

UNIVERSIDAD PANAMERICANA
Facultad de Ciencias Jurídicas y Justicia
Programa de Actualización de Competencias y Cierre Académico



**Implementación legal para realizar el cobro ejecutivo de
las contrataciones vía electrónica**
-Tesis de Licenciatura-

María José Monterroso Nájera

Cobán, Alta Verapaz, abril 2016

**Implementación legal para realizar el cobro ejecutivo de
las contrataciones vía electrónica**
-Tesis de Licenciatura-

María José Monterroso Nájera

Cobán, Alta Verapaz, abril 2016

AUTORIDADES DE LA UNIVERSIDAD PANAMERICANA

Rector	M. Th. Mynor Augusto Herrera Lemus
Vicerrectora Académica	Dra. Alba Aracely Rodríguez de González
Vicerrector Administrativo	M. A. César Augusto Custodio Cóbar
Secretario General	EMBA. Adolfo Noguera Bosque

AUTORIDADES DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y JUSTICIA

Decano	M. A. Joaquín Rodrigo Flores Guzmán
Coordinador de Programa ACCA	M. Sc. Mario Jo Chang
Coordinador de Postgrados	M.A. José Luis Samayoa Palacios
Coordinador de Tesis	Dr. Erick Alfonso Álvarez Mancilla
Coordinador de Cátedra	M. A. Joaquín Rodrigo Flores Guzmán
Tutor de Tesis	M. Sc. Arnoldo Pinto Morales
Revisor Metodológico	M. Sc. Sonia Zucelly García Morales

TRIBUNAL EXAMINADOR

Primera Fase:

M. Sc. Mario Jo Chang

Lic. Adolfo Quiñonez Furlán

M. Sc. Arnoldo Pinto Morales

M. A. Joaquín Rodrigo Flores Guzmán

Segunda Fase:

M. Sc. Arnoldo Pinto Morales

Lic. Arturo Recinos Sosa

M. A. Joaquín Rodrigo Flores Guzmán

M. Sc. Mario Jo Chang

Tercera Fase:

M. Sc. Arnoldo Pinto Morales

Lic. Arturo Recinos Sosa

M. A. Joaquín Rodrigo Flores Guzmán

M. Sc. Mario Jo Chang



UPANA
Universidad Panamericana
"Sabiduría ante todo, adquiere sabiduría"

UNIVERSIDAD PANAMERICANA, FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y JUSTICIA. Guatemala, veintiocho de septiembre dos mil quince.-----

En virtud de que el proyecto de tesis titulado **IMPLEMENTACIÓN LEGAL PARA REALIZAR EL COBRO EJECUTIVO DE LAS CONTRATACIONES VÍA ELECTRÓNICA**, presentado por **MARÍA JOSÉ MONTEROSO NÁJERA**, previo a otorgársele el grado académico de Licenciado(a) en Ciencias Jurídicas, Sociales y de la Justicia así como los títulos de Abogado(a) y Notario(a), reúne los requisitos de esta casa de Estudios, es procedente **APROBAR** dicho punto de tesis y para el efecto se nombra como Tutor al Licenciado **ARNOLDO PINTO MORALES**, para que realice la tutoría del punto de tesis aprobado.



M. A. Joaquín Rodrigo Flores Guzmán
Decano de la Facultad de Ciencias
Jurídicas y Justicia

Sara Aguilar
c.c. Archivo



UPANA
Universidad Panamericana
"Sabiduría ante todo, adquiere sabiduría"

DICTAMEN DEL TUTOR DE TESIS DE LICENCIATURA

Nombre del Estudiante: **MARÍA JOSÉ MONTERROSO NÁJERA**

Título de la tesis: **IMPLEMENTACIÓN LEGAL PARA REALIZAR EL COBRO EJECUTIVO DE LAS CONTRATACIONES VÍA ELECTRÓNICA**

El Tutor de Tesis,

Considerando:

Primero: Que previo a otorgársele el grado académico de Licenciado(a) en Ciencias Jurídicas, Sociales y de la Justicia, así como los títulos de Abogado(a) y Notario(a), el estudiante ha desarrollado su tesis de licenciatura.

Segundo: Que ha leído el informe de tesis, donde consta que el (la) estudiante en mención realizó la investigación de rigor, atendiendo a un método y técnicas propias de esta modalidad académica.

Tercero: Que ha realizado todas las correcciones de contenido que le fueron planteadas en su oportunidad.

Cuarto: Que dicho trabajo reúne las calidades necesarias de una Tesis de Licenciatura.

Por tanto,

En su calidad de Tutor de Tesis, emite **DICTAMEN FAVORABLE** para que continúe con los trámites de rigor.

Guatemala, 03 de febrero de 2016

"Sabiduría ante todo, adquiere sabiduría"


M. Sc. Arnoldo Pinto Morales
Tutor de Tesis



Sara Aguilar
c.c. Archivo



UPANA
Universidad Panamericana
"Sabiduría ante todo, adquire sabiduría"

UNIVERSIDAD PANAMERICANA, FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y JUSTICIA. Guatemala, ocho de febrero de dos mil dieciséis.-----

En virtud de que el proyecto de tesis titulado **IMPLEMENTACIÓN LEGAL PARA REALIZAR EL COBRO EJECUTIVO DE LAS CONTRATACIONES VÍA ELECTRÓNICA**, presentado por **MARÍA JOSÉ MONTERROSO NÁJERA**, previo a otorgársele el grado académico de Licenciado(a) en Ciencias Jurídicas, Sociales y de la Justicia así como los títulos de Abogado(a) y Notario(a), ha cumplido con los dictámenes correspondientes del tutor nombrado, se designa como revisora metodológica a la Licenciada **SONIA ZUCELLY GARCÍA MORALES**, para que realice una revisión del trabajo presentado y emita su dictamen en forma pertinente.

M. A. Joaquín Rodrigo Flores Guzmán
Decano de la Facultad de Ciencias
Jurídicas y Justicia



Sara Aguilar
c.c. Archivo



UPANA
Universidad Panamericana
"Sabiduría ante todo, adquiere sabiduría"

DICTAMEN DEL REVISOR DE TESIS DE LICENCIATURA

Nombre del Estudiante: **MARÍA JOSÉ MONTERROSO NÁJERA**

Título de la tesis: **IMPLEMENTACIÓN LEGAL PARA REALIZAR EL COBRO EJECUTIVO DE LAS CONTRATACIONES VÍA ELECTRÓNICA**

El Revisor de Tesis,

Considerando:

Primero: Que previo a otorgársele el grado académico de Licenciado(a) en Ciencias Jurídicas, Sociales y de la Justicia, así como los títulos de Abogado(a) y Notario(a), el estudiante ha desarrollado su tesis de licenciatura.

Segundo: Que ha leído el informe de tesis, donde consta que el (la) estudiante en mención realizó su trabajo atendiendo a un método y técnicas propias de esta modalidad académica.

Tercero: Que ha realizado todas las correcciones de redacción y estilo que le fueron planteadas en su oportunidad.

Cuarto: Que dicho trabajo reúne las calidades necesarias de una Tesis de Licenciatura.

Por tanto,

En su calidad de Revisor de Tesis, emite **DICTAMEN FAVORABLE** para que continúe con los trámites de rigor.

Guatemala, 07 de abril de 2016

"Sabiduría ante todo, adquiere sabiduría"


M. Sc. Sonia Zucelly García Morales
Revisor Metodológico de Tesis



Sara Aguilar
c.c. Archivo



DICTAMEN DEL COORDINADOR DEL DEPARTAMENTO DE TESIS

Nombre del Estudiante: **MARÍA JOSÉ MONTERROSO NÁJERA**

Título de la tesis: **IMPLEMENTACIÓN LEGAL PARA REALIZAR EL COBRO EJECUTIVO DE LAS CONTRATACIONES VÍA ELECTRÓNICA**

El Coordinador del departamento de Tesis de Licenciatura,

Considerando:

Primero: Que previo a otorgársele el grado académico de Licenciado(a) en Ciencias Jurídicas, Sociales y de la Justicia, así como los títulos de Abogado(a) y Notario(a), el estudiante ha desarrollado su tesis de licenciatura.

Segundo: Que el tutor responsable de dirigir su elaboración ha emitido dictamen favorable respecto al contenido del mismo.

Tercero: Que el revisor ha emitido dictamen favorable respecto a la redacción y estilo.

Cuarto: Que se tienen a la vista los dictámenes favorables del tutor y revisor respectivamente.

Por tanto,

En su calidad de Coordinador del departamento de tesis, emite **DICTAMEN FAVORABLE** para que continúe con los trámites de rigor.

Guatemala, 11 de abril de 2016

"Sabiduría ante todo, adquiere sabiduría"

Dr. Erick Alfonso Álvarez Mancilla
Coordinador del Departamento de tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Justicia





UPANA
Universidad Panamericana
"Sabiduría ante todo, adquiere sabiduría"

ORDEN DE IMPRESIÓN DE TESIS DE LICENCIATURA

Nombre del Estudiante: **MARÍA JOSÉ MONTERROSO NÁJERA**

Título de la tesis: **IMPLEMENTACIÓN LEGAL PARA REALIZAR EL COBRO EJECUTIVO DE LAS CONTRATACIONES VÍA ELECTRÓNICA**

El Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Justicia,

Considerando:

Primero: Que previo a otorgársele el grado académico de Licenciado(a) en Ciencias Jurídicas, Sociales y de la Justicia, así como los títulos de Abogado(a) y Notario(a), el (la) estudiante: ha desarrollado el proceso de investigación y redacción de su tesis de licenciatura.

Segundo: Que tengo a la vista los dictámenes del Tutor, Revisor, y del Coordinador de del Departamento de Tesis, en tales dictámenes consta que el (la) estudiante en mención ha completado satisfactoriamente los requisitos académicos y administrativos vigentes para el desarrollo de la Tesis de Licenciatura.

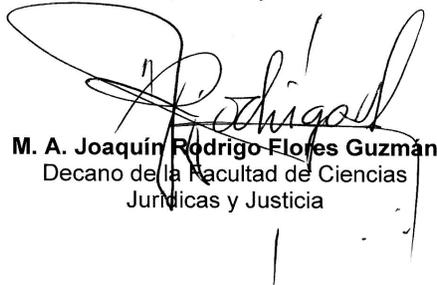
Tercero: Que tengo a la vista el documento, *declaración jurada del estudiante*, donde consta que el (la) estudiante autor de la presente tesis manifiesta, bajo juramento, que ha respetado los derechos de autor de las fuentes consultadas y ha reconocido los créditos correspondientes; así como la aceptación de su responsabilidad como autor del contenido de su Tesis de Licenciatura.

Por tanto,

Se autoriza la impresión del documento relacionado en el formato y características que están establecidas para este nivel académico.

