

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

**LOS CONTRATOS INFORMÁTICOS Y SU REGULACIÓN EN EL SISTEMA
JURÍDICO GUATEMALTECO**

JONATHAN EFRAÍN HERNÁNDEZ FUENTES

GUATEMALA, NOVIEMBRE DE 2009

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

**LOS CONTRATOS INFORMÁTICOS Y SU REGULACIÓN EN EL SISTEMA
JURÍDICO GUATEMALTECO**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

POR

JONATHAN EFRAÍN HERNÁNDEZ FUENTES

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Guatemala, noviembre de 2009

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

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

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



Lic. Armando Gómez

Abogado y Notario



Guatemala 9 de marzo de 2009.

Licenciado

Carlos Manuel Castro Monroy
Jefe de la Unidad Asesoría de Tesis de la
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Ciudad Universitaria.



Señor Jefe de la Unidad Asesoría de Tesis:

En cumplimiento de la resolución dictada por la dirección a su cargo, por lo cual se me designó asesor de tesis del estudiante **JONATHAN EFRAÍN HERNÁNDEZ FUENTES**, en la realización del trabajo titulado: **“LOS CONTRATOS INFORMÁTICOS Y SU REGULACIÓN EN EL SISTEMA JURÍDICO GUATEMALTECO”**, respetuosamente me permito informar a usted lo siguiente:

- a) Que procedí al asesoramiento y análisis del referido trabajo, el cual se encuentra elaborado conforme a la perspectiva de la doctrina y exegética de los textos legales relacionados con la disciplina de la contratación informática.
- b) Que las conclusiones y las recomendaciones que se vierten, son congruentes con el trayecto de la investigación.
- c) El trabajo realizado, contenido en cinco (5) capítulos, comprende los aspectos más importantes del tema tratado, desarrollándose técnicamente la bibliografía consultada, la cual es adecuada y suficiente.
- d) En el trabajo de mérito se destaca que una de las principales características de la contratación informática es que al hacer el estudio crítico del ordenamiento jurídico guatemalteco no se encuentra una regulación específica para poder determinar su materia de estudio, de lo cual los contratos informáticos se debe establecer las disposiciones de los contratos comunes para la validación de los mismos los cuales podrán adaptarse para brindar mayor certeza y seguridad jurídica, en la cual se deben establecer derechos y obligaciones entre las partes.
- e) La técnica de investigación utilizada fue de carácter documental y bibliográfica, así como consulta de derecho comparado.

En definitiva el contenido de este trabajo de tesis, se ajusta a los requerimientos científicos y técnicos que deben cumplir de conformidad con la normativa respectiva; la metodología y técnicas de investigación utilizadas y la redacción son congruentes con los temas tratados en la investigación, es por ello que al

haberse cumplido con los requisitos establecidos en el Artículo treinta y dos (32) del Normativo de la
Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y Examen General Público, resulta
procedente otorgar el presente **DICTAMEN FAVORABLE**, aprobando el trabajo de tesis asesinado.



Atentamente,

Colegiado: 5176

LIC. ARMANDO GOMEZ
ABOGADO Y NOTARIO

A large, stylized handwritten signature in blue ink, consisting of several overlapping loops and lines. Below the signature, the name and profession of the signatory are printed in a bold, sans-serif font.



UNIDAD ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, veinticinco de marzo del año dos mil nueve.

Atentamente, pase al (a la) LICENCIADO (A) MARIO ROLANDO GUTIÉRREZ VELÁSQUEZ, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante JONATHAN EFRAÍN HERNÁNDEZ FUENTES, Intitulado: "LOS CONTRATOS INFORMÁTICOS Y SU REGULACIÓN EN EL SISTEMA JURÍDICO GUATEMALTECO".

Me permito hacer de su conocimiento que está facultado (a) para realizar las modificaciones de forma y fondo que tengan por objeto mejorar la investigación, asimismo, del título de trabajo de tesis. En el dictamen correspondiente debe hacer constar el contenido del Artículo 32 del Normativo para el Examen General Público, el cual dice: "Tanto el asesor como el revisor de tesis, harán constar en los dictámenes correspondientes, su opinión respecto del contenido científico y técnico de la tesis, la metodología y técnicas de investigación utilizadas, la redacción, los cuadros estadísticos si fueren necesarios, la contribución científica de la misma, las conclusiones, las recomendaciones y la bibliografía utilizada, si aprueban o desaprueban el trabajo de investigación y otras consideraciones que estimen pertinentes".


LIC. CARLOS MANUEL CASTRO MONRÓN
JEFE DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS



cc.Unidad de Tesis
CMCM/nmmr



Lic. Mario Rolando Gutiérrez Velásquez
Abogado y Notario



Guatemala 31 de julio de 2009

Licenciado
Carlos Manuel Castro Monroy
Jefe de la Unidad Asesoría de Tesis de la
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Su Despacho.



Licenciado Castro Monroy:

En atención a providencia de esa dirección, de fecha veinticinco (25) de marzo de dos mil nueve (2009), se me nombra REVISOR de Tesis del Bachiller **JONATHAN EFRAÍN HERNÁNDEZ FUENTES**, quién se identifica con número de carne 200411905, sobre el tema intitulado: **“LOS CONTRATOS INFORMÁTICOS Y SU REGULACIÓN EN EL SISTEMA JURÍDICO GUATEMALTECO”**, mismo que procedí a revisar y de tal resultado me permito manifestar lo siguiente:

De la revisión practicada, se establece que el trabajo contiene retribución de forma técnica y científica a estudiosos del Derecho Informático, además la técnica de investigación utilizada fue de carácter documental y bibliográfica, así como consulta de derecho comparado, manejó una metodología pertinente, la redacción ha sido clara y práctica para la fácil comprensión del lector y la bibliografía consultada es congruente.

El tema objeto de estudio por parte del Bachiller **JONATHAN EFRAÍN HERNÁNDEZ FUENTES**, se adecuó a las normas reglamentarias exigidas por la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales ya fueron atendidas las observaciones pertinentes, dando cumplimiento a lo establecido en el Artículo treinta y dos (32) del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y Examen General Público.

El trabajo de tesis en cuestión, reúne los requisitos legales prescritos, razón por la cual, emito **DICTAMEN FAVORABLE**, a efecto de que el mismo pueda continuar con el trámite correspondiente, para su posterior evaluación por el Tribunal Examinador en el Examen Público de Tesis, previo a optar al grado académico de Licenciado Ciencias Jurídicas y Sociales.

Sin otro particular, me suscribo de usted con muestras de consideración y respeto,

LIC. MARIO ROLANDO GUTIÉRREZ VELÁSQUEZ
ABOGADO Y NOTARIO

Lic. Mario Rolando Gutiérrez Velásquez
Colegiado: 4949



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Guatemala, ocho de octubre del año dos mil nueve.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del trabajo de Tesis del (de la) estudiante JONATHAN EFRAÍN HERNÁNDEZ FUENTES. Títulado LOS CONTRATOS INFORMÁTICOS Y SU REGULACIÓN EN EL SISTEMA JURÍDICO GUATEMALTECO. Artículos 31, 33 y 34 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.-

CMCM/slth

DEDICATORIA

A DIOS TODO PODEROSO: Fuente de sabiduría eterna quien guía mis pasos y ha permanecido a mi lado en el trayecto de mi vida dándome las fuerzas para alcanzar la meta propuesta.

A MIS PADRES: Efraín Arnulfo Hernández Pérez y Juana Francisca Fuentes Pineda, por ser los pilares de mi vida, por sus sabias palabras, enseñanzas, ejemplo, amor, paciencia, sacrificios y apoyo, ya que sin ellos este esfuerzo sería inútil, les agradezco por confiar en mí y porque la semilla que un día plantaron a dado buen fruto; me siento orgulloso de ser su hijo.

A MIS ABUELOS: Manuel de Jesús Hernández de León, Rosario Pérez Gabriel, Felipe Esteban Fuentes Andrade (Q.E.P.D.), Leonor Fermeliza Pineda Corleto (Q.E.P.D.), Reyna Colomo Moran, por su amor y sabios consejos.

A MIS HERMANOS: Henry, Mariela, Luis Fernando, José Sebastián y Mishel, que con su apoyo y amor fraternal, contribuyeron a la realización de este esfuerzo.

A MIS TIOS Y PRIMOS: Por el cariño y afecto que siempre me han brindado.

A MIS SOBRINOS: Quienes inician un largo trayecto en su vida estudiantil y espero que esto les sirva de motivación para que puedan seguir adelante, los quiero.

A GABRIELA SANTIZO: Por apoyarme en todo momento, gracias por ese cariño tan especial.

A PATY TORRES: Gracias por tus consejos, cariño y amistad;

A MIS AMIGOS Y AMIGAS: A quienes sería innumerable mencionar, pero en especial a: Jonathan Santos, Oscar Pérez, Carlos Sandoval, Eduardo Galeros, Yuli Galeros, Marcia de la Cruz, Karla Arreaga, Edgar Morales, Doris López, Sergio Sigüenza, Juan Carlos Fuentes, Osman Pérez, Noe Galdámez, Marlon García, Mario Alegría, Nedfred Gonzales, Julio Morales, Francisco Kestler, Edna Gonzales, Rosi Lau, Javier Franco, Alejandra Gonzales, Mario Hurtarte, Juan Carlos Rivas, Adriana Mérida, Alejandra Moraga, Evelyn Maldonado, Gustavo Sandoval, Iris Gutierrez, Luis Fernando Ic, Wilmer Espina, Mariana Donis, Jennifer Yat, Andres, Tomas Salazar, Asdrubal Aquino, Julio Ojeda, Ilse Ojeda.

A QUIEN YA NO ESTA PRESENTE: Jenniffer Yael Galindo Quiroa (Q.E.P.D.), por su amistad y cariño sincero, este triunfo también es tuyo; a quién le dedico este acto de graduación.

A LOS PROFESIONALES:

Dr. Carlos Muralles Magaña, Lic. Mario Rolando Gutiérrez Velásquez, Lic. Armando Gómez, Lic. Carlos Enrique Aquirre Ramos, M.A. William López Morataya, Lic. Erick Rolando Huitz Enríquez, Lic. Bonerge Amílcar Mejía Orellana, Avidán Ortíz Orellana Lic. Luis Efraín Guzmán Morales, Lic. Luis Felipe Lepe Monterroso, Lic. Berner Alejandro Garcia, Lic. Carlos Castro Monroy, Lic. Hector Granados, Lic. César Landelino Franco López, Lic. Juan Carlos Lopez Pacheco, Dr. Eddy Giovanni Orellana Donis, Lic. Rafael Godinez, Lic. Fernando Lopez, Dr. Erick Santiago, Licda. Ericka Aquino, Licda. Xiomara Vasquez, Lic. Elder Fuentes, Licda. Argentina Guillermo, Licda. Argentina Vargas, Licda. Marisol Merlos, Lic. Johnilson Riaño, gracias por su amistad apoyo, enseñanzas y sabios consejos los cuales atesorare y desempeñare en mi vida profesional.

A LAS FAMILIAS:

Santos Chávez, Pérez Rodríguez, Coz Serrano, Santizo Mazariegos, Soto Aquino, Siguenza Arreaga, Merlos Rodas, Galeros Borrayo, Ojeda Velasquez, Melendez Barrios, por sus consejos.

A MI UNIVERSIDAD:

A la gloriosa y tricentenaria Universidad de San Carlos de Guatemala, por haberme albergado durante los años de estudio; a la cual me siento orgulloso de pertenecer, y de ser sancarlista de corazón.

A MI FACULTAD:

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales; fuente inagotable de sabiduría, a la que debo mi formación académica.

A MI PATRIA GUATEMALA:

Que me vio nacer, y a quien me debo como profesional.

ÍNDICE

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

CAPÍTULO I

| | |
|---|----|
| 1. El contrato..... | 1 |
| 1.1. Historia..... | 1 |
| 1.2. Hecho jurídico..... | 5 |
| 1.3. Acto jurídico..... | 6 |
| 1.4. Negocio jurídico..... | 8 |
| 1.5. Definición..... | 10 |
| 1.6. Autonomía de la voluntad..... | 11 |
| 1.7. Libertad contractual..... | 12 |
| 1.8. Clasificación de los contratos..... | 13 |
| 1.8.1. Según la materia..... | 13 |
| 1.8.2. Según sus caracteres..... | 13 |
| 1.8.3. Según su finalidad o relación con otros contratos..... | 15 |
| 1.8.4. Según el Código Civil guatemalteco..... | 17 |
| 1.9. Elemento esenciales..... | 17 |
| 1.9.1 El consentimiento..... | 18 |
| 1.9.2. La capacidad para contratar..... | 21 |
| 1.9.3. Objeto..... | 23 |
| 1.9.4. La causa del contrato..... | 24 |
| 1.10. Elementos accidentales..... | 25 |
| 1.11. Elementos naturales..... | 25 |
| 1.12. Objeto del contrato..... | 25 |
| 1.12.1. Requisitos..... | 26 |
| 1.13. Forma..... | 27 |
| 1.14. Legislación aplicable..... | 29 |

CAPÍTULO II

Pág.

| | |
|--|----|
| 2. Transacciones informáticas..... | 31 |
| 2.1. Dificultades en el estudio..... | 31 |
| 2.2. Marco jurídico aplicable para la transacción de transferencia de tecnología..... | 32 |
| 2.3. Situación de los países en vías de desarrollo..... | 35 |
| 2.4. Origen de la contratación informática..... | 36 |
| 2.5. Definición..... | 37 |
| 2.6. Elementos de la contratación informática..... | 40 |
| 2.6.1. Capacidad de las partes..... | 40 |
| 2.6.2. Consentimiento no adolezca de vicio..... | 41 |
| 2.6.3. Objeto lícito..... | 41 |
| 2.7. Naturaleza y presentación de los contratos informáticos..... | 42 |
| 2.8. Principios y características fundamentales de los contratos informáticos..... | 46 |
| 2.9. Elementos de la contratación informática..... | 49 |

CAPÍTULO III

| | |
|---|----|
| 3. El contrato informático..... | 55 |
| 3.1. Contrato..... | 55 |
| 3.2. Elementos..... | 57 |
| 3.3. Clasificación..... | 58 |
| 3.4. Historia..... | 59 |
| 3.5. Generalidades..... | 68 |
| 3.6. Definición de contratación informática..... | 69 |
| 3.7. Objeto del contrato informático..... | 70 |
| 3.8. Partes en un contrato..... | 72 |
| 3.8.1. Los contratantes..... | 72 |
| 3.8.2. Partes expositivas..... | 73 |
| 3.8.3. Cláusulas o pacto..... | 73 |
| 3.8.4. Anexos (contratos informáticos)..... | 76 |
| 3.9. Elementos de los contratos informáticos..... | 77 |

Pág.

| | |
|--|----|
| 3.9.1. Personales..... | 77 |
| 3.9.2. Reales..... | 77 |
| 3.9.3. Formales..... | 78 |
| 3.10. Importancia del Internet..... | 78 |
| 3.11. Tipos de contrato..... | 78 |
| 3.11.1. Objeto..... | 78 |
| 3.11.2. Negocio jurídico..... | 79 |
| 3.11.3. Clasificación general..... | 79 |
| 3.11.4. Clasificación del contrato informático según su naturaleza de Servicio..... | 80 |
| 3.11.5. Clasificación por materia..... | 80 |
| 3.11.6. Clasificación de juristas guatemaltecos..... | 81 |
| 3.11.7. Clasificación de Oliver Hance..... | 81 |
| 3.12. Condiciones a tomar en cuenta..... | 82 |

CAPÍTULO IV

| | |
|---|----|
| 4. La contratación informática en Guatemala..... | 83 |
| 4.1. Generalidades..... | 83 |
| 4.2. Obligación..... | 88 |
| 4.3. Características de la contratación informática en Guatemala..... | 90 |
| 4.4. Representación para contratar..... | 92 |
| 4.5. Forma para contratar..... | 92 |
| 4.6. Principios de contratación..... | 93 |
| 4.6.1. Verdad sabida..... | 93 |
| 4.6.2. Buena fe guardada..... | 94 |
| 4.6.3. Advertencia..... | 95 |
| 4.6.4. Asesoría..... | 95 |
| 4.7. Incumplimiento..... | 96 |
| 4.8. Libertad de contratación..... | 97 |
| 4.9. Fines..... | 98 |
| 4.9.1. Negociaciones uno a uno..... | 99 |

Pág.

| | |
|------------------------------|-----|
| 4.9.2. Sitios punto com..... | 99 |
| 4.9.3. E-market places..... | 100 |
| 4.10. Elementos..... | 101 |
| 4.11. Naturaleza..... | 102 |

CAPÍTULO V

| | |
|---|-----|
| 5. Regulación legal aplicable a los contratos informáticos en Guatemala..... | 103 |
| 5.1. Comentarios previos para la aplicación de los contratos Informáticos..... | 103 |
| 5.2. La firma electrónica como aceptación de la voluntad en los contratos informáticos..... | 106 |
| 5.2.1. Firma electrónica..... | 106 |
| 5.2.2. Sujetos..... | 107 |
| 5.2.3. Clases de firma electrónica..... | 108 |
| 5.2.4 Criptografía..... | 108 |
| 5.2.5. Certificación..... | 109 |
| 5.2.6. Fase previa para usar la firma electrónica..... | 110 |
| 5.3. Análisis de la legislación civil, mercantil aplicable por analogía a los contratos informáticos..... | 110 |
| CONCLUSIONES..... | 115 |
| RECOMENDACIONES..... | 117 |
| BIBLIOGRAFÍA..... | 119 |

INTRODUCCIÓN

Los contratos informáticos surgen ligados a la inminente comercialización de las computadoras, ya que éstas han sido incorporadas en el ámbito de los negocios, lo que originó su rápida proliferación de contratos en materia informática, cuya redacción significó una notoria diferencia respecto a lo que podría considerarse como contratos clásicos.

El derecho mercantil guatemalteco deberá sufrir cambios severos, ya que la globalización del mercado ha sumergido a Guatemala, para que de lleno compita con mercados internacionales bajo los puntos que lleva el libre comercio que se da hoy en día.

La ley mercantil de Guatemala deberá adaptarse a las reglas mercantiles internacionales para que se pueda competir a nivel internacional con la mayor rapidez en la contratación y en las transacciones, para que los comerciantes dispongan de una plataforma de certeza y seguridad jurídica en sus contrataciones.

La globalización del mercado hace que Guatemala compita con países industrializados y potentes economías, por lo que la reforma a la ley mercantil se hace necesaria para establecer parámetros a los pequeños y medianos empresarios para que compitan en las nuevas tecnologías de la informática y la comunicación.

La presente investigación consta de cinco capítulos, siendo el primero sobre el contrato, definiéndolo, especificando la relación histórica en general y en la legislación guatemalteca, la clasificación, sus elementos, la forma, objeto, el capítulo segundo, se

refiere a transacciones informáticas, dificultades en el estudio de las mismas, marco jurídico aplicable, elementos de la contratación informática, capacidad de las partes, principios y características; el capítulo tercero, el contrato informático como tal, historia, generalidades, definición, partes del contrato, importancia que tienen en la internet y su clasificación según materia; el capítulo cuarto, se refiere a la contratación informática en Guatemala, generalidades, obligaciones, características, principios según la legislación guatemalteca, forma, naturaleza, fines de la misma dentro del ámbito jurídico y el capítulo quinto, es un análisis jurídico y doctrinal de la regulación legal aplicable a los contratos informáticos en Guatemala así como la importancia de la firma electrónica en los mismos.

En la presente investigación se analizaron los estudios que hay sobre los contratos informáticos y sus características para deducir el por qué es necesaria la reforma y la aplicación de leyes civiles y mercantiles, ya que las utilizadas se aplican por analogía; para que así puedan los usuarios tener mayores ventajas en contratación. Por lo tanto en la investigación se utilizó específicamente el método siguiente: Deductivo: este método se utilizó para analizar los hechos fundamentales de la presente investigación, y por los cuales se analiza el contrato informático y su regulación en el sistema jurídico guatemalteco, cada tema se trató a nivel particular para luego llegar a generalizar el problema.

La técnica de investigación utilizada fue la documental y bibliográfica, constituyendo así una investigación científica jurídica.

CAPÍTULO I

1. El contrato

1.1. Historia

El derecho romano fue el escultor del derecho de obligaciones, haciendo de este estudio secular y profundo que aun ahora sirve para iluminar el avance y desarrollo de materia por si tan importante. De ahí la necesidad y conveniencia de estudiar el concepto romano de obligación.

“La influencia del Derecho romano se explica fácilmente. Por un lado, las obligaciones y contratos constituyen la parte más abstracta de las instituciones, civiles, aquellas cuyos caracteres difieren menos de un pueblo a otro; mientras la organización de la propiedad, de la familia o de las sucesiones, presentan en cada país caracteres y modalidades propias, las obligaciones y los contratos, por el contrario, ofrecen una cierta uniformidad de conjunto, derivada del intercambio comercial entre los pueblos. Por otro lado, ha sido en la elaboración de la teoría de las obligaciones y contratos, donde los jurisconsultos romanos han puesto su mayor sabiduría y precisión; la claridad de vistas en la materia, la precisión del lenguaje y justicia de sus soluciones jurídicas, aseguran a la teoría romana de las obligaciones y contratos, una influencia secular”¹.

La obligación u obligatio es una relación jurídica en virtud de la cual una persona llamada acreedor (creditor), tiene la facultad de exigir a otra, denominada deudor (debitor), un determinado comportamiento positivo o negativo, de cuyo cumplimiento responde en última instancia, el patrimonio del deudor.

Las obligaciones, junto con los derechos reales forman en su conjunto los denominados derechos patrimoniales y a diferencia de éstos, que representan derechos absolutos

¹ Salvat, Raymundo. **Tratado de derecho civil argentino**. Pág. 7.

que deben ser observados y respetados por todos, los derechos de obligación solo vinculan a dos personas: al acreedor y al deudor. Las diferencias entre los derechos reales y los derechos personales.

En las instituciones de Justiniano apareció definida la obligación como el vínculo jurídico por el que una persona está constreñida a realizar una determinada prestación a favor de otra, según el ordenamiento de la ciudad.

En la época primitiva, la obligación consistía en la sujeción material y efectiva del deudor al acreedor, bajo lo que se denominaba auto emancipación, respondiendo el deudor con su propia persona en caso del incumplimiento de la obligación.

Los orígenes de las obligaciones las encontramos en la Sponsio y el Nexum.

El Sponsio era un rito muy antiguo, que en principio se fundó en la fuerza religiosa de un juramento realizado por el promitente o sponsor ante los dioses. A partir de la ley de las doce tablas, si se incumplía esta vinculación religiosa se imponía una sanción a favor del receptor de la promesa.

El Nexum fue una figura jurídica por cuya virtud el deudor se encontraba materialmente sujeto y obligado al acreedor mientras no pagase la deuda o no pagase otra persona por él.

El término obligatio fue utilizado desde la primera etapa clásica y desde sus inicios tuvo como característica principal que su cumplimiento era reclamable mediante acciones personales, en las que se invocaba el cumplimiento de un deber por derecho que recibía el nombre de oportere. Dichas acciones fueron ampliadas por el derecho honorario mediante la concesión de acciones in factum, mismas que dentro del derecho romano también fueron llamadas obligaciones pretorias.

A partir de la Lex Portería Papparina del año 326 a.C., la obligación dejó de representar una sujeción material para convertirse en un vínculo jurídico, o sea en un concepto abstracto.

También con esta ley el cumplimiento de las obligaciones adquirió carácter patrimonial debido a que en caso de incumplimiento podía ejecutarse la deuda únicamente sobre el patrimonio del deudor, excluyendo la posibilidad de actuar en contra de la persona del deudor como se hacía anteriormente.

En el derecho moderno la noción de contrato es de carácter abstracta y engloba cualquier tipo de relación entre las partes en que se constituya, modifique o extinga una obligación que no sea contraria a la ley ni a la moral. En Roma el concepto de contrato tenía un contenido más restringido, ya que se desconocía la noción abstracta de contrato tal como la concebimos en la actualidad admitiéndose ciertos tipos singulares a los que se reconocía la virtud de generar obligaciones.

En el derecho romano solo se consideraba contratos aquellos típicos reconocidos por el *Ius Civile*.

La generalidad de los romanistas concuerdan en que la noción del contrato evolucionó sustancialmente desde el derecho clásico hasta el derecho Justiniano y que dicha evolución tendió a acentuar cada vez más la idea del consentimiento o acuerdo de las partes como requisito esencial de los contratos.

En la época clásica el puro y simple acuerdo de voluntades respecto de algún aspecto no contemplado por el *Ius Civile*, no era considerado contrato sino *pactum*. El *pactum* no engendraba una acción sino una excepción.

La acción o *actio* nacía únicamente de los contratos, es decir de aquellos acuerdos o convenciones que iban además acompañados de una causa o forma civil. Originariamente el vínculo obligatorio solo nacía de la realización de ciertos actos

solemnes preestablecidos por la ley, a las cuales el vínculo obligatorio nacía de la entrega de una cosa por una de las partes a la otra para su ulterior restitución.

Posteriormente en los contratos consensuales es claramente el acuerdo de las partes, basado en una causa establecida por el *Ius Civile*, el determinante para la eficacia obligatoria de los indicados contratos.

En la etapa post-clásica y sobre todo en el derecho justiniano el núcleo del contrato se encuentra constituido por el acuerdo de voluntades, siendo esta la concepción que ha prevalecido aun en el derecho romano.

El contrato representaba, una de las diversas fuentes de las obligaciones, que daban lugar a las llamadas acciones *ex fide bona* (buena fe), que correspondían a las obligaciones bilaterales recíprocas que tiene un régimen más flexible, que concedía al juez una mayor flexibilidad para dictar sentencias.

La consensualidad de los contratos dentro del derecho romano, permitía que éstos se celebraran conforme lo dictaba la costumbre, según la cual la validez de los contratos dependía del acuerdo de voluntades entre los contratantes y que no existiere error o vicio en la declaración de su voluntad.

Al referirnos a los contratos debemos tratar necesariamente lo concerniente al riesgo o *periculum*, que afecta a todos los contratos que son obligatorios para ambas partes (sinalagmáticos) y consiste en determinar quién tiene que soportar el riesgo de perecimiento de la cosa una vez perfeccionado el contrato, estando aún la cosa en poder del sujeto pasivo de la relación jurídica y antes de haber sido entregada al sujeto activo.

Como lo explicábamos antes en la antigua Roma se conocieron estos contratos como:

- La fiducia

- El depósito
- Mandato y gestión
- Sociedad (societas)
- La compraventa (emptio-venditio)
- Arrendamiento o locatio conductio

También existían otros tipos de contratos conocidos como innominados lo cuales son:

- Contrato estimatorio (Aestimatum)
- Permuta (permutatio)
- Datio ad experiendum
- Precarium

“Recordemos que desde el derecho romano se ha considerado la existencia de los convenios o convenciones y los contratos, dando a los primeros el carácter de género y a los segundos el de especie, considerados así también el convenio en un sentido amplio, como el acuerdo de dos o más voluntades para crear, transmitir, modificar o extinguir obligaciones y derechos; así, podemos tener al contrato como especie, con una función positiva que es la de crear y transmitir precisamente obligaciones y derechos y al convenio en sentido estricto, como género y con función negativa como medio de modificar o extinguir esos derechos y obligaciones”².

1.2. Hecho jurídico

Hecho: En el ámbito jurídico es una acción, acto humano o suceso que tiene un objeto.

² Planiol, Marcel y Ripert. **Derecho civil**. Pág. 815.

Cualquier acontecimiento natural o humano a cuya verificación en el ordenamiento jurídico liga cualquier efecto jurídico, constitutivo, modificativo o extintivo de relaciones jurídicas.

Hecho jurídico: “Es un fenómeno, suceso o situación que da lugar al nacimiento, transmisión o extensión de los derechos y obligaciones”³.

También es el conjunto de circunstancias que producidas deben determinar ciertos efectos de acuerdo con la ley.

“Los hechos jurídicos en sentido estricto son los acontecimientos de la naturaleza o relacionados con el hombre en los que no intervienen su voluntad o que aun interviniendo es irrelevante en la producción de las consecuencias de derecho”⁴.

Hecho jurídico: “Es el cambio en la naturaleza, sin la intervención del hombre y con consecuencia jurídica”⁵.

Existen hechos naturales y hechos voluntarios:

Los hechos jurídicos pueden ser un acontecimiento natural absolutamente independientes de la voluntad del hombre, es decir no interviene típicamente la voluntad humana. Y el hecho voluntario puede ocurrir que concurra la intervención del hombre pero que la voluntariedad de dicha intervención sea jurídicamente irrelevante.

1.3. Acto jurídico

Es un hecho humano producido por la voluntad consciente y exteriorizada.

³ Cabanellas de Torres, Guillermo. **Diccionario jurídico elemental**. Pág. 180.

⁴ Morales Chew, Marisol. **Guía conceptual número 1**. Pág. 1.

⁵ Orellana Donis, Eddy. **Derecho civil sustantivo III; IV, V**. Pág. 131.

“Todo hecho productor de efectos para el Derecho se denomina hecho jurídico; cuando este hecho precede de la voluntad humana, se denomina acto jurídico. Ha sido definido este ultimo como el hecho dependiente de la voluntad humana que ejerce algún influjo del nacimiento, modificación o extinción de las relaciones jurídicas”⁶ (sic)

Es estrictamente el resultado de la conducta del hombre, es decir aquella que intencionalmente ha querido y buscado la realización de consecuencias jurídicas que se dan.

Los actos jurídicos constituyen declaraciones de voluntad relativas a la formación, modificación o extinción de una relación jurídica.

En los actos jurídicos intervienen la voluntad humana con la intención de producir los efectos previstos en las normas jurídicas.

En la doctrina alemana, italiana y española, el acto jurídico se divide en actos jurídicos strictu sensu y negocios jurídicos. El primero de éstos es un acto jurídico rígido, es decir que toda la actividad del sujeto está prevista en forma rigurosa por la ley, por ejemplo, cuando un tutor acepta el cargo, su actividad se regula estrictamente por la norma jurídica, no se discute qué tipo de garantía se va a prestar, cuándo va a rendir cuentas, etc. El negocio jurídico, por el contrario, es un acto jurídico flexible, toda vez que el sujeto tiene un amplio campo de autorregulación, dentro del marco legal, por ejemplo, el testamento, el otorgamiento de capitulaciones matrimoniales, los modos de compraventa, el arrendamiento, etc., en los que, por lógica, la ley permite que los sujetos constituyan sus propias normas y por ende, consideren lo pactado como ley, siempre y cuando no sea contrario al orden público.

El acto jurídico típico por excelencia es el contrato; de tal manera que todos aquellos conocimientos que ya se han adquirido sobre los actos jurídicos resultan aplicables a

⁶ Cabanellas de Torres, Guillermo. **Ob. Cit.** Pág. 23.

los contratos. Por ello, debemos implicar a los contratos lo relativo a los requisitos de existencia, validez y las modalidades a que se pueden estar sujetos, los medios de invalidez en virtud de los cuales pueden ser atacados y en general, todo lo que se relaciona con los actos jurídicos.

1.4. Negocio jurídico

Negocio: Es la ocupación, actividad tarea, empleo, trabajo, utilidad o beneficio.

“Todo acto o actividad que presenta algún interés, utilidad o importancia para el Derecho y es regulado por sus normas. En realidad, la expresión es una innovación, de importación germánica tal vez, para sustituir al nombre más clásico o anticuado para los innovadores de acto jurídico, preferido en Francia”⁷.

Son los actos lícitos, voluntarios, conscientes y libres constituidos por una o más declaraciones de voluntad, dirigidas de manera deliberada y específica: crear, modificar, transmitir o extinguir obligaciones.

Es un acto de autonomía privada que reglamenta para sus autores una determinada relación o una determinada situación jurídica.

Es un acto jurídico de declaración de voluntad que tiene a la consecución de un fin práctico efecto que se produce precisamente como consecuencia de la expresión de voluntad y en virtud de la tutela que le brinda el ordenamiento jurídico vigente.

El negocio jurídico se puede determinar en el Código Civil en el Artículo 1251 que indica: “El negocio jurídico requiere para su validez. Capacidad legal del sujeto que declara su voluntad, consentimiento que no adolezca de vicio y objeto lícito” (sic).

⁷ **Ibíd.** Pág. 258.

No es difícil entonces asentar una definición de negocio jurídico, por lo que se puede decir que es: todo negocio lícito, voluntario, consciente y libre, celebrado por una o más personas aplicando declaraciones de voluntad, encaminadas a crear, modificar, transmitir o extinguir obligaciones, lo anterior nos lleva a pensar en el contrato. Pero no todo contrato es un negocio jurídico y no todo negocio jurídico es un contrato, pues a diferencia de éste que necesariamente es bilateral, ya que está constituido por acuerdo de voluntades, y de caracteres netamente patrimoniales o económicos, el negocio jurídico no necesariamente debe ser bilateral, y puede recaer sobre asuntos ajenos al patrimonio material o dinerario.

El Artículo 1251 precitado nos encamina a establecer los requisitos que deben observarse, los cuales son:

- Capacidad legal del sujeto que declara su voluntad, es decir, que esa voluntad realmente exista, toda vez no puede contrariar alguien con incapacidad absoluta
- Consentimiento que no adolezca de vicio, que no esté viciada de error, violencia o simulación.
- Objeto lícito, que las cosas, bienes o servicios que se ofrecen sean posibles, reductibles a apropiación privada y compatible con la moral y la ley, que se cumpla con la licitud del objeto y de la causa.

También lo podemos integrar con el Artículo 1519 que estipula: “Desde que se perfecciona un contrato obliga a los contratantes al cumplimiento de lo convenido, siempre que estuviere dentro de las disposiciones legales relativas al negocio celebrado, y debe ejecutarse de buena fe y la común intención de las partes”.

Podemos citar ejemplos del negocio jurídico: oferta al público, promesa de recompensa, concurso, títulos al portador, matrimonio, cambio de nombre, testamento, donación, adopción, etc.

1.5. Definición.

Etimológicamente se deriva de latín contractus, que se deriva a su vez de contrahere, que significa reunir, lograr, concentrar. Es una manifestación exterior de la voluntad tendiente a la producción de efectos de derecho sancionados por la ley. Es un acuerdo de voluntades generador de obligaciones entre las partes. Es todo acuerdo de voluntades por medio del cual los interesados se obligan. Es el contrato por el cual el vendedor transfiere en propiedad de una mercadería o cosa mercantil al comprador cuya obligación es pagar el precio.

Según el Código Civil en su Artículo 1517 indica: “Hay contrato cuando dos o más personas convienen en crear, modificar o extinguir una obligación”. Sin embargo, el derecho ha superado esta diferenciación y considera que el contrato tiene la virtud cualquiera de los siguientes efectos: crear, transmitir, modificar o extinguir derechos y obligaciones. Otra definición manejada por nuestros catedráticos de derecho civil refiere que contrato es aquel acuerdo de voluntades divergentes anteriormente, por medio de la cual las partes crean, modifican o extinguen una relación jurídica de carácter patrimonial. En un sentido amplio, se puede considerar como todo acuerdo de voluntades, tanto en el derecho privado, como en el derecho público con contenido patrimonial o extra patrimonial. ¿Por qué patrimonial y extra-patrimonial? En el primero, lógicamente lo que está en juego es el patrimonio de los contratantes, por ejemplo, una compraventa, un arrendamiento, etc. En el segundo, recordemos que en algunos países, instituciones como el matrimonio o la adopción fueron legisladas como contratos y en ningún momento afectan el patrimonio.

El Dr. Aguilar, haciendo una aproximación acerca de la definición del contrato en el derecho comparado, refiere entre otras, las siguientes: El Código Civil alemán de 1896

(BGB), no define el contrato, pero su concepto puede inferirse de lo dispuesto por el parágrafo 305: “Salvo disposición en contrario de la ley se necesitará un contrato de los interesados para establecer por acto jurídico una relación obligatoria o para variar su contenido”. El concepto de contrato en el BGB es amplísimo y aún supera el campo de lo patrimonial. El Código Civil francés, dispone en su artículo 1101: “El contrato es una convención por la cual una o más personas se obligan, hacia otra o varias, más a dar, hacer o a no hacer alguna cosa. El Código Civil italiano, en su artículo 1321 define el contrato así: El acuerdo de dos o más partes para constituir, regular o extinguir entre ellos una relación jurídica patrimonial. El Código Civil argentino en su Artículo 1137 establece: “Hay contrato cuando varias persona se ponen de acuerdo sobre una declaración de voluntas común, destinada a reglar sus derechos”⁸ (sic.).

En opinión del sustentante el contrato es el acuerdo de dos o más personas acerca de una manifestación de voluntad, destinada a regir las relaciones jurídicas previamente acordadas.

1.6. Autonomía de la voluntad.

“Principio fundamental para el Código Civil francés y los inspirados en él (o sea todos los redactados durante el curso del siglo pasado, excepción hecha del alemán) es la autonomía de la voluntad, que se enfrenta al de la declaración de ésta. El principio se traduce en la norma fija el Art. 1197 del Código Civil argentino: Las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma. Principio éste que se complementaba por el derogado Artículo 1198, que expresaba: “Los contratos obligan no sólo a lo que éste formalmente expresado en ellos, sino a todas las consecuencias que puedan considerarse que hubiesen sido virtualmente comprendidas en ellos. Es conveniente, empero, tener en cuenta lo que expresa el Artículo 21 del citado Código: “las conveniencias particulares

⁸ Aguilar Guerra, Vladimir . **El negocio jurídico**. Pág. 31.

no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia estén interesados el orden público y las buenas costumbres”⁹.

Es la libre determinación de un individuo a crear a su arbitrio, los contratos y las obligaciones que libremente decida. Este principio subsiste hasta la fecha, aunque más limitado cada día ya que la libertad de acción del individuo se encuentra restringida por los intereses comunes y por los de la sociedad.

Este principio se encuentra regulado en el Artículo 43 de la Constitución Política de la República de Guatemala que indica: Libertad de industria, comercio y trabajo. Se reconoce la libertad de industria, de comercio y de trabajo, salvo las limitaciones que por motivos sociales o de interés nacional impongan las leyes.

También se integra con el Artículo 1271 del Código Civil guatemalteco que estipula: Se puede estipular cualesquiera condiciones que no sean contrarias a las leyes ni a la moral. No vician el contrato y se tienen por no puestas las condiciones imposibles y las contrarias a las leyes o a las buenas costumbres. Podemos relacionarlo con el Artículo 1301 del mismo Código menciona que hay nulidad absoluta en un negocio jurídico, cuando su objeto sea contrario al orden público o contrario a leyes prohibitivas expresas, y por la ausencia o no concurrencia de los requisitos esenciales para su existencia. Los negocios jurídicos que adolecen de nulidad absoluta no surten efecto ni son revalidables por confirmación.

1.7. Libertad contractual

“La libertad de contratación se traduce en la libertad de las convenciones al que los comentaristas del Código civil francés, denominaron “teoría de la autonomía de la voluntad”, consistente en afirmar el culto a la voluntad individual, permitiendo en

⁹ **Ibid**, Pág. 42.

consecuencia al sujeto de derecho participar en las relaciones contractuales que libremente decida”¹⁰.

“Cabe exponer juntamente con el profesor López y López, un contenido expositivo de la autonomía de la voluntad o privada en materia de contrato, y que se resuelve en:

- Libertad de elección del tipo de contrato, según las finalidades que los particulares hayan prefijado conseguir, dentro de los tipos de contratos previstos en la ley.
- Libertad de celebrar contratos llamados atípicos, o sea no correspondientes a tipos contractuales previstos por las leyes, pero practicado en el mundo de los negocios, y aceptados socialmente como lícitos y dignos de tutela
- Libertad de determinar el contenido del contrato, salvo en aquellos casos en que existe una legítima predisposición de aquél”¹¹.

1.8. Clasificación de los contratos.

1.8.1. Según la materia:

- Civil
- Mercantil
- Administrativos
- Laborales

1.8.2. Según sus caracteres:

- Por la naturaleza:

¹⁰ Aguilar Guerra, Vladimir. **Ob. Cit.** Pág. 48-49.

¹¹ **Ibid**, Pág. 49.

- Unilaterales
- Bilaterales

- Por la forma:
 - Consensuales
 - Reales
 - Formales
 - Solemnes

- Por su finalidad económica:
 - Gratuitos
 - Onerosos
 - Conmutativos
 - Aleatorios

- Por su regulación legal:
 - Típicos
 - Atípicos

- Por su objeto:
 - Principales
 - Accesorios

- Por su cumplimiento:
 - De tracto único
 - De tracto sucesivo

- Por su nominación:
 - Nominados
 - Innominados

- Por su forma de discusión:
 - De libre discusión
 - De adhesión
 - Tipo

- Por las condiciones pactadas:
 - Condicionales
 - Absolutos

- Por los sujetos que lo integran:
 - Individuales
 - Colectivos

1.8.3. Según su finalidad o relación con otros contratos pueden ser:

- Preparatorios:
 - Promesa
 - Opción
 - Mandato
 - Sociedad

- Traslativos de dominio:
 - Compraventa
 - Permuta
 - Donación
 - Mutuo

- Traslativos de uso, goce o disfrute:
 - Arrendamiento
 - Comodato

- De custodia:
 - Depósito

- De prestación de servicios:
 - Obra
 - Servicios Profesionales

- Que resuelven controversias:
 - Transacción
 - Compromiso

- Aleatorios:
 - Renta vitalicia

- Juego, apuestas
- Loterías y rifas

- De garantía:
 - Fianza
 - Hipoteca
 - Prenda

1.8.4. Según el código civil guatemalteco:

- Contratos unilaterales
- Contratos bilaterales
- Contratos consensuales
- Contratos reales
- Contratos principales
- Contratos accesorios
- Contratos onerosos conmutativos
- Contratos onerosos aleatorios
- Contratos gratuitos
- Contratos condicionales
- Contratos absolutos

1.9. Elemento esenciales

Estos elementos son indispensables para que exista el negocio jurídico. Se hace un análisis de los elementos esenciales del negocio jurídico, el cual no se debe de olvidar el contenido del Artículo 1251 del Código Civil guatemalteco, que taxativamente regula

los requisitos de validez del negocio jurídico, cuales son, la capacidad legal del sujeto, el consentimiento, objeto y la causa.

1.9.1 El consentimiento

Según el Diccionario Jurídico Elemental: “Es la acción y efecto de consentir, del latín *consentire*, de *cum*, *con*, y *sentire*, *sentir*; compartir el sentimiento, el perecer. Permitir una cosa o condescender a que se haga. Es la manifestación de la voluntad conforme entre la oferta y la aceptación, y uno de los requisitos esenciales exigidos por los códigos para los contratos”¹².

El consentimiento es el requisito considerado como primordial y con supremacía sobre los demás. El común acuerdo de las partes sobre la celebración del contrato que contiene su reglamentación y se proyecta sobre todos los elementos que lo integran.

Es el acuerdo de dos o más voluntades para la creación de un acto jurídico. El consentimiento implica la expresión externa de las voluntades que coincidan en el objeto del acto, ya que no es suficiente la expresión de la voluntad hecha unilateralmente, si no existe acuerdo previo con relación a la materia o naturaleza del acto o contrato y sobre la especificación de la cosa o sobre el negocio y el objeto a entregar, por ejemplo.

Diez-Picazo citado por el Doctor Aguilar, dice: “El común acuerdo de las partes sobre la celebración del contrato, que contiene su reglamentación y se proyecta sobre todos los elementos que lo integran”¹³.

Para Pérez Fernández del Castillo, es: “El acuerdo de dos o más voluntades sobre la creación o transmisión de derechos y obligaciones. Éste debe recaer sobre el objeto jurídico y el material del contrato”¹⁴.

¹² **Ibíd.** Pág. 85.

¹³ Aguilar Guerra . **Ob.Cit.** Pág. 112.

Pero no quedándonos solo con la definición, sino por el contrario profundizando más sobre el consentimiento, para el tratadista Puig Peña, es: “El primer elemento esencial común de los contratos es el consentimiento requisito sine qua non para su existencia y validez de los mismos. El consentimiento supone: a) que las personas puedan emitirlo de una manera racional y consciente, estando adornadas de las condiciones que exige el derecho para que sus actos produzcan efectos jurídicos; b) que no exista ninguna circunstancia o vicio que excluya o disminuya aquella cualidad; c) que sea manifestando o exteriorizado oportunamente, y d) que exista, asimismo, concordancia entre la voluntad real y la declarada”¹⁵. (sic.)

El Doctor Aguilar Guerra menciona; “El consentimiento es el requisito considerado como primordial y con supremacía sobre los demás, es el elemento sobre el que más han insistido, tanto la doctrina como la jurisprudencia, ya que han ocupado el centro, tanto del contrato como del negocio jurídico, en general, desde el abandono histórico del formalismo. La razón de ello ha de buscarse en el entendimiento de que la libre voluntad, es el origen de la regulación de los intereses de las partes y en este sentido, nuestro Código, al igual que todos los del pasado siglo, es tributario del llamado dogma de la voluntad y en él se proyectan los planteamientos filosóficos racionalistas solus consensus obligat”¹⁶.

En el ordenamiento jurídico en el Artículo 1518 del Código Civil indica: Los contratos se perfeccionan por el simple consentimiento de las partes, excepto cuando la ley establece determinada formalidad como requisito esencial para su validez.

Los elementos del consentimiento que se requiere de dos emisiones de voluntad sucesivas, de dos declaraciones unilaterales que son la oferta (propuesta) y la aceptación.

¹⁴ Pérez Fernández del Castillo, Bernardo. **Contratos civiles**. Pág. 22.

¹⁵ Puig Peña, Federico. **Compendio de derecho civil español**. Pág. 349.

¹⁶ Aguilar Guerra, Vladimir . **Ob. Cit.** Pág. 111.

La oferta o proposición es la manifestación de la voluntad de celebrar un determinado contrato con aquella persona a quien va dirigida. Es un proyecto de contrato presentado por una de las partes, que necesita la aceptación de la otra para ser contrato.

También podemos mencionar la propuesta o promesa de dar, hacer, cumplir o ejecutar algo, pero para ello deben concurrir los requisitos de capacidad, licitud y legalidad, cuando existe lo anterior y hay aceptación, nace el contrato. Ello pues, genera que la oferta sea algo más que una propuesta. Nuestro Código Civil, en el Artículo 1521 nos sugiere la oferta como la proposición hecha por una persona a otra para la celebración de un contrato, haciendo especial énfasis en la fijación de un plazo para aceptar esa oferta, es decir, que subsiste la obligación de mantener la oferta mientras esté vigente el plazo fijado, pero una de las circunstancias prudenciales para analizarse el hecho de que la oferta debe contener las condiciones del contrato y debe hacerse siempre y términos precisos y concretos.

La aceptación es la declaración de voluntad que concuerda en todos los puntos, esenciales o secundarios con la oferta.

Dentro de la aceptación se encuentran diversas clases, pero la que nos interesa para el desarrollo de la presente investigación es la contractual, o sea la respuesta afirmativa que el oferente recibe de la persona ofertada, es decir que se formula la manifestación de la voluntad solicitada para perfeccionar un contrato.

La expresión del consentimiento es la voluntad que se debe de expresar al exterior con el fin de que sea conocida por la otra parte del contrato y pueda llegarse a un acuerdo que integre el consentimiento contractual. Puede establecerse de manera expresa o tácita.

La expresión del consentimiento en forma expresa consiste en manifestarse por la palabra, escritura, signos, comunicaciones electrónicas, etc.

La expresión del consentimiento en forma tácita es la que se refiere a un comportamiento que sin estar dirigido a expresar tal voluntad, la presupone en base al Artículo 1252 del Código Civil; el silencio no se considerará como manifestación tácita de voluntad según el Artículo 1253 que indica: “El silencio no se considerará como manifestación tácita de voluntad sino en los casos en que existe, para la parte a quien afecta, la obligación de explicarse”. Y, su excepción se encuentra en el Artículo 1887 del Código precitado de tal manera que, vencido el plazo del arrendamiento, si el arrendatario no devuelve la cosa y el arrendador no la reclama y, en cambio recibe la cosa y el arrendador no la reclama y, en cambio, recibe la renta del periodo siguiente sin hacer reserva alguna, se entenderá prorrogado el contrato en las mismas condiciones, pero por plazo indeterminado. La Prórroga del contrato por voluntad expresa o tácita de las partes, extingue las fianzas y seguridades que un tercero haya prestado para garantizarlo, salvo que el fiador se obligue expresamente.

1.9.2. La capacidad para contratar

La aptitud general para realizar eficazmente actos jurídicos se da por la mayoría de edad (18 años) y que la persona no haya sido declarada incapaz, ésto es con base en el Artículo 8 del Código Civil.

Según el Artículo 1521 del Código Civil que taxativamente regula los requisitos de validez del negocio jurídico, cuales son, la capacidad legal del sujeto que declara su voluntad, el consentimiento, que por ninguna circunstancia debe adolecer de vicio y objeto lícito. Pero ahora nos interesa únicamente el primer elemento o sea la capacidad como presupuesto de validez. La capacidad es la aptitud de las personas para ser titulares de derechos y obligaciones, así como para hacerlos valer por sí mismos en el caso de personas jurídicas individuales o por conducto de sus representantes legales, en el caso de las personas jurídicas colectivas. Recordemos también que existen dos clases de capacidad. La de goce, de derecho o jurídica y la de ejercicio, de hecho o de obrar. En la legislación guatemalteca esta capacidad se adquiere a los 18 años, es decir cuando la persona individual arriba a su mayoría de edad, deja de ser un

representado por la patria potestad que hasta esa fecha fue ejercida por sus padres y asume plena conciencia de sus actos; nuestro derecho sigue la tendencia ideológica sustentada en la libertad humana; por lo tanto, la capacidad de una persona se presume, lo que significa que otra persona es capaz, mientras tanto no exista una disposición judicial que le niegue esa capacidad, es decir que en muchos casos, a pesar de arribar a la mayoría de edad, una persona puede seguir siendo incapaz, y como consecuencia puede ser declarada en estado de interdicción. El Artículo 1254 del Código Civil que determina: “Toda persona es legalmente capaz para hacer declaración de voluntad en un negocio jurídico, salvo aquéllas a quienes la ley declare específicamente incapaces”.

La capacidad para contratar contiene las siguientes características:

- Aptitud para intervenir en relaciones jurídicas (Artículo 1254, Código Civil)
- Toda persona que en el momento de emitir el consentimiento contractual, se encuentre en situación de incapacidad natural para entender y querer, celebrar un contrato inválido.
- La capacidad o incapacidad se encuentra en función de las condiciones personales del contratante.
- En un análisis de la ley reguladora de la tramitación notarial de asuntos de jurisdicción voluntaria, Decreto 54-77, en cuanto a la institución de disposición y gravamen de bienes de menores incapaces y ausentes (Artículos 11 al 13); también el Código Procesal Civil y Mercantil. Decreto-Ley 107, en la institución de Disposiciones relativas a la administración de bienes de menores incapaces y ausentes (Artículos 418 al 424).

También es de exponer la incapacidad para contratar, aún así, existen personas que siendo totalmente capaces, se encuentran incapacitados para realizar ciertos actos. Por ejemplo: a los extranjeros la Constitución Política de la República de Guatemala, les prohíbe adquirir en propiedad o ser poseedores de inmuebles situados en la faja de 15 kilómetros de ancho a lo largo de las fronteras, medidos desde la línea divisoria (Artículo 123).

De esta manera responde, por el contrario a un fundamento diferente a una prohibición de contratar. Tiene sus orígenes en una norma imperativa que prohíbe a determinadas personas, pese a gozar de la capacidad general de obrar, celebrar ciertos contratos en atención a unos intereses que se quieren proteger, como por ejemplo los Artículos 1792, 1793 y 336 del Código Civil.

Las incapacidades se refieren, en general, a toda clase de contratos mientras que las prohibiciones se refieren sólo a tipos y supuestos determinados.

1.9.3. Objeto

En el Artículo 1538 del Código civil refiere que: “no sólo las cosas que existen pueden ser objeto de los contratos, sino las que se espera que existan; pero es necesarios que las unas y las otras estén determinadas, a lo menos, en cuanto a su género. La cantidad puede ser incierta con tal que el contrato fije reglas o contenga datos que sirvan para determinarla. Los hechos han de ser posibles, determinados y en su cumplimiento han de tener interés los contratantes”. De ello se desprende que el objeto del contrato ha de ser determinado, posible y lícito. Determinado en cuanto a su especie, (un empleo, un servicio, un bien mueble o inmueble); posible porque va a ser algo cierto, concreto, identificable, palpable o real; y lícito porque no puede contratarse (aún servicios), que su finalidad sea contraria a la ley (Ejemplo: un aborto, dar muerte a una persona). Tampoco puede encuadrar dentro de la licitud contractual la venta de bienes de dominio público.

1.9.4. La causa del contrato

Es el propósito o fin común que persiguen las partes con su celebración.

La palabra causa, en sentido general, puede definirse como: la razón o fin que determina al deudor contractual a obligarse; es decir que es el fin o razón de ser objetivo, intrínseco o jurídico del contrato. Para muchas legislaciones, como la francesa, la causa la subdividen en causa final, como el fin directo e inmediato que el contratante se propone alcanzar obligándose, y causa impulsiva, como el motivo que induce a cada una de las partes a contratar. La primera sería un elemento intrínseco y constitutivo de la obligación, además de invariable, y la segunda, extrínseca y esencialmente variable.

Los requisitos de la causa según el Dr. Aguilar, son: “la existencia, la veracidad y la licitud”¹⁷.

La existencia: Esta debe ser encendida desde la concepción de la causa, pudiendo en consecuencia, afirmarse que carecen de causa aquellos contratos cuyo propósito no justifica la protección que se pretende del ordenamiento o la misma no responde al tipo contractual propuesto. Su valoración, como pone de relieve de castro es diferente para los contratos típicos, cuya ausencia se justifica en la falta de uno de los elementos esenciales de su estructura formal: el precio en la compraventa; o la falta de cuestión litigiosa en la transacción. Y, para los atípicos, que carecerán de causa: si son onerosos, cuando no existía reciprocidad de prestaciones; sin no son gratuitos, cuando no medie ánimo de liberalidad y remuneratorios, cuando no hay servicio que remunerar. En algunos ordenamientos, su sanción es la nulidad del contrato, al afirmar que los contratos sin causa no producen efecto alguno.

¹⁷ Aguilar Guerra, **Ob.Cit.** Pág. 139-140.

La veracidad, es un requisito se refiere que la expresión de la causa falsa dará lugar a la nulidad si no se probase que están fundados en una verdadera y lícita.

La licitud, es la causa de ser lícito, se debe de entender que no se opone a las leyes, o a la moral.

La posición del Código Civil, de acuerdo a lo indicado en la exposición de motivos del proyecto de nuestro Código Civil, los legisladores confundieron dos elementos esenciales y distintos del negocio jurídico (el objeto y la causa del contrato), de ahí que hayan omitido regular a la causa como elemento esencial del negocio jurídico.

1.10. Elementos accidentales

Estos elementos nacen estrictamente de la voluntad de los particulares y que si no convienen, no afectan al contrato, como por ejemplo: las condiciones, plazo, etc. No son necesarios para que exista el negocio pero por voluntad de las partes se pueden añadir al negocio.

1.11. Elementos naturales

Son los elementos nacidos de la índole del contrato, como por ejemplo el saneamiento.

1.12. Objeto del contrato

Esta institución merece atención muy especial ya contiene los requisitos para obtener un objeto del contrato deseable, válido y eficaz.

Es la realidad material o jurídica sobre la que el mismo recae; ésto es, los bienes, los servicios o las conductas a que se refieren las relaciones jurídicas que el contrato constituye o afecta según el Artículo 1538 del código civil que expone: "No sólo las cosas que existen pueden ser objeto de los contratos, sino las que se espera que

existan; pero es necesario que las unas y las otras estén determinadas, a lo menos en cuanto a su género”.

La cantidad puede ser incierta con tal que el contrato fije reglas o contenga datos que sirvan para determinarla.

Los hechos han de ser posibles, determinados y en su cumplimiento han de tener interés los contratantes.

El objeto del acto jurídico, es la materia sobre la cual versa el negocio jurídico.

1.12.1. Requisitos

Los requisitos que debe de cumplir el objeto del contrato son: posible, lícito y determinado.

a. Posible

Significa que el objeto ha de existir al momento de la celebración del contrato, pudiendo recaer también sobre cosas futuras. Según el Artículo 1539 que indica: “Se prohíbe todo contrato sobre el derechos de suceder en los bienes de una persona que no ha fallecido, o cuyo fallecimiento se ignora”. Este Artículo recoge la importancia que nadie puede obligarse a algo que es imposible, este es una limitación a la autonomía de la voluntad.

b. Lícito

“Es justo, legal, jurídico, permitido, razonables, de la calidad mandad, moral, conforme a razón”¹⁸.

¹⁸ Cabanellas de Torres, Guillermo. **Ob. Cit.** Pág. 232.

La ilicitud del bien supone que está fuera del comercio de los hombres, mientras que los servicios se estiman ilícitos cuando van en contra de la ley imperativa, las buenas costumbres o el orden público; ésto se encuentra en el Código Civil en los Artículos 444, 457, 458, 459 y 1301.

c. Determinado

Se refiere a un objeto determinado es un objeto individualizado y distinguido, conocido y querido, su fundamento en el Código Civil es el Artículo 1538.

1.13. Forma

Ahora corresponde establecer los requisitos formales que debe conllevar. Para nadie es un secreto que en tiempo de nuestros abuelos, la contratación carecía de formalidades y todo estaba basado en la palabra y en la confianza entre los contratantes, de tal suerte que no era necesario plasmar en tinta y papel un contrato para que éste surtiera efecto, porque la palabra dada por una persona era ley. Vale entonces recordar la manifestación más expresiva del derecho español en el ordenamiento de Alcalá, Ley única, título XVI: valedera la obligación o el contrato que fueren hechos en cualquier manera que parezca que alguno se quiso obligar e hacer contrato con él. Posteriormente nace el sistema formalista que vendría a aconsejar ciertas limitaciones más o menos rigurosas destinadas a obtener seguridad y fijeza en la contratación, es decir, exige una forma: es todo aquello que el Derecho exige por encima y además de la simple voluntad del promitente para que una promesa sea vinculante, ello pues quiere decir la forma de los contratos impone la obligación de los contratantes a exteriorizar en determinado modo la declaración de voluntad contractual que están llevando a cabo.

El Código Civil, al sentar su posición con relación a la forma de los contratos, en el Artículo 1574 indica que toda persona puede contratar y obligarse primero, por escritura

pública; segundo por documento privado o por acta levantada ante el alcalde del lugar; tercero por correspondencia y cuarto verbalmente.

Si aclaramos que forma es el signo, o conjunto de signos por los cuales se hace constar, o se exterioriza la voluntad del, o de los agentes de un acto jurídico, del contrato y formalismo, o formalidades; son el conjunto de normas establecidas por el ordenamiento jurídico, o por las partes, que señalan cómo se debe exteriorizar la voluntad, para la validez del acto jurídico y del contrato, entonces podemos decir que la distinción que la primera, forma, se atribuye al elemento de existencia y los formalismos o formalidades como elementos de validez.

Retomando el contenido del Artículo 1574 precitado, establece cómo los interesados en un negocio jurídico contractual pueden obligarse, primero, a través de escritura pública, que va a ser el común denominador de la contratación, ya que el Artículo 1576 obliga a que los contratos que tengan que inscribirse o anotarse en los registros, cualquiera que sea su valor, deberán constar en escritura pública, ahora bien, el Artículo 1575 enmarca una nueva obligación, cual es que el contrato cuyo valor exceda de Q.300.00, debe constar por escrito, aplicando el numeral 2º del Artículo 1574, aunque prudente es realizar dos declaraciones: cuando se refiere a documento privado es aconsejable por seguridad de los contratantes que las firmas que lo calcen sean legalizadas notarialmente, y que cuando se refiere a acta levantada ante el alcalde del lugar, se hace relación al alcalde municipal y no a las personas que desempeñan cargos de alcaldes auxiliares, que es una figura distinta.

Prudente es recordar también el Artículo 1125 del Código Civil que taxativamente señala cuáles son los títulos y actos cuya inscripción es obligatoria en el Registro General de la Propiedad de la Zona Central, a efecto de que puedan surtir efectos.

A pesar de que el Código Civil otorgado la libertad de forma para celebrar los contratos conforme lo estipulado por el Artículo 1256 que indica: “cuando la ley no declare una forma específica para un negocio jurídico, los interesados pueden usar la que juzguen

convenientes”, existen los contratos calificados como solemnes, quede conformidad con el Artículo 1577 deben de constar en escritura pública, sin cuyo requisito esencial no tendrán validez. Como ejemplo tenemos: Testamento común abierto, modificaciones o revocatorias, la constitución de sociedades, la donación mortis causa, la donación pura y simple y sus forma, hipotecas, etc.

1.14. Legislación aplicable

En Guatemala los contratos se rigen por la naturaleza del contrato, un civil por el Código Civil, mercantil por el Código de Comercio, laboral por el Código de Comercio, un contrato administrativo por la ley de Contrataciones del Estado; pero en cuanto a esta investigación el tipo de contratos se rige especialmente por el Código Civil y leyes especiales que analizaré más adelante en el presente trabajo.

CAPÍTULO II

2. Transacciones informáticas

2.1. Dificultades en el estudio.

El avance tecnológico produce innovaciones en el ámbito de las organizaciones, las cuales demandan la existencia de un documento con validez legal denominado contrato informático. Las implicaciones de la nueva era tecnológica, y la incertidumbre sobre la transferencia comercial de bienes y servicios informáticos hizo que en principio, tal contrato se englobara en los contratos clásicos.

Esta investigación parte reconociendo las dificultades del estudio, cuál es el marco jurídico regulador de la transferencia de tecnología, la situación de los países en vías de desarrollo, un análisis de la definición del contrato informático, la descripción de su naturaleza y sus características.

Las exigencias del mundo cibernético conllevan a que el tratamiento de este tema resulte una labor compleja pues, es inevitable encontrar inconvenientes en el estudio dada la incertidumbre que impera. En este sentido compartimos la opinión de Guillermo Cabanellas, quien afirma:

"... la práctica viene a destruir el hermoso palacio que la educación jurídica forja. Pronto se advierte que los problemas reales son oscuros, complejos, de difícil o imposible solución; que no se resuelven mediante agradables silogismos, sino por tanteos, aproximaciones y comparaciones. Y generalmente ante esta situación se abren dos caminos: actuar como si nada hubiera pasado, pretendiendo que la realidad no es sino un desajuste provisional, solucionable en última instancia mediante los principios

generales, o bien, intentar desentrañar los nuevos conflictos, aquellos que el legislador no contempló, así como las contradicciones inmanentes en el mundo normativo”¹⁹.

El área de los contratos informáticos plantea un caso típico que viene a ratificar lo que se afirmaba recientemente. Ante la falta de una normativa directamente aplicable al tema, una carencia de jurisprudencia suficiente que suministre soluciones durables, la orientación es instintivamente hacia los principios generales del derecho de los contratos, no tardando en llegar al convencimiento de que así encontrarán inmediata solución la totalidad de los problemas que puedan plantearse. Desgraciadamente, la práctica muestra lo erróneo de tal creencia. La aplicación de las distintas categorías del Derecho Privado a este tipo de contratos provoca contradicciones con la ley positiva y el razonamiento jurídico clásico. Ya en la antigüedad romana, la aparición de los principios básicos del derecho latino, requirió valoraciones, juicios sobre la conducta humana, así como examinar las leyes económicas fundamentales que constituyen lo que podría llamarse el subconsciente del derecho; por lo que, en la actualidad, no se justifica ni basta una simple aplicación de tales principios a nuevos problemas, se requiere de una actividad creadora de similar naturaleza, y es ésto lo que se pretende con el presente trabajo.

2.2. Marco jurídico aplicable para la transacción de transferencia de tecnología.

Un importante requisito previo para el éxito de la transferencia o adquisición comercial de tecnología en general y de la tecnología informática en particular, es un marco jurídico adecuado dentro del cual las partes en la transacción puedan fijar sus respectivos derechos y obligaciones, un marco que permita encontrar un equilibrio justo entre los intereses de estas partes y el interés público o del Estado.

¹⁹ Cabanellas, Guillermo. **Contratos de licencia y de transferencia de tecnología en el derecho privado**. Pág. 10.

En cuanto se refiere a las relaciones jurídicas entre las partes, estas relaciones, guardan estrecha vinculación con los asuntos técnicos, financieros y comerciales y, además, comprende gente de negocios, técnicos e ingenieros, en un movimiento cuidadosamente orquestado que conduce al éxito en el cumplimiento de la transacción de transferencia de tecnología informática. Pero, el cabal cumplimiento del acuerdo descansa en un marco legal adecuado, por ejemplo, una legislación aplicable a la materia de los contratos, a las sociedades comerciales, a las prácticas comerciales y a la propiedad industrial; legislación que en muchos países en desarrollo necesita ser modernizada, y establecer o fortalecer las instituciones encargadas de aplicarla.

Asimismo, desde el punto de vista del eventual adquiriente de tecnología (países en vía de desarrollo), frecuentemente existe una falta de información y especialización para tratar los múltiples aspectos jurídicos de los dos mecanismos principales a través de los cuales tiene lugar tal transferencia comercial: las licencias de propiedad industrial y, los contratos de transferencia de tecnología.

La licencia, es el medio por el que un titular de propiedad industrial, como una patente de invención, confiere un derecho a otro para que utilice la invención, y formaliza el acuerdo comercial entre el titular (licenciante) y el usuario (licenciataria), respecto del derecho y alcance de la utilización de la invención.

El contrato de transferencia de tecnología, es un contrato sobre conocimientos técnicos, válido en la contratación informática, el mismo sirve para formalizar un acuerdo comercial, pero lo hace entre el proveedor de una tecnología no patentada y el receptor de esa tecnología.

Ambos mecanismos bosquejan los parámetros jurídicos, comerciales, financieros y técnicos de la transacción y establecen los procedimientos operativos para la transferencia, aplicación, absorción y explotación industrial de la tecnología.

Por otra parte, en la actualidad las innovaciones se han convertido en una necesidad en medio de fusiones interorganizacionales. Cualquier empresa, por pequeña que sea, decide apoyarse en terceros y comprar conocimientos, pero para la formalización de las relaciones se requiere de la mediatización de documentos con validez legal, que ofrezcan el debido reconocimiento y protección de las leyes. Esto ha hecho que surja un documento que recibe el nombre de contrato y se define como el "acto constituido por el acuerdo de dos o más voluntades sobre un objeto jurídico de interés común con el fin de crear, modificar o extinguir derechos"²⁰.

Muchos sino la mayoría de los sistemas a través de los cuales tiene lugar la transferencia comercial de la tecnología informática, dependen de vínculos jurídicos consensuales, principalmente de contratos entre las partes de la transferencia. Además, del acto jurídico que caracteriza la creación de una organización comercial, tales como una corporación o una sociedad, o de una agencia comercial y, de los vínculos jurídicos que regulan sus influencias recíprocas, los términos y las condiciones que regulan la transferencia comercial de la tecnología informática, son incorporados en un instrumento legal, denominado algunas veces concesión, licencia, contrato o acuerdo.

En consecuencia de lo expuesto, resulta necesaria una clara comprensión de los elementos característicos, de la naturaleza y los elementos presentes en este tipo de convenio, no sólo para el potencial usuario, sino también para los funcionarios gubernamentales competentes de los países en desarrollo que se ocupan de las cuestiones relacionadas con el control o fiscalización de los instrumentos legales, especialmente en el contexto del marco jurídico de los países subdesarrollados que rigen las transacciones de transferencia de tecnología.

²⁰ Rojina Villegas, R. **Derecho civil mexicano**. Pág. 110.

2.3. Situación de los países en vías de desarrollo.

En los países tercermundistas quizá la principal barrera es la inadecuada implementación de controles gubernamentales y la falta de comprensión de los aspectos comerciales y técnicos, inherentes en los procesos de adquisición comercial de tecnología informática.

“En este sentido, desde el punto de vista del gobierno de un país en desarrollo, existen muchas consideraciones más amplias que las que se plantean entre el presunto cedente y el eventual adquiriente de tecnología informática. Los gobiernos tratan estos asuntos a diferentes niveles, en algunos países en desarrollo, la propia transacción de transferencia de tecnología informática, puede estar sujeta al examen de una autoridad gubernamental encargada de aprobar los términos y condiciones de los acuerdos que las partes hayan concluido o pretendan concluir”²¹.

Por tanto, la transacción de transferencia de este tipo de tecnología en estos países no debe considerarse sólo desde el punto de vista de si se logra un justo equilibrio entre los intereses del cedente y del adquiriente, sino también de si sus aspectos técnicos, financieros, comerciales y jurídicos son compatibles con los objetivos que se propone alcanzar el gobierno y, finalmente de si se acarreará un ingreso de tecnología que promueva adecuadamente el desarrollo científico, tecnológico y económico del país.

Sin embargo, en los países en desarrollo que han establecido o desean establecer un mecanismo de control para las transferencias comerciales de tecnología informática, han surgido dificultades para establecer las políticas gubernamentales adecuadas y para formular el procedimiento y los criterios del gobierno; dada la marcada burocratización y carencia de un dominio en el know how.

²¹ OMPI. **Guía de licencias para los países en desarrollo.** Pág.5.

Cuando se redacta el o los documentos legales con los proveedores de estas nuevas tecnologías, los receptores eventuales de la tecnología informática, en la mayoría de los casos, países en desarrollo, deben contar con servicios de asesoramiento en el curso de las negociaciones y en la de tales instrumentos legales a fin de evitar abusos en la negociación.

“Los contratos de transferencia tecnológica pueden referirse a diversos elementos pero a los fines de la investigación que se aborda, nos limitaremos a los "contratos informáticos"; un tipo de contrato que implica un nuevo reto para el orden jurídico y para el propio abogado”²².

2.4. Origen de la contratación informática.

Los contratos informáticos surgen ligados a la inminente comercialización de las computadoras. En principio, éstas se empleaban en el ámbito científico y militar, posteriormente fueron introducidas en el campo de los negocios, originando esto, su expansión rápida a escala comercial. Pero en la medida en que se produce el auge comercial de esta nueva tecnología, la proliferación de contratos en materia informática se profundiza, y la redacción significó una notoria diferencia respecto a lo que podríamos considerar como contratos clásicos basándose en su alta tecnicidad.

No obstante, en un principio "este tipo de contrato se englobaba en uno solo, lo que provocaba ambigüedad en los mismos, favoreciendo la práctica comercial de monopolios en detrimento de la libre concurrencia de los mercados"²³.

Lo cierto es que este tipo de contrato ha evolucionado paralelamente con el avance tecnológico, más no así a la par del derecho como orden jurídico, y ello ha significado serias implicaciones, entre las más comunes se tiene el notorio desequilibrio entre las

²² Correa, Carlos. **Derecho informático**. Pág. 153.

²³ Telléz, Julio. **Derecho informático**. Pág. 95

partes provocado por el mayor y mejor conocimiento de los elementos fundamentales técnicos por parte del proveedor, aparejado esto, a la situación desfavorable de los receptores de la tecnología en cuestión, quienes se ven obligados, en la mayoría de los casos, a aceptar las condiciones contractuales (cláusulas) abusivas en su mayoría, impuestas por el proveedor, en razón de sus necesidades de informatización.

2.5. Definición.

Llegados a este punto, es necesario hacer una precisión terminológica imprescindible para poder delimitar el objeto que se estudia.

Se ha denominado contratación informática "a los contratos de bienes y/o servicios informáticos, incluyendo los relativos a las bases de datos"²⁴.

Miguel A. Davara, la define como: "aquella cuyo objeto sea un bien o servicio informático, o ambos, o que una de las prestaciones de las partes tenga por objeto este bien o servicio informático"²⁵.

En general, y estando plenamente de acuerdo con las anteriores definiciones, también se comparte la posición de Salvador Vergel que pone de manifiesto la prudencia con que debemos acercarnos a estos contratos ya que, por regla general, el término contratación informática se presenta en una doble acepción: "en un sentido amplio incluiría tanto la contratación sobre bienes o servicios informáticos, como la realizada a través de estos medios; y en un sentido estricto, se limitará al primero de estos grupos de contratos"²⁶.

²⁴ Hernando, Isabel. **Contratos informáticos: consideraciones generales**. Pág. 14.

²⁵ Davara, Miguel Ángel. **Derecho informático**. Pág. 15.

²⁶ Correa, Carlos, **Ob. Cit.** Pág.2.

Por otra parte, si bien admitimos que el contrato informático está comprendido dentro de la amplia definición del Artículo 1517 del Código Civil, citado anteriormente. No cabe duda de que se trata de una institución jurídica novedosa que tiene sus propias particularidades y que la diferencian de la figura contractual del derecho común. De allí, que sea posible encontrar contratos informáticos al margen de los principios establecidos en el Artículo 1574, señalado.

Todo lo anterior lleva entonces, a construir una definición sobre este tipo de contrato y es así que se tiene:

Es un complejo de contratos de transferencia de tecnologías, particularmente en lo que concierne a los bienes y/o servicios informáticos, conjuntamente con las obligaciones relativas al suministro de soluciones técnicas para ciertos problemas concretos. Puede suponer un acuerdo previo que implique un mayor grado de desarrollo de la tecnología informática a fin de satisfacer los requisitos específicos del adquirente de bienes y/o servicios informáticos.

Ahora bien, es conveniente el analizar por secciones la definición que se ha expuesto, de la siguiente manera:

Se dice que el contrato informático es: un complejo de contratos de transferencia de tecnologías, porque existe una multiplicidad de contratos informáticos debido a la especificidad de su objeto; pero, lejos de hallarse aislados, se presentan muy a menudo por grupos. De tal modo, que el contrato informático tiene una estructura más que la de un contrato complejo, la de un complejo de contratos. Además, implica un proceso de transferencia de tecnología, el cual implica una transmisión del conocimiento técnico, su absorción, adaptación, difusión y reproducción por un aparato productivo distinto al que lo ha generado. Se habla de tecnologías, por una parte, porque existe la denominada tecnología blanda, representada por bienes inmateriales o intangibles como un programa de computación, resultado de la aplicación de un conjunto de conocimientos y métodos organizados sistemáticamente; y por otro lado, existe la tecnología dura,

representada por bienes tangibles o materiales, como es el caso del hardware, producto de la aplicación sistemática de un conjunto de conocimientos técnicos debidamente organizados.

Siguiendo con el análisis del concepto se tiene, particularmente en lo que concierne a los bienes y servicios informáticos, Cuando se hace referencia a bienes y servicios informáticos, se quiere significar todos aquellos elementos que forman el sistema ordenador-, en cuanto al hardware, ya sea la unidad central del proceso, o sus periféricos, y todos los equipos que tienen una relación directa de uso con respecto a ellos y que en su conjunto, conforman el soporte físico del elemento informático, así como los bienes inmateriales que proporcionan las órdenes, datos, procedimientos e instrucciones en el tratamiento automatizado de la información. Mientras que los servicios informáticos serían todos aquellos que sirvan de apoyo y complemento a la actividad informática, en su relación directa con ella.

“Todo ello, ha llevado a concluir que el elemento informante de la categoría de contratos informáticos, se encuentra fuera del derecho, ya que la informática no incorpora principios jurídicos diversos de los que regulan otras tantas materias”²⁷.

Continuando con el concepto, qué significa: conjuntamente con las obligaciones relativas al suministro de soluciones técnicas para ciertos problemas concretos, generalmente este tipo de contrato incluye un acuerdo en torno a la asistencia técnica o mantenimiento del bien o servicio informático de que se trate por parte del proveedor a cambio de una contraprestación, y tales problemas deben responder a una necesidad específica del usuario del equipo y/o programa.

Asimismo, se expone en el concepto lo siguiente: Puede suponer un acuerdo previo, comúnmente el proceso de negociación conlleva varios meses o hasta años dependiendo de la dimensión de la tecnología informática que se pretende adquirir,

²⁷ Carrascosa, López. **Introducción a la contratación informática**. Pág. 293.

tiempo durante el cual, generalmente median acuerdos pre contractuales, que desembocan en un contrato perfecto.

Siguiendo con el análisis se establece que el concepto: puede implicar un mayor grado de desarrollo de la tecnología informática destinada a satisfacer los requisitos específicos del adquirente de los bienes, servicios programas o equipos informáticos , pues es posible alcanzar mayor funcionalidad y aplicaciones con respecto a un programa de computación, de acuerdo a las necesidades del usuario o de la organización donde será instalada.

2.6. Elementos de la contratación informática

Los elementos a analizar en la contratación informática son la capacidad de las partes, consentimiento que no adolezca de vicio y el objeto sea lícito.

2.6.1. Capacidad de las partes

Al analizar la capacidad de las partes que es definida por Cabanellas, como: la aptitud de obrar válidamente por sí mismo, nos referimos a la capacidad civil, por medio de la cual las personas son sujetos de derechos y obligaciones, en la legislación guatemalteca aparece regulada en el Artículo 8 del Código Civil y se adquiere cuando la persona cumple 18 años, considerando que a esta edad la persona tiene la madurez necesaria para entender las consecuencia de sus actos y, de igual forma puede ser obligada a responder personalmente por los compromisos contraídos.

Para que el contrato sea válido, es necesario que los contratantes tengan capacidad, la ley regula en el Artículo 1254 que “toda persona es legalmente capaz para hacer declaración de voluntad en un negocio jurídico, salvo aquéllas a quienes la ley declaren

específicamente incapaces siendo éstas los mayores de edad declarados en estado de interdicción y los menores de edad”²⁸.

2.6.2. Consentimiento no adolezca de vicio

“Cuando el legislador hace referencia al consentimiento, se entiende que éste debe de ser libre, voluntario, espontáneo, que no adolezca de vicios, es decir que la persona, al consentir, hacer o dejar de hacer algo determinado, debe de hacerlo sin presiones o condicionado, el consentimiento se deriva de un acuerdo voluntario entre las partes quienes previo a darlo deberán de tener claro su objetivo, la finalidad y lo que van a obtener con la negociación.

El contrato se entiende perfeccionado, al momento de que las personas civilmente capaces dan su consentimiento, el objeto es lícito, posteriormente coincidan en la oferta y la aceptación, se pacta el bien o servicio, se establece la forma y momento de pago.

El contrato será inexistente, nulo, anulable cuando para su otorgamiento ha existido, mala fe, falsedad en la negociación, aparición de vicios en el consentimiento u ocultación de ciertas características, tanto en la parte demandante, como en la parte oferente”.²⁹

2.6.3. Objeto lícito

“Se entiende que el objeto es lícito, cuando hay libertad en su negociación, cuando es fruto de actividades legales, que no sean contraídas a las buenas costumbres, pueden ser todas las cosas que no estén fuera del comercio de los hombres, aún las futuras, no obstante la variedad de bienes y servicios informáticos, éstos deben de respetar las exigencias legales.

²⁸ Código civil guatemalteco - Decreto Ley 106.

²⁹ **Ibid.** Pág. 123

En cualquier tipo de contratación la forma habitual y técnica de perfeccionar un contrato es por escrito, con mayor razón deberá quedar por escrito el contrato informático, por razones técnicas en cuanto a la diversidad de conocimientos y la rápida evolución de la materia, que obliga a que nada se pueda dejar al azar³⁰.

2.7. Naturaleza y presentación de los contratos informáticos.

Estos contratos requieren pasar por diferentes etapas, de entre las cuales se distinguen aquéllas de carácter previo a la firma del contrato, así como otras tantas como son las de recepción, verificación y conformidad respecto a la prestación recibida.

Las llamadas relaciones precontractuales pueden dar la pauta para que el establecimiento de las relaciones contractuales propiamente dichas se dé en los términos más adecuados.

El primer problema que plantean los contratos informáticos es la necesidad de acoplarlos a los tipos legales ya existentes o bien, dicho de otro modo, la posibilidad de identificarlos con otros tipos o acudir al concepto más genérico de atipicidad.

Los contratos atípicos surgen como respuestas a las cambiantes necesidades económicas que evolucionan con mayor rapidez que el contenido de nuestras leyes, y así cuando las nuevas necesidades no pueden ser solventadas por los contratos típicos, aparecen al amparo de la libertad contractual, nuevas formas que responden a un normal desenvolvimiento de la vida jurídico económica.

“Esto es lo que ha ocurrido con los contratos informáticos, cuya consideración de atipicidad formulada, descansa en diversas opiniones con fundamento en sus características novedosas, ver infra. Por ejemplo, el objeto de los contratos informáticos es generalmente múltiple. El derecho real belga de fecha 27 de abril de 1977, ofrece

³⁰ **Ibid.** Pág. 21.

una definición en su Artículo 2 que abarca tres órdenes de bienes y servicios informáticos: a) los equipos – unidades centrales y periféricas, terminales, etc.; b) los programas – de sistemas operativos y de aplicación- ; y c) prestaciones relativas al desarrollo y a la explotación de sistemas de información, así como toda investigación o actividad en relación con el tratamiento de la información. Otro elemento que reafirma su carácter innominado o atípico es la diversidad de prestaciones de estos contratos; entre ellas, el proveedor se puede obligar a adaptar un software, al estudio y análisis de los problemas de automatización, al suministro de equipos de software, al estudio y análisis de los problemas de automatización, al suministro de equipos y de software, etc.; aunado a esta diversidad de prestaciones, también se encuentra la pluralidad de partes, además, de los proveedores y usuarios, pueden aparecer en la negociación del contrato: distribuidores, productores de equipos originales, entidades de servicios y consultoras- del lado del productor -, analistas de sistemas- por parte de usuario”³¹.
(sic)

Lo anterior puede esquematizarse así:

- Proveedor;
- Distribuidores;
- Productores de equipos originales;
- Entidades de servicios;
- Consultoras;
- Usuarios;
- Analistas de sistemas;

Lógicamente estos contratos habrán de regirse por los acuerdos de las partes, por las normas dispositivas de figuras afines, por las generales de la contratación y por la costumbre y principios generales del derecho.

³¹ Correa, Carlos. **Derecho informático**. Pág. 153.

Pero los contratos atípicos, son aquellos para los que el ordenamiento jurídico, de una forma absoluta o relativa, no tiene establecida una particular disciplina jurídica, pueden surgir como contratos que carecen de todo ordenamiento legal, que no coinciden con ningún contrato ya regulado, o bien de la combinación de diferentes tipos contractuales, dando lugar a los contratos unidos múltiples o mixtos.

En cuanto a lo señalado anteriormente, actualmente es difícil encontrar una atipicidad absoluta, pero, en la materia que nos ocupa, más que en ninguna otra, la forma normal de presentarse un contrato es la mixta, que supone que un sólo acto de negocio engloba diversas prestaciones características de otros contratos típicos, como se ha indicado

“Otro aspecto importante que se evidencia en la naturaleza de estos contratos, es su carácter leonino o de adhesión, cuya modalidad asumen con frecuencia. En este tipo de contrato, como señala Spota, falta en principio la igualdad económica. En este contrato una de las partes fija todas las cláusulas y la otra puede o no adherirse, sin tener a su vez la posibilidad de formular una contra-oferta y, en ocasiones, de rechazarla. Este autor recuerda que en los contratos de adhesión se advierte la existencia del contratante fuerte económicamente (productor/proveedor) y el débil (usuario/consumidor), lo que permite hablar de lucha contra la clientela en lugar de lucha por la clientela”.³²

En los contratos informáticos es común que los principales proveedores de material informático procuren establecer el vínculo contractual sobre la base de contratos pre-impresos. Estos contienen las cláusulas generales y especiales a que debe ajustarse tal vínculo, sin mayores oportunidades de discusión por parte del cliente. La situación de desigualdad, se agrava en los contratos informáticos, por la ignorancia en la técnica informática de parte del receptor de la misma, quien generalmente no puede establecer juicio sobre el producto o servicio que se le propone. Además, desde el punto de vista

³² Spota, Alberto. **Instituciones de derecho civil, contratos**. Pág. 101.

económico su situación no le permite muchas veces resistir las presiones de los proveedores.

Como señala Vergel: "...no todo contrato concluido por condiciones generales es ilícito, pero no se puede dejar de destacar que permite la existencia de abusos por parte de quien detenta la influencia dominante..., cuando los compromisos contractuales de un proveedor no pueden ser discutidos y modificados por sus clientes, tienen carácter casi ilícito; puede haber en ellos "abuso de situación contractual", "abuso de posición dominante" o abuso de situación económica"³³.

Estas entre otras características, hacen que la naturaleza de este tipo de contrato sea no sólo calificada como atípica sino adhesiva, lo que lleva a expresar que bajo ningún concepto se deberá admitir las cláusulas abusivas, que en cualquier caso llevarán aparejada la nulidad. Pero al mismo tiempo debe recordarse que es la mutua confianza, lo que hace posible el comercio, y de allí la recomendación de partir de un estudio conjunto del contrato, la forma de adhesión, etc.

Por lo tanto, sólo la constante repetición de un determinado contrato, la mayor experiencia en la materia, la buena fe y garantías reconocidas, la continuidad del negocio y los mayores conocimientos técnicos, deben orientarse a una mejor determinación del contrato, si así se hace, la contratación será más rápida y beneficiosa para ambas partes, sin que ello implique la absoluta ausencia de estudio por la parte que no haya redactado el contrato, sino que se limite a firmarlo. Por lo que la clave del éxito está en la imposición paulatina de una contratación producto de un proceso de negociación entre ambas partes cuando así lo exijan las circunstancias.

³³ Vergel, Salvador. **Las cláusulas limitativas de la responsabilidad en los contratos informáticos.** Pág. 474.

2.8. Principios y características fundamentales de los contratos informáticos.

Como señala Miguel Ángel Davara, los contratos informáticos como tales, con su tipicidad única y propia, no existen, no siendo posible un modelo único de contrato, lo que nos obliga a acudir a la teoría de la contratación, recordando el inconveniente de ésto, ver supra. Sin embargo, se ha dicho que es un contrato que tiene sus propias características que impregnan su esencia. Así se tiene:

- En cuanto a las partes, en primer lugar debe destacarse las diferencias existentes entre ambos contratantes. El proveedor (como término genérico) de bienes o servicios informáticos, no solamente se encuentra, por regla general, en una posición económicamente más fuerte que la del usuario (también utilizado en forma genérica), sino que además, y esta es una de las características propias de este tipo de contrato, sus conocimientos técnicos suelen estar muy distanciados.
- Este desequilibrio lleva con cierto hábito, a la creación de contratos de adhesión, en los que la colaboración del negocio y bilateralidad propia de todo tipo contractual, queda muy mediatizada. El usuario no interviene en igualdad de condiciones en la gestación del contrato, sino que se limita a aceptarlo tal cual como se le ofrece impone.
- Por su naturaleza, se ha observado que este tipo contractual se presenta como un modelo de abusos, por acciones u omisiones, que pueden llegar a viciar el contrato. El intentar ampararse en la autonomía de la voluntad, que indica el Código Civil mexicano: "Los contratos tienen fuerza de ley entre las partes. No pueden revocarse sino por mutuo consentimiento o por las causas autorizadas por la ley"; no puede justificar todo tipo de cláusula contractual, pues no es sólo una falacia, sino que va en contra de la propia bilateralidad del Artículo antes citado.
- Por sus elementos de validez, como en todo tipo de contrato, las posiciones de los

contratantes son opuestas, pero concurrentes en su perfección en el cual el contrato se forma tan pronto como el autor de la oferta tiene conocimiento de la aceptación de la otra parte. El usuario parte de su intención de contratar un resultado, frente a la opinión del proveedor que oferta un funcionamiento en abstracto. Ciertamente, parece lógico inclinarse por la contratación con miras a un resultado. Se solicita un sistema informático, por unas necesidades que quieren solventarse, pero se debe ser consciente, que en esta materia, la perfección indiscutible y la garantía absoluta de un resultado, se complican a medida que la solicitud es más compleja. Por tanto, se entiende que es característica propia de la contratación informática, “la búsqueda de un resultado dentro de parámetros lógicos y naturales, sin permitir al usuario la exigencia de un resultado ideal e inalcanzable, ni al proveedor de una discreción y arbitrariedad que llevarían a la propia inexistencia del contrato”³⁴.

- En atención a las prestaciones, otra nota característica de este tipo de contrato es la diversidad de las prestaciones. Diversidad de prestaciones que se complica en el momento en que la contratación deja de centrarse en un bien o servicio, para incluir una pluralidad de prestaciones. Así encontramos, no sólo la posibilidad, sino la habitual presencia de múltiples prestaciones englobadas en un solo contrato, o bien múltiples contratos, sobre diversas prestaciones interconectadas.

Todo ello obliga a que el objeto de la contratación informática esté precisado de una forma exquisita y, con una terminología detallada, de allí, que se justifique que el proveedor no sólo deba informar en sentido estricto (poner de manifiesto una serie de hechos) sino que debe aconsejar la solución más beneficiosa y factible a las necesidades de la contraparte, lo que no debe suponer es, colocar al usuario en una posición de absoluta pasividad y privilegio, sino que se mantiene el criterio de que éste debe cooperar con el proveedor en la determinación de sus necesidades y dar así la mejor respuesta a las mismas.

³⁴ López, Ana. **Los contratos conexos**. Pág. 25.

Caracteres particulares:

Partes: Las partes intervinientes son sujetos de derechos y obligaciones; son catalogados bajo las consideraciones de proveedores y usuarios.

Proveedores: Son aquellos encargados de la prestación de dar y hacer y fundamentalmente constituidos por los constructores, distribuidores y vendedores de equipos, así como los prestadores de servicios informáticos; algunas de sus principales obligaciones y derechos son las siguientes:

- Salvaguardar los intereses de su cliente así como proporcionarle consejo e información;
- Cumplir con los términos de entrega o prestación del servicio;
- Garantizar sus productos y servicios;
- Realizar convenientemente el estudio de viabilidad en caso de serle solicitado;
- Actuar con propiedad y buena fe ante los intereses del usuario;
- Recibir el pago por la prestación realizada, etc.

Cabe mencionar que no todos los proveedores informáticos se sujetan a estos lineamientos, por lo que en muchas ocasiones se suscitan conflictos con la contraparte.

Usuario: Estos son aquellos que reciben la prestación de dar o hacer, por parte de los proveedores, y están constituidos por el sector público y privado en sus diferentes niveles. Entre sus principales derechos y obligaciones tenemos:

- Informarse adecuadamente respecto de las implicaciones generadas al firmar este tipo de contratos;
- Determinar de manera precisa sus necesidades susceptibles de automatización, así como sus objetivos;
- Capacitar apropiadamente a su personal respecto al bien o servicio informático a recibir;
- Aceptar y recibir la prestación requerida, siempre que esté dentro de los términos pactados;
- Respetar los lineamientos puestos por el proveedor respecto al modo de empleo del material o los programas de cómputo;
- Pagar el precio convenido según las modalidades fijadas entre las partes;

Entre las características propias de este tipo de contratos están la de ser innominados. La particularidad de los mismos, se da en:

- a) La especialidad de sus aspectos técnicos,
- b) La imprecisión del vocabulario técnico-jurídico y,
- c) La estructura de los contratos.

2.9. Elementos de la contratación informática

De igual forma, no es fácil determinar los elementos de los contratos informáticos al enfrentar la siguiente complejidad:

- Establecer claramente la responsabilidad de cada una de las partes en la implementación del proceso;
- Construir descripciones legales y técnicas claras que permitan a las partes entender los términos de la relación;
- Crear medidas cuantitativas de rendimiento factible;
- Imponer normas que contemplen posibles contingencias y su solución, y;
- Acordar medios o recursos a los que se apelará en caso de que el sistema fracase.

Podemos decir, que los contratos informáticos contemplan dos aspectos:

“i) La descripción del trabajo a realizarse y el precio que se paga, y;

ii) La regulación de las posibles contingencias, además el rendimiento y los plazos de entrega son puntos básicos que deben ser negociados y pactados cuidadosamente”³⁵.

A pesar del estudio que han realizados autores destacados sobre el tema, hoy día, la doctrina no ha establecido con claridad cuál es la naturaleza jurídica del contrato informático, sólo sabemos que aglutina modalidades de múltiples contratos y distintas áreas del derecho como el industrial, comercial y civil. Hay que tener en consideración que cada contrato presenta en sí mismo su naturaleza jurídica sui generi diferente a los demás.

³⁵ Mantilla Sánchez, Catherine Ivette. **Contratos informáticos, VIII congreso iberoamericano de derecho e informática, Lima, Perú, 2000.** Pág.3.

Además afirma Lamartiere que "en los contratos informáticos se presentan dos gestiones: el recurso a los contratos tipos por una parte y los contratos negociados, por otra. La negociación cuando hay lugar a ella, obedece a diferentes factores: la importancia del contrato, el vínculo de fuerza de los contratantes y en menos medida, la naturaleza del contrato hecho. Pero generalmente el número de contratos y la analogía de las situaciones que ellos tratan, justifican económicamente una estandarización de los instrumentos y el recurso a los contratos tipo"³⁶.

Examinamos a continuación las particularidades del contrato informático:

- Es de tipo complejo: surge de una serie de enlaces jurídicos, al encontrar diversos contratos como la compra venta de hardware y de software, leasing licencias de uso y mantenimiento.
- Es un contrato atípico: Carece de regulación propia, sin embargo se sujeta a la teoría general de los contratos.
- Es principal: No depende de otro contrato que le sea precedente. Tiene vida propia.
- Es consensual: Sin embargo, en la práctica se celebra por escrito dada su importancia económica de los diferentes derechos y obligaciones que se derivan de su existencia.

La complejidad, especificidad y trascendencia de los contratos informáticos requiere revisar los distintos momentos de la relación contractual, entre ellos destaca la etapa contractual, al cual la doctrina y las leyes de diversos países tratan más que de una manera superflua. Esta etapa reviste características específicas debido a la complejidad

³⁶ Aquilar Guerra. **Ob.Cit.** Pág.10.

del objeto de los contratos informáticos. Nuestro Código Civil no contiene disposiciones relativas a esta etapa previa a la formación del contrato.

“Las partes en los contratos informáticos son los proveedores y usuarios. Los proveedores, que pueden ser los fabricantes, distribuidores y vendedores de bienes informáticos, así como los prestadores de servicios informáticos”³⁷. Sus principales obligaciones son las siguientes:

- Salvaguardar los intereses del cliente y darle asesoría e información.
- Cumplir con la entrega de los bienes o con la prestación de sus servicios en los plazos estipulados. El incumplimiento de los términos o plazos permite al cliente establecer una demanda en reclamo de los daños y perjuicios motivados por el retraso o bien llegar a la rescisión del contrato.
- Realizar la prestación conforme a las especificaciones del contrato.
- Garantizar los vicios ocultos que pudiera llegar a tener la prestación realizada.
- Debe realizar el estudio de viabilidad para el usuario, actuando en todo momento con probidad y honestidad, otorgando asesoría y apoyo adecuados.

Y, los usuarios, todas aquellas entidades (públicas o privadas) o individuos que requieren satisfacer determinadas necesidades mediante los bienes informáticos. Entre sus obligaciones tenemos:

- Obtener mejor adaptación de su empresa a los imperativos de funcionamiento del material instalado.

³⁷ Pérez Luño, Enrique. **Manual de informática y derecho**. Pág. 18.

- Realizar la elección final de entre las ofertas que le presenten los proveedores, considerando los elementos de apreciación de orden financiero y técnico.
- Aceptar y recibir el material o los servicios que ha solicitado.
- Acordar un período de prueba a efecto de verificar el funcionamiento del equipo.
- Respetar las directrices propuestas y formuladas por el proveedor sobre el modo de empleo del material o de los programas.
- Pagar el precio convenido según las modalidades fijadas entre las partes, salvo si se emitieron reservas luego de la recepción del material o servicio.

En el derecho europeo se hace referencia al deber de consejo del proveedor, a quien le corresponde el rol más activo por tener el deber de informar y aconsejar al usuario eficazmente, con referencia al contenido global de su propuesta de solución. Esta obligación, ente otros aspectos tendientes a evitar el overselling o el underselling; ésto es, la venta de un sistema que supere injustificadamente o tenga menos capacidad que la indicada conforme a las necesidades del usuario a resolver, se funda en el evidente desequilibrio existente entre las partes, ya que el proveedor es un especialista en informática, mientras que el usuario, generalmente, y a pesar de su obligación de asesorarse, se halla desprovisto de los conocimientos técnicos pertinentes.

Entre las obligaciones del proveedor destacan:

- Los usos o tareas que el equipo está en condiciones de resolver;
- Las características de instalación (espacio físico, corriente eléctrica etc.);
- Costo de adquisición;

- Costo de mantenimiento, y;
- Rendimiento operativo.

“Un fallo de la Corte de Apelación de París del 20 de abril de 1980, aporta elementos destinados a precisar los límites del deber de consejo, estimando que el proveedor ha incumplido dicha obligación, habiendo entregado a una empresa pequeña de gestión particularmente simple un material muy complicado y sofisticado en atención al estado actual de la empresa”³⁸.

En la práctica comercial nacional se equipará a la preventa y prueba de conceptos, donde el proveedor otorga el uso temporal de cierto equipo al cliente para saber si es el adecuado a sus necesidades y requerimientos. Julio Téllez Valdés explica que las relaciones precontractuales se dan a través de dos figuras que son el estudio previo de oportunidad, y el estudio de viabilidad, la primera es el análisis que hace el usuario de sus necesidades y la segunda, es la evaluación de las aplicaciones informáticas hacia el usuario, a cargo del proveedor.

González Aguilar, Ferreyros Soto y Carrascosa López, en su libro contratos en la sociedad de la información explican brillantemente “la complejidad y especificidad del contrato informático, al separarlo en cinco fases de integración: formación, ejecución, circulación, extinción y diferendos”³⁹.

³⁸ Ob. Cit. Pág. 20.

³⁹ Gonzalez Aguilar, Audilio. **Los contratos en la sociedad de la información**. Pág. 25.

CAPÍTULO III

3. El contrato informático

3.1. El contrato

Para efectos didácticos, la expresión contrato informático puede ser entendida en cualquiera de dos posibles contextos:

En sentido amplio u objetivo, entenderