partes, pues como la Constitución Política de la República de Guatemala, en su artículo 5, establece: “*Toda persona tiene derecho a hacer lo que la ley no le prohíbe (...)*”²⁶.

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

²⁵ Barrios Osorio, Omar Ricardo. *Op. cit.* Pág. 82.

²⁶ Asamblea Nacional Constituyente, Constitución Política de la República de Guatemala, artículo 5.

*determinadas, a lo menos en cuanto a su género.*²⁷, abriendo así la posibilidad de innumerables contratos con objetos realizables.

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

Por último, el cuarto elemento, la **causa**²⁸: El Código Civil de Guatemala no regula este elemento, sin embargo Hocsmán si lo considera. Significa que debe existir una razón real, lícita y posible que provoca el deseo de contratar.

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

Aunado a lo anterior, el contrato electrónico deberá tener dos elementos esenciales más para su nacimiento y validez. El primero es **la oferta**: para que una oferta sea considerada como tal debe cumplir con lo siguiente: “*a) que ésta sea recepticia (sic), es decir, dirigida a persona o personas determinadas; b) que sea hecha sobre un*

²⁷ Jefe del Gobierno de la República de Guatemala, Decreto-Ley No. 106, Código Civil, artículo 1538.

²⁸ Hocsmán, Heriberto Simón. *Op. cit.* Pág. 79.

*contrato en especial, es decir que se debe especificar concretamente cuál es el contrato que se pretende celebrar; c) debe contener todos los antecedentes constitutivos de los contratos, con lo que se significa que debe tener en sí las diferentes modalidades que en el contrato a celebrarse se quieren incluir*²⁹, sin el cumplimiento de lo anterior se podría considerar una invitación a ofertar o a negociar en vez de una oferta meramente dicha; y segundo: **la aceptación**, la que se realiza por medio de mensajes de datos, correos electrónicos o con la opción del “click” en plataformas de venta de bienes, y deberá ser pura, simple y oportuna, sin que se pueda modificar la oferta en ninguno de sus términos, pues sino estaríamos frente a una nueva oferta³⁰. Es una simple declaración de voluntad de las partes para contratar, parte del consentimiento, y no es sino hasta que se formaliza éste que el contrato nace a la vida jurídica.

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

Tanto la oferta como la aceptación se realizan, comúnmente, por mensajes de datos (*“Información generada, enviada, recibida o archivada o comunicada por medios electrónicos, ópticos o similares, como pudieren ser entre otros, el intercambio electrónico de datos (EDI por sus siglas en el idioma inglés), el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax*³¹) que contiene sus propios elementos:

- 1) Emisor: el sujeto que envía el Mensaje de Datos;
- 2) Mensaje: el contenido o información que desea transmitir;
- 3) Canal o Medio: el sistema por el cual transmite la información;
- 4) Receptor: el destinatario del Mensaje de Datos;

²⁹ *Ibid.* Pág. 88.

³⁰ *Ibid.* Pág. 89.

³¹ Organización de las Naciones Unidas, Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre Comercio Electrónico, artículo 2.

- 5) Código Común: la lectura y entendimiento de la información recibida por parte del receptor;

Para aclarar el punto anterior, Barrios señala un sencillo ejemplo: “*el envío de una postal donde el remitente (**emisor**) redacta sobre la postal la información (**mensaje**) que envía por medio del sistema de correo (**canal o medio**) para que la reciba el destinatario (**receptor**) y la pueda leer (**código común**).*”³²

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

- 1) Comúnmente es un contrato de adhesión (o de formulario), pues no existe una negociación entre el oferente y el consumidor o usuario ni una igualdad entre las partes. El oferente impone sus condiciones y el consumidor o usuario solamente puede aceptarlas si desea contratar.
- 2) Las partes se comunican de forma simultánea [también puede ocurrir en los contratos tradicionales] pero el medio en que lo realizan es puramente electrónico, permitiendo que la simultaneidad se pueda realizar con personas en diferentes puntos geográficos por medio de soporte electrónico y aplicándoles la normativa legal de contratos entre presentes. Sin embargo, cuando la oferta y la aceptación se realicen por medio de correo electrónico se deberá aplicar la normativa de contratos entre ausentes, pues falta la simultaneidad en el acto.
- 3) Constituye una contratación atípica, si bien el objeto del contrato puede estar regulado, el contrato electrónico carece de regulación o reglas aplicables para su formación y perfeccionamiento.
- 4) Se reconoce el pago electrónico o digital como una forma de cumplimiento de la obligación [del consumidor o usuario].

³² Barrios Osorio, Omar Ricardo. *Op. cit.* Pág. 285.

5) A pesar de encontrarse en un formato electrónico o digital, se utilizan métodos para evitar el repudio de la transacción³³, es decir, que una parte contratante niegue que ha otorgado el consentimiento, ya que la parte obligada necesariamente debe identificarse y exteriorizar su voluntad de contratar³⁴.

1.4. Derechos y obligaciones derivados de negocios jurídicos

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

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

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

La siguiente teoría, **la recepción del mensaje**, corresponde al momento en que el mensaje de aceptación entra en el buzón de correo electrónico (o similares) del oferente, ya que la utilización de éste buzón, se debería entender, es constante por

³³ Hoczman, Heriberto Simón. *Op. cit.* Pág. 80.

³⁴ Barrios Osorio, Omar Ricardo. *Op. cit.* Pág. 93.

parte del empresario poniéndolo a disposición del público como instrumento para la recepción de las declaraciones de voluntad.

Se puede hablar del perfeccionamiento por el “**consentimiento electrónico**”, cuando un ordenador se encuentra programado para expresar una aceptación de la aceptación a la oferta del consumidor o usuario para adquirir un producto o servicio, sin necesidad de una nueva declaración de voluntad. Muchos autores señalan dificultades en este tema, pues consideran que un ordenador no puede realizar una declaración de voluntad y exteriorizarla para el perfeccionamiento del contrato. Sin embargo, Recalde, al igual que el autor de la presente investigación, considera que la declaración de voluntad no es del ordenador sino de quien lo ha programado, ocurriendo ésta en el momento de su programación y no en el momento del envío de la comunicación³⁵. Éste perfeccionamiento puede darse únicamente cuando el objeto del contrato lo permita (contrato consensual).

Por último, la teoría de **la lectura del oferente**, que se refiere, en el caso de que no exista un consentimiento electrónico, el oferente reciba el mensaje de aceptación y lo lea, normalmente seguido enviará una notificación al destinatario del servicio sobre el acuse de recibido de la aceptación y por ende, de su lectura. Con esto, si no presentase oposición el oferente, se perfeccionará el contrato. Se habla de oposición, porque en caso de modificación de las condiciones de la oferta principal, éstas deberán considerarse como una nueva oferta diferente y no un anexo de la principal.

Derivado de la complejidad para determinar el momento en que se llega al perfeccionamiento, las partes deberán convenir en el contrato el momento en que se deberá considerar perfeccionado o las declaraciones de voluntad que cada parte deberá exteriorizar para llegar a ese punto.³⁶

³⁵ Recalde Castells, Andrés. *Op. cit.* Pág. 56.

³⁶ *Ibid.* Pág. 59.

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

- 1) La ley determina sus efectos: El contrato tendrá los efectos que establezca la legislación aplicable al lugar de su ejecución, debiendo tomar en cuenta que no se puede rechazar una declaración de voluntad fundamentada en el hecho de estar contenida en un formato electrónico.
- 2) Las partes determinan sus efectos: La ausencia de una regulación con respecto a la comercialización en el entorno electrónico no priva a las partes de realizar contratos por ésta vía. Para evitar el repudio de éste tipo de contrataciones derivado de la incertidumbre por su no regulación, las partes pueden incluir cláusulas donde acepten expresamente esa forma de contratación y las condiciones en que el contrato se llevará a cabo (derechos, obligaciones, plazo, objeto, limitaciones, etc.). Cabe mencionar que la interpretación de las obligaciones y el contrato se fundamentará en los principios filosóficos del Código de Comercio de Guatemala: *“Las obligaciones y contratos mercantiles se interpretarán, ejecutarán y cumplirán de conformidad con los principios de verdad sabida y buena fe guardada, a manera de conservar y proteger las rectas y honorables intenciones y deseos de los contratantes, sin limitar con interpretación arbitraria sus efectos naturales”*³⁷
- 3) La costumbre en los negocios: De acuerdo a la Ley del Organismo Judicial, la ley será fuente de derecho, en ausencia de ésta se deberá regir por la conducta constante, repetitiva y legal de los sujetos, conocida como *costumbre*. Esto puede derivar, inclusive, en la aplicación de los principios del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT) sobre los contratos comerciales internacionales³⁸.

³⁷ Congreso de la República de Guatemala. Decreto No. 2-70, Código de Comercio, artículo 669.

³⁸ Son reglas generales aplicables a contratos mercantiles internacionales cuando las partes acuerden que el contrato se rija por ellas ya sea como principios generales del derecho, *lex mercatoria* o expresiones similares. Pueden ser aplicables, inclusive, si las partes no determinan un derecho aplicable al contrato.

- 4) La jurisdicción ordinaria determina sus efectos: En el caso que la determinación (o ejecución) de los derechos y obligaciones derivados de los contratos electrónicos deba ser resuelta por los tribunales de justicia, debiendo determinarlos el tribunal competente para conocer por la naturaleza u objeto del contrato.³⁹

Una vez definido el perfeccionamiento del negocio jurídico y la forma como se determinarán los efectos de éste, se podrá establecer que derechos y obligaciones nacerán, aunque varían dependiendo del objeto del contrato se ha logrado establecer derechos y obligaciones generales. Una de éstas (y la más importante) es la responsabilidad civil de las partes por el incumplimiento o cumplimiento defectuoso del contrato.

La responsabilidad civil, en general, es definida por Rubén Contreras quien señala que es *“la obligación a cargo de quien, actuando de manera antijurídica y culpable, causa daños o perjuicios a otro, de reparar o indemnizar el agravio a efecto de que, a la vez que se restaña la alteración del patrimonio particular afectado, se restaura también la integridad del orden normativo lesionado”*⁴⁰.

El artículo un mil ciento sesenta del Código Civil señala que serán responsables por los daños o perjuicios que ocasionen los menores de edad que sean mayores de quince años, en los casos de los menores de quince años serán responsables los padres, los tutores o guardadores de los mismos⁴¹. Infiriendo entonces que de acuerdo a la legislación guatemalteca todo aquel mayor a quince años a quien se le pueda atribuir el incumplimiento total o parcial, y/o cumplimiento tardío o imperfecto de un contrato es responsable civilmente por los daños y perjuicios ocasionados. En este tema es importante resaltar la diferenciación entre la responsabilidad directa y la responsabilidad compleja o indirecta que señala Contreras.

³⁹ Barrios Osorio, Omar Ricardo. *Op. cit.* Pág. 96.

⁴⁰ Contreras Ortiz, Rubén Alberto. *Op. cit.* Pág. 7.

⁴¹ Jefe del Gobierno de la República de Guatemala, Decreto-Ley No. 106, Código Civil, artículo 1160

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

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

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

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

Independientemente de si la responsabilidad es directa o compleja, surgen otras obligaciones para con la otra parte. Manuel Ossorio define y divide las obligaciones de la siguiente manera: *Obligación es el “deber jurídico normativamente establecido de realizar u omitir determinado acto, y a cuyo incumplimiento por parte del obligado es imputada, como consecuencia, una sanción coactiva; es decir, un castigo traducible en un acto de fuerza física organizada (J. C. Smith). Claro es que esta definición se encuentra referida a las obligaciones de orden legal, por cuanto hay también obligaciones morales, que no llevan aparejada ninguna sanción coactiva, sino que quedan sometidas ala (sic) conciencia del obligado por esa calificación social. Jurídicamente, y en términos generales, puede decirse que las obligaciones*

admiten la siguiente división: **a) de hacer, b) de no hacer, c) de dar cosas ciertas, d) de dar cosas inciertas, e) de dar sumas de dinero.**⁴²”

Para Contreras la obligación civil es “*la situación resultante de actos o manifestaciones de voluntad de personas capaces que pueden disponer válidamente de su patrimonio, que determina para el deudor, en virtud de la relación jurídica establecida, el deber de dar, hacer o no hacer algo posible, lícito y de naturaleza económica que interesa al acreedor; y que, en caso de incumplimiento, faculta a éste para hacerla efectiva sobre el patrimonio enajenable del deudor*”. Por considerarse ésta definición la más completa en la doctrina será utilizada como base en la presente investigación.

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

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

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

⁴² Obligación, Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Judiciales, *Ibid.* pág. 634.

- 3) Ofrecer una garantía: De la mano de la obligación de calidad de los bienes, el proveedor se verá obligado a ofrecer una garantía por un plazo pactado que respalde la calidad del producto (por su correcta utilización).
- 4) Indicaciones de utilización: Ya sea que se encuentren en el contrato o en el producto, el proveedor estará obligado a indicarle al consumidor los modos y forma de utilización del producto para su correcto desempeño.
- 5) Derecho a recibir una remuneración por el producto: Es derecho del proveedor de recibir una paga a cambio de la entrega del producto.
- 6) La obligación del pago de daños y perjuicios cuando se compruebe que el incumplimiento del envío del producto provocó daños en el patrimonio del consumidor.

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

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

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

- 1) Prestación del servicio: El oferente deberá prestar los servicios en el tiempo establecido en el contrato. De lo contrario da derecho al usuario para hacer por

sí o por medio de tercero, a costa del oferente, lo que se hubiere convenido, si fuere posible y si la calidad del ejecutante es indiferente. De lo contrario podrá solicitar que se le fije un término prudencial para prestar el servicio.

- 2) Calidad del servicio: Estará obligado a prestar el servicio en la forma y calidad estipulada en el contrato, de lo contrario deberá realizar, libre de costo, las modificaciones necesarias para adecuar la calidad pactada.
- 3) Al pago de daños y perjuicios por el incumplimiento en la ejecución del contrato de servicios.
- 4) Recibir una remuneración monetaria a cambio de los servicios prestados que sean de acuerdo al trabajo realizado, a los conocimientos del ejecutante y a la calidad del servicio.

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

- 1) Pago del servicio: Los usuarios deberán realizar el pago del servicio en la forma y plazo pactado.
- 2) Revisar la calidad del servicio: El usuario deberá probar y revisar la calidad de los servicios para determinar si se ajustan a las condiciones pactadas. De no hacerlo cuenta con el derecho a requerir el cumplimiento de acuerdo al contrato y de que se realicen las modificaciones necesarias para alcanzar la calidad acordada.
- 3) En la prestación del servicio el usuario deberá abstenerse de realizar cualquier acción que pudiera atrasar o complicar la correcta prestación del mismo, de acuerdo con las estipulaciones del contrato. Por ejemplo: si el servicio es una realización de una copia de seguridad “*backup*” del ordenador, el usuario deberá abstenerse a apagarlo, descargar programas o desconectar el ordenador previo a la finalización del servicio.

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

Por último, se hace mención de la responsabilidad de los intermediarios cuando los negocios jurídicos formalizados como contratos electrónicos utilicen un servidor de un tercero para la transmisión de la información. Si bien los intermediarios no

responden por el contenido del mensaje de datos, si podrá actuarse contra ellos en caso de un error o falla en la transmisión de la información que fuera imputables al servidor o al intermediario. Ésta responsabilidad es originada de un contrato entre el oferente (o el consumidor si fuera el caso) y el servidor, dando lugar a que el primero pueda promover una acción en su contra.⁴³

⁴³ Recalde Castells, Andrés. *Op. cit.* Pág. 68.

CAPÍTULO 2: PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR Y USUARIO

2.1. Conceptos

La persona obligada a exteriorizar su voluntad de contratar, aceptando o denegando la oferta, puede clasificarse como consumidor o como usuario. Al analizar la figura del consumidor, se debe distinguir dos cuestiones: la noción de la doctrina y la noción legal, principalmente porque la protección solamente radica a la categoría de personas que la ley señala. Las directivas de la Unión Europea, señala Mistretta, definen al consumidor como “*toda persona física que actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional*”⁴⁴. Sin embargo, tanto la legislación argentina como la guatemalteca amplían la definición, punteando que el término consumidor reúne a las personas físicas (individuales) o jurídicas⁴⁵.

Previo a determinar los derechos y obligaciones que por su calidad de consumidor o usuario poseen las personas, es necesario hacer una pequeña distinción entre estos dos sujetos. Jair Imbachí al referirse al Consumidor, señala que es “*quien adquiere un bien o servicio para satisfacer una necesidad*”⁴⁶. Por su parte la legislación guatemalteca, por medio del Decreto 06-2003 del Congreso, señala que el consumidor es toda “*persona individual o jurídica de carácter público o privado nacional o extranjera, que en virtud de cualquier acto jurídico oneroso o por derecho establecido, adquiera, utilice o disfrute bienes de cualquier naturaleza*”⁴⁷.

⁴⁴ Mistretta, Carolina Valeria. *La protección del consumidor en el derecho internacional privado*, Argentina, Universidad de Belgrano, 2012, pág. 14.

⁴⁵ Alterini, Atilio A. y otros. *Defensa de los consumidores de productos y servicios (Daños – Contratos)*, Argentina, Ediciones La Rocca, 2001, pág. 37.

⁴⁶ Derecho del Consumidor en Colombia, Imbachí Cerón, Jair Fernando, *La protección del consumidor en el entorno digital*, Colombia, Disponibilidad: http://www.javeriana.edu.co/juridicas/pub_colecc/documents/7lmbachi.pdf, Fecha de consulta: 02 de Junio 2014.

⁴⁷ Congreso de la República de Guatemala, Decreto 06-2003, Ley de protección al consumidor y usuario, artículo 3(c).

Extrayendo las características y elementos de las definiciones anteriores se podrá entender al **Consumidor** como toda persona, individual o jurídica, que busca satisfacer sus necesidades por medio de la adquisición, utilización y/o disfrute de bienes de cualquier naturaleza.

Por otro lado, Manuel Ossorio manifiesta que por usuario se deberá entender por quién *“usa con frecuencia una cosa o es cliente de un servicio”*⁴⁸. La Ley de protección al consumidor y usuario de Guatemala define al usuario como toda *“persona individual o jurídica que adquiere a título oneroso o por derecho establecido legalmente, servicios prestados o suministrados por proveedores de carácter público o privado”*⁴⁹

Se entenderá como **Usuario**, para efectos de esta investigación, a toda persona, individual o jurídica, que busca satisfacer sus necesidades por medio de la adquisición y contratación de servicios o suministros prestados por un tercero de forma habitual.

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

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

⁴⁸ Usuario, Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Judiciales, *Ibid.* pág. 974.

⁴⁹ Congreso de la República de Guatemala, Decreto 06-2003, Ley de protección al consumidor y usuario, artículo 3(k).

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

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

2.2. Principales derechos

La soberanía del consumidor o usuario son la base para la creación y el reconocimiento de sus derechos. Ésta se refiere a la libertad general de los contratantes y la libre elección de los consumidores y usuarios a optar por los diferentes productos, servicios y proveedores⁵⁰. Sin embargo, al momento de contratar el consumidor o usuario siempre se encontrará en una posición de desventaja frente al proveedor o ejecutante, pues éste establece, normalmente, los términos de los negocios jurídicos relacionados a sus productos o servicios y tienen el conocimiento técnico de los mismos frente a un consumidor o usuario que no necesariamente cuenta con esa educación.

Derivado de esa posición de desventaja se crea un derecho *in dubio pro consumidor* que busca el establecimiento, identificación y reconocimiento de los principales derechos que poseen las personas, individuales o jurídicas, por su calidad de consumidores o usuarios y su protección para que, en caso exista una duda sobre las condiciones del vínculo comercial, los derechos aplicables o alguna otra

⁵⁰ Comisión Económica para América Latina y El Caribe de las Naciones Unidas. *Istmo Centroamericano: Los derechos de los consumidores y la defensa de la competencia en los procesos de reforma de la industria eléctrica*, México, Comisión Económica para América Latina y el Caribe, 1999, Pág. 9.

situación fáctica, el juzgador deberá interpretar la ambigüedad en la postura que resulte más beneficiosa al consumidor o usuario. La Corte de Constitucionalidad de Colombia ha establecido que *“los derechos del consumidor, no se agotan en la legítima pretensión a obtener en el mercado, de los productores y distribuidores, bienes y servicios que reúnan unos requisitos mínimos de calidad y de aptitud para satisfacer sus necesidades, la cual hace parte del contenido esencial del derecho del consumidor^{51”}.*

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

a) *Derecho a la información básica*

Obligación del proveedor de exteriorizar la información suficiente y detallada del producto o servicio para que el consumidor o usuario pueda tomar una decisión informada, libre y razonada sobre el producto o servicio que desea adquirir. Ésta información, como mínimo, debe incluir lo estipulado en el artículo dieciocho de la Ley de protección al consumidor y usuario, que literalmente expresa: *“Se considera básica la información relativa a las características de los bienes y productos, así como sus medidas, composición, peso, calidad, precio, instrucciones de uso y riesgo o peligros que represente su consumo o uso, condiciones de pago y garantía, fecha de fabricación y vencimiento, consignadas en etiquetas, envolturas, envases y empaques”* y deberá ser exteriorizada de una forma clara, veraz, suficiente y oportuna, en español o simbología internacional, que ayude a complementar la falta de conocimientos técnicos de los consumidores y usuarios. Éste derecho implica: **a)** que los consumidores o usuarios puedan recibir la información necesaria; **b)** que los proveedores o ejecutantes den la información; y **c)** que el Estado garantice el flujo de información⁵².

⁵¹ Corte Constitucional de la República de Colombia, Sala Plena, Expediente D-2830, Sentencia C-1141/2000 del 30 de agosto de 2000.

⁵² Comisión Económica para América Latina y El Caribe de las Naciones Unidas. *Op. cit.* pág. 9

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

b) Derecho de defensa

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

c) Derecho de petición

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

d) Derecho de retracto

Facultad de los consumidores o usuarios para poder retractarse de la firma de un contrato dentro del plazo establecido en la ley. Para el caso de Guatemala se señala que el plazo para poder retractarse no podrá ser mayor de cinco días hábiles después de la suscripción del contrato.⁵³

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

⁵³ Congreso de la República de Guatemala, Decreto 06-2003, Ley de protección al consumidor y usuario, artículo 51.

e) Derivados de un Contrato de Adhesión (o Formulario)

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

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

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

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

f) Habeas data

Para el tipo de contratos electrónicos o bases de datos surge también el *Habeas data*, que constituye una garantía del consumidor o usuario para conocer lo que de él consta en los registros, la finalidad de dicha información y poder corregir, rectificar o actualizar los datos⁵⁴.

g) Idioma

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

h) Idoneidad y Garantía del producto

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

Los proveedores quedarán responsables por la idoneidad, autenticidad de marcas y leyendas que exhibe el producto, la veracidad de la propaganda comercial y

⁵⁴ Congreso de la República de Guatemala, Decreto 57-2008, Ley de Acceso a la Información Pública, artículo 9(4).

deberá colocar un número telefónico para la atención de reclamos, con personas capacitadas para ese servicio.⁵⁵

i) Igualdad (prohibición de prácticas discriminatorias)

Todas las personas son iguales ante la ley, este mismo derecho se aplica a las transacciones comerciales, donde los consumidores o usuarios deberán de tener los mismos tratos, dignidad, derechos y las mismas condiciones que aquellos que se encuentren en sus mismas circunstancias. De este modo se promueve un repudio a las prácticas discriminatorias ya sea por sexo, edad, nacionalidad, estado civil, religión, etnia, condición económica, política y/o social, entre otros, para impedir la igualdad en condiciones y oportunidades para contratar o la institución arbitraria de privilegios o tratos que conlleven a los mismos efectos.⁵⁶

Este derecho conlleva tanto a los comerciantes en sus tratos con los consumidores y usuarios como al Estado, que deberá adoptar un papel correctivo y reducir las diferencias y otorgar las mismas condiciones y privilegios al momento de instituirlos en la normativa vigente.

j) Inviolabilidad de correspondencia

Un derecho esencial para consumidores y usuarios que utilicen el Comercio Electrónico, donde su correspondencia, documentos y libros son inviolables, salvo resolución firme dictada por juez competente. Aun así, se deberá garantizar el secreto de la correspondiente y “*otros productos de la tecnología moderna*”⁵⁷.

⁵⁵ Congreso de la República de Guatemala, Decreto 06-2003, Ley de protección al consumidor y usuario, artículo 15(p).

⁵⁶ Comisión Económica para América Latina y El Caribe de las Naciones Unidas. *Op. cit.* pág. 11

⁵⁷ Asamblea Nacional Constituyente, Constitución Política de la República de Guatemala, artículo 24.

k) Libertad de acción

Toda persona tiene derecho a realizar las acciones que no contraríen alguna normativa, impidiendo las órdenes que no se encuentren basadas en ley o emitidas conforme a ella.⁵⁸

l) Libertad de asociación

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

m) Libertad de consumo

Corresponde el derecho de toda persona de adquirir, usar, disfrutar y disponer de toda clase de bienes y servicios, a excepción de los establecidos en la ley.⁵⁹

n) Libertad de contratar

Corresponde al derecho de todas las personas, individuales o jurídicas, a realizar libremente actos o negocios jurídicos civiles o comerciales con otras partes y suscribir contratos.⁶⁰

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

⁵⁸ *Ibid.*, artículo 4.

⁵⁹ Comisión Económica para América Latina y El Caribe de las Naciones Unidas. *Op. cit.* pág. 12

⁶⁰ *Loc. cit.*

o) Libertad de expresión

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

p) Libre acceso a tribunales

No es suficiente el reconocimiento de los derechos de los consumidores, sino es necesario el establecimiento de la garantía para que estos puedan defender sus derechos y acceder a un tribunal competente⁶¹. La Constitución Política de la República de Guatemala establece en su artículo veintinueve que *“toda persona tiene libre acceso a los tribunales, dependencias y oficinas del Estado, para ejercer sus acciones y hacer valer sus derechos de conformidad con la ley”*⁶².

q) Libre competencia

La Comisión Económica para América Latina y el Caribe de las Naciones Unidas – CEPAL- afirma que es necesaria la existencia de la libre competencia entre comerciantes, un proceso abierto y transparente donde existan opciones, por ende, se prohíba el monopolio, y exista el acceso necesario y suficiente hacia ellas para el efectivo cumplimiento de los mismos, y que permita al consumidor o usuario tomar una decisión.⁶³

Se incluye aquí el acaparamiento, especulación, desabastecimiento o negativa de vender productos con la finalidad de provocar alza en sus precios.⁶⁴

⁶¹ *Ibid.* pág. 13

⁶² Asamblea Nacional Constituyente, Constitución Política de la República de Guatemala, artículo 29.

⁶³ Comisión Económica para América Latina y El Caribe de las Naciones Unidas. *Op. cit.* pág. 9

⁶⁴ Congreso de la República de Guatemala, Decreto 06-2003, Ley de protección al consumidor y usuario, artículo 16(f).

r) Medidas Correctivas

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

s) Obligación de proveer información en línea

Aunado a la información básica de los productos o servicios, los proveedores deberán, en las transacciones dentro del comercio electrónico, facilitar la información verídica sobre su empresa, incluyendo la denominación legal, el lugar de establecimiento, correo electrónico y otros medios de contacto, licencias o permisos gubernamental, de una forma clara, accesible y precisa para el consumidor o usuario que desee contratar.⁶⁵

t) Protección de datos sensibles

Los datos sensibles consisten en *“aquellos datos que se refieren a las características físicas o morales de las personas o a hechos o circunstancias de su vida privada o actividad, tales como los hábitos personales, el origen racial, el origen étnico, las ideologías y opiniones políticas, las creencias o convicciones religiosas, los estados de salud físicos o psíquicos, preferencia o vida sexual, situación moral y familiar u otras cuestiones íntimas de similar naturaleza”*⁶⁶

El artículo veintidós del Decreto cincuenta y siete guión dos mil ocho del Congreso, Ley de Acceso a la Información señala que únicamente lo titulares del derecho para conocer sobre información sensible podrán tener acceso a la misma, entendiéndose

⁶⁵ Congreso de la República de Guatemala, Decreto 47-2008, Ley para el reconocimiento de las comunicaciones y firmas electrónicas, artículo 30.

⁶⁶ Congreso de la República de Guatemala, Decreto 57-2008, Ley de Acceso a la Información Pública, artículo 9(2).

la prohibición de su publicidad y de su comercialización también establecida en su artículo treinta y uno.⁶⁷

u) Reconocimiento de las comunicaciones

En la formación de los contratos y en las negociaciones o relaciones entre el proveedor y el consumidor y/o usuario no se podrá negar los efectos jurídicos, validez o fuerza obligatoria de las manifestaciones de voluntad o cualquier otra declaración que realicen las partes por el simple hecho de realizarse por medio de un mensaje de datos, debiendo cumplir con sus obligaciones de la forma en que fueron propuestas y enviadas.⁶⁸

v) Misceláneos

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

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

⁶⁷ Véase *también*: Corte de Constitucionalidad de Guatemala, Apelación de Sentencia de Amparo, expediente 1356-2006, resolución del 11 de octubre de 2006; Corte de Constitucionalidad de Guatemala, Apelación de Sentencia de Amparo, expediente 2674-2009, resolución del 22 de octubre de 2009; y Corte de Constitucionalidad de Guatemala, Apelación de Sentencia de Amparo, expediente 3552-2014, resolución del 10 de febrero de 2015.

⁶⁸ Congreso de la República de Guatemala, Decreto 47-2008, Ley para el reconocimiento de las comunicaciones y firmas electrónicas, artículo 16. Véase *también*: Organización de las Naciones Unidas, Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre Comercio Electrónico, artículo 5.

2.3. Regulación de derechos

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

Existe una disciplina de protección tanto al consumidor como al usuario basada, como fue mencionado anteriormente, en la posición de desventaja que tienen estos frentes aquellos que presentan las ofertas de bienes o servicios y establece los lineamientos de la contratación. CEPAL señala que esa protección es una de las principales maneras de normalizar el equilibrio entre la oferta y la demanda, es decir, entre los comerciantes y proveedores y los consumidores y usuarios⁶⁹. Ésta disciplina debe englobar las normas que crean derechos específicos y protegen directamente al consumidor y usuario, las que buscan garantizar la aplicación de esos derechos, las que empoderan al consumidor para dirigirse a los órganos estatales a ejercerlos y los mecanismos jurídicos que enfocan y racionalizan el comportamiento del consumidor⁷⁰.

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

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

⁶⁹ Comisión Económica para América Latina y El Caribe de las Naciones Unidas. *Op. cit.* pág. 9.

⁷⁰ Alterini, Atilio A. y otros. *Op. cit.* Pág. 92.

La Carta Magna como fundamento de todo sistema jurídico de un Estado es el cuerpo legal indicado para reconocer y garantizar derechos esenciales de las personas⁷¹, Guatemala en la literal i) del artículo ciento diecinueve constitucional reconoce la obligación del Estado a la “*defensa de consumidores y usuarios en cuanto a la preservación de calidad de los productos de consumo interno y de exportación para garantizar su salud, seguridad y legítimos intereses económicos*”⁷². Dicha obligación da lugar al reconocimiento de los derechos de consumidores y usuarios en el territorio de la República. Así mismo existen otros cuerpos normativos dentro de la legislación guatemalteca donde se encuentran derechos inherentes a los consumidores y usuarios, los cuales se describen a continuación:

Decreto seis quíon dos mil trece del Congreso, Ley de Protección al Consumidor y Usuario:

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

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

⁷¹ Comisión Económica para América Latina y El Caribe de las Naciones Unidas. *Op. cit.* pág. 10.

⁷² Asamblea Nacional Constituyente, Constitución Política de la República de Guatemala, artículo 119(i).

Acuerdo Gubernativo setecientos setenta y siete guión dos mil trece, Reglamento a la Ley de Protección al Consumidor y Usuario:

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

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

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

Éste cuerpo legal reúne las Leyes Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, tanto la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico como la Ley Modelo sobre Firmas Electrónicas, que a pesar de no establecer una gran cantidad de derechos como tales regula la incorporación de las comunicaciones electrónicas y la firma electrónica como un atentado a actualizar la legislación nacional con la promoción y desarrollo del comercio electrónico.

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

Decreto cincuenta y siete quíon dos mil ocho del Congreso, Ley de Acceso a la Información Pública:

Esta Ley busca armonizar el derecho de libre acceso a la información en poder de la administración pública y las entidades que manejan recursos del Estado con el desarrollo económico y comercial de la sociedad, estableciendo obligaciones y estándares a cumplir para garantizar la seguridad y certeza a las personas sobre la fiscalización ciudadana a los funcionarios y empleados públicos, los organismos del estado o las entidades que utilicen sus recursos.

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

Sin perjuicio de lo anterior, es consideración del autor de esta investigación que los derechos reconocidos en la Ley de Acceso a la Información Pública pueden ser aplicados de forma interpretativa a los contratos entre particulares, consumidor y proveedor, cuando éste último no entre en los supuestos de la ley, en virtud del artículo cuarenta y cuatro de la Constitución Política de la República de Guatemala: *“Los derechos y garantías que otorga la Constitución no excluyen otros que, aunque no figuren expresamente en ella, son inherentes a la persona humana (...)”*⁷³. El argumento anterior puede ser fortalecido con la resolución de la Corte de Constitucionalidad del diez de febrero de dos mil quince⁷⁴, donde realiza una interpretación extensiva de la mencionada ley para resguardar los derechos constitucionales de un particular en la comercialización de información de datos.

⁷³ Asamblea Nacional Constituyente, Constitución Política de la República de Guatemala, artículo 44.

⁷⁴ Corte de Constitucionalidad de Guatemala, Apelación de Sentencia de Amparo, expediente 3552-2014, resolución del 10 de febrero de 2015

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

2.4. Agencia gubernamental

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

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

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

- 1) Recopilar, elaborar, procesar, divulgar y publicar información para facilitar al consumidor o usuario un mejor conocimiento de las características de los bienes y servicios que se ofrecen en el mercado.
- 2) Promover y realizar investigaciones técnicas en las áreas de consumo de bienes y uso de servicios.
- 3) Iniciar las actuaciones administrativas en caso de presunta infracción a las disposiciones legales.
- 4) Establecer procedimientos ágiles y conciliadores para la solución de los conflictos de los que tenga conocimiento de conformidad con la ley.
- 5) Aplicar las sanciones administrativas establecidas en la ley cuando corresponda y publicar resultados.

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

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

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

- 1) **Antes:** Se refiere a las investigaciones, fiscalización y supervisión del mercado que permite realizar un análisis preventivo sobre las posibles violaciones a derechos de los consumidores y usuarios.
- 2) **Durante:** Se refiere a la imposición de medidas cautelares y correctivas, el trámite de las denuncias de los consumidores y usuarios y la actuación de pruebas que le permitan realizar una investigación completa y lograr sancionar de forma equitativa con el daño provocado.
- 3) **Después:** Se refiere a la ejecución de las resoluciones, la denuncia de los delitos derivados a las acciones de los comerciantes, la publicación de las resoluciones y las multas impuestas que se utilizan como incentivos (alertas) para el resto de comerciantes para el cumplimiento de la legislación aplicable y las resoluciones emitidas en el tema.

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

El análisis se realizó en las agencias gubernamentales de Costa Rica (Dirección de Apoyo al Consumidor y Comisión Nacional del Consumidor, ambas dependencia del Ministerio de Economía Industria y Comercio), El Salvador (Defensoría del consumidor y Tribunal sancionador), Honduras (Secretaría de Industria y Comercio), Nicaragua (Dirección General de Competencia y Transparencia de Mercados, dependencia del Ministerio de Fomento, Industria y Comercio), Panamá (Autoridad de Protección al Consumidor y Defensa de la Competencia) y Guatemala y la Dirección de Atención y Asistencia al Consumidor de Guatemala obtuvo los siguientes resultados⁷⁵:

Temporalidad	Porcentaje Guatemala	Mejor Agencia	Porcentaje
Antes	75%	El Salvador	100%
Durante	49%	El Salvador	70%
Después	38%	Panamá	69%

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

- 1) Que a pesar de contar con las facultades suficientes para la recepción de las denuncias por violación a derechos del consumidor éstas disminuyen a medida que la temporalidad del proceso se lleva a cabo, provocando que el treinta y siete por ciento (37%) de las denuncias no completen el procedimiento administrativo;
- 2) Que existe un veintisiete por ciento (27%) de procesos que al ser iniciados no se les permite realizar una investigación completa y llegar a sancionarlos; y

⁷⁵ Consejo Centroamericano de Protección al Consumidor. *Compendio: Estado de la protección de los derechos del consumidor en Centroamérica*, Centroamérica, Consejo Centroamericano de Protección al Consumidor, 2008, Pág. 29

- 3) Que únicamente un cincuenta punto uno por ciento (50.1%) de las denuncias presentadas y que llegan a tener una resolución, pueden ser ejecutadas por la Dirección, ya sea por el mismo procedimiento administrativo o por el proceso judicial en los Tribunales de lo Contencioso Administrativo.

Aunado a lo anterior, aún se encuentra pendiente que el Congreso emita las disposiciones legales para modificar a la Dirección en la Procuraduría de la Defensa del Consumidor y Usuario de conformidad con el artículo ciento siete de la Ley de Protección al Consumidor y Usuario: *“En el plazo de cinco años contados a partir de la vigencia de la presente Ley, el Congreso de la República deberá emitir la disposición legal pertinente para que la Dirección de Atención y Asistencia al Consumidor se convierta en Procuraduría de la Defensa del Consumidor y del Usuario”*⁷⁶.

En los últimos cinco años se han presentado tres iniciativas de ley, dos buscando reformar la actual Ley de protección al consumidor y usuario (dos mil trece y dos mil catorce) y solamente una (dos mil once) buscando aprobar la Ley de la Procuraduría de Defensa del Consumidor y Usuario⁷⁷. Ésta última ya agrega la aplicación de la ley en las operaciones contractuales efectuadas a través de medios electrónicos y cualquier otra tecnología, reiterando la interpretación *in dubio pro consumidor* y señalando puntualmente las obligaciones que deberá realizar el proveedor, inclusive reconoce alguno de los derechos ya señalados en la Ley de acceso a la información pública generando aplicación directa a contratos privados.

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

⁷⁶ Congreso de la República de Guatemala, Decreto 06-2003, Ley de protección al consumidor y usuario, artículo 107.

⁷⁷ Congreso de la República de Guatemala, iniciativa de ley con número de registro 4305 del año 2011.

CAPÍTULO 3: JURISDICCIÓN COMPETENTE Y DERECHO APLICABLE

3.1. Conceptos

En el ámbito electrónico no basta con la libertad de competencia, ya que el consumidor o usuario deberá conocer dos puntos esenciales para el ejercicio de sus derechos: la jurisdicción competente y el derecho aplicable. Si los jueces asumen la jurisdicción, al intentar definir el fondo del asunto es necesario establecer cuál es el derecho aplicable al caso.

Para poder comprender las teorías que la doctrina y la legislación brindan sobre este tema es importante conocer y entender previamente tres conceptos: 1) Jurisdicción; 2) Competencia; y 3) Derecho aplicable.

1) Jurisdicción:

La jurisdicción se define como *“la facultad soberana del Estado para conocer y resolver con fuerza vinculativa (sic) para las partes una controversia sometida a proceso o para reconocer validez y ejecutar decisiones emitidas por otra autoridad, siempre y cuando se satisfagan los requisitos exigidos por su legislación”*⁷⁸.

Por su parte Manuel Ossorio señala que se deberá entender como Jurisdicción, la *“acción de administrar el derecho, no de establecerlo. Es pues, la función específica de los jueces”*⁷⁹. En Guatemala dicho poder se delega en los tribunales de justicia, quienes tienen la *“potestad de juzgar y promover lo ejecución de lo juzgado”*⁸⁰.

Para efectos de ésta investigación se entenderá como la función del Estado para conocer y juzgar sobre controversias o solicitudes y ejecutar las decisiones emitidas por la autoridad delegada, comúnmente en los Tribunales de Justicia.

⁷⁸ Contreras Vaca, Francisco José. *Derecho Internacional Privado: Parte General* / Segunda Edición, México, Harla, S.A. de C.V., 1996, Pág. 188

⁷⁹ Jurisdicción, Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Judiciales, *Ibid.* pág. 529.

⁸⁰ Asamblea Nacional Constituyente, Constitución Política de la República de Guatemala, artículo 203.

2) Competencia:

Manuel Ossorio define la competencia como la “*atribución legítima a un juez u otra autoridad para el conocimiento o resolución de un asunto*”⁸¹. Couture, la define como “*la medida de jurisdicción asignada a un órgano del Poder Judicial, a efectos de la determinación genérica de los asuntos en que es llamado a conocer por razón de la materia, de la cantidad y del lugar*”⁸².

La competencia es la limitación impuesta a la jurisdicción, pues establece que tribunales conocerán sobre determinados asuntos por razón de la materia, cantidad del objeto de litigio, jerarquía y territorio. De acuerdo al artículo cinco del Código Procesal Civil y Mercantil de Guatemala “*la jurisdicción y la competencia se determinan conforme a la situación de hecho existente en el momento de la presentación de la demanda, sin que tengan ninguna influencia los cambios posteriores de dicha situación*”⁸³.

Existen, a criterio de Contreras Vaca, dos tipos de normativas procesales que determinan la competencia: 1) las objetivas, que delimitan al órgano jurisdiccional en sí mismo; y 2) las subjetivas que señalan las características que generan un impedimento, por falta de imparcialidad, para que el órgano jurisdiccional conozca sobre los procesos. Es necesario actuar dentro de las funciones encomendadas por la ley para que el órgano jurisdiccional pueda fallar válidamente un litigio o ejecutar una sentencia, de lo contrario cabría la declaración de nulidad de lo actuado⁸⁴.

Pereznieto ejemplifica la definición dada anteriormente señalando que la actividad encaminada a la actuación del Derecho al aplicarlo a un caso concreto es la jurisdicción y que la competencia es la aptitud del juez para ejercer dicha aplicación al caso que se le presenta.⁸⁵

⁸¹ Competencia, Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Judiciales, *Ibid.* pág. 182

⁸² *Loc. cit.*

⁸³ Jefe del Gobierno de la República de Guatemala, Decreto-Ley número 107, Código Procesal Civil y Mercantil, artículo 5.

⁸⁴ Contreras Vaca, Francisco José. *Op. cit.* pág. 188.

⁸⁵ Pereznieto Castro, Leonel. *Derecho Internacional Privado / Quinta Edición*, México, Harla, S.A. de C.V., 1991, pág. 256

Pareciera simple la determinación de que juzgado es competente para conocer, pero en los contratos transfronterizos nace la convergencia jurisdiccional de los Estados, es decir, los tribunales de dos o más Estados tienen aptitud para conocer un proceso surgido por incumplimiento de contrato o se niegan a hacerlo alegando incompetencia⁸⁶. La jurisdicción internacional, señala Monroy Cabra, consiste en la facultad otorgada al Estado para administrar justicia en las relaciones con el extranjero e implica que no existan prohibiciones de juzgar establecidas en consideración de Estados extranjeros⁸⁷.

En muchos casos, la jurisdicción se determina por un pacto entre partes, normalmente propuesto por el oferente, donde acuerdan que un tribunal jurisdiccional específico (o tribunal arbitral) conocerá en caso de incumplimiento, pero en otros casos no existe tal declaración de voluntad por lo que es necesario determinar qué tribunal deberá conocer, para el efecto se han establecido varias teorías de determinación de la jurisdicción competente que se detallarán en el apartado respectivo.

3) Derecho aplicable

Independientemente de la legislación utilizada para las formalidades intrínsecas y extrínsecas de los contratos y una vez determinado el tribunal que conocerá sobre el incumplimiento del contrato, corresponde establecer que legislación se deberá aplicar al caso en concreto.

Es obligación del juzgador conocer la legislación, en el campo interno no se encuentra conflicto alguno, pero éste también deberá conocer e interpretar la ley extranjera, ya que la aplicación de ésta es obligatoria para los Estados, de lo contrario se estaría negando la existencia del derecho internacional privado⁸⁸.

⁸⁶ Contreras Vaca, Francisco José. *Op. cit.* Pág. 188

⁸⁷ Monroy Cabra, Marco Gerardo. *Tratado de Derecho Internacional Privado / Sexta edición*, Colombia, Editorial Termis, S.A., 2006, pág. 81.

⁸⁸ *Ibid.* pág. 313.

De acuerdo a Contreras Vaca existen tres elementos del conflicto de leyes: “a) *Una situación concreta deba regularse jurídicamente*; b) *Circunstancias de hecho o de derecho que puedan derivar la aplicación de normas de diversas entidades o Estados soberanos. A las situaciones que ligan a la controversia con un sistema jurídico determinado se les llama puntos de conexión o de contacto*, y c) *Normas jurídicas de diversas entidades o naciones que regulen o se abstengan de regir jurídicamente la situación concreta*”⁸⁹.

La ley extranjera, al igual que la jurisdicción, puede determinarse de varias formas. Monroy Cabra enumera tres corrientes para su aplicación: “1. *La ley extranjera es un hecho y, como tal, si la parte no la alega, el juez no debe ni puede aplicarla*; 2. *Sostiene que la ley extranjera es un derecho, pero no promulgado en el lugar del juicio, no conocido por el juez y que él puede conocer, sin estar obligado a ella. (...) En este caso, como hay carencia de ley, o se aplica el derecho nacional que se supone igual al extranjero, o se aplican los principios generales de derecho*; y 3. (...) *considera a la ley extranjera derecho y obliga al juez a aplicarla y decidir por ella la controversia, tomando su conocimiento en la fuente que tenga a bien*”⁹⁰.

Se infiere de lo anterior que la primera corriente afirma que se aplicará la legislación extranjera una vez la parte invoque su aplicación (debiendo completar los requisitos de justificación de texto, vigencia y sentido)⁹¹; la segunda es cuando no existe un pacto entre las partes ni una obligación legal de aplicarlo, el juez cuenta con la discreción de aplicar o no el derecho extranjero; y la tercera señala que regirán por la ley a que las partes se hubieren sometido (pacto de sumisión)⁹² y en tal caso es obligatoria su aplicación una vez no sea contraria a la ley o utilizada en fraude de ley.

⁸⁹ Contreras Vaca, Francisco José. *Op. cit.* pág. 137.

⁹⁰ Monroy Cabra, Marco Gerardo. *Op. cit.* pág. 315

⁹¹ Congreso de la República de Guatemala, Decreto 2-89, Ley del Organismo Judicial, artículo 35.

⁹² *Ibid.* artículo 31.

3.2. Teorías de la jurisdicción competente

El alcance transfronterizo del comercio electrónico con su particular facilidad de contratar entre ausentes y la deslocalización de sus actividades no solo facilita la contratación de carácter internacional entre proveedores y sus clientes [consumidores y usuarios], sino que también determina que, al ocurrir esa situación de internacionalización, resulte incierta la determinación de los tribunales competentes para resolver las eventuales controversias contractuales.⁹³

Monroy Cabra, al deferirse al principio de defensa de las partes en conflictos de jurisdicción internacional, señala seis teorías sobre el derecho aplicable y el juez competente: **1) Jurisdicción razonablemente aplicable; 2) *Forum shopping*; 3) *Forum causae*; 4) Acciones personales; 5) Jurisdicciones exorbitantes; y 6) Prórroga de la Jurisdicción.** Éstas serán tomadas como base para la determinación de las Teorías de la Jurisdicción Competente y se explicarán posteriormente. Aunado a lo anterior, existen tres factores fundamentales que señalan la competencia internacional y brindan una guía directa para resolver el problema de la jurisdicción competente: **a) La competencia por nacionalidad, es decir, que se toma como elemento determinante de que juez conocerá con respecto a la nacionalidad del accionante (demandante); b) La competencia por estatuto, es decir, el juez que conocerá se definirá por el derecho aplicable; y c) Competencia por reenvío.**⁹⁴ Éste último se ampliará en su apartado respectivo dentro de la Teoría de Remisión o Reenvío.

1) Jurisdicción razonablemente aplicable:

Monroy Cabra se limita a señalar que se debe tener un criterio de razonabilidad al momento de decidir qué juez será el competente para conocer sobre el caso específico⁹⁵.

⁹³ De Miguel Asensio, Pedro Alberto. *Derecho Privado de Internet* / Tercera edición, España, Civitas Ediciones, S.L., 2002, pág. 76

⁹⁴ Monroy Cabra, Marco Gerardo. *Op. cit.* pág. 82.

⁹⁵ *Loc. cit.*

La Real Academia Española señala la razonabilidad como la cualidad de lo adecuado y conforme a razón⁹⁶, es decir, se debe analizar no a las partes sino a la situación jurídica que provoca el conflicto y determinar cuál es la jurisdicción que mejor se adecua a ésta.

2) **Forum shopping o derecho aplicable dependiente de la jurisdicción:**

Ésta teoría tiene una relación íntima con la teoría de la soberanía territorial, pues es el accionante, en consideración de sus pretensiones, quien determina la jurisdicción competente con la presentación de su primera solicitud ante un juez con jurisdicción ordinaria e internacional, quien podrá aplicar la *lex fori* si se encuentra en sus facultades.

No se ampliará más en ésta teoría pues merece el análisis como derecho aplicable y no como jurisdicción competente, lo que se desarrollará en el apartado correspondiente.

3) **Forum causae o jurisdicción dependiente del derecho aplicable:**

Contraria a la teoría anterior, establece que la determinación de la jurisdicción competente dependerá del derecho aplicable al caso concreto, por lo que es necesario analizar previamente la situación o acto jurídico que genera el conflicto para luego establecer el juez que deberá conocer. Por tratarse principalmente de derecho aplicable no merece un análisis profundo.

4) **Acciones personales:**

Ésta teoría, al igual que la anterior, supone la determinación del derecho aplicable previo a determinar la jurisdicción competente pues señala que al promover las acciones personales será juez competente el de la legislación a que está sujeto el punto de conexión que da lugar a la *litis*.

Su fundamento se encuentra en los Tratados de Derecho Civil Internacional de Montevideo de mil ochocientos ochenta y nueve y mil novecientos cuarenta.

⁹⁶ Diccionario de la lengua española, Real Academia Española, razonabilidad, España, 2014, disponibilidad: <http://lema.rae.es/drae/?val=razonabilidad>, fecha de consulta: 23 de Octubre 2014.

5) **Jurisdicciones exorbitantes:**

Señala que en un conflicto pueden concurrir varias jurisdicciones aplicables, ya sea por el lugar de ejecución del contrato, el lugar de su celebración, el domicilio del proveedor, el del consumidor, o el lugar donde se encuentran los bienes del demandado, y por lo tanto existe una incertidumbre no solo a que juez es competente para conocer, sino el derecho aplicable al contrato. Ésta teoría permite al demandante elegir tanto el tribunal competente como el derecho aplicable al fondo de la pretensión.

En el artículo trescientos veintitrés del Código de Bustamante se aborda el tema, para lo cual se señala: *“salvo el derecho local contrario, será juez competente para el ejercicio de acciones personales el del lugar del cumplimiento de la obligación o el del domicilio de los demandados y subsidiariamente el de su residencia”*⁹⁷. El artículo citado deja la posibilidad de competencia a tres tribunales, que pudieran ser distintos, sin orden jerárquico alguno por lo que parecería que queda a discreción del accionante que jurisdicción deberá conocer, lo que no sucede para las acciones reales sobre bienes muebles. En este caso el Código de Bustamante si establece un orden jerárquico de las jurisdicciones señalando: 1) Al juez de la situación; 2) El domicilio; y 3) La residencia del demandado.⁹⁸

6) **Prórroga de la jurisdicción:**

Para que proceda la prórroga de jurisdicción es necesaria la existencia de jurisdicción internacional concurrente, es decir, no se podrá aplicar la prórroga cuando exista jurisdicción internacional exclusiva o se encuentre prohibida por la ley.⁹⁹

Es común que en los contratos de adhesión o formulario contengan cláusulas de prórroga de la jurisdicción de acuerdo al domicilio del proveedor y obligando al consumidor o usuario a renunciar al fuero de su domicilio para someterse a una

⁹⁷ Asamblea Legislativa de la República de Guatemala, Decreto Número 1575, Código de Derecho Internacional Privado, artículo 323.

⁹⁸ *Ibid.* artículo 324

⁹⁹ Hocsman, Heriberto Simón. *Op. cit.* pág. 15.

jurisdicción desconocida. La prórroga, en este caso, implicaría una indefensión procesal y problemático acceso a la justicia para el consumidor, provocando una violación al derecho de defensa que se encuentra regulado en el artículo doce de la Constitución Política de la República de Guatemala y por ende al orden público internacional, pudiendo declarar dicha cláusula como una cláusula abusiva y en consecuencia nula. Sin embargo, señala Hocsman, sería necesario probar la posición de desventaja en la que el proveedor colocó al consumidor o usuario al momento de la negociación que invalidaron su consentimiento y por lo tanto evitaron un ejercicio de defensa por parte de éste.¹⁰⁰

Al respecto, el Código de Bustamante señala que en primer término será juez competente el que las partes se sometan de forma expresa: señalando en el contrato la renuncia al fuero de su domicilio y señalando con claridad y precisión el juez al que se someten; o tácita: con la presentación de la demanda (por parte del accionante) o la contestación de la demanda o cualesquiera otras acciones que no sea la interposición de excepción de incompetencia (por parte del demandado), siempre que uno de los contratantes sea nacional del Estado a que el Juez pertenece o que tenga su domicilio en él, y únicamente a aquel juez que ejerza jurisdicción ordinaria y pueda conocer ese tipo de negocios. No se entenderá como sometimiento la tramitación del procedimiento en rebeldía¹⁰¹.

De lo anterior podemos determinar un elemento esencial para determinar la jurisdicción competente: alguno de los contratantes debe tener un vínculo ya sea nacional o domiciliar con el lugar donde se encuentre el juez.

7) **Tribunales arbitrales:**

Las partes pueden, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, designar una jurisdicción privada otorgándole potestad para juzgar el caso y una fuerza ejecutiva al laudo arbitral, siempre y cuando cumpla con los requisitos de la legislación para la ejecución de sentencias y laudos extranjeros.

¹⁰⁰ *Ibid.* pág. 17.

¹⁰¹ Asamblea Legislativa de la República de Guatemala, Decreto Número 1575, Código de Derecho Internacional Privado, artículo 322.

Éste tipo de procedimientos, señala García Noguera, tienen varias ventajas, como las siguientes: “1) rapidez (el arbitraje es más ágil que un tribunal ordinario y las partes pueden establecer un plazo máximo para dictar un laudo); 2) especialización (los árbitros elegidos pueden ser expertos en la materia); 3) eficacia (en caso de incumplimiento, el laudo arbitral firme puede ser ejecutado al igual que una sentencia); y 4) reducción de la sobrecarga de los tribunales ordinarios.”¹⁰². Así mismo, aunque provoque un gasto mayor que en la jurisdicción ordinaria da la posibilidad al momento de negociar la cláusula arbitral el lugar donde se llevará a cabo el proceso y el derecho aplicable al fondo del asunto, simplificando por mucho el problema de conflicto de leyes.

3.3. Teorías del derecho aplicable

Existe un conflicto de ley siempre que se trate de determinar cuál de los ordenamientos jurídicos es aplicable a la relación jurídica específica que cuenta con elementos dispersos. Para el efecto Goldschmidt, citado por Monroy, expresa que “no conviene hablar de un derecho de colisión, puesto que en rigor no se da ninguna colisión entre los diferentes ordenamientos jurídicos, ya que objetivamente o se aplica solo uno de ellos a una determinada cuestión o al aplicarse varios su coaplicación es posible.”¹⁰³

Los contratos celebrados por medios electrónicos generan relaciones jurídicas con ordenamientos distintos, creando “casos iusprivatistas multinacionales” con factores que hacen difícil la determinación del lugar de celebración y ejecución de los acuerdos celebrados por medio del comercio electrónico y por lo tanto cuál es la ley que se debe aplicar al fondo del caso.¹⁰⁴

En ciertos casos las situaciones jurídicas son regidas por la *lex fori* ya sea por normas policía, normas directas aplicables o por impedimentos para aplicar el derecho extranjero como podría ser el orden público internacional. Es posible, en

¹⁰² Hocsman, Heriberto Simón. *Op. cit.* pág. 19

¹⁰³ Monroy Cabra, Marco Gerardo. *Op. cit.* pág. 211.

¹⁰⁴ Hocsman, Heriberto Simón. *Op. cit.* pág. 12.

otros casos, que las mismas partes creen las normas materiales aplicables (que no sean contrarias a la ley).

En los casos que no apliquen las opciones anteriores se deberá introducir la situación jurídica al Derecho Internacional Privado para poder determinar que legislación es la aplicable al fondo del asunto. En ese sentido, se presentan las teorías más relevantes de esta investigación, a juicio del autor, que conducen a determinar el derecho aplicable en temas de contratación internacional por medio del comercio electrónico.

1) **Teoría de la soberanía territorial o la territorialidad absoluta de la ley:**

Esta teoría se refiere, como su nombre lo indica, a la sumisión voluntaria de las partes a la ley del lugar donde se realizan los actos. Ésta teoría anula el Derecho Internacional Privado, pues al eliminar el conflicto de leyes obliga a que el juez únicamente pueda aplicar su ley nacional y no la ley extranjera, si decidiera hacerlo.

La principal fundamentación de ésta teoría es la de salvaguardar el orden social interno evitando la aplicación de un supuesto jurídico extranjero. Carrillo Salcedo la fundamenta señalando que *“el ordenamiento jurídico del foro sólo se preocupa por salvaguardar su cohesión y eficacia internas, y de ahí que no conceda relevancia jurídica alguna ni a los elementos extranjeros presentes, en el supuesto de hecho de que se trate, ni a un eventual Derecho extranjero con el que aquéllos se encontrasen vinculados”*¹⁰⁵. Por su parte Contreras complementa argumentando que la legislación es creada única y exclusivamente para su aplicación en el territorio donde fueron creadas y por lo tanto no tiene validez alguna aplicarla en territorio extranjero¹⁰⁶.

Para ejemplificar mejor ésta teoría Feldstein señala que de acuerdo a esta corriente toda persona que realiza un acto en un determinado Estado se encuentra tácitamente aceptando que la ley del lugar en que se halla ejerza acción sobre el

¹⁰⁵ Pereznieta Castro, Leonel. *Op. cit.* pág. 248

¹⁰⁶ Contreras Vaca, Francisco José. *Op. cit.* pág. 138.

acto.¹⁰⁷ Monroy Cabra, por su parte, señala que “*la territorialidad de la ley consiste en que se someten todos los elementos de una relación jurídica al imperio de la ley local. Es decir, una ley es territorial cuando rige todos los hechos realizados en determinado territorio*”¹⁰⁸.

Existen varios factores que la respaldan:

- 1) El orden público: Dentro de la legislación de cualquier Estado existen normas que por su relación directa con la moral, las buenas costumbres y la sana convivencia son consideradas de orden público (internacional). Éste tipo de normas no pueden ser contravenidas por Tratados o Convenios Internacionales y mucho menos por contratos transnacionales pues supondría una vulneración a la seguridad y resguardo de derechos sociales irrenunciables.

Es importante resaltar que las normas de orden público internacional buscan resguardar la situación de las personas en un ambiente controlado y dirigido al bien común, por lo tanto el imponer la aplicación de la legislación nacional asegura a los ciudadanos (y al Estado) que ninguna normativa extranjera pueda vulnerar las situaciones sociales protegidas.

- 2) Principio de cortesía: Éste principio del Derecho Internacional Privado alude a la aceptación de los términos, en este caso la aplicación de la legislación territorial, en reconocimiento del mismo derecho para otro Estado, de imponer su legislación en los casos que le apliquen. Se encuentra muy ligado también al principio (o teoría) de la reciprocidad, donde los extranjeros gozan de los mismos derechos que los nacionales siempre que a éstos se les otorgue la misma calidad cuando se encuentren en el extranjero.
- 3) Necesidad y utilidad del demandante: Para el caso que nos merece, los consumidores o usuarios por su propia necesidad no disponen del tiempo para estudiar otras legislaciones (pudiendo caer en obstáculos por el idioma) sino que es el proveedor quien, al ofrecer un producto o servicio en un territorio

¹⁰⁷ Feldstein de Cárdenas, Sara. *Derecho Internacional Privado: Parte Especial*, Argentina, Editorial Universidad S.R.L., 2000, pág. 266

¹⁰⁸ Monroy Cabra, Marco Gerardo. *Op. cit.* pág. 211.

determinado debería conocer la legislación aplicable a dicho territorio para no contravenirla con su deseo de contratar. Es así como la protección al consumidor ya tratada puede dar lugar a la aplicación por utilidad de ésta teoría.

La doctrina adopta ésta teoría a la forma de los actos (elemento extrínseco), sin embargo, puede derivar en la aplicación de esta corriente en los contratos electrónicos internacionales con respecto a la ejecución de las obligaciones y por lo tanto aplicar la legislación del lugar donde se realiza la prestación del servicio o a donde se deben entregar los productos, tal como lo establece la Ley del Organismo Judicial de Guatemala en su artículo treinta: si el acto o negocio jurídico debe cumplirse en lugar distinto a donde fue celebrado, su cumplimiento se rige de acuerdo a las leyes del lugar de ejecución¹⁰⁹. El Código de Bustamante señala la aplicación de éstas como leyes territoriales, locales o de orden público internacional¹¹⁰.

Como toda teoría o corriente existen inconvenientes en su aplicación, los cuales se detallan a continuación:

- 1) Trae inestabilidad en la aplicación, pues al tratarse de una teoría territorial bastaría con que la persona que recibe los productos o los servicios traslade su domicilio (y por ende el lugar de su ejecución) a otro Estado, variando la ley aplicable.
- 2) Conduce a una negación del Derecho Internacional Privado y por lo tanto la aplicación de Tratados y Convenios internacionales como el Código de Bustamante o el Sistema de Montevideo.
- 3) Dificulta el comercio [electrónico] internacional y suprime la economía y las relaciones internacionales del Estado.
- 4) La regla carece de fundamentación jurídica y se constituye por la práctica y costumbre general aceptada.

¹⁰⁹ Congreso de la República de Guatemala, Decreto 2-89, Ley del Organismo Judicial, artículo 30.

¹¹⁰ Asamblea Legislativa de la República de Guatemala, Decreto Número 1575, Código de Derecho Internacional Privado, artículo 3.

2) Teoría de los estatutos:

Ésta teoría nace de la palabra *estatuto* de la Edad Media que designaba las normas que regían en las ciudades o provincias en oposición a la *ius commune*, la que comenzó como una delimitación o diferenciación de las normativas que aplicaban a cierto territorio pero posteriormente fue evolucionando para resolver conflictos jurídicos de ordenamientos de diversos Estados. Así mismo surge de la propuesta de Savigny sobre encontrar la naturaleza o sede (*sitz*) de las relaciones para determinar cuál es la ley que se deberá aplicar. Se crean tres estatutos: personal, real y mixto.

El Estatuto **personal** definido por Savigny como “*las leyes que tienen principalmente por objeto la persona y su estado*”¹¹¹, corresponde a la aplicación de las leyes a los particulares por su ley de nacionalidad o la de su domicilio, la cual permite que de forma extraterritorial sus derechos sean protegidos por las leyes que conocen. La razón de ésta teoría es que las legislaciones de los Estados son fundamentadas en las costumbres y culturas del mismo, por lo que no es comprensible que cuando un miembro de dicho estado sale de sus fronteras se le aplique una legislación diferente a la que él conoce y con la que fue educado. La escuela italiana era la única de las tres escuelas estatutarias que reconocía y seguía este estatuto basado en la nacionalidad, sin embargo, la escuela francesa lo reconocía pero como extraordinario. La escuela francesa y holandesa respaldaban el estatuto personal basado en el domicilio.

El Código de Bustamante divide el ejercicio de los derechos que se aplican a las personas por razón de su nacionalidad o domicilio y que se trasladan a otro país como normas personales o de orden público interno y en su artículo séptimo permite la aplicación de acuerdo a la legislación interna, señalando que “*cada Estado contratante aplicará como leyes personales las del domicilio, las de las nacionalidad o las que haya adoptado o adopte en lo adelante su legislación interior*”¹¹².

¹¹¹ Perezniето Castro, Leonel y Jorge Alberto Silva Silva. *Derecho Internacional Privado: Parte Especial* / Segunda edición, México, Oxford University Press México, S.A. de C.V., 2007, pág. 52.

¹¹² Asamblea Legislativa de la República de Guatemala, Decreto Número 1575, Código de Derecho Internacional Privado, artículo 7.

La norma que acoge el estatuto personal abre la posibilidad para determinar las consecuencias jurídicas de la celebración de los actos jurídicos personales¹¹³. Sin embargo hay que establecer qué punto de conexión utiliza el país donde se conozca sobre la *litis*, comúnmente en Europa se utiliza el punto de conexión de la nacionalidad, en cambio, en América Latina se utiliza el domicilio.

El Estatuto **real** corresponde a la aplicación territorial de las leyes, muy similar a la teoría de la territorialidad absoluta de la ley por lo que no se ampliará en su análisis.

Para el efecto José Ramón de Orúe y Arregui, citados por Monroy Cabra, presenta una crítica a la creación de los estatutos de una forma que amerita su cita literal: *“Parten los estatutarios de la más absurda territorialidad de las leyes, fundada en la territorialidad de la soberanía, confundiendo su poder coactivo con la competencia legislativa; así que, proclamada la territorialidad del derecho por esencia, esa extraterritorialidad que ellos sientan como excepción [refiriéndose a la escuela francesa], carece de contenido jurídico. Menos mal si hubieran empleado la distinción de leyes territoriales y extraterritoriales en lugar de clasificar los estatutos en personales y reales, lo que es inadmisibile; en primer lugar, porque es difícil distinguir en muchas instituciones ambos caracteres, y, sobre todo, porque en doctrina moderna todo estatuto o ley es personal, dándose en exclusivo beneficio de los individuos”*¹¹⁴.

Elisa Pérez Vera también critica el estatuto personal y afirma que una opción puede ser *prescindir de esta terminología obsoleta, herencia de un pasado y cuyas coordenadas sociológico-jurídicas carecen de paralelismo en el presente*¹¹⁵.

Por último el Estatuto **mixto**, como es de esperarse, constituye en que las leyes pueden ser tanto reales como personales, lo que da lugar a una complicación mayor por la dificultad que genera la distinción de los estatutos principales.

¹¹³ Pereznieto Castro, Leonel y Jorge Alberto Silva Silva. *Op. cit.* pág. 48.

¹¹⁴ Monroy Cabra, Marco Gerardo. *Op. cit.* pág. 219.

¹¹⁵ Pereznieto Castro, Leonel y Jorge Alberto Silva Silva. *Op. cit.* pág. 53.

La Ley del Organismo Judicial reconoce el Estatuto Personal y toma como punto de conexión, el domicilio, como se puede notar en el artículo veinticuatro, que señala: *“El estado y la capacidad de las personas y las relaciones de familia se rigen por las leyes de su domicilio”*¹¹⁶.

3) **Sede de la relación jurídica**

Teoría creada por Savigny que refiere a que las leyes extranjeras se aplican en virtud de una obligación jurídica que está situada en cierto lugar. Así las partes someten, de forma voluntaria, la relación jurídica a los efectos de la legislación donde contratan y del lugar donde tendrá su cumplimiento las obligaciones.

Distingue dos eventos en dicha teoría: **1)** el derecho de la persona: donde en definitiva se aplicaría la ley del domicilio (sede natural de la persona), pues se encuentra ligada de forma voluntaria a ese lugar; **2)** el derecho aplicable a cada relación jurídica en particular: donde la legislación de la sede de las relaciones jurídicas es la que rige y al encontrar la naturaleza de las cosas se establecen las relaciones entre las mismas. Señala que para los contratos se debe aplicar la *lex loci executionis* (ley del lugar de ejecución), precepto contenido en el artículo treinta de la Ley del Organismo Judicial de Guatemala mencionado anteriormente.

En los casos en que la persona se encuentre dentro de una relación jurídica y no coincida su domicilio con la sede de ésta, Herran Médina aclara que *“opera en relación con la persona la pérdida de su derecho domiciliar que es sustituido por el de la relación jurídica; o sea, que en ese caso predomina el derecho correspondiente a la relación, el cual, dentro del terreno que ella comprende, pasa a impregnar todo el cuadro jurídico, incluyendo a las partes”*¹¹⁷

Como toda teoría existen críticas a la misma, en este caso Monroy Cabra y Jitta opinan al respecto que: **1)** El cambio de domicilio de la persona puede crear inestabilidad; **2)** En caso existieren varios domicilios de una persona complicaría la determinación de la legislación aplicable; y **3)** Savigny solamente analiza grandes

¹¹⁶ Congreso de la República de Guatemala, Decreto 2-89, Ley del Organismo Judicial, artículo 24

¹¹⁷ Monroy Cabra, Marco Gerardo. *Op. cit.* pág. 222.

categorías sin penetrar a cada uno de esos grupos y determinar la naturaleza que le es propia a las relaciones particulares¹¹⁸. Considera el autor de ésta investigación que únicamente la tercera crítica tiene fundamentos, pues las primeras dos son eliminadas en una relación jurídica, la que sin importar el domicilio de las partes se somete a la sede de sus efectos (lugar de ejecución).

4) **Teoría de Waechter**

Una teoría corta pero muy acertada, que parte del principio que el juez al intentar determinar el derecho aplicable a una relación jurídica debe atenerse a lo que establecen las normas de derecho internacional privado de su ordenamiento jurídico, y en su defecto a aplicar la *lex fori*.

Esta doctrina contempla tanto la internacionalización de la relación jurídica como la nacionalización de la misma, separando en los conflictos de leyes los problemas jurídicos y legislativos por medio de la concesión al juzgador una posición de relieve en el ordenamiento internacional¹¹⁹. Así mismo permite la correcta aplicación de la legislación, ya que señala como base la utilización del derecho internacional privado y en caso de lagunas suplirlo con la *lex fori*, logrando así una mayor oportunidad de protección a consumidores y usuarios en territorios distintos a su Estado de nacionalidad o domicilio.

5) **Teoría de la personalidad del derecho**

Teoría creada por Mancini, funciona en torno a la aplicación exclusiva de la ley nacional a toda persona sin importar el lugar donde se encuentre u otras características que la separen de la idea de la extraterritorialidad de las normas nacionales, con excepción del orden público internacional, la autonomía de la voluntad y la *locus regit actum*.

Sin embargo, crea una clasificación del derecho aplicable que la diferencia del estatuto personal: **a)** Derecho Necesario; y **b)** Derecho Voluntario. La primera clasificación se refiere a todas aquellas normas inalterables para el individuo, tales

¹¹⁸ *Loc. cit.*

¹¹⁹ *Ibid.* pág. 224.

como las relaciones familiares, tutela, capacidad, entre otros, se deben regir exclusivamente por la ley de su nacionalidad.

El Derecho Voluntario, en cambio, reúne aquellas normas dispensables por el individuo, específicamente la contratación, donde la misma voluntad permite el libre arbitrio de las partes para regirse por un derecho diferente al de su nacionalidad. Ésta, de acuerdo a la teoría, debe ser tomada como la excepción a la regla general.

Las críticas de ésta teoría son las siguientes:

- 1) La soberanía del Estado no es, de forma certera, personal y accesoriamamente territorial.
- 2) La clasificación del derecho aplicable en necesario y voluntario no ésta de acuerdo a una realidad jurídica objetiva. Así mismo no todas las normas “necesarias” tienen carácter preceptivo, ni todas las normas “voluntarias” pueden ser modificables o derogables.
- 3) Las excepciones presentadas contradicen y desvirtúan la base de la teoría, pues supone una imposición de la extraterritorialidad de la norma, que colisiona con tres materias vitales como las expuestas que, al final, son la base de la determinación del derecho aplicable.¹²⁰

6) **Teoría de los derechos adquiridos:**

Presupone el respeto cuando un particular ha adquirido un derecho (nacimiento del derecho) y trata de ejercerlo en un Estado distinto a aquel donde lo adquirió. Teoría recogida en el Código Americano de Derecho Internacional Privado, posteriormente también en la Ley del Organismo Judicial de Guatemala y el Código de Bustamante, que señala que el derecho ya adquirido deberá tener los mismos efectos en el Estado donde se desea ejercer como si fuera el mismo Estado donde lo adquirió. Éste último [C.B.] lo complementa señalando que tendrán “*plena eficacia*”

¹²⁰ *Loc. cit.*

extraterritorial” en los Estados contratantes salvo se opusiere al orden público internacional.

Monroy Cabra señala la existencia de dos condiciones necesarias: “1ª) es preciso que el derecho se haya adquirido en virtud de una ley competente; 2ª) es preciso hacer cumplido todas las condiciones prescritas por la ley que fue competente para adquirir el derecho”¹²¹. Lo anterior se refiere a que únicamente se podrá reconocer un derecho como adquirido si ha llenado todos los requisitos desde capacidad hasta los específicos para su debido reconocimiento en el Estado de origen.

Como toda “regla” existen excepciones que impiden su reconocimiento, como la inexistencia de la institución donde se intenta ejercer el derecho. En este supuesto la Ley del Organismo Judicial señala en su artículo veinticinco que “la calificación de la naturaleza de la institución o relación jurídica se efectuará de acuerdo a la ley del lugar en que se juzgue”¹²² por lo que si en éste no fuere reconocida la institución no hay una calificación legal a realizar y por ende no se podrá ejercer el derecho. Otro supuesto es el orden público y el orden público internacional, el Código de Bustamante señala que “los preceptos constitucionales son de orden público internacional”¹²³.

Dicey establece un punto fundamental con respecto a esta teoría, y es la necesidad de distinguir entre la aplicación del derecho extranjero y el reconocimiento de un derecho adquirido. Señala que las cortes de Inglaterra, por ejemplo, pareciera que reconocen la ley extranjera, sin embargo no es la ejecución de la ley extranjera sino los derechos adquiridos bajo esa ley¹²⁴.

La Ley del Organismo Judicial al reconocer ésta teoría incluye la última de las excepciones, pues señala que “el estado y la capacidad de la persona individual extranjera adquiridos conforme a su ley personal, será reconocido en Guatemala **si**

¹²¹ *Ibid.* pág. 231

¹²² Congreso de la República de Guatemala, Decreto 2-89, Ley del Organismo Judicial, artículo 25

¹²³ Asamblea Legislativa de la República de Guatemala, Decreto Número 1575, Código de Derecho Internacional Privado, artículo 4.

¹²⁴ Monroy Cabra, Marco Gerardo. *Op. cit.* pág. 232

no se opone al orden público¹²⁵, e incluye dos nuevas limitaciones para el ejercicio: 1) Solamente pueden ejercerlo las personas individuales, excluyendo a las jurídicas del ejercicio de derechos adquiridos; 2) Los derechos únicamente pueden estar relacionados con el estado y la capacidad de la persona, ningún otro ámbito.

7) **Teoría de remisión o reenvío:**

La Remisión surge cuando una norma jurídica del país donde se conoce la *litis* permite la utilización de un derecho extraño, el cual coincide con el primero en la aplicación de su derecho sustantivo. El Reenvío, en cambio, surge cuando la legislación del Estado extranjero no coincide con el del foro, pues no prevé la utilización de su derecho sustantivo sino el de otro Estado.¹²⁶

Esta teoría busca la determinación del alcance de las leyes extranjeras a una situación jurídica surgida del conflicto negativo de leyes, el cual puede ser de primer grado (simple) o de segundo grado. El reenvío de primer grado surge cuando la legislación del foro (A) señala la aplicación de la legislación de otro Estado (B) y éste, al no coincidir con la utilización de su legislación sustantiva, remite la aplicación a la ley del Estado donde se conoce la controversia (A). En consecuencia el juez que conoce del asunto aplicará su ley sustantiva como resultado del reenvío.

El segundo grado, en cambio, la legislación del foro (A) señala la aplicación de otro Estado (B) y éste envía a la legislación de un tercer Estado (C). La legislación del tercer Estado puede tanto señalar la aplicación de su ley sustantiva o remitirlo a un cuarto Estado.

Existen tres críticas principales de esta teoría: **1)** La falta de determinación del momento en que para el reenvío pues, como se expuso en la clasificación del segundo grado, las legislaciones de los Estados pueden remitir a otros convirtiéndolo en un círculo vicioso sin fin; **2)** La existencia de una gran incertidumbre sobre que legislación es la aplicable, pues como se expuso anteriormente puede variar de forma constante; y **3)** Las dos críticas anteriores se

¹²⁵ Congreso de la República de Guatemala, Decreto 2-89, Ley del Organismo Judicial, artículo 26.

¹²⁶ Contreras Vaca, Francisco José. *Op. cit.* pág. 145

fundamenten, principalmente, en que es el juez quien determina si reconoce o no el reenvío.

La tercera crítica se refiere a lo siguiente: Cuando el juez tiene conocimiento del caso concreto se le presentan dos opciones: **1)** Aplicar la legislación sustantiva del foro; o **2)** Aplicar las normas de Derecho Internacional Privado del Estado donde se encuentra. Como la legislación, aparte del artículo treinta y cinco de la Ley del Organismo Judicial, no señala una regla de como los jueces deberán aplicar el conflicto de leyes y la remisión a legislaciones diferentes, queda a discreción de éste la determinación de la legislación que utilizará para conocer el asunto. Suponiendo que elige aplicar las normas del Derecho Internacional Privado, que en el caso de Guatemala lo remiten a la ley del domicilio, debe tomar otra decisión: **A.** Aplicar las normas de Derecho Internacional Privado de dicho Estado (que puede traer el reenvío de primer o segundo grado y representa ésta crítica); o **B.** Aplicar las normas sustantivas de dicho Estado.

Las decisiones de los juzgadores para aplicar la legislación de acuerdo al ejemplo anterior son de las que derivan las incertidumbres sobre el derecho aplicable y el repudio a ésta teoría.

8) **Pacto de sumisión:**

Las partes pueden someter el fondo de la situación jurídica a una legislación común o que consideren no beneficia a ninguno en particular. Ésta autonomía de la voluntad no es absoluta, pues existen limitantes a la elección de la legislación: prohibición de la ley, orden público internacional, fraude de ley, internacionalidad objetiva, rechazo del reenvío (aplicaría para ciertos casos), tutela categórica de legislaciones y/o normas policia.

De acuerdo a Hocsmán existen dos autonomías de la voluntad: la **autonomía conflictual**, que se refiere a la elección, para el caso iusprivatista multinacional, del derecho privado que se aplicará pero deberá tener una conexión sustancial con la situación jurídica, pues de lo contrario los tribunales podrían no aplicarla. Sin embargo las partes deberán tener en cuenta la posible existencia de un Tratado

entre los dos países de domicilio, que podría determinar la forma de aplicar el derecho en caso de controversias; y la **autonomía material**, que dejan de un lado las reglas del derecho privado y crean sus propias reglas específicas para aplicar a la situación jurídica¹²⁷, donde se podrán utilizar como base los principios y costumbres del comercio (UNIDROIT).

¹²⁷ Hocsman, Heriberto Simón. *Op. cit.* pág. 121

CAPÍTULO 4: PRESENTACIÓN, ANÁLISIS Y DISCUSIÓN DE RESULTADOS

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

4.1. Protección al consumidor y usuario

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

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

La indirecta, por su parte, en contrataciones como la compraventa o arrendamiento de bienes, donde es necesario que una parte deba cumplir con alguna obligación

fuera de la red. Éste tipo de contratos facilita la determinación del lugar de ejecución y como se ampliará posteriormente la jurisdicción competente.

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

En las legislaciones europeas y en algunas americanas se unifican ambos conceptos, determinando a consumidor como aquel que puede adquirir bienes y/o servicios, no influyendo eso en la protección efectiva del sujeto. Inclusive, la legislación peruana considera como consumidores también a quienes integran el círculo familiar de quien efectúa la adquisición¹²⁸. Sin embargo, si es pertinente aclarar que algunas legislaciones únicamente reconocen a las personas individuales como capaces para ser parte en contratos de consumo.

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

Para poder aclarar el punto anterior se presentan dos ejemplos: una entidad dedicada a la fábrica y distribución de sillas y mesas para eventos especiales contrata con un proveedor extranjero de máquinas de café la adquisición de tres máquinas “Impressa S9” con capacidad de dos tazas por minuto y un tanque de

¹²⁸ Carranza Álvarez, César. “El nuevo perfil del consumidor en la legislación peruana”, *Revista Derecho Competencia*, Volumen 5, N° 5, Colombia, Enero-diciembre 2009, Pontificia Universidad Javierana, pág. 130.

agua de dos punto siete litros para uso exclusivo de sus trabajadores del turno nocturno. En este caso la adquisición de los bienes no es parte del objeto social de la entidad, e inclusive no puede determinarse si su utilización tiene alguna conexión con su línea de trabajo, por lo que fácilmente puede ser catalogado como una adquisición de consumo y encuadrar como un consumidor.

Sin embargo, ésta misma situación puede dificultarle al proveedor la determinación si se encuentra en un contrato comercial común o en un contrato de consumo. Un joven empresario, propietario de una cafetería en Guatemala contrata con el mismo proveedor la adquisición de una máquina “Impressa S9” por medio de su empresa mercantil pero para uso personal en su hogar. Éste caso, a pesar de poder ser incluido como un contrato de consumo el proveedor tendrá dificultades para determinar si en realidad es un contrato de consumo o un contrato comercial común, por el otro lado, el consumidor podría alegar su estatus como tal, en caso de bienes defectuosos o su derecho de retracto.

Procede entonces a la verificación de la protección de los sujetos en el entorno guatemalteco y para lo cual se realiza la siguiente división, en coherencia con los pasos contractuales: 1) Publicidad de los bienes y servicios; 2) Contratación con el proveedor; y 3) Ejecución y efectos, y utilizarán los derechos enlistados en el capítulo segundo.

1) Publicidad de los bienes y servicios

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

Lo protección inicia desde éste momento y para garantizar la vida, seguridad y salud de los adquirentes prohíbe a los proveedores la publicidad engañosa que pueda inducir al consumidor o usuario a “*error mediante ardid o engaño, para defraudarlo*”

*en su patrimonio en perjuicio propio o de tercero*¹²⁹” y deberán bajo cualquier circunstancia entregar los productos según las especificaciones ofrecidos por su publicidad. Éste tipo de publicidad provoca no solo la pérdida de recursos monetarios por parte del consumidor, sino el tiempo y esfuerzos invertidos, costos de oportunidad por adquirir productos con otro proveedor y que le diera mejores resultados y costos de transacción¹³⁰, afectando al consumidor, a la competencia y al mercado en general, creando una limitación a la libre competencia entre comerciantes, un proceso abierto y transparente donde existan opciones de consumo y un acceso libre hacia ellas. Se incluye en esta protección del mercado, el acaparamiento, especulación, desabastecimiento o negativa de vender productos con la finalidad de provocar alza en sus precios, la competencia desleal y la creación de monopolios.

Una de las prácticas más comunes es atraer a los consumidores con ofertas o promociones que faciliten la adquisición del producto, lamentablemente muchas veces carecen de información necesaria para determinar que tantos beneficios trae para el consumidor o el proveedor retiene información que hace diferente la supuesta promoción. En Guatemala, durante el dos mil catorce, tres cadenas de tiendas farmacéuticas fueron obligadas a retirar su publicidad de descuentos hasta del cincuenta por ciento (50%) de sus productos, pues éstas subían los precios regulares de los productos y hacían creer a la clientela que si existía tal beneficio. Fruto de lo anterior se establece la obligación del proveedor de compartir información suficiente, clara, oportuna, veraz y detallada del producto, incluyendo, pero no limitando, características del producto, medidas, peso, calidad, precio, instrucciones y riesgos de uso, condiciones de fabricación y vencimiento, garantías y, en el caso de promociones, ofertas, descuentos o liquidaciones, deberán exteriorizar el beneficio que trae para el consumidor, otorgando el derecho a éste de analizar sus opciones y realizar una decisión informada, libre y razonada sobre su adquisición, incluyendo su derecho a exigir el cumplimiento de las ofertas,

¹²⁹ Congreso de la República de Guatemala, Decreto 006-2003, Ley de protección al consumidor y su usuario, artículo 20.

¹³⁰ Imbachí Cerón, Jair Fernando. *Op. cit.*

promociones o liquidaciones de temporada que el proveedor hubiere anunciado pero no desee cumplir. Es necesaria la implementación de políticas por parte de la DIACO para identificar la publicidad engañosa, como es el caso de la Superintendencia de Industria y Comercio de la República de Colombia, que realiza investigaciones previas a las relaciones de consumo para determinar e identificar casos de publicidad engañosa, incluso dentro del comercio electrónico.

Una de las principales causas por las que se considera necesaria la protección del consumidor y usuario es que los proveedores se aprovechan de la falta de conocimiento tanto del producto como del idioma en el que se ofrece. La primera se debería solventar con la información básica, y la segunda, de acuerdo al artículo quince de la Ley de Protección al Consumidor y Usuario de Guatemala los proveedores también deberán “*utilizar el idioma español en las especificaciones de contenido, manejo, uso, fecha de producción, de vencimiento y demás indicaciones de los productos*”¹³¹, así como la traducción al idioma español de las especificaciones de fábrica cuando estuvieran en idioma extranjero. Esto no solo servirá para que el consumidor pueda tomar una decisión informada y razonada, también ayudará a la comunicación entre éste y el proveedor en los casos que decida adquirir sus productos o servicios.

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

2) Contratación con el proveedor

Corresponde el derecho a todas las personas, individuales o jurídicas, a realizar negocios jurídicos con otras partes y suscribir contratos, sin embargo, se requiere que la vinculación con el proveedor en los contratos de consumo se efectúe sobre la base de conocimientos o especialización que no permitan inferir que la contratación se ha efectuado en un plano de equiparidad¹³², pues ello llevaría a suponer que las dos partes contratantes cuentan con las aptitudes y conocimientos

¹³¹ Congreso de la República de Guatemala, Decreto 006-2003, Ley de protección al consumidor y su usuario, artículo 15 literal f)

¹³² Carranza Álvarez, César. *Op. Cit.* pág. 125

sobre el tema a contratar y el negocio jurídico pueda ser llevado dentro del comercio ordinario y no del consumidor. Por lo que, al momento de contratar, el consumidor debe, si no es obvio, identificarse como tal mientras el proveedor facilita la información verídica sobre su empresa, incluyendo la denominación legal, el lugar de establecimiento, correo electrónico y otros medios de contacto, licencias o permisos gubernamentales, de una forma clara, accesible y precisa para cualquier eventualidad durante la contratación o su ejecución.

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

Dentro de la oferta y las negociaciones, si las hubiere, de los contratos, sin perjuicio de mantener sus calidades de proveedor y consumidor, las partes deberán ser tratadas con igualdad, dignidad y establecer las mismas condiciones a las situaciones iguales. Éste trato debe mantenerse tanto entre los contratantes como con terceros que deseen realizar contrataciones similares, es decir, eliminar cualquier práctica discriminatoria por razón de sexo, edad, nacionalidad, estado civil, religión, etnia, entre otros, que pudieran impedir la contratación libre. Para esto el Estado debería establecer políticas y procedimientos para su verificación.

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

Es por ello que se reconocen las cláusulas abusivas que obligatoriamente impongan una situación desfavorable al consumidor o coloquen en una posición demasiado beneficiosa al proveedor. El Código de Comercio y la Ley de Protección al

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

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

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

Sin importar si el contrato es de formulario o negociado existe la protección (o libertad) constitucional para que las partes puedan contratar con quienes quieran con un objeto que no contraríe el orden público ni las leyes emitidas en el lugar de su ejecución (o suscripción) ni establezca condiciones suspensivas imposibles de realizar, pudiendo los consumidores adquirir, usar, disfrutar y disponer de toda clases de bienes y servicios, considerando que los proveedores deberán, para estos efectos, mantener la sostenibilidad de precios, promociones y calidad de los bienes o servicios con los que se oferte, promocióne o publicite. En la misma línea es imprescindible el cumplimiento de la obligación mencionada anteriormente de contratar en el idioma español o traducir aquellos preceptos que no pueden, por su naturaleza, ser modificados al momento de la contratación y proporcionar toda la información necesaria para la correcta adquisición del producto.

3) Ejecución y efectos

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

En cualquiera de los casos la Ley de Protección al Consumidor y Usuario les obliga a, mínimo, tener un número telefónico para la atención de reclamos, atendido por persona idónea y capacitada¹³³. Así mismo, se prohíbe la negación de efectos jurídicos, la validez o la fuerza obligatoria de sus declaraciones solamente por realizarse dentro del comercio electrónico, por lo que deberá responder a las inconformidades de la forma pactada, incluyendo el retracto de los consumidores dentro del plazo de cinco días hábiles después de la suscripción del contrato (en el caso de Guatemala), una vez el producto no haya sido utilizado. Este derecho lleva consigo la obligación de ser restituido en su patrimonio por el monto en que realizó la compra del bien o pago del servicio del cual ejerció su derecho de retracto.

La protección al consumidor y usuario sería incompleta si se pretende limitarla a las garantías de calidad del producto en función de uso normal y al derecho instrumental sobre la información necesaria para intervenir en las esferas económicas¹³⁴. Por el contrario deben incluirse circunstancias preventivas y resarcitorias con el fin de garantizar un uso seguro del producto o servicios y en su caso, procedimientos administrativos y judiciales para su reclamación, sin perjuicio del derecho de los consumidores y usuarios a reclamar directamente al proveedor el cumplimiento de las garantías de calidad y el pago de los daños y perjuicios que pudiera ocasionar.

Es importante resaltar el reconocimiento del derecho a obtener un resarcimiento de los daños causados por los defectos de los productos o servicios para garantizar su uso seguro, pues los defectos que puedan tener estos no son indiferentes para el consumidor o usuarios y las lesiones que pudieran generarse de ello pueden afectar su vida, integridad física y/o su salud¹³⁵, de igual forma y sin perjuicio de lo anterior,

¹³³ Congreso de la República de Guatemala, Decreto 006-2003, Ley de protección al consumidor y su usuario, artículo 15 literal p)

¹³⁴ Corte de Constitucionalidad de la República de Colombia, Sentencia C-1141/00 dentro del expediente D-2830, 30 de Agosto de 2000.

¹³⁵ Corte de Constitucionalidad de la República de Colombia, sentencia C-1141/00 dentro del expediente D-2830, 30 de Agosto de 2000.

su derecho para la reparación del bien, reposición del producto o devolución de su dinero.

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

En teoría cualquiera de las dos dependencias puede ayudar al consumidor al resarcimiento de los daños y perjuicios, sin embargo a consideración del autor de la investigación, la DIACO no presenta una gran ayuda cuando se trata de contratos internacionales, mucho menos dentro del comercio electrónico, pues carece de un poder coercitivo para con los proveedores extranjeros y que por disposición legal únicamente puede imponer de forma progresiva las siguientes sanciones: **a)** Apercibimiento escrito; **b)** Apercibimiento público (medios masivos de comunicación); **c)** Multas calculadas por el valor establecido en ley; y **d)** Publicación de la investigación a costa del infractor; de las cuales únicamente las multas podrían traer preocupación a un proveedor extranjero, sin embargo en caso de no pagar la multa para poder hacerla efectiva, y de conformidad con el artículo cien de la Ley de Protección al Consumidor y Usuario, la Dirección deberá iniciar el proceso económico-coactivo¹³⁶ que tomará aún más tiempo, es decir, se llevará un procedimiento administrativo y luego un proceso judicial.

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

¹³⁶ Congreso de la República de Guatemala, Decreto 006-2003, Ley de protección al consumidor y su usuario, artículo 100

Para una efectiva protección no basta con la regulación y reconocimiento de derechos en documentos y contratos, sino es imprescindible que las instituciones encargadas de su protección tengan las facultades, medios y personal para cumplir con su cometido. La Dirección de Atención y Asistencia al Consumidor dentro de sus facultades no tiene discriminación entre proveedores nacionales o extranjeros, lo que normalmente no se consideraría incorrecto pero cuando del comercio electrónico se trata, se formula la duda si no debería de tener apartados especiales para estos, lamentablemente no es una problemática exclusiva de la Dirección considerando lo siguiente:

- 1) Una de las principales facultades de la Dirección, de acuerdo al artículo cincuenta y tres de la Ley de Protección al Consumidor y Usuario es la aplicación de la ley y su reglamento. Sin embargo, el artículo segundo de la ley, señala que las disposiciones serán aplicables a todos los *“actos jurídicos que se realicen entre proveedores y consumidores y/o usuarios dentro del territorio nacional”*¹³⁷, obviando el rápido crecimiento del comercio para poder realizar actos jurídicos en el comercio electrónico (proveedor y consumidor en Estados diferentes) e impidiendo que la Dirección pueda hacer una correcta protección en éste tipo de contratación.
- 2) No existe una regulación sobre Derecho Internacional Privado en materia de protección al consumidor, lo que provoca, como se desarrollará en el siguiente apartado, incertidumbre para ejercer los derechos y por ende protegerlos.
- 3) La Dirección únicamente cuenta con la oficina central en la ciudad de Guatemala, debiendo una sola oficina abarcar el trabajo de toda la República, dejando en suspenso la aplicación de la literal q del artículo cincuenta y cuatro de la ley: *“Establecer dependencia para diferentes áreas del país que la Dirección determine, atendiendo a su ubicación geográfica y de acuerdo a sus posibilidades presupuestarias”*¹³⁸.
- 4) La falta de conversión de la Dirección en la Procuraduría de la Defensa del Consumidor y Usuario por parte del Congreso de la República, de acuerdo al

¹³⁷ *Ibid.* artículo 2

¹³⁸ *Ibid.* artículo 54 literal q)

artículo ciento siete del Decreto seis guión dos mil tres¹³⁹ que evita la independencia y descentralización del Ministerio de Economía, que sería la ocasión para otorgarle nuevas facultades y facilidad para cooperación internacional con otras agencias de protección al consumidor.

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

- 5) Del Presupuesto de Ingresos y Egresos del Estado, durante los últimos cinco años (incluyendo el actual) a la Dirección solamente en el año dos mil doce y dos mil quince se le fue asignado más del cinco por ciento del presupuesto del Ministerio de Economía, correspondiéndole el cinco punto noventa y dos por ciento (5.92%), durante el resto de años se le asignó de la siguiente forma: dos mil once le correspondió el dos punto sesenta por ciento (2.60%), en dos mil trece el cuatro punto doce por ciento (4.12%), en dos mil catorce le correspondió el cuatro punto doce por ciento (4.12%), modificado a partir de octubre en un cero punto veintitrés por ciento (0.23%) más, y en dos mil quince el cinco punto cincuenta y cuatro por ciento (5.54%), lo que podría mejorar si es convertida la Procuraduría, pues tendría una partida presupuestaria aparte del Ministerio. En ese sentido es razonable comparar su presupuesto con la Procuraduría General de la Nación, que en el mismo periodo recibió aproximadamente trece punto

¹³⁹ *Ibid.* artículo 107

sesenta y tres (13.63%) más de asignación presupuestaria y la Procuraduría de los Derechos Humanos un veintinueve punto cuarenta y cuatro (29.44%).¹⁴⁰

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

4.2. Jurisdicción competente y derecho aplicable

1) Jurisdicción competente

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

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

¹⁴⁰ Congreso de la República de Guatemala, Decreto 54-2010, Ley del Presupuesto General de Ingresos y Egresos del Estado para el ejercicio fiscal dos mil once. Véase también: Congreso de la República de Guatemala, Decreto 33-2011, Ley del Presupuesto General de Ingresos y Egresos del Estado para el ejercicio fiscal dos mil doce; Congreso de la República de Guatemala, Decreto 30-2012, Ley del Presupuesto General de Ingresos y Egresos del Estado para el ejercicio fiscal dos mil trece; Presidente de la República de Guatemala, Acuerdo Gubernativo 544-2013; Congreso de la República de Guatemala, Decreto 22-2014, Ley de implementación de medidas fiscales, aprobación del presupuesto general de ingresos y egresos del Estado para el ejercicio fiscal 2015 y aprobación de financiamiento para el ejercicio fiscal; y Asamblea Nacional Constituyente, Constitución Política de la República de Guatemala, artículo 171 literal b.

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

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

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

En el caso de los países americanos los rige la Convención de Derecho Internacional Privado, conocida como el Código de Bustamante (para los Estados parte), la cual como fue mencionado en el capítulo anterior señala reglas del orden de competencia en materia de contratos transfronterizos: 1) El que los litigantes sometan de forma expresa o tácita; 2) El del lugar de cumplimiento de la obligación, entiéndase como la obligación principal del proveedor de entregar los bienes o realizar los servicios; 3) El del lugar de domicilio de los demandados; y 4) El del lugar de residencia de los demandados.

Es claro que esta normativa es para contratos comerciales y no contratos de consumo, pues en el caso de aplicación de las reglas sin un pacto de sumisión o determinación del lugar de cumplimiento de las obligaciones obstaculizaría el acceso a la justicia del consumidor al remitirlo a la jurisdicción extranjera del proveedor, violentando el principio de *in dubio pro consumidor* ya que pondría a las partes en un inexistente estado de igualdad, beneficiando al proveedor y no al consumidor.

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

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

Ésta teoría tiene ciertas limitaciones en su aplicación: 1) No puede ser contraria a la ley; 2) No debe privar al consumidor del acceso a la justicia, tomando en cuenta que no existe una negociación, si la cláusula que señala al tribunal competente es manifiesta como abusiva puede solicitarse la declaratoria de nulidad una vez el consumidor pueda probar que al momento de la suscripción del contrato existió una posición de desventaja que invalidaron su consentimiento y por lo tanto evitaron el ejercicio de una defensa; 3) No debe existir jurisdicción internacional exclusiva o normas policia; 4) Que no existiere rebeldía por alguna de las partes; y 5) Alguna de las partes debe tener un vínculo directo con el lugar donde se encuentre el juez, ya sea nacional o domiciliar. La Ley del Organismo Judicial respalda lo anterior, en su artículo treinta y uno, al señalar que *“los actos y negocios jurídicos se rigen por*

*la ley a que las partes se hubieren sometido, salvo que dicho sometimiento sea contrario a leyes prohibitivas expresas o al orden público*¹⁴¹.

Por último se presenta la opción de **tribunales arbitrales**, donde se faculta a las partes para que, en ejercicio de la autonomía de la voluntad designen una jurisdicción privada para la resolución de los conflictos siempre y cuando se otorgue una fuerza ejecutiva al laudo arbitral y cumpla con los requisitos para la ejecución de sentencias y laudos extranjeros. En los casos de arbitraje, de acuerdo al artículo cuarenta y ocho de la ley, se deberá incorporar en el contrato, en caracteres destacados, claros y precisos la advertencia “ESTE CONTRATO INCLUYE ACUERDO DE ARBITRAJE”¹⁴².

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

- 1) La **Prórroga de la Jurisdicción**, que deberá adecuarse a lo establecido anteriormente y en ningún momento buscar la obstaculización al acceso de justicia de los consumidores y usuarios. Dentro de ésta teoría se incluirá la opción de **tribunales arbitrales** pues también forma parte de la elección de las partes en ejercicio de la autonomía de la voluntad.
- 2) Las **jurisdicciones exorbitantes** en el orden de prelación señalado por el Código de Bustamante, pero adecuado a las reglas de protección al consumidor y usuario, siendo el primero el lugar de ejecución de las obligaciones y en caso de no poder determinarse el lugar donde tenga su domicilio o residencia el consumidor o usuario.
- 3) Por último la **jurisdicción dependiente del derecho aplicable** que en ningún momento podrá privar al consumidor de la protección de las disposiciones legales de su domicilio. Se elimina la teoría de la **jurisdicción razonablemente aplicable** por ser contraria a los principios *in dubio pro consumidor*.

¹⁴¹ Congreso de la República de Guatemala, Decreto 2-89, Ley del Organismo Judicial, artículo 31.

¹⁴² Congreso de la República de Guatemala, Decreto 006-2003, Ley de protección al consumidor y su usuario, artículo 48

La presente investigación va dirigida exclusivamente a los consumidores y usuarios guatemaltecos en sus contrataciones de consumo dentro del comercio electrónico internacional, por lo tanto la legislación guatemalteca es aplicable en la circunstancia que no existiera un pacto de sumisión y las obligaciones se ejecutaren dentro de la República, para el efecto la Ley del Organismo Judicial señala que la *“competencia jurisdiccional de los tribunales nacionales con respecto a personas extranjeras sin domicilio en el país, el proceso y las medidas cautelares se rigen de acuerdo a la ley del lugar en que se ejercite la acción”*¹⁴³. Ésta acción, derivado del análisis anterior, se ejercitará en tribunales que tienen facultades para emplazar a proveedores extranjeros, limitadas a tres casos: *“a) Cuando se ejercite una acción que tenga relación con actos o negocios jurídicos realizados en Guatemala; b) Cuando se ejercite alguna acción concerniente a bienes que estén ubicados en Guatemala; c) Cuando se trate de actos o negocios jurídicos en que se haya estipulado que las partes se someten a la competencia de los tribunales de Guatemala”*.¹⁴⁴

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

¹⁴³ Congreso de la República de Guatemala, Decreto 2-89, Ley del Organismo Judicial, artículo 33.

¹⁴⁴ *Ibid.* artículo 34.

vulnerable y débil sus facultades para emplazar extranjeros, en consecuencia, deja desprotegidos a los consumidores.

2) **Derecho aplicable**

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

La ley aplicable, de acuerdo al artículo décimo del Convenio de Roma de mil novecientos ochenta, regirá para: *“I. Su interpretación; II. La ejecución de las obligaciones que genere; III. Dentro de los límites de los poderes atribuidos al tribunal por su ley de procedimiento, las consecuencias de la inejecución total o parcial de las obligaciones, incluidas la evaluación del daño en la medida en que estas normas jurídicas la gobiernen; IV. Extinción de las obligaciones, prescripción y caducidad de las acciones; y V. Consecuencias de nulidad del contrato”*¹⁴⁵.

En el capítulo anterior fueron presentadas varias teorías sobre qué derecho regirá situaciones o relaciones jurídicas, las que cuentan con una serie de características que permiten establecer tres opciones de ordenamientos jurídicos que podrán ser aplicados: 1) Autonomía de la voluntad de las partes; 2) Prevalencia de los sujetos; 3) Lugar de ejecución de los actos.

1) Autonomía de la voluntad

Facultados por el derecho de libertad de acción, de contratación y la autonomía de la voluntad las partes pueden someter los actos y negocios jurídicos a una ley en particular, sin importar donde fueren celebrados o ejecutados, no siendo esta

¹⁴⁵ Comunidad Económica Europea, Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales 80/934/CEE, artículo 10.

elección una libertad absoluta, no debe ser contraria a leyes prohibitivas o al orden público.

La Ley del Organismo Judicial, en su artículo cuatro también regula las limitaciones señalando que no podrán ser contrarios a normas imperativas ni a prohibitivas expresas a menos que tengan un efecto distinto. Así mismo *“los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir”*¹⁴⁶, sea ésta una norma dentro del mismo ordenamiento jurídico o la sumisión a otro ordenamiento para la búsqueda de un fin ilícito.

En materia de protección al consumidor y usuario hay otras consideraciones importantes como la señalada por Boggiano, citado por Marques, que afirma que la elección de las partes *“solo prevalecería si fuera ésta la mejor ley, la ley más favorable para el consumidor, debiendo, en caso contrario, aplicarse la ley de domicilio del consumidor”*¹⁴⁷. Tomando en cuenta el orden público internacional la afirmación de Boggiano armoniza con la legislación guatemalteca que da carácter de irrenunciables a los derechos y garantías mínimas creadas¹⁴⁸, es decir, si la sumisión de las partes llegare a afectar al consumidor ésta sería nula de pleno derecho.

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

¹⁴⁶ Congreso de la República de Guatemala, Decreto 2-89, Ley del Organismo Judicial, artículo 4.

¹⁴⁷ Marques, Claudia Lima. *La insuficiente protección del consumidor en las normas del Derecho Internacional Privado – De la necesidad de una Convención Interamericana (CIDIP) sobre la ley aplicable a algunos contratos y relaciones de consumo*, Washington/Río de Janeiro, CIJ/OEA, 2011, pág. 14

¹⁴⁸ Congreso de la República de Guatemala. Decreto 006-2013, Ley de protección al consumidor y usuario, artículo 1.

2) Prevalencia de los sujetos

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

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

Jayme, citado por Marques, establece que ante la revolución tecnológica la *“prevalencia de la residencia habitual del consumidor como nuevo elemento de conexión para determinar la ley aplicable al comercio electrónico Business-to-Consumer y el nuevo criterio para determinar la competencia del foro”*¹⁴⁹. Considerando que el consumidor o usuario no conoce leyes extranjeras por su inexperiencia e irregularidad en las contrataciones, no se encuentra obligado a renunciar al fuero de su domicilio, pudiendo solicitar al juzgador la aplicación de su ley de domicilio en los casos que la autonomía de la voluntad se vea comprometida.

3) Lugar de ejecución de los actos

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

¹⁴⁹ Marques, Claudia Lima. *Op. cit.* pág. 14

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

La Constitución Política de Guatemala, en su artículo ciento cincuenta y tres alude al sometimiento voluntario de las personas a la legislación guatemalteca al ingresar al país, señalando que: *“el imperio de la ley se extiende a todas las personas que se encuentren en el territorio de la República”*¹⁵⁰, sin embargo cuando del comercio electrónico se trata es importante recordar que el proveedor en ningún momento se encuentra dentro de la República, sino es el consumidor quien realiza la aceptación y la utilización de los bienes o servicios en el territorio nacional.

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

Por lo tanto, en vistas de lo anterior, ésta corriente no sería la más sensata para aplicar en los contratos transfronterizos del comercio electrónico, no solo por su dificultad en la determinación del lugar de ejecución, sino supondría un riesgo para el consumidor si éste es distinto al de su domicilio.

¹⁵⁰ Asamblea Nacional Constituyente, Constitución Política de la República de Guatemala, artículo 153.

El análisis anterior, si bien no se encuentra respaldado por legislación americana en materia de protección al consumidor sino en teorías y principios, puede ser aplicada análogamente del Convenio de Roma de mil novecientos ochenta, el cual establece un orden de prelación para los derechos aplicables en los contratos transfronterizos, señalando como primero, la elección de las partes una vez no priven al consumidor de la protección de las disposiciones de la residencia habitual de éste y en segundo lugar, la ley del país de residencia habitual del consumidor. Como fue mencionado anteriormente, en Europa se acostumbra a regir la residencia habitual de las personas, sin embargo en los países latinoamericanos se acostumbra el uso del domicilio¹⁵¹, convirtiendo a éste en el orden esperado de aplicación de las reglas en situaciones jurídicas creadas a partir de negocios jurídicos formalizados dentro del comercio electrónico internacional.

¹⁵¹ Comunidad Económica Europea, Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales 80/934/CEE.

CONCLUSIONES

1. En Guatemala existen, como mínimo, cinco cuerpos legales que regulan derechos del consumidor y usuario guatemalteco, reconociendo una gran cantidad de ellos y estableciendo procedimientos específicos para su protección en relación a las contrataciones de consumo. Sin embargo, su relación directa con la realidad comercial del país y las contrataciones dentro del comercio electrónico internacional es deficiente e incongruente haciendo que la regulación de derechos sea ineficiente para su protección, necesitada una actualización inmediata para cubrir las nuevas formas de contratación y el ingreso de proveedores que ofertan desde su domicilio en el extranjero.
2. La legislación hace un buen reconocimiento de derechos para los consumidores y usuarios, inclusive, por medio del artículo cuarenta y cuatro constitucional, deja abierta la interpretación a otra gran cantidad de derechos no contemplados en Guatemala. Lamentablemente los medios para ejercitar los mismos contienen lagunas y limitaciones que impiden el curso normal del ejercicio de los derechos y el accionar de los consumidores ante sus vulnerabilidades, que deberán ser actualizados e interpretados de conformidad con el nuevo pensar de la Corte de Constitucionalidad: de forma extensiva.
3. La determinación de la jurisdicción competente para conocer sobre las acciones de los consumidores y usuarios guatemaltecos derivadas de los negocios jurídicos dentro del comercio electrónico internacional, observarán las reglas de la protección al consumidor y usuario en todo momento, siendo el orden de prelación siguiente: **1)** El que las partes por prórroga de la jurisdicción hayan escogido siempre y cuando alguna de ellas tenga un vínculo directo con el lugar donde se encuentre el juez, no contraríe leyes internas o normas de policía, no haya declaración de rebeldía de ninguna de las partes y no haya sido establecida en posición de desventaja obstaculizando el acceso a la justicia del consumidor o usuario, pudiendo ser ésta prórroga, a tribunales arbitrales; **2)** El lugar donde se ejecute la obligación principal, es decir, donde el proveedor haga entrega de los bienes o preste sus servicios; **3)** A falta de determinación del lugar donde se

ejecuten las obligaciones será competente el juez de la República de Guatemala que pueda conocer de la controversia, determinado por el lugar donde tenga su domicilio el consumidor o usuario.

4. El derecho aplicable para el ejercicio de los derechos y la exigibilidad de obligaciones por el consumidor y usuario guatemalteco que nacen de los negocios jurídicos dentro del comercio electrónico internacional se regirá por el siguiente orden: **1)** Autonomía de la voluntad como la conexión principal, es decir, el que las partes, por medio del pacto de sumisión, hayan establecido en el contrato siempre y cuando no contraríen leyes, reglamentos o el orden público internacional ni haya sido impuesta por el proveedor para obstaculizar el acceso a la justicia del consumidor o usuario guatemalteco o busquen perseguir un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico aplicable en caso no existiere tal pacto, aplicándose únicamente si es la legislación más favorable para el consumidor o usuario guatemalteco; **2)** Domicilio del consumidor o usuario, siendo así las leyes de la República de Guatemala las que deberían ser aplicadas al caso en concreto a falta de un pacto de sumisión de las partes.

RECOMENDACIONES

Guatemala tiene un sistema legal desactualizado con respecto a la modernidad comercial electrónica y los ciudadanos guatemaltecos no proyectan una posibilidad de incumplimiento de contratos cuando al comercio electrónico se refiere, para el efecto se plantean las siguientes recomendaciones:

1. Se exhorta al Organismo Legislativo, Congreso de la República, a emitir las disposiciones legales pertinentes para que la Dirección de Atención y Asistencia al Consumidor (DIACO) se convierta en Procuraduría de la Defensa del Consumidor y del Usuario, con el objeto de actualizar la legislación guatemalteca en materia de protección al consumidor y contratos de consumo. Se debe, además, agregar disposiciones de control a proveedores extranjeros que operen por medio del comercio electrónico internacional.
2. Se invita a la ciudadanía a informarse y así empoderarse, teniendo las precauciones pertinentes al momento de contratar dentro del comercio electrónico internacional y requiriendo al proveedor que cumpla con las obligaciones establecidas en la legislación nacional si fuera el caso, o de que se abstenga de contratar con dicho proveedor si las normas aplicables no son claras o confiables. Por lo que es necesario también que el Organismo Ejecutivo, a través del Ministerio de Economía, exteriorice información actualizada sobre la protección al consumidor y usuario, señalando formas de prevenir fraudes, incumplimientos y daños en las contrataciones internacionales.
3. Se recomienda al Congreso y el gobierno de Guatemala a crear una política legislativa y reglamentación integrada, contra las prácticas comerciales transfronterizas fraudulentas y engañosas para evitar la vulneración de los derechos de los consumidores y usuarios guatemaltecos frente a proveedores extranjeros que operan dentro del comercio electrónico internacional. Aprovechar las instituciones y departamentos permitidos y creados por la ley, para la ejecución y prestación de dicha política, con el objeto de lograr la cobertura nacional.

4. Se propone al Congreso de la República la reforma del artículo treinta y cuatro (34) del Decreto dos guión ochenta y nueve (2-89), Ley del Organismo Judicial, con el objeto de incluir disposiciones sobre emplazamiento a proveedores extranjeros que operen dentro del comercio electrónico internacional, y de esa forma facilitar el ejercicio de los derechos de los consumidores y usuarios guatemaltecos con respecto a incumplimientos de contratos suscritos dentro del comercio electrónico internacional.
5. Se exhorta a la agencia gubernamental competente, la Dirección de Atención y Asistencia al Consumidor (DIACO), a cooperar con las agencias gubernamentales internacionales encargadas de velar por la protección del consumidor para el cumplimiento de las prácticas comerciales lícitas y el resguardo de los derechos de los consumidores y usuarios que contratan con proveedores extranjeros, así como asegurar el resarcimiento efectivo de los consumidores y usuarios víctimas.
6. Se recomienda al Sistema Interamericano, por medio de la Organización de Estados Americanos, la creación de una Convención Interamericana sobre la Protección al Consumidor y Usuario en contratos de consumo, con el objetivo de unificar legislación del continente para la mayor, mejor y eficaz protección de los derechos vulnerados por la posición de desventaja en la contratación de consumo.
7. Se exhorta a los tribunales de justicia de la República de Guatemala hacer uso de las facultades que la ley les confiere para una interpretación extensiva de la legislación en búsqueda de la protección a los consumidores y usuarios guatemaltecos que contraten con proveedores extranjeros por medio del comercio electrónico.

REFERENCIAS

Referencias Bibliográficas

- 1) Aguilar Guerra, Vladimir Osman. *El Negocio Jurídico* / Tercera edición, Guatemala, Editorial Serviprensa, S.A., 2003
- 2) Alterini, Atilio A. y otros. *Defensa de los consumidores de productos y servicios (Daños – Contratos)*, Argentina, Ediciones La Rocca, 2001
- 3) Barrios Osorio, Omar Ricardo, *Derecho e Informática: Aspectos fundamentales* / Tercera edición, Guatemala, Ediciones Mayte, 2006
- 4) Carranza Álvarez, César. “El nuevo perfil del consumidor en la legislación peruana”, *Revista Derecho Competencia*, Volumen 5, N° 5, Colombia, Enero-diciembre 2009, Pontificia Universidad Javierana
- 5) Comisión Económica para América Latina y El Caribe de las Naciones Unidas. *Istmo Centroamericano: Los derechos de los consumidores y la defensa de la competencia en los procesos de reforma de la industria eléctrica*, México, Comisión Económica para América Latina y el Caribe, 1999
- 6) Consejo Centroamericano de Protección al Consumidor. *Compendio: Estado de la protección de los derechos del consumidor en Centroamérica*, Centroamérica, Consejo Centroamericano de Protección al Consumidor, 2008
- 7) Contreras Ortiz, Rubén Alberto. *Obligaciones y negocios jurídicos civiles (Parte General)*, Guatemala, Universidad Rafael Landívar / Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004
- 8) Contreras Vaca, Francisco José. *Derecho Internacional Privado: Parte General* / Segunda Edición, México, Harla, S.A. de C.V., 1996
- 9) De Miguel Asensio, Pedro Alberto. *Derecho Privado de Internet* / Tercera edición, España, Civitas Ediciones, S.L., 2002
- 10) Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Judiciales, Datascan, S.A., 2007, 1ª Edición Electrónica
- 11) Feldstein de Cárdenas, Sara. *Derecho Internacional Privado: Parte Especial*, Argentina, Editorial Universidad S.R.L., 2000

- 12)Hocsman, Heriberto Simón. *Negocios en Internet: E-commerce. Correo electrónico. Firma digital*, Argentina, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 2005
- 13)Marques, Claudia Lima. *La insuficiente protección del consumidor en las normas del Derecho Internacional Privado – De la necesidad de una Convención Interamericana (CIDIP) sobre la ley aplicable a algunos contratos y relaciones de consumo*, Washington/Río de Janeiro, CIJ/OEA, 2011
- 14)Mistretta, Carolina Valeria. *La protección del consumidor en el derecho internacional privado*, Argentina, Universidad de Belgrano, 2012
- 15)Monroy Cabra, Marco Gerardo. *Tratado de Derecho Internacional Privado / Sexta edición*, Colombia, Editorial Termis, S.A., 2006
- 16)Pereznieto Castro, Leonel y Jorge Alberto Silva Silva. *Derecho Internacional Privado: Parte Especial / Segunda edición*, México, Oxford University Press México, S.A. de C.V., 2007
- 17)Pereznieto Castro, Leonel. *Derecho Internacional Privado / Quinta Edición*, México, Harla, S.A. de C.V., 1991
- 18)Ossorio, Manuel, *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Judiciales*, Datascan, S.A., 2007, 1ª Edición Electrónica.
- 19)Rayport, Jeffrey F. y Bernard J. Jaworski, *E-Commerce*, Traducción de Concepción Verania de Parres Cárdenas, México, Programas Educativos, S.A. de C.V., 2007

Referencias Normativas

Nacionales

- 1) Asamblea Legislativa de la República de Guatemala, Decreto Número 1575, Código de Derecho Internacional Privado.
- 2) Asamblea Nacional Constituyente, Constitución Política de la República de Guatemala
- 3) Congreso de la República de Guatemala, Decreto 06-2003, Ley de Protección al Consumidor y Usuario

- 4) Congreso de la República de Guatemala, Decreto 22-2014, Ley de implementación de medidas fiscales, aprobación del presupuesto general de ingresos y egresos del Estado para el ejercicio fiscal 2015 y aprobación de financiamiento para el ejercicio fiscal
- 5) Congreso de la República de Guatemala, Decreto 2-89, Ley del Organismo Judicial
- 6) Congreso de la República de Guatemala, Decreto 30-2012, Ley del Presupuesto General de Ingresos y Egresos del Estado para el ejercicio fiscal dos mil trece
- 7) Congreso de la República de Guatemala, Decreto 33-2011, Ley del Presupuesto General de Ingresos y Egresos del Estado para el ejercicio fiscal dos mil doce
- 8) Congreso de la República de Guatemala, Decreto 47-2008, Ley para el Reconocimiento de las Comunicaciones y Firmas Electrónicas
- 9) Congreso de la República de Guatemala, Decreto 54-2010, Ley del Presupuesto General de Ingresos y Egresos del Estado para el ejercicio fiscal dos mil once
- 10) Congreso de la República de Guatemala, Decreto 57-2008, Ley de Acceso a la Información Pública
- 11) Congreso de la República de Guatemala, Decreto Número 2-70, Código de Comercio
- 12) Corte de Constitucionalidad de Guatemala, Apelación de Sentencia de Amparo, expediente 1356-2006, resolución del 11 de octubre de 2006
- 13) Corte de Constitucionalidad de Guatemala, Apelación de Sentencia de Amparo, expediente 2674-2009, resolución del 22 de octubre de 2009
- 14) Corte de Constitucionalidad de Guatemala, Apelación de Sentencia de Amparo, expediente 3552-2014, resolución del 10 de febrero de 2015
- 15) Jefe del Gobierno de la República de Guatemala, Decreto-Ley No. 106, Código Civil
- 16) Jefe del Gobierno de la República de Guatemala, Decreto-Ley número 107, Código Procesal Civil y Mercantil
- 17) Presidente de la República de Guatemala, Acuerdo Gubernativo 544-2013

Internacionales

- 18) Comunidad Económica Europea, Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales 80/934/CEE
- 19) Corte Constitucional de la República de Colombia, Sala Plena, Expediente D-2830, Sentencia C-1141/2000 del 30 de agosto de 2000.
- 20) Organización de las Naciones Unidas, Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre Comercio Electrónico

Referencias Electrónicas

- 1) Derecho del Consumidor en Colombia, Imbachí Cerón, Jair Fernando, *La protección del consumidor en el entorno digital*, Colombia, Disponibilidad: http://www.javeriana.edu.co/juridicas/pub_colecc/documents/7Imbachi.pdf, Fecha de consulta: 02 de Junio 2014.
- 2) Diccionario de la lengua española, Real Academia Española, razonabilidad, España, 2014, disponibilidad: <http://lema.rae.es/drae/?val=razonabilidad>, fecha de consulta: 23 de Octubre 2014.

Otras Referencias:

- 1) Bastidas García, José Manuel y Elías Cardona Bermúdez. “El comercio electrónico y la protección al consumidor en Venezuela”, *Télématique: Revista Electrónica de Estudios Telemáticos*. Volumen 7, Edición No. 1, Venezuela, 2008, Universidad Rafael Beloso Chacín.
- 2) Congreso de la República de Guatemala, iniciativa de ley con número de registro 4305 del año 2011
- 3) Recalde Castells, Andrés. “Comercio y Contratación Electrónica”, *Informática y Derecho*, Jornadas sobre Contratación Electrónica, Privacidad e Internet, España, 1999, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Centro Regional de Extremadura en Mérida.

ANEXOS

Cuadro de cotejo

	Constitución Política de la República de Guatemala	Ley para el reconocimiento de las comunicaciones y firmas electrónicas	Ley de Acceso a la Información Pública	Ley de protección al consumidor y usuario	Reglamento de la Ley de protección al consumidor y usuario	Misceláneos
Acceso información			1(1)			
Acción de Amparo	265					Ley de Amparo, Exhibición Personal y Constitución alidad
Datos personales y sensibles			1(2), 22, 31			
Derecho a la información básica		52		4(d), 15(c)(h)(r)(s), 18, 21, 39, 42, 43	19	20 Ley del Organismo Judicial
Derecho de asociación	34			6, 7, 9, 10	3	
Derecho de defensa	12			76		16 Ley del Organismo Judicial
Derecho de petición	28					
Derecho de retracto				51		
Derivados de contrato de adhesión o formulario				47, 48, 49	33	672 Código de Comercio; 4, 10 Ley del Organismo Judicial
Devolución de bienes no requeridos				4(h)		
Educación como consumidor				4(i), 9(c), 54(c)(d)(e), 66(c)		
Habeas data			30			
Idioma español				15(f)(g), 18, 43, 48		11 Ley del Organismo Judicial
Idoneidad y garantía de calidad del producto	119(i)			15(i)(l)(p)(q), 16(b)(c)(d), 20, 22, 23, 30, 33	21, 23	

	Constitución Política de la República de Guatemala	Ley para el reconocimiento de las comunicaciones y firmas electrónicas	Ley de Acceso a la Información Pública	Ley de protección al consumidor y usuario	Reglamento de la Ley de protección al consumidor y usuario	Misceláneos
Igualdad	4			15(u)	9	
Inviolabilidad de correspondencia	24					
Libertad de acción	5					
Libertad de competencia	130			16(f)		
Libertad de contratación				4(c)		
Libertad de elección				4(b)		
Libertad de emisión del pensamiento	35					Ley de Emisión del Pensamiento
Libre acceso a tribunales	29			4(j)	17	
Medidas correctivas				4(e)(f), 15(j)(k)(r)(s)(t), 25, 40, 46, 68, 69, 74		
Obligación de proveer información requerida		52		15(w)		
Protección a la vida, salud y seguridad				4(a), 15(b)(r)(s), 26, 39		
Reconocimiento de las comunicaciones		16				
Sostenibilidad de precios, ofertas, promociones y liquidaciones				4(g), 15(ñ)(o)(p), 16(a), 19, 24, 25	22	
Derecho de prueba				15(m), 31		
Servicio de reclamos directos				15(p)(v), 33		
Publicidad engañosa				15(ñ)(p), 20, 24		