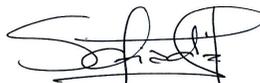
Guatemala, 14 de abril de 2016

"Sabiduría ante todo, adquiere sabiduría"


M. A. Joaquín Rodrigo Flores Guzmán
Decano de la Facultad de Ciencias
Jurídicas y Justicia



Sara Aguilar
c.c. Archivo



Licda. *Claudia Sofia de León Bac*
Abogada y Notaria

En la ciudad de Cobán, Alta Verapaz, el día doce de abril del año dos mil dieciséis, siendo las catorce horas en punto, yo, **Claudia Sofia de León Bac**, Notaria, me encuentro constituida en sexta calle once guión quince zona diez, de esta ciudad, en donde soy requerida por **María José Monterroso Nájera**, de veintisiete años de edad, guatemalteca, bachiller en ciencias y letras, de este domicilio, quien se identifica con Documento Personal de Identificación (DPI) con Código Único de Identificación (CUI) dos mil doscientos cuatro, ochenta y ocho mil seis cero ciento uno (2204 88006 0101), extendido por el Registro Nacional de las Personas (RENAP) de la República de Guatemala. El objeto del requerimiento, es hacer constar su **DECLARACIÓN JURADA** de conformidad con las siguientes cláusulas: PRIMERA: Manifiesta María José Monterroso Nájera, bajo solemne juramento de Ley y advertida de la pena relativa al delito de perjurio, ser de los datos de identificación personal consignados en la presente y que se encuentra en el libre ejercicio de sus derechos civiles. SEGUNDA: Continúa manifestando bajo juramento la requirente:

- i) ser autor del trabajo de tesis titulado: “Implementación legal para realizar el cobro ejecutivo de las contrataciones vía electrónica”; ii) haber respetado los derechos de autor de las fuentes consultadas y reconocido los créditos correspondientes; iii) aceptar la responsabilidad como autor del contenido de la presente tesis de licenciatura. No habiendo nada más que hacer constar, finalizo el presente instrumento en el mismo lugar y fecha de inicio, treinta minutos después, la cual consta en una hoja de papel bond, impresa en ambos lados, que numero, sello y firma, a la cual le adhiero los timbres para cubrir los impuestos correspondientes que determinan las leyes respectivas: un timbre notarial del valor de diez quetzales con serie y número Y setecientos noventa y cuatro mil novecientos tres y un timbre fiscal del valor de cincuenta centavos de quetzal con número dos millones trescientos cinco



mil trescientos cincuenta y cuatro. Leo lo escrito al requirente, quien enterado de su contenido, objeto, validez y demás efectos legales, lo acepta, ratifica y firma con la Notaria que autoriza. DOY FE DE TODO LO EXPUESTO.

f-) 

ANTE MÍ:


Licda. Claudia Sofia de León Bar
Abogada y Notaria

Nota: Para efectos legales, únicamente el sustentante es responsable del contenido del presente trabajo.

DEDICATORIA/ AGRADECIMIENTOS

Agradezco a Dios por permitirme tener la oportunidad de poder realizar estudios superiores y por haber sido el proveedor a lo largo de mi vida. A mis padres que son mi mayor motivación y el motor que me impulsa a seguir constantemente adelante, y creer que no existen obstáculos cuando las metas se desean con el corazón.

A mis hermanos, tía y sobrinos quienes me brindan su apoyo incondicional en todo momento, manifestándose con amor, ayuda y motivación. No podría dejar de mencionar a mis compañeros del programa de actualización de cierre y competencias de la Universidad Panamericana, con quienes compartimos una amistad sincera, conocimientos, vivencias de estudios y calidad de tiempo.

Finalmente a la Universidad Panamericana, a su coordinadora, catedráticos, distinguidos evaluadores de exámenes técnicos profesionales, tutor y revisora por ser parte de la culminación de un sueño, por representar una segunda oportunidad y enseñarme la recompensa del esfuerzo; en donde encontré conocimiento, ética, fraternidad y profesionalismo.

Contenido

Resumen	i
Palabras clave	ii
Introducción	iii
Contratación	1
Comercio y contratación electrónica	10
Procedimiento ejecutivo	41
Alternativas de ejecución de títulos electrónicos	56
Conclusiones	65
Referencias	67

Resumen

El expansionismo de la tecnología ha traído consigo nuevas modalidades en el mundo virtual, caracterizándose por ser veloz, ágil y versátil, y el cual trascendió al ordenamiento jurídico; especialmente en el ámbito de la contratación electrónica, en donde las personas mediante un medio telemático se ponen de común acuerdo en realizar un negocio jurídico, que tiene las mismas características y está regido por los mismos principios y requisitos de la teoría general de los contratos.

En la investigación se determinó el reconocimiento legal de la contratación por medios electrónicos y su valor probatorio, sin embargo la ley no indica en qué forma se pueden realizar las ejecuciones de las obligaciones que se han contraído a través de un medio telemático, de allí se observa la importancia de la firma electrónica para individualizar a los contratantes y oponer efectos jurídicos, considerando según el estudio realizado que es suficiente para dotar de ejecutoriedad la certificación de un documento electrónico con firma electrónica avanzada. Por consiguiente se considera que el ordenamiento jurídico debe reformarse y adaptarse a las modalidades de la contratación electrónica, por lo que

es necesario que se establezca la vía judicial de ejecución para hacer efectivos los derechos que han constituido las partes, los cuales proporcionen rapidez, certeza, celeridad, eficacia, seguridad y confianza para todas aquellas personas que realizan negociaciones comerciales a través de un medio electrónico.

Palabras clave

Ordenamiento jurídico. Contratación electrónica. Negocios jurídicos.

Documento electrónico. Ejecución. Firma electrónica.

Introducción

La constante modernización del mercado y el desarrollo de la tecnología ha provocado la necesidad de estudiar los procesos de la digitalización comercial; acciones que trascienden hoy en día en la vida de los guatemaltecos, con nuevas modalidades de realizar negocios jurídicos en el mundo virtual, en el cual el derecho se mantiene en una evolución constante; por lo que se realizará el estudio de la legislación positiva vigente concerniente a la importancia de la contratación electrónica y sus efectos jurídicos, especialmente en cuanto a la efectividad.

La evolución del ordenamiento jurídico en cuanto a la comercialización y contratación y la falta de estipulación legal para hacer efectivos los derechos que se han plasmado sobre un medio electrónico constituyen la problemática de estudio; por lo que se desarrollaran los principios básicos y fundamentales de los derechos individuales concernientes a la contratación que regulan las relaciones particulares de los seres humanos, elementos, repercusiones y efectos; haciendo alusión al desarrollo del comercio a través de la contratación electrónica, la importancia de la firma electrónica y la efectividad de los derechos constituidos para ser ejecutables.

A partir de la promulgación del Decreto 47-2008 del Congreso de la República de Guatemala que contiene la Ley de Reconocimiento de Comunicaciones y Firmas Electrónicas se inicia el estudio de la presente investigación en el contexto nacional.

Implementación legal para realizar el cobro ejecutivo de las contrataciones vía electrónica

Contratación

El contrato surge para dotar de certeza jurídica los acuerdos de voluntades que se llevan a cabo entre dos o más personas, “etimológicamente *contractus* es participio pasivo del verbo *contrahere*, por lo cual designa genéricamente” lo contraído”. Lo contraído es un negocio o, más exactamente una obligación (*negotium contractum, obligatio contracta*).” (Aguilar, 2002:26).

El concepto más claro del contrato se encuentra definido en el Decreto Ley número 106, Código Civil, estipula que “hay contrato cuando dos o más personas convienen en crear, modificar o extinguir una obligación.”

Según la concepción moderna de Diez Picazo citado por Aguilar, “El Derecho es el reino del contrato, de manera que donde se acaba el contrato acaba también el Derecho y comienza el reino de la arbitrariedad y de la fuerza. Las limitaciones a la libertad de contratar

serán consideradas como atentados a la libertad de la personas.” (2002: 30).

Para que exista un contrato deben existir dos o más personas civilmente capaces que manifiesten el acuerdo de voluntades, en la que una parte constituirá el sujeto activo y la otra el sujeto pasivo, denominado acreedor y deudor, quienes se obligan al cumplimiento de una prestación que consiste en dar, hacer o no hacer una cosa que se encuentre dentro de los límites y bajo la observancia de la ley.

Principios de la contratación

La contratación se rige por directrices básicas sobre las cuales está basada una negociación que el derecho estima digna de su especial tutela, de lo contrario se estaría ante un negocio jurídico viciado que no podría surtir efectos jurídicos.

Autonomía de la Voluntad

Principio básico del derecho contractual, el cual es concebido como la completa manifestación de voluntad de un individuo, mediante la cual

expresa libremente el deseo de obligarse en los términos acordados, sin más limitaciones que las establecidas en la ley.

Alessandri define la autonomía de la voluntad como la libertad que gozan los particulares para pactar los contratos que les plazcan, y de determinar su contenido, efectos y duración, y señala que esta voluntad es soberana, que el contrato nace del acuerdo de voluntades. (<http://www.derechoinformatico.uchile.cl/index.php/RCHDI/article/view/10664/11418> recuperado 25.10.2015)

Según la afirmación de López y López citada por Aguilar, indica “el significado institucional esencial del contrato consiste en ser un acto de autonomía, es decir un acto de autorregulación de los intereses de los particulares (2002: 35).

La libertad de contratación según los estudiosos del Código Civil Francés, citados por Aguilar se refiere:

Teoría de la autonomía de la voluntad, consiste en afirmar el culto a la voluntad individual, permitiendo en consecuencia al sujeto de derecho participar en las relaciones contractuales que libremente decida. El principio de autonomía de la voluntad o autonomía privada es sencillamente una sintética expresión con la que los juristas tratan de resaltar que el ordenamiento jurídico reconoce a los particulares un amplio poder de autorregulación de sus relaciones patrimoniales. (2002:39).

Existen limitaciones intrínsecas a la autonomía de la voluntad dentro de las cuales se encuentran las leyes prohibitivas expresas,

disposiciones que atentan contra el orden público o cuando sean notablemente inmorales.

Consensualismo

El consentimiento puede ser considerado según De Ruggiero, mencionado por Aguilar como:

La coincidencia de dos declaraciones de voluntad y se unen de modo que en su formación se puede apreciar una fase íntima, de elaboración interna (motivación, deliberación y decisión) y una fase de manifestación que proporciona trascendencia jurídica a esa voluntad interna, ya que mientras esa voluntad no se manifieste, no opera en el mundo jurídico. (2002: 112).

Por este principio de contratación se entiende el acuerdo de voluntades, el cual se manifiesta en dos momentos, mediante la oferta y la aceptación, la cual no está supeditada a formalismo alguno, salvo los contratos denominados solemnes. La ley establece que el contrato es completamente válido e impecable con el consentimiento de las partes contratantes.

Los estudiosos del derecho indican que el acuerdo de voluntades debe de quedar plasmado en un medio idóneo, ya sea por signos escritos o signos orales, pero la importancia de que la voluntad de las partes sea expresa.

Puede la voluntad también ser manifestada de forma tácita, “cuando se infiere de un comportamiento que sin estar dirigido a expresar tal voluntad, la presupone mediante la *facta concludentia*.” (Aguilar, 2002:113).

Formalismo

Existen tipos de contratación que deben de llevarse a cabo mediante alguna forma preestablecida señalada en la ley, por ejemplo la ley guatemalteca indica cuando los contratos deben de constar por escrito y cuando deben de celebrarse en escritura pública. También señala las formas en que pueden desarrollarse los contratos, que desarrollara posteriormente.

Elementos de los contratos

Elementos esenciales

Los elementos esenciales de los contratos son aquellos indispensables para su existencia, se encuentran denominados como los requisitos esenciales comunes, los cuales son: el consentimiento que no adolezca de vicio, la capacidad legal de las partes contratantes, el objeto lícito, que este dentro del comercio de los hombres y la causa legal.

Según Gariboto, citado por Aguilar, considera que estos elementos son necesarios y suficientes para la conformación del acto jurídico, “porque la falta de cualquiera de ellos excluye la existencia del negocio jurídico, y suficientes porque ellos se bastan para darle esa existencia.” (2002:103).

Los requisitos comunes especiales estipulan todos los requisitos que estrictamente debe de contener el contrato para poder existir, consisten en la formalidad del contrato que enmarca la ley para su validez, por lo que la carencia de alguno de ellos podría afectar los efectos jurídicos que se pretende que surjan del contrato.

Los requisitos comunes especialísimos consisten, según la experiencia en las particularidades concretas que tiene cada contrato, con las singularidades que las partes pretenden llevar a cabo en la celebración del contrato.

Elementos naturales

Entre los elementos naturales de los contrato se encuentra el saneamiento, el cual la sustentante lo define como la obligación para el sujeto positivo de la obligación (el acreedor) o quien transfiere el uso o

goce de determinado bien de garantizar los daños que pudieren sobrevenir sobre la cosa, o bien los defectos de la misma.

El saneamiento, según la clasificación del Código Civil Decreto Ley 106, puede ser por evicción cuando existen afectaciones o limitaciones jurídicas sobre el bien; o por vicios ocultos que surgen cuando existen defectos que hacen inútil el bien para el cual fue adquirido.

Elementos Accidentales

Son los que establecen el tiempo en el cual se cumplirá la obligación, que pueden ser instantáneas o de tracto único o bien de tracto sucesivo; el lugar en donde deberá de cumplirse con la obligación y el modo en los cuales se llevará cabo la contratación, con modalidades de alguna condición la cual puede ser suspensiva o resolutive.

Objeto y efectos de los contratos

El objeto del contrato consiste en la realidad material y jurídica que existe al determinar la eficacia de lo que se pretende a través de la celebración del contrato, para el efecto explica Aguilar:

Solo el objeto del contrato conocido e identificado (o identificable) por el sujeto, será el objeto del contrato en concreto, esté y no otro. De ahí la estrecha relación de estos elementos del contrato, pues el consentimiento no es solo la conjunción exacta de dos declaraciones de voluntad individuales, sino la unión justa de afanes en la colaboración o participación hacia un objetivo común: un objetivo cierto. (2002:124).

Entre los elementos del objeto de los contratos, según el Código Civil guatemalteco se encuentran: que sea lícito, dentro márgenes normativos de la legislación nacional; posible, se refiere a la existencia de la cosa o bien que se pretenda que exista *Ad impossibilia nemo tenetur*; y debe estar determinado, la cosa o el objeto sobre la cual versara la contratación debe especificarse, distinguirse e individualizarse.

Los efectos de los contratos se encuentran descritos de forma puntual en el Decreto Ley número 106 Código Civil “Artículo 1534 Efectos del contrato. Los que celebren un contrato están obligados a concluirlo y a resarcir daños y perjuicios resultantes de la inexecución o contravención por dolo o culpa.”

El artículo mencionado indica que los sujetos que contratan están obligados al cumplimiento de lo que se han obligado, y si no cumplieran con lo convenido están obligados al pago de daños y

perjuicios, considerado daño según la definición legal se concibe como:

Artículo 1434 Decreto Ley número 106 Código Civil.-Los daños, que consisten en las pérdidas que el acreedor sufre en su patrimonio, y los perjuicios son las ganancias lícitas que deja de percibir, deben ser consecuencia inmediata y directa de la contravención, ya sea que hayan causado o que necesariamente deban causarse.

La falta de cumplimiento de los contratos puede darse por la voluntad maliciosa de una de las partes a lo que se le denomina dolo o bien culpa por una situación no prevista en la que medie ignorancia, impericia o negligencia, en la cual no se tenga propósito de dañar

Forma de los contratos

La forma se refiere al modo por el cual quedara manifestada la voluntad de la partes; en materia de contratación el formalismo constituye un principio del derecho de obligaciones con excepciones en materia mercantil que es poco formalista.

Diez Picazo, citado por Aguilar define la forma: “es todo aquello que el derecho exige por encima y además de la simple voluntad del promitente para que una promesa sea vinculante.” (2002:144).

El Decreto Ley número 106 Código Civil en el Artículo 1574 estipula la forma en que las personas pueden contratar “Toda persona puede contratar y obligarse y obligarse: 1°. Por escritura pública; 2°. Por documento privado o por acta levantada ante el alcalde del lugar; 3°. Por correspondencia; y 4°. Verbalmente.”

La forma dependerá del tipo de contrato que vaya a celebrarse, el Decreto Ley 106 Código Civil contempla en el artículo 1256 “Cuando la ley no declare una forma específica para un negocio jurídico, los interesados puede utilizar el que juzguen conveniente.” Es este artículo el fundamento legal de la contratación electrónica y de los contratos atípicos, aquellos que no tienen determinada una forma en la ley.

Comercio y contratación electrónica

El acelerado desarrollo de la tecnología ha traído consigo la evolución constante en el campo del derecho, puesto que hay nuevas formas de realizar transacciones comerciales por medios tecnológicos, por ello se define la contratación electrónica como “aquella que se realiza mediante la utilización de un elemento electrónico cuando éste tiene, o puede tener, la incidencia real y directa sobre la formación de voluntad o desarrollo o interpretación futura del acuerdo.”

(http://www.institutodederechomercantil.org/wp-content/uploads/contratacion-electronica_silva-ruis_p2.pdf recuperado 28.10.2015).

Es concebido el comercio electrónico como la actividad que realizan dos o más personas en las cuales con fines de lucro, prestan un servicio, transforman un bien o distribuyen mercancías, las cuales quedan materializadas a través de un medio electrónico, el cual se caracteriza por ser veloz y carecer de formalidad alguna.

La globalización genera modernización del mercado en las formas en las cuales pueden desarrollarse los contratos, sin embargo el objeto del contrato sigue siendo el mismo solo que con una modalidad distinta. Según la teoría formal del contrato se dice que el contrato queda perfecto o legalmente válido cuando se realiza la aceptación de la oferta, al estar frente a una contratación electrónica el perfeccionamiento del consentimiento se da en la emisión de la aceptación y la recepción de la aceptación.

La presente modalidad de contratos celebrados por medios telemáticos son completamente válidos, debido a que claramente queda manifiesta la voluntad de las partes al concurrir todos los elementos esenciales del

contrato, tales como capacidad de las partes, el consentimiento que no adolezca de vicio, el objeto y la causa legal.

Silva, indica,

La contratación electrónica no es una categoría de un contrato en sentido técnico jurídico, de contrato con causa específica o que verse sobre objetos relacionados con la informática, sino que se trata de un concepto más amplio. Con el término “contrato electrónico” o “contrato por la vía electrónica” se hace referencia a aquellos contratos que, con independencia de su naturaleza jurídica... e irrelevancia de su objeto – bienes y derechos-, se celebran sustituyendo el “lenguaje oral y escrito” que preside la contratación privada tradicional, por el lenguaje electrónico .(http://www.institutodederecho mercantil.org/wp-content/uploads/contratacion-electronica_silva-ruis_p2.pdf recuperado 28.10.2015).

Toda negociación jurídica sea por un medio físico o dentro de la contratación por la vía electrónica generan vínculos jurídicos entre las partes contratantes, los cuales explica Lorenzetti,

Relaciones jurídicas por medios electrónicos

Relaciones de derecho público: vínculos entre estados, o entre particulares y el sector público, realizados por medios digitales. Relaciones de derecho privado: a) entre empresas (bussines to bussines), lo que comprende todo tipo de actividad empresarial; b) entre empresas y consumidores (bussines to consumer); c) entre particulares, lo que abarca todo lo que se estudia en el derecho civil tradicional. (2001:53).

Contrato electrónico

La tendencia global usual es materializar los negocios a través de la vía electrónica, por lo que este tipo de contratación que se caracteriza por celebrarse en el medio digital el cual está dotado de rapidez, celeridad y versatibilidad.

Uno de los principios del contrato electrónico es la no discriminación, ya que los requisitos siguen siendo los mismos y no por haberse utilizado un medio electrónico dejaran de tener validez y eficacia las declaraciones de voluntad de los contratantes.

Lorenzetti indica que el contrato electrónico posee una categoría extensa la cual debe de explicarse, por lo que literalmente se cita la siguiente categoría:

Sector público y privado. El medio electrónico se utiliza tanto para los contratos con el Estado como para los celebrados entre particulares... *Entre empresas y los consumidores.* ... se refieren fundamentalmente a supuestos que no están regulados por la legislación consumista, sino por el régimen del derecho civil y comercial. *El modo de celebración consensual.* El contrato consensualmente celebrado perdura en el medio electrónico, ya que dos partes pueden vincularse mediante una computadora, dialogar, intercambiar propuestas y celebrar un contrato. *El modo de celebración automático.* En este caso existe una tecnología interpuesta entre la persona física y la declaración, ya que las partes no actúan personalmente ni usan un medio digital para transportar las declaraciones, sino que programan una máquina para que tome algunas decisiones con diferente grado de autonomía: este es el caso conocido

de los cajeros automáticos y el intercambio electrónico de datos. *Contratos celebrados por adhesión*: ... el contrato se celebra por mera adhesión a disposiciones generales de la contratación predispuestas por una de las partes. Dentro de este contrato debe de analizarse el caso de la *click agreements*. *Contratos internacionales y nacionales*. En el análisis de un caso debe de procederse a examinar si hay elementos internacionales, lo cual, en algunos casos, resulta difícil por la naturaleza del medio empleado. Internet no respeta las barreras y por ello podrá llegarse a expandir normalmente el campo de la contratación internacional, con gran desequilibrio para los derechos nacionales y para el sistema protectorio que cada país ha diseñado mediante su orden público interno. *Contratos sometidos a la legislación especial*. Tanto en la legislación como en una sentencia judicial debe establecerse si hay una legislación especial que regula el contrato y, en ese caso, a qué medida está afectada por el medio digital. (2010:175).

El modo de celebración consensual se refiere al contrato electrónico que se desarrolla a través de un medio electrónico, en el cual el acuerdo de voluntades se manifiesta recíprocamente por los dos contratantes a través de un medio telemático; el que puede desarrollarse de las comunicaciones que surjan entre ellos, sin necesidad de haber formalizado un contrato como tal, pero en el cual quedan establecidos los requisitos para el surgimiento de un contrato perfectamente válido.

El contrato electrónico celebrado de modo automático, según los estudiosos presenta grado de conflictividad en cuanto a la declaración de voluntad, debido a que no existe una declaración de voluntad directa, ya que es un ordenador es programado a través de un *software*,

el cual puede perder su configuración y desvirtuar la finalidad para el cual fue creado, o bien podría ser intervenida ilegalmente por un tercero; por ello este tipo de contratación que se caracteriza por ser mediática. Denominado Intercambio electrónico de datos (*electronic data interchange*, EDI), que se define como “el intercambio de datos en un formato normalizado entre los sistemas informáticos de quienes participan en transacciones comerciales con reducción al mínimo de intervención manual.” (Lorenzetti, 2001:181).

Lorenzetti cita las reglas del UNCID, reglas de conducta para el intercambio de datos por teletransmisión, según el modelo europeo de acuerdo de EDI (intercambio electrónico de datos) aprobadas por la Cámara Internacional de Comercio Internacional el 22 de septiembre de 1987 se acordó:

Este sistema permite operar a gran velocidad de comunicación entre los lugares distantes, disminuir drásticamente los costos administrativos porque se automatizan las decisiones, mejorar la auditoría y el control. Normalmente el EDI funciona con redes privadas que pueden alquilarse a grandes operadores de redes multinacionales... Se puede usar tanto para el marketing como para la celebración de contratos de aprovisionamiento, tanto en el campo de bienes físicos como digitales, tanto en el sector público como en el sector privado. Se trata, normalmente, de contratos mercantiles de aprovisionamiento y compra venta. (2010:182).

Los contratos de adhesión, se caracterizan por ser las estipulaciones

establecidas por el oferente, y el contratante es quien se adhiere a dichas estipulaciones, la declaración de voluntad es manifestada al aceptar los términos y condiciones para celebrar el contrato; a pesar que solo es una parte quien hace la estipulación de las reglas, el contrato no podría quedar perfecto sin que sea manifiesto el acuerdo del contratante.

Existen contrataciones que se realizan según el canon internacional y las cuales se ajustan al derecho internacional, de las cuales las cámaras internacionales de comercio así como la Unión Europea mantienen un progresivo estudio y análisis sobre las nuevas modalidades que adopta el hombre con el avance de la tecnología.

La otra modalidad desarrollada es la sujeta a legislación especial, en la cual las partes voluntaria y anticipadamente deciden ventilar las futuras controversias que pudieren suscitarse de la contratación que sean ventiladas en un centro de arbitraje comercial.

Principios del comercio electrónico

Los principios consisten en las directrices básicas que señalan el camino a seguir y sobre los cuales se fundamentan para resolver

controversias, por ello es que los principios que constituyen parte de la doctrina, son fuente de derecho; cumplen con una función interpretativa, fundante y finalista.

El comercio electrónico es un tema novedoso con impacto en el mundo actual los estudiosos y la legislación internacional han estipulado los siguientes principios aplicables al tráfico de medios electrónicos:

Libertad de expresión

Constituye uno de los principios básico de *la web*, debido a que no existe ningún tipo de limitación a la libre expresión de los usuarios, ya que no restringe el uso de este medio a personas con determinadas características. Algunas legislaciones internacionales propusieron limitar el uso del internet a personas con determinadas características, lo cual fue declarado inconstitucional por consistir en una vulneración de los derechos individuales del hombre.

En *el ciber* espacio las personas encuentran un mercado virtual en el cual pueden libremente ofrecer un servicio o bien mercancías, sin limitación alguna, pueden contratar con personas que se encuentren en

cualquier lugar, sin que la distancia pueda constituir restricción alguna y de esta forma se hace más efectivo el tiempo.

Libertad de comercio

Uno de los principales principios del comercio y de la economía, el cual ha sido desarrollado en las legislaciones y el cual estipula Lorenzetti como “La libertad implica la autorregulación de las partes y con ello una mínima intervención estatal que limite lo necesario para el funcionamiento institucional del mercado.” (2001: 49).

Por este principio se entiende que las partes tienen completa libertad en contratar con las estipulaciones que ellos acuerden, sin que exista intervención por parte del Estado, salvo que exista un hecho generador o bien un interés que perjudique al Estado.

Principio de no discriminación del medio digital

Principio íntimamente relacionado con la libertad de comercio, el cual establece que por ningún modo debe restringirse o invalidarse las transacciones que se realicen por el medio digital, por lo que no puede

inferirse ni discriminarse una contratación realizada por la vía electrónica.

En la Ley Para El Reconocimiento de las Comunicaciones y Firmas Electrónicas Decreto número 47-2008 del Congreso de las República de Guatemala se encuentra establecido el principio de no discriminación al regular en el “artículo 5. Reconocimiento jurídico de las comunicaciones electrónicas. No se negaran los efectos jurídicos, validez o fuerza obligatoria a una comunicación o contrato por la sola razón de que esa comunicación o ese contrato estén en forma de comunicación electrónica...” (<http://www.minfin.gob.gt/archivos/leyes/tesoreria/Decretos/DECRETO%2047-2008.pdf> recuperado 28.10.2015).

Principio protectorio

Por este principio la legislación tanto nacional como internacional se ha preocupado por establecer normas de protección al usuario o consumidor, en la cual las empresas que contratan vía electrónica deben de respetar los intereses de los usuarios o consumidores, no abusando de malas prácticas en

las transacciones comerciales por no poseer control estatal.

Referente a este principio se encuentra regulado en el artículo 51 del Decreto número 47-2008 Ley para el Reconocimiento de las Comunicaciones y Firmas Electrónicas del Congreso de la República.

Prevalencia de las leyes de protección al consumidor. La presente Ley se aplicará sin perjuicio de las normas vigentes en materia de protección al consumidor. Las entidades o empresas involucradas en el comercio electrónico deben respetar los intereses de los consumidores y actuar de acuerdo a las prácticas equitativas en el ejercicio de sus actividades empresariales, publicitarias y de mercadotecnia. Así mismo, las entidades o empresas no deben realizar ninguna declaración, incurrir en alguna omisión, o comprometerse en alguna practica que resulte falsa, engañosa, fraudulenta o desleal.

Siempre que las entidades o empresas publiquen información sobre ellas mismas o sobre los bienes o servicios que ofrecen, deben presentarla de manera clara, visible, precisa y fácilmente accesible, Así mismo deben de cumplir con cualquier declaración que hagan respecto a sus políticas y prácticas relacionadas con sus transacciones con consumidores.

Las empresas no deben aprovecharse de las características especiales del comercio electrónico para ocultar su verdadera identidad o ubicación, o para evadir el cumplimiento de las normas de protección al consumidor o los mecanismos de aplicación de dichas normas.

Las empresas deben desarrollar e implementar procedimientos efectivos y fáciles de usar que permitan a los consumidores manifestar su decisión de recibir o rehusar mensajes comerciales no solicitados por medio del correo electrónico. Cuando los consumidores manifiesten que no desean recibir mensajes comerciales por correo electrónico, tal decisión debe de ser respetada.

(<http://www.minfin.gob.gt/archivos/leyes/tesoreria/Decretos/DECRETO%2047-2008.pdf> recuperado 29.10.2015).

Protección de la privacidad

La protección al derecho de privacidad y que algunos otros le denominan protección al derecho de intimidad, no se encuentra expresamente regulado en la Constitución Política de la República de Guatemala, por lo que interpretando extensivamente la ley podemos hacer referencia al artículo 24 de la Constitución Política de la República de Guatemala de la Asamblea Nacional Constituyente de 1985, establece:

Inviolabilidad de correspondencia, documento y libros. La correspondencia de toda persona, sus documentos y libros son inviolables. Solo podrá revisarse o incautarse, en virtud de resolución firme dictada por juez competente y con las formalidades legales. Se garantiza el secreto de la correspondencia y de las comunicaciones telefónicas, radiofónicas, cablegráficas y otros productos de tecnología moderna... Los documentos o informaciones obtenidas con violación de este artículo no producen fe ni hacen plena prueba en juicio.

En cuanto a la privacidad ah sido concebida como un derecho inherente a la persona, sin embargo los coordinadores Poulet, Pérez y Palazzi exponen la privacidad como un bien colectivo:

Es un derecho que se va mutando frente a las nuevas tecnologías y se adapta con nuevas respuestas, como lo demuestra la evolución del derecho en su faz negativa (el derecho a la vida privada y a excluir a terceros de esa esfera) a la expresión positiva del mismo derecho (la protección de datos y *habeas data*, y el acceso a los datos personales).

Pero lo colectivo al derecho a la privacidad no sólo se afecta con normas sino con hechos concretos por parte del sector privado: los nuevos diseños de políticas empresariales. Cada vez más los cambios mínimos realizados a cualquier arquitectura de internet que afectan a millones de individuos y trascienden las fronteras y las regulaciones locales. (2009: 53).

Se concibe como un bien colectivo porque afecta a una comunidad de individuos y el sector empresarial con las condiciones bajo las cuales contrata, abusa de la intimidad de las personas y rebasa las barreras nacionales e internacionales, vulnerando los derechos individuales de cada persona.

En cuanto a la legislación internacional la Declaración de los Derechos Humanos de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 1948, en el artículo 12 estima “Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques.”

La Convención Americana de Derechos Humanos suscrita en San José Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, también regula la protección a la privacidad en el artículo 11 en los incisos

2) nadie podrá ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia ni de ataques ilegales a la honra o reputación.

3) Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.

Tanto la legislación nacional como la internacional hacen alusión a la protección de los datos personales, a los cuales se les otorga la característica de ser inviolables, por lo que se denota una protección principal y preferente.

Actualmente el derecho a la intimidad o privacidad busca que las comunicaciones electrónicas sean confidenciales en los datos del tráfico electrónico, lo que actualmente se han creado modalidades y condiciones de confidencialidad a través de *ISP internet service provider* (proveedor del servicio de internet), quienes no pueden revelar los datos del tráfico electrónico salvo que mediante una orden de juez competente.

Los coordinadores Poullet, Pérez y Palazzi explican la situación de los datos en el tráfico de las comunicaciones electrónicas respecto al proveedor del servicio de internet

Los datos del tráfico no están referidos a los contenidos sino solamente a la duración, fecha, origen y destino, de esas comunicaciones. La información contenida allí no está en peligro.

El propósito es la conservación de los datos de tráfico, entendiendo por tal todos los elementos que conciernen a ese correo electrónicos en cuanto a su

individualización de partida y llegada, fecha, hora y demás datos, que no impliquen la vulneración y conocimiento del texto contenido en el mensaje. Se discute si existe por parte del ISP de conservar durante un período de tiempo relativamente largo los datos de tráfico generado por las comunicaciones establecidas durante la prestación de su servicio, y si de este almacenamiento y conservación no se está afectando el derecho a la privacidad y confidencialidad de las comunicaciones. (2009: 31).

Para algunos defensores al derechos de privacidad consideran que la conservación de datos por parte del proveedor de servicios de internet es violatorio a los principios fundamentales, otros estudiosos de la temática exponen que no se recae a ningún tipo de violación a los derechos fundamentales ya que la conservación de los datos es únicamente respecto a la transacción de esta y no al contenido de los mensajes.

En relación a la obligación de conservación de datos del tráfico por parte de los proveedores de servicio de internet ISP se ha dicho reiteradamente que tal obligación se justifica ante la necesidad de conservación tanto de las informaciones de tráfico canalizadas a través de ellos, como el número o identificación de los equipos de origen y del destino de la comunicación, tiempo de duración de la conexión, volumen de datos transmitidos, todo ello a los fines que estos elementos puedan servir como prueba en los procesos judiciales.

El carácter internacional

La expansión del uso de la tecnología a través de los medios telemáticos es cada vez más usual y la cual no tiene fronteras, por lo que la legislación internacional debe ir a la vanguardia y regular este tipo de usos que cada día son más habituales en el tráfico de la contratación electrónica.

Oferta y aceptación

Concretamente conocida como la declaración de voluntad, tanto del oferente cuando hace la oferta y la declaración de voluntad del contratante cuando acepta la oferta y es en este momento cuando queda completamente otorgado el consentimiento de las partes, lo cual no queda desvirtuado en la contratación celebrada a través de la vía electrónica.

Algunos estudiosos sobre el tema indican que la contratación electrónica se da entre ausentes, ya que físicamente no se encuentran en el mismo lugar pero si están conectados a través de una red y la manifestación de voluntad de las partes contratantes queda plasmada en un soporte electrónico.

El contrato formalizado por vía electrónica es el celebrado sin la presencia simultánea de las partes, prestando su consentimiento en origen y en destino por medio de equipos electrónicos de tratamiento y almacenaje de datos, conectados por medio de cable, radio o medios ópticos o electromagnéticos. (<http://www.derechoinformatico.uchile.cl/index.php/RCHDI/article/view/10664/11418> recuperado 25.10.2015).

Es importante hacer énfasis en la formulación del consentimiento manifestado por medios electrónicos, según Aguilar:

La formulación telemática del consentimiento contractual originario, es decir, lo relativo a la oferta, ordenación inicial o la aceptación de un nuevo contrato, debe de consistir en un acto de voluntad de carácter expreso, ya se trate de una operación determinada o de un grupo, conjunto, categoría o clase de operaciones. (2002:115).

Las partes contrates a través de un medio electrónico tienen distintos deberes, lo que Lorenzetti señala como el deber de información, el deber de confirmación y deber de seguridad, por el deber de información señala:

El oferente en la contratación electrónica es un profesional, que posee un grado de conocimiento específico que los distancia del aceptante, y este saber está vinculado al medio tecnológico. Por esta razón debe informar sobre: -el medio tecnológico utilizado, la identificación del oferente para evitar los problemas de anonimato, aclaración sobre el modo de aceptar la oferta; -el producto o servicio que contiene la oferta; los aspectos legales; sobre todo en relación a las condiciones generales de contratación. (2001:188).

Por el deber de confirmación continúa manifestando Lorenzetti, en cual se le requiere al aceptante “que confirme la recepción de la aceptación. Este denominado acuse de recibido, debe de ser señalado como un mecanismo inherente al mensaje electrónico de la oferta que se expide en forma automática” (2001:190).

La Ley para el Reconocimiento de las Comunicaciones y Firmas Electrónicas Decreto número 47-2008 del Congreso de la República de Guatemala, regula el reconocimiento jurídico a las comunicaciones electrónicas

Artículo 5. Reconocimiento jurídico de las comunicaciones electrónicas. No se negarán efectos jurídicos, validez o fuerza obligatoria a una comunicación o a un contrato por la sola razón de que esa comunicación o ese contrato estén en forma de comunicación electrónica. Nada de lo dispuesto en esta ley hará que una parte esté obligada a utilizar o a aceptar información en forma de comunicación electrónica, pero su conformidad al respecto podrá inferirse de su conducta. Así mismo, nada de lo dispuesto en la presente ley obligará a que una comunicación o un contrato tengan que hacerse o probarse de alguna forma particular. (<http://www.minfin.gob.gt/archivos/leyes/tesoreria/Decretos/DECRETO%2047-2008.pdf> recuperado 28.10.2015).

Algunos países han regulado en la legislación interna las modalidades en las cuales puede perfeccionarse el contrato, por ejemplo en la legislación del Perú, en el Código Civil Decreto Legislativo Número 295 establece el “Artículo 141. Manifestación de voluntad. La

manifestación de voluntad puede ser expresa o tácita. Es expresa cuando se realiza en forma oral o escrita, a través de cualquier medio directo, manual, mecánico, electrónico u otro análogo...”

La legislación chilena presenta avances en la regulación de la contratación electrónica, tal como lo establece Barroilhet:

Al dictarse la Ley 19.799 sobre Documentos Electrónicos y Firma Electrónica, La ley sobre documentos electrónicos y firma electrónica, cuyas disposiciones se fundamentan en el establecimiento del principio de equivalencia del soporte electrónico y del soporte de papel. De esta manera, todo aquello contenido en el formato electrónico tiene la misma validez, real y jurídica, que un documento en papel y solo deberá estarse a la naturaleza del documento y a las partes que han intervenido en su elaboración o suscripción para determinar qué tipo de instrumento se trata. La Ley, además, se ha encargado de establecer su valor probatorio. (<http://www.derechoinformatico.uchile.cl/index.php/RCHDI/article/view/10664/11418> recuperado 25.10.2015).

Pago

La contratación por medios electrónicos a desarrollado distintos métodos de pago, algunos para los consumidores confieren mayor certeza que otros, la Asociación Española de Comercio Electrónico y Marketing Relacional (AECER) en el Libro Blanco de la Contratación Electrónica, la cual confiere la guía práctica del comercio electrónico (2005), en donde han reconocido dos formas de pago al realizar

transacciones por medios electrónicos, métodos *off-line* y métodos *on-line*, los cuales se describirán a continuación:

Métodos *off-line*

Contrareembolso: método por el cual el comprador, paga el producto hasta que es recibido en su domicilio, en el que interviene una empresa de mensajería, que es encargada de realizar el cobro al entregar el bien o producto y esta cobra una comisión por el servicios brindado.

La principal ventaja es la confianza que infunde este método en el cliente que desconfía de internet y prefiere pagar el producto al recibirlo. Ha sido un método tradicionalmente muy utilizado en comercio electrónico, aunque observamos una acusada tendencia a la baja en los últimos años, según va aumentando la confianza de los usuarios en el medio online. (http://b4194.cdn.telefonica.com/4194/libro_blanco_completo.pdf recuperado 07.11.2015).

Transferencia bancaria: método de pago que consiste en que el comprador o usuario realiza previamente el pago a una cuenta bancaria proporcionada por el vendedor, previo a realizar la remisión de la mercancía. Este es un método brinda ventajas de protección al vendedor y no así al usuario, debido a que la transacción no cuenta con respaldo para el consumidor, por lo que podría ser aventurado, sin embargo estas prácticas se basan en principio de la buena fe comercial.

Método *on-line*

Tarjeta de crédito / tarjeta débito (TPV virtual): de los métodos más utilizados y aprobados en las compraventas vía electrónica, denominado sistema de pago electrónico más generalizado en el mercado virtual. La Asociación española de la economía digital, estima que la tarjeta de crédito o tarjeta de débito TPV virtual es el medio más tradicional tanto nacional como internacional, debido a la popularidad y universalidad de las tarjetas de crédito.

El esquema de pago online por tarjeta de débito/crédito, coexisten dos bancos implicados, el llamado banco adquirente o del vendedor (entidad financiera responsable del servicio de TPV virtual) y el banco emisor o del comprador (entidad financiera que ha emitido la tarjeta con la que se realiza la operación de pago). Una parte de la comisión cobrada al vendedor (el sistema es gratuito para el comprador) por el banco adquirente es enviada al banco emisor, concepto denominado “tasa de intercambio” y principal componente de coste de la comisión que finalmente paga el vendedor (llamada “tasa de descuento”). En cuanto al proceso operativo, en ese sistema el vendedor instala un software en su servidor que permita que el usuario pueda introducir sus datos de tarjeta y proceder al pago online. El método estándar del procesamiento online de tarjetas a través de los llamados TPV virtuales se realiza en el llamado modo SSL o de pago no seguro, descrito a continuación: software que permite a los clientes en pago online, mediante tarjeta de crédito o débito, de las compras que realicen a través de la página web de la tienda online. (http://b4194.cdn.telefonica.com/4194/libro_blanco_completo.pdf recuperado 07.11.2015).

Los principales problemas que conlleva el pago con tarjeta de crédito o débito, radica en que el vendedor o el tarjetahabiente al aceptar las

transacciones realizadas no se encuentra presente y puede existir la posibilidad de ser rechazado el pago por el vendedor o bien por el comprador, por ejemplo se cita el caso de fraude por robo de datos del legítimo titular de la tarjeta, ya que no se dispone de el comprobante que se firma en las ventas presenciales.

Ante tal situación el sector financiero tomo medidas, las cuales cita la Asociación Española de la Economía Digital

La evolución de este esquema de funcionamiento ha sido el desarrollo de una línea clave de actuación en materia de pagos online por parte del sector bancario: el sistema 3D Secure, “CES” o de “pago seguro”, en sus dos versiones de las marcas más conocidas (“Verified by Visa” y “Mastercard Secure Code”). 3D Secure es un sistema de pago seguro con tarjeta porque se consigue autenticar al titular de la tarjeta, es decir, garantiza que el cliente que está usando un número de tarjeta es realmente el titular de la misma. Se trata de poner en contacto al cliente con el banco emisor de su tarjeta en el momento del pago. Al conectar al cliente con su banco, éste puede identificarlo mediante uno de los siguientes mecanismos de autenticación: • PIN adicional de validación de la transacción, preferiblemente que coincida con el PIN asociado a la tarjeta para su uso en cajeros automáticos, facilitando que el usuario no tenga que recordar PIN adicionales. • Uso de autenticación vía SMS de código único para la validación de una transacción determinada. • Uso de físicas de coordenadas para la validación de una transacción determinada. La principal ventaja para el vendedor es que con este esquema, además de no suponer un coste adicional, implica que, a diferencia del anterior, en caso de fraude es el banco emisor de la tarjeta del comprador quien asumirá el fraude. (http://b4194.cdn.telefonica.com/4194/libro_blanco_completo.pdf recuperado 15.11.2015).

Nuevas tendencias: cada vez más se desarrollan nuevas tendencias de pagos en las transacciones realizadas por vía electrónica, según el libro blanco de contratación electrónica toma por ejemplos los pagos realizados por *payments, google wallet, facebook credits*, etc. Y se está implementando la posibilidad por algunas compañías de telecomunicaciones de los denominados pagos móviles, que consisten en la recarga directa a la cuenta de teléfono del usuario *carrier billing*, como una estrategia de ampliación de los servicios de las empresas de telecomunicaciones.

Documento electrónico

Consisten en el soporte electrónico sobre el cual se realiza determinada operación a través de un medio telemático, considerados como documentos que tienen validez y con la eficacia de un documento original, media vez quede garantizada su autenticidad, integridad y conservación y, en su caso recepción por el interesado.

Los documentos contienen declaraciones de voluntad, las cuales se encuentran asentadas bajo un soporte, Lorenzetti admite diferentes clases de documentos y los clasifica de la siguiente manera:

Documento escrito: en este caso la declaración está asentada en una forma escrita, lo que en términos no jurídicos, está registrada en átomos, y que es susceptible de percepción sensorial.

Documento electrónico: La declaración está asentada sobre bits y no sobre átomos.

Documento firmado: es el que vincula directamente el documento con el autor, porque hay una firma al pie; esta firma puede ser ológrafa o no. En primer caso hay unos trazos realizados manualmente por el autor que sirven como identificación; en el segundo, hay unas claves que, por un procedimiento preestablecido, sirven para imputar la autoría de la declaración.

Documento no firmado: hay declaración de voluntad documentada, pero no una vinculación directa con el autor, porque no hay firma. En estos supuestos la autoría debe ser probada por otros medios distintos de la firma y del propio documento, como, por ejemplo, los testimonios. (2001: 63).

Los especialistas en informática plantean la dificultad de distinguir entre un documento original y duplicado, ya que ambos consisten en bits idénticos, por lo que Lanzetti plantea “El concepto de documento original puede ser definido por las partes en un contrato o por el legislador, en este último caso, la tendencia se orienta a tomar en cuenta la primera generación en el sentido de la primera elaboración.” (2001:67).

Respecto a los efectos jurídicos de los documentos electrónicos, la legislación nacional les reconoce valor probatorio, porque sobre ellos se encuentra asentada la voluntad de las partes; así como no pueden ser rechazados porque existe el principio de la no discriminación al medio

electrónico y porque actualmente en la práctica de usos son cientos de negocios que se realizan a través de los medios electrónicos.

Firma electrónica

La principal singularidad de la firma es la individualización o personificación que una persona le da al documento que signa, en donde manifiesta la aceptación para que determinado acto pueda surtir efectos. La firma convalida el consentimiento de las personas para dar, hacer o no hacer algo, por lo que podemos inferir que mediante la firma queda materializado el consentimiento de las personas.

Entre las peculiares características de la firma se determina que identifica a una persona, a través de ella se manifiesta la aprobación y sirve como elemento probatorio de la aceptación.

Fajardo, expone:

Firmar electrónicamente consiste en realizar una operación matemática que convierte el documento original en otro nuevo, cuyos caracteres guardan con el original una relación matemática basada en el algoritmo cifrado. Este nuevo documento es inteligible, y solo sirve para verificar que el documento original (que poseemos y contiene una declaración de voluntad inteligible) guarda con el segundo la esperada relación matemática basada en el algoritmo de cifrado. (2001: 43)

La principal función de la firma electrónica mediante el sistema de cifrado, que es un sistema de criptología, el cual consiste en asegurar la integridad y veracidad de un documento electrónico a través de la encriptación de claves, lo que es equivalente a una firma manuscrita en un documento físico.

El procedimiento consiste en la transformación de un mensaje, utilizando un sistema de cifrado asimétrico, de manera que la persona que posea el mensaje inicial y la clave pública del firmante puede determinar de forma fiable si dicha transformación se hizo utilizando la clave privada correspondiente a la clave pública del firmante, y si el mensaje ha sido alterado desde el momento en que se hizo la transformación. (Lorenzetti, 2001: 70).

Entre las características de la firma electrónica se encuentra la identidad, la cual sirve para determinar a las personas que intervienen en la comunicación telemática, que sean quienes dicen ser; dota de confidencialidad o privacidad a los documentos electrónicos evitando el jaqueo de datos; así como también la integridad del documento electrónico, que los protege de cualquier tipo de alteración que pudiera sobrevenir y finalmente evita el repudio por parte del receptor, debido a que no puede manifestar que no recibió el documento electrónico.

La Ley para el Reconocimiento de las Comunicaciones y Firmas Electrónicas Decreto número 47-2008 del Congreso de la República de Guatemala define la firma electrónica como:

Artículo 2.- ... Los datos en forma electrónica consignados en una comunicación electrónica, o adjuntados o lógicamente asociados al mismo, que pueden ser utilizados para identificar al firmante con relación a la comunicación electrónica e indicar que el firmante aprueba la información recogida en la comunicación electrónica.

Firma electrónica avanzada: La firma electrónica que cumple con los requisitos siguientes:

- a. Estar vinculada al firmante de manera única;
- b. Permitir la identificación del firmante;
- c. Haber sido creada utilizando los medios que el firmante puede mantener bajo su exclusivo control;
- d. Estar vinculada a los datos a que se refiere, de manera que cualquier cambio ulterior de los mismos sea detectable...(<http://www.minfin.gov.gt/archivos/leyes/tesoreria/Decretos/DECRETO%2047-2008.pdf> recuperado 28.10.2015).

La firma electrónica avanzada se desarrolla a través de dos tipos de claves, una clave privada y otra clave pública, Fajardo brevemente explica cómo funcionan:

...cualquier documento puede ser resumido y firmado electrónicamente usando una clave privada, para después comprobar su origen e identidad mediante una clave pública. Dichas claves, o llaves, en realidad son algoritmos que se conservan en dos archivos informáticos (el de la clave privada protegido por contraseña). Estos archivos por tanto, al igual que otro documento, firmado digitalmente. Para asegurar que el titular de la llave es quien dice ser, e impedir que niegue posteriormente haber efectuado la declaración de voluntad, se puede recurrir a un tercero que firme la llave pública de ambas partes, y de su identidad. Aquí entran las terceras partes de

confianza (TPC) más conocidas por sus siglas en inglés de Autoridad de Certificación (CA) citadas también por su nombre

en la legislación española: Prestadores de Servicios de Certificación. (2001: 49).

La función de las claves se basan en un sistema criptográfico que consiste básicamente en la protección de datos, desarrolla dos tipos de claves, una clave pública que consiste en un sistema de criptografía de algoritmos que son conocidos en el medio virtual por todos y la otra clave privada que es un sistema matemático de criptografía que se utiliza para firmar digitalmente y es la que solo conoce el titular de la firma, y su sistema permite que con la combinación de ambas claves brinde como producto una sola firma digital particularizada, es decir no pueden haber dos firmas electrónicas iguales.

La Ley de Reconocimiento de las Comunicaciones y Firmas Electrónicas Decreto número 47-2008 del Congreso de la República de Guatemala, reconoce los efectos jurídicos de la firma electrónica o firma electrónica avanzada:

Artículo 33. Efectos jurídicos de una firma electrónica o firma electrónica avanzada. La firma electrónica o firma electrónica avanzada, la cual podrá estar certificada por una entidad prestadora de servicios de certificación, que haya sido producida por un dispositivo seguro de creación de firma, tendrá respecto a los datos consignados en forma electrónica, el mismo valor jurídico

que la firma manuscrita en relación con los consignados en papel y será admisible como prueba en juicio, valorándose esta, según los criterios de apreciación establecidos en las normas procesales.

Se excluye de esta normativa lo referente a las disposiciones por causa de muerte y a los actos jurídicos del derecho de familia.

Cuando una firma electrónica avanzada haya sido fijada en una comunicación electrónica se presume que el suscriptor de aquella tenía intención de acreditar la comunicación electrónica y de ser vinculado con el contenido del mismo. Para considerarse fiable el uso de una firma electrónica avanzada, está tendrá que incorporar como mínimo los atributos siguientes:

- a) Que los datos de creación de la firma, en el contexto en el que son utilizados, correspondan exclusivamente al firmante.
- b) Que los datos de creación de la firma estaban, en el momento de la firma, bajo el control exclusivo del firmante;
- c) Que sea posible detectar cualquier alteración de la firma electrónica hecha después del momento de la firma; y
- d) Cuando uno de los objetivos del requisito legal de la firma consista en dar seguridad en cuanto a la integridad de la información a que corresponde, que sea posible detectar cualquier alteración de esa información hecha después del momento de la firma.
- e)

Lo dispuesto en este artículo se entenderá sin perjuicio de la posibilidad de que cualquier persona demuestre, de cualquier otra manera, la fiabilidad de una firma electrónica; o que aduzca pruebas de que una firma electrónica no es fiable.

La firma electrónica debe de estar certificada por una empresa prestadora de servicios de certificación, la cual debe de estar inscrita en el Ministerio de Economía en el Registro de Prestadores de Servicios de Certificación, quienes tienen como función la creación de firmas electrónicas avanzadas y emisión de certificados de firma electrónica avanzada, respecto a la alteración que pudiera surgir entre el envío y recepción de una comunicación vía electrónica.

El proyecto de Piero-Molinari citado por Lorenzetti, define:

Se entiende por certificador licenciado a toda persona de existencia ideal, registro público de contratos u organismo público que expide certificados o presta otros servicios en relación con la firma digital y cuenta con una licencia para ello, otorgada por la autoridad de aplicación. Sus funciones son emitir certificados digitales de acuerdo con lo establecido en sus políticas de certificación, identificar inequívocamente los certificados digitales emitidos y mantener copia de todos ellos. (2001: 86).

La Ley de Reconocimiento de las Comunicaciones y Firmas Electrónicas Decreto número 47-2008 del Congreso de la República de Guatemala define en el Artículo 2 “... Certificado: Todo mensaje de datos u otro registro que confirme el vínculo entre un firmante y los datos de creación de firma, usualmente emitido por un tercero diferente del originador y el destinatario.” La ley al indicar a un tercero, se refiere a una empresa prestadora de servicios de certificación, (*Certification Authority*) quien será la responsable de la emisión y revocación de certificados digitales.

Cuando es un notario o escribano el que actúa como certificador estamos ante el denominado *ciberotary*, quien dice Lorenzetti que “tiene la función de realizar una investigación de los usuarios que deseen registrar sus claves públicas para utilizarlas en el comercio

electrónico.” (2001: 87) Modalidad que aún no está regulado en la legislación guatemalteca.

Entre los efectos jurídicos primordiales establecidos en la ley sobre la certificación de una firma electrónica avanzada es el valor probatorio que les confiere, el cual a criterio de la sustentante es limitado, debido a que únicamente establece la admisión como prueba en juicio, valorándose conforme a los criterios de apreciación; en la legislación guatemalteca conforme a las reglas de la sana crítica, lo cual obstruye la eficacia de un certificado electrónico para que sus efectos puedan ser ejecutables (efectivos e instantáneos).

A criterio de la sustentante no tiene razón de ser un proceso de certificación electrónica de una firma digital si no garantiza la efectividad inmediata de la emisión, más que solo la identidad, confiabilidad y no repudio que brinda el certificado electrónico, por lo que la ley debe de ser más amplia y generar mayor dinamismo en el tráfico de la contratación virtual.

Proceso ejecutivo

La preocupación de los estudiosos del derecho por hacer efectivo un documento y concertar intereses entre una parte acreedora y otra deudora ha imperado desde los tiempos antiguos; el primer antecedente de la ejecución según Chacón, se encuentra en la ejecución de las sentencias judiciales en el siglo XXVII en las siete partidas del rey Alfonso El Sabio. Posteriormente fue en el siglo XXVIII en España donde se denota un avance en materia ejecutiva, en donde se separa el juicio ejecutivo y la ejecución de sentencias.

Las sentencias se caracterizan por ser declarativas, constitutivas o extintivas de un derecho, y pueden cumplirse de forma voluntaria o bien por la vía judicial, dice Chacón: “la ejecución puede ser voluntaria, cuando la parte vencida da cumplimiento a lo dispuesto, o forzosa cuando corre a cargo de la autoridad judicial, que suele ser la misma que ha debatido el pleito.” (2002:59).

El fin primordial de la justicia es la realización del derecho y eso se logra a través de una ejecución como procedimiento. Al respecto Chacón señala “... cuando hablamos de proceso de ejecución o de ejecución procesal nos referimos a la realización coactiva del derecho

por medio de los órganos especialmente establecidos para dicho fin. (2002:60).

Entre los poderes de la jurisdicción se encuentra el poder de *executium*, poder de ejecución, como el poder dimanante que le da la soberanía del Estado conferido a los órganos jurisdiccionales para realizar el derecho y promover la ejecución e lo juzgado. En la Constitución Política de la República de Guatemala de la Asamblea Nacional Constituyente de 1985 en el artículo 203 establece “... Corresponde a los tribunales de justicia la potestad de juzgar y promover la ejecución de lo juzgado.”

Es por ello que el derecho no se ve limitado únicamente a la emisión de una sentencia sino hasta hacer efectivo el derecho contenido en ella.

Carnelutti citado por Chacón, hace alusión a la ejecución:

No se trata ya de una pretensión discutida, sino de una pretensión insatisfecha, que resulta necesaria para que se alcancen entonces los fines del orden jurídico, no la formación, sino la efectuación del mandato, por lo cual el proceso (como conjunto de actos) necesarios para la efectuación del mandato, se llama ejecución. (Chacón, 2002:61).

Los procedimientos ejecutivos pueden venir precedidos de la declaratoria de una sentencia nacional o extranjera (título judicial) o bien de títulos ejecutivos particulares (título extrajudicial), los primeros provienen del pronunciamiento de un órgano jurisdiccional y los segundos son documentos que las partes han suscrito sin la intervención judicial pero que por disposición legal se les confiere fuerza ejecutiva por si alguna de las partes no cumpliera con lo estipulado pueden recurrir a una tutela jurídica eficaz para obligar al cumplimiento de la obligación incumplida.

Titulo ejecutivo

Los procesos de ejecución son aquellos cuya característica principal es el pago de una deuda, o el cumplimiento de una obligación sobre la base de un documento denominado titulo ejecutivo, presupuesto que se basa en el principio *nulla executio sine titulo*, no puede haber ejecución sin la existencia de un título ejecutivo.

El titulo ejecutivo se denomina como aquel documento que han suscrito dos o más personas, de la cual una parte es acreedora y la otra deudora, sobre el cual se obligan al cumplimiento de determinada disposición que traiga consigo la obligación de pagar una cantidad de

dinero líquida y exigible, y que la ley a facultado a este título como suficientemente probo para acudir a un órgano jurisdiccional a reclamar que se haga efectivo el derecho.

Características del título ejecutivo

Para que un título ejecutivo pueda tener efectividad debe de contar con ciertas características, Devis Echendía citado por Chacón, estipula que debe de contar con requisitos de fondo y forma.

Los primeros son: que se trate de documentos, éstos tengan autenticidad, que emanen de autoridad judicial o del propio ejecutado o deudor. Los requisitos de fondo son: que de esos documentos aparezcan a favor del ejecutante y a cargo del ejecutado, una obligación clara, expresa, exigible y además líquida o liquidable. (2002: 84).

El documento en sí mismo y de forma independiente debe de probar y ser suficiente para determinar una obligación que lleve consigo el pago de una cantidad de dinero, la cual pueda exigirse coactivamente a través de un órgano jurisdiccional por la parte que le corresponda el derecho.

La obligación debe de encontrarse determinada, lo cual hace referencia a la literalidad del título, el cual debe de expresar claramente los

requisitos válidos de un negocio jurídico, con las modalidades que las partes hubieren pactado en cuanto a tiempo, lugar y forma de cumplimiento.

El título ejecutivo no en todos los casos contiene la obligación ejecutiva patrimonial, sino también puede contener la obligación de dar, hacer o no hacer, lo que el ordenamiento jurídico guatemalteco regula como ejecuciones especiales.

Característica importante del título ejecutivo es la autonomía, puesto que no debe depender de otro documento para subsistir y es independiente de él mismo por los derechos que en el van incorporados, características que vemos especialmente en los títulos de crédito.

Establece Liebman, citado por Chacón sobre la eficacia del título ejecutivo

La eficacia de los títulos ejecutivos se manifiesta, pues solamente en el plano del proceso, y más precisamente en el de la ejecución, y es idéntica para todos, no obstante su diversidad y cualquiera que sea su eficacia desde otros puntos de vista; y es una eficacia constitutiva, consistente en dar vigor a la regla jurídica sancionatoria. El título ejecutivo es, por eso, la fuente inmediata y directa de la acción ejecutiva del acreedor y de la responsabilidad ejecutiva del deudor. (2002: 88).

El juicio ejecutivo

La naturaleza jurídica del juicio ejecutivo radica en hacer eficaz el título ejecutivo sobre el cual pesa una obligación de pagar una cantidad de dinero líquida y exigible. Es importante determinar la vigencia para hacer efectivo el título ejecutivo según el artículo 296 del Decreto ley 107 Código Procesal Civil y Mercantil regula “Los títulos expresados anteriormente pierden su fuerza ejecutiva a los cinco años, si la obligación es simple, y a los diez años si hubiere prenda o hipoteca...”

El párrafo anterior estipula que los títulos ejecutivos tienen un tiempo de vigencia para poder hacerse efectivos, ya que si no se ejecutan en el plazo establecido, el derecho prescribe, estipulando dos modalidades de plazo, si la obligación es simple prescribe en cinco años y si está garantizada con prenda o hipoteca prescribe en diez años.

El factor principal de los procedimientos ejecutivos es el título ejecutivo como objeto principal para poder realizar el acto introductorio de la acción; siendo el mismo título por su naturaleza subsistente por sí mismo. Es por ello que al hablar de un título

ejecutivo se refiere a la forma más efectiva de realizar el derecho coactivamente.

El artículo 296 del Decreto Ley 107 Código Procesal Civil y Mercantil estipula que en los procedimientos ejecutivos solo pueden oponerse excepciones que destruyan la eficacia del título. Esto demuestra que la base medular de los procedimientos ejecutivos radica en el título ejecutivo y solo pueden platearse las excepciones que puedan desvirtuar la obligación contenida en el mismo título.

La procedencia del juicio ejecutivo está regulada en el Artículo 327 del Decreto Ley número 107 Código Procesal Civil y Mercantil:

Procede el juicio ejecutivo cuando se promueve en virtud de alguno de los siguientes títulos:

1°. Los testimonios de las escrituras públicas.

2°. La confesión del deudor prestada judicialmente; así como la confesión ficta cuando hubiere principio de prueba por escrito.

3°. Documentos privados suscritos por el obligado o por el representante y reconocidos o que se tengan por reconocidos ante juez competente, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 98 y 184; y los documentos privados con legalización notarial.

4°. Los testimonios de las actas de protocolarían de protestos de documentos mercantiles y bancarios, o los propios documentos si no fuere legalmente necesario el protesto.

5°. Acta notarial en que conste el saldo que existiere en contra del deudor de acuerdo con los libros de contabilidad llevados en forma legal.

6°. Las pólizas de seguros, de ahorros y de fianzas, y los títulos de capitalización que sean expedidos por entidades legalmente autorizadas para operar en el país.

7°. Toda clase de documentos que por disposiciones especiales tengan fuerza ejecutiva.

Pretensión ejecutiva

La pretensión ejecutiva del ejecutante dimana efectivamente del mismo título ejecutivo, pues en ella se encuentra literalmente contenida la pretensión, para el efecto Chacón, explica los límites a los cuales debe de sujetarse la pretensión ejecutiva:

- a) Que su objeto se circunscribe y limita por los caracteres del derecho cartáceo y por los documentos propiamente del título (literalidad, autonomía, necesidad y completividad). De ahí que el acreedor no puede pedir más que lo que surja del documento. Si se excediera en su pretensión, el juez se circunscribe al contenido del título.
- b) La limitación de las defensas y excepciones. (2002:108).

El juicio ejecutivo se caracteriza por los principios de efectividad y celeridad, en el cual el derecho se encuentra plenamente constituido en el título ejecutivo, siendo el documento válido para que la persona a cuyo favor este el título tenga la capacidad de hacer efectivo el derecho constituido en él, sin poder pretender obtener más de lo que en él se encuentra establecido.

En el desarrollo del proceso del juicio ejecutivo no va a discutirse la causa que le dio origen al título ejecutivo, es por ello que el Código Procesal Civil y Mercantil prevé la sustanciación de un juicio ordinario posterior; por lo que una sentencia dictada dentro de un proceso ejecutivo no pasa en autoridad de cosa juzgada. Se cita el fundamento legal Decreto Ley número 107, Código Procesal Civil y Mercantil:

Artículo 335 Juicio ordinario posterior.- La sentencia dictada en juicio ejecutivo no pasa en autoridad de cosa juzgada, y lo decidido puede modificarse en juicio ordinario posterior.

El juicio solo puede promoverse cuando se haya cumplido la sentencia dictada en juicio ejecutivo.

Para conocer el juicio ordinario posterior cualquiera sea la naturaleza de la demanda que se interponga, es competente el mismo Tribunal que conoció en la Primera Instancia del juicio ejecutivo.

El derecho a obtener la revisión de lo resuelto en juicio ejecutivo caduca a los tres meses de ejecutoriada la sentencia dictada en éste, o concluidos los procedimientos de ejecución en su caso.

Elementos personales de la ejecución

Órgano jurisdiccional

El juez es el contralor de la juridicidad, el cual para poder actuar debe estar dotado de jurisdicción y competencia, cita Chacón las funciones más importantes que se confieren a los jueces en el procedimiento ejecutivo:

- A) Que el juez es quien tiene que examinar la regularidad formal del título, despejar la ejecución y ordenar los actos ejecutivos concretos, en lo que radica una especial garantía para el justiciable atendido, sobre todo, que es la ejecución donde se produce la injerencia más fuerte en el señorío de las personas y,
- B) Las demás personas del órgano jurisdiccional y los colaboradores del mismo, actúan siempre sujetos a su jurisdicción en la realización de los actos ejecutivos, todos los cuales son o directamente ordenados por el juez o ante él revisables de otra manera procedimental. (2001: 67).

Una vez sea presentada la demanda ejecutiva, el juez despachara mandamiento de ejecución tal cual lo establece el artículo 297 del Decreto Ley número 107 Código Procesal Civil y Mercantil “... el juez calificara el título en que se funde, y si lo considera suficiente despachara mandamiento de ejecución, ordenando el requerimiento del obligado y el embargo de bienes en su caso...”

El juez debe evaluar y calificar el título en que se funda la demanda, que por virtud de la ley ordinaria o especial tiene fuerza ejecutiva; una vez el juez con su amplia facultad, ordenará que se realice el cobro del título en la vía ejecutiva, para lo cual nombrara a un ministro ejecutor que puede ser un notario, si así lo requiere quien promueve la acción, o bien el notificador del tribunal.

Actuación de las partes procesales

El rol que juegan las partes en un procedimiento ejecutivo consiste en la legitimación activa y pasiva de las personas que intervienen en el mismo juicio. La legitimación activa la posee la persona a cuyo favor posea el título ejecutivo que solicite la efectividad del derecho, denominado ejecutante. Y la legitimación pasiva se refiere a la parte a la cual se le reclama el cumplimiento de la obligación, denominado ejecutado.

También pueden verse afectados los intereses de terceras personas; para tal efecto explica Chacón:

Los casos en que se produce una defensa por el tercero de su posición activa tienden principalmente al supuesto de que la ejecución puede afectar al derecho de crédito del tercero frente al ejecutado. Cuando ese crédito goza de preferencia con relación a un bien determinado, el principio de subsistencia de las cargas preferentes y anteriores, significa que no se verá afectado, pero cuando la preferencia es genérica forzará al tercero a acudir a la tercería de mejor derecho (Art.550 del CPCYM) Si el crédito no es preferente puede surgir la necesidad de notificar la ejecución al tercero para que éste pueda intervenir en la subasta del bien, (2002: 69).

Puede surgir en los procedimientos ejecutivos la intervención de terceros ya sea por tener un derecho preferente, anteriormente preestablecido o bien de dominio, quienes pueden intervenir de forma

voluntario o bien a instancia de parte dentro de un mismo proceso ejecutivo.

Medidas precautorias en el procedimiento ejecutivo

El ejecutante puede solicitar al juez las medidas cautelares para garantizar el resultado positivo del procedimiento ejecutivo, entre ellas puede requerir el embargo de bienes, el secuestro o el arraigo del ejecutado.

Chacón explica que no debe confundirse entre medidas ejecutivas y medidas cautelares, ya que cada una de ellas tiene distinta finalidad.

- a) La medida ejecutiva se basa en un título ejecutivo. La medida cautelar tan solo en el *fomus boni iuris* (apariencia de derecho).

- b) La medida ejecutiva se adopta como acto típico de desarrollo de la ejecución; la medida cautelar se adopta en base la consideración del *periculum in mora*. Como dice Quiroga Cubillos, “el peligro que constituye el fundamento de la medida cautelar no es otra que la demora, la tardanza que requiere un proceso hasta su terminación... No podemos en ningún momento hablar de cautelas sino se corre peligro, pues la existencia de este depende de la existencia del otro.

- c) La medida ejecutiva no requiere de garantía o fianza. La concesión de la medida cautelar va ligada, en cambio, a la prestación de una garantía. (2001: 113).

El embargo de bienes como medida ejecutiva, es aquella que el juez decreta en la primera providencia al dictar el requerimiento de pago, puede a su vez el juez ordenar el embargo de bienes del ejecutado con base al título ejecutivo, sin que este pueda solicitar contragarantía. El Artículo 532 del Decreto Ley número 107 Código Procesal Civil y Mercantil, regula”... en los casos de anotación de demanda, intervención judicial, embargo o secuestro, que no se originen de un proceso de ejecución, el demandado tiene derecho a pedir que el actor preste garantía suficiente...”

Otra modalidad de embargo que puede solicitarse a los comerciantes que tengan una empresa mercantil, es el embargo con carácter de intervención que puede recaer sobre establecimientos comerciales, agrícolas, industriales, en el cual se nombrará a un interventor que se hará cargo de la administración ordinaria de la sociedad.

El secuestro de los bienes muebles se solicita cuando se teme que las cosas puedan desaparecer, depreciarse o bien arruinarse. El artículo 527 del Decreto ley número 107 Código Procesal Civil y Mercantil regula “El secuestro se cumplirá mediante el desapoderamiento de la cosa de manos del deudor, para ser entregada en depósito a un

particular o a una institución legalmente reconocida, con prohibición de servirse en ambos casos de la misma...”

Una medida bastante común y efectiva que ayuda a garantizar los resultados del proceso, es el arraigo, ya que cerciora la presencia de él ejecutado, el artículo 523 del Decreto Ley 107 Código Procesal Civil y Mercantil establece “Cuando hubiere temor de que se ausente u oculte la persona contra quien deba entablarse o se haya entablado una demanda, podrá el interesado pedir que se le arraigue en el lugar en que deba seguirse el proceso...”

Actitudes del ejecutado

El ejecutado puede tomar varias posturas frente a un proceso ejecutivo radicado en su contra y hacer uso de su derecho de defensa, frecuentemente pueden ser tres actitudes: realizar el pago por consignación en la vía incidental; oponerse a la ejecución, por no estar de acuerdo o, no presentarse.

El ejecutado puede realizar el pago de lo requerido ante los tribunales de justicia, lo que la ley denomina pago por consignación el cual debe

tramitarse en la vía de los incidentes, y una vez declarado bien hecho el pago se da por concluido el procedimiento ejecutivo.

El demandado en un juicio ejecutivo puede oponerse a la pretensión del actor, por lo que el juez le confiere audiencia por cinco días, plazo en el cual puede interponer una excepción que desvirtúe la naturaleza del título ejecutivo y la cual debe basarse en prueba documental, o bien exponer los argumentos, por los cuales no considera que procede la ejecución en su contra, ante tal efecto se dará audiencia por dos días al ejecutante y el juez abrirá a prueba por el plazo de diez días, en donde únicamente las partes deben de aportar prueba que sirva para darle validez o invalidez a la ejecutabilidad del título; vencido el plazo dictará sentencia.

Finalmente el ejecutado puede no comparecer, por lo que el juez al conferirle el plazo de cinco días sin que se haya manifestado procederá a dictar sentencia de remate.

Establece Chacón sobre la finalidad del juicio ejecutivo:

Los tribunales de instancia al dictar sentencia han considerado comúnmente que el juicio ejecutivo tiene por finalidad la satisfacción de una pretensión preestablecida o determinada y que conste evidentemente en uno de los títulos

que por sí mismo hagan plena prueba y a los que la ley concede fuerza para constreñir a su cumplimiento, como las propias decisiones judiciales, por lo cual deben llenarse todos los requisitos que exigen las normas jurídicas, para que no concurran derechos dudosos o controvertidos, pues su ineficacia se haría patente. (Vid Sent. De 21-11-1980, Ejec. 1175-80 Not.2º., Juzg. 4º. 1º. Inst. Civil). (2002: 131).

El juicio ejecutivo es el procedimiento más eficaz para hacer efectivo un derecho constituido, el cual está dotado de rapidez, celeridad y ejecutabilidad; por lo que es el juicio en el que se realiza efectivamente el derecho.

Alternativas de ejecución de títulos electrónicos

La implementación del desarrollo del comercio y la contratación por la vía electrónica ha venido a modificar las formas de realizar los negocios y transacciones, por lo que la legislación debe de adaptarse y garantizar las nuevas modalidades del mundo globalizado.

Constituye vital importancia que la legislación sea progresista y concurrente con el desarrollo del mundo electrónico, tal como lo estima Miccoli, citado por Micó en la presentación del libro la firma electrónica de notarios y registradores y el documento público electrónico: “Si no conseguimos obtener una reglamentación compatible para el documento electrónico en todo el mundo, la utilidad

de este documento corre el riesgo de convertirse en algo verdaderamente marginal.” (2007: presentación).

Haciendo alusión a la globalización y el desarrollo progresista del ser humano se cita a el premio nobel de economía Hayek, quien expone:

La inteligencia humana no se prueba a si misma mediante los frutos de los sucesos pasados, sino con los del presente y con los del futuro. El progreso es movimiento, por amor al movimiento, pues el hombre disfruta del don de su inteligencia en el proceso de aprender y en las consecuencias de haber aprendido algo nuevo. (1982: 70).

Actualmente los juristas se encuentran ante un desafío, a criterio personal, de regular todos aquellos acontecimientos jurídicos que nacen, se desarrollan y tienen efectos jurídicos en el mundo virtual, en el cual el papel pasa a desaparecer y se sustituye por soportes y documentos electrónicos; y en donde actualmente el mundo virtual para muchos se ve con cierto grado de desconfianza, y que para otros puede brindar mayor seguridad.

En países como Europa, la Comunidad Europea ah avanzado en ir desarrollando los usos tecnológicos del comercio, la contratación, la firma electrónica, el desempeño del notario en los medios electrónicos (*ciber notario*) con cierto tipo aún de reserva pero con mayor grado de

avance a comparación de la legislación guatemalteca; sin embargo esto no quiere decir que actualmente no se esté desarrollando este tipo de modalidades a través de los medios electrónicos, por lo que es importante que la legislación guatemalteca este a la vanguardia del mundo virtual.

Las nuevas tecnologías traen consigo celeridad, rapidez, acortan tiempo y distancia, por lo que se hace necesario mejorar el ordenamiento jurídico y brindarle a los ciudadanos protección y garantías en el tráfico virtual. Por ello se presentan nuevas modalidades y actuaciones en el campo de un nuevo ordenamiento jurídico.

Al notario pueden concederle atribuciones en colaboración con el comercio y contratación electrónica, en el cual actué a través de una firma electrónica para que pueda actuar certificando documentos electrónicos, que la legislación ya le ha conferido valor de plena prueba, por emanar de un notario que ostenta fe pública. Por lo que el notario puede desempeñar la misma función, pero adaptado al mundo virtual.

La aparición de la firma electrónica, firma electrónica avanzada y firma electrónica reconocida ha venido a constituir el medio de identificación del firmante de un documento electrónico; para el efecto explica Micó:

La firma electrónica puede ser un simple password o contraseña. Lógicamente si se ha obtenido en línea tendrá escasa o nula virtualidad identificativa del firmante. Aunque su obtención exigiera una personación física, podría servir como medio de identificación, pero no garantizaría que el mensaje no ah sido alterado (lo que la doctrina llama la integridad del mensaje). (2007: 33).

Por la misma inseguridad que presenta una firma electrónica, se creó la firma electrónica avanzada, que por sus claves y sistemas de encriptación permite identificar al firmante y cualquier alteración que pudiera sobrevenir sobre los datos firmados, dotando de uso exclusivo a la persona a cuyo favor este la firma. Y aun brinda mayor seguridad la firma electrónica reconocida, por ser creada por un dispositivo seguro de creación de firma.

Muchos estudiosos plantean la inseguridad del medio de identificación por medio de la firma electrónica, debido a que puede ser otra persona quien utilice la firma electrónica, a criterio de la sustentante se considera, que la firma electrónica ya sea avanzada o reconocida el uso y la responsabilidad dependerá exclusivamente de la persona a cuyo

favor se haya creado; sin olvidar que la ley ya le confirió los mismos efectos jurídicos de una firma manuscrita. Se enfatiza la importancia de la de una clausula determinada en los contratos de suscripción de firma electrónica avanzada o reconocida, para evitar este tipo de suposición y confiar en la buena fe del mundo virtual.

Tal como lo regula el Acuerdo Gubernativo 135-2009 del Presidente de la República que contiene el Reglamento de la Ley Para el Reconocimiento de las Comunicaciones y Firmas Electrónicas en el artículo 4 estipula “Los documentos electrónicos que puedan tener la calidad de instrumento público, deberán suscribirse mediante firma electrónica avanzada.”

Para que pueda existir mayor grado de efectividad y ejecutabilidad en las contrataciones electrónicas, las personas contratantes que realicen transacciones a través de los medio telemáticos deben contar con una firma electrónica avanzada o bien reconocida, para que exista mayor seguridad tanto para las partes como para el órgano que va a ejecutar.

Sin embargo evocando la teoría económica del derecho se presenta la dificultad del costo de una firma electrónica avanzada, por lo que sería importante la reducción de costos en dinero de la firma electrónica

avanzada o bien reconocida para que la contratación electrónica sea segura y efectiva y pueda tener mayor rentabilidad.

Otro aspecto importante es la falta de determinación de la vía judicial en la cual vayan a hacerse efectivos los reclamos de los contratantes en virtud de incumplimiento. La ley estipula valor probatorio para los documentos electrónicos en que se base una contratación electrónica; en la cual se discuten los siguientes puntos:

- Si los contratantes por el derecho fundamental de la autonomía de la voluntad han creado una situación jurídica, es evidente que el derecho está constituido; por lo que si existe incumplimiento de una parte, es facultad de la otra realizar por medio de la coacción el cumplimiento de obligación plasmada en un medio electrónico.
- Es imperante que se señale una vía especial para dilucidar las controversias que puedan surgir en las contrataciones y el comercio electrónico, ya que no es posible que estas nuevas modalidades de contratación moderna, que están dotadas de celeridad, rapidez, y efectividad deban de dilucidarse en un proceso judicial demasiado extenso y tardado por no tener señalada una vía especial.

La innovación del sistema de justicia es necesaria, especialmente en lo que concierne a la regulación del ámbito virtual, en donde pueda crearse una vía procesal específica para dotar de ejecutabilidad al documento electrónico, darle mayor injerencia al notario para dotar de legalidad los documentos electrónicos, o bien crear entidades especializadas que conozcan todas las controversias que puedan surgir el mundo cibernético.

El ordenamiento jurídico no puede quedar relegado ante un mundo cibernético progresista, de lo contrario se estaría ante una calamidad en donde el ciberespacio se convertiría en un mercado de delincuencia electrónica; por ello es que el derecho debe ser ágil y adaptable a la coyuntura actual global.

El aporte del presente estudio radica en la determinación de una vía procesal adecuada para la protección y efectividad de las negociaciones realizadas a través de medios electrónicos; en virtud que la legislación guatemalteca se encuentra relegada de hace muchos años atrás y no cuenta con la celeridad que demanda el tráfico virtual.

La legislación debe contemplar que las negociaciones que se realicen por los medios electrónicos, que cuenten con firma electrónica

avanzada o reconocida, debe dotárseles de ejecutividad para hacer efectivos los derechos en casos de incumplimiento de lo convenido por alguna de las partes, estableciendo la vía ejecutiva como la vía procesal adecuada para hacer efectivo un derecho previamente constituido, lo cual no contradice la esencia y naturaleza jurídica de la ejecución.

Es evidente que la naturaleza jurídica del negocio jurídico realizado a través de un medio telemático no cambia, debido a que concurren todos los requisitos de validez para su existencia; por ello la importancia que tienen para el Derecho, porque existe la manifestación válida de voluntades a través de un medio dinámico y tecnológico, que el mismo Derecho debe dotar de efectividad, protección y seguridad jurídica.

El terreno virtual es un ámbito novedoso que trae consigo la implementación de nuevas modalidades prácticas de reducir tiempo, distancia y costos, cada vez más utilizados tanto como por empresarios como por personas individuales que marcan tendencia en el mundo económico y jurídico.

Es lógico que la misma ley prevea las limitaciones para el surgimiento de los efectos jurídicos que pueda tener una comunicación por un medio electrónico, tales son aquellos en los cuales se exija una solemnidad, relativo al derecho de familia y el que la ley exige la presencia de las partes. A criterio de la sustentante se considera que es posible que el medio cibernético no sea necesaria la presencia de las partes para que exista una contratación válida que oponga todos los efectos jurídicos efectivos.

Conclusiones

La perspectiva del avance de la tecnología virtual demanda la reforma al ordenamiento jurídico que regula la Ley Para El Reconocimiento de las Comunicaciones y Firmas Electrónicas contenida en el Decreto número 47-2008 del Congreso de la República de Guatemala y hace necesario que se establezca una vía judicial especial para el conocimiento de las controversias que pudieran surgir en las contrataciones por vía electrónica.

Es completamente inoperante que las controversias que puedan suscitarse en las contrataciones electrónicas por carecer de una tramitación especial, deban de dilucidarse en un procedimiento civil ordinario, lo que es completamente contrario al derecho comercial y a la naturaleza jurídica de la contratación electrónica.

La mejor manera de dotar de ejecución a un documento electrónico es el respaldo de una firma electrónica avanzada o reconocida, para que pueda surtir todos los efectos jurídicos y sea la forma más efectiva y segura de ejecutar un título ejecutivo electrónico.

Los notarios pueden tener mayor participación en el mundo jurídico virtual, certificando documentos electrónicos, por lo que es vital la implementación y la injerencia del notario que ostenta fe pública en el desarrollo del mundo virtual.

La armonización de la tecnología y la legislación deben de ir de la mano, para que no se vulneren los derechos de los contratantes ni se abuse de la buena fe contractual, por lo que es necesario acoplar las nuevas y modernas tendencias de usos para evitar cualquier tipo de acto lesivo en el mundo virtual de la contratación electrónica.

Referencias

Aguilar, V. (2002) *Negocio jurídico*, segunda edición Guatemala, F. De León Impresos, S.A.

Chacon, M. (2002) *El juicio ejecutivo cambiario*, segunda edición Guatemala, Helvetia.

Fajardo, T. (2001) *Revista jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*.

Hayek, F. (1982) *Los fundamentos de la libertad*, cuarta edición, Madrid España, Héroes S.A.

Micó, J. (2007) *La firma electrónica de notarios y registradores y el documento público electrónico*, Valencia España, Tirant lo Blanch.

Lorenzetti R. (2001) *Comercio electrónico*, Argentina, Abeledo-perrot.

Poullet Y. y Pérez M. Coordinadores. (2009) *Derecho a la intimidad y protección de datos personales*, Buenos Aires Argentina, Heliasta S.R.L.

Acuerdo Legislativo número 135-2009 del Presidente de la República de Guatemala, Reglamento para el Reconocimiento de Comunicaciones y Firmas Electrónicas.

Constitución Política de la República de Guatemala, Asamblea Nacional Constituyente, 1985.

Convención Americana de Derechos Humanos, San José Costa Rica, 1969.

Decreto Ley número 106, Código Civil, 1961.

Decreto Ley número 107, Código Procesal Civil y Mercantil, 1961.

Declaración de los Derechos Humanos, Asamblea General de las Naciones Unidas, 1948.

Decreto Legislativo número 295 Código Civil de Perú, 1984.

Decreto número 47-2008 del Congreso de la República de Guatemala Ley para el Reconocimiento de Comunicaciones y Firma Electrónica. Recuperado de <http://www.minfin.gob.gt/archivos/leyes/tesoreria/Decretos/DECRETO%2047-2008.pdf>.

Asociación española de la economía digital. Libro blanco del comercio electrónico. Recuperado de http://b4194.cdn.telefonica.com/4194/libro_blanco_completo.pdf.

Barroilhet S. Revista de contratación electrónica. Recuperado de <http://www.derechoinformatico.uchile.cl/index.php/RCHDI/article/view/10664/11418>.

Silva P. La Contratación electrónica. Recuperado de http://www.institutodederechomercantil.org/wp-content/uploads/contratacion-electronica_silva-ruis_p2.pdf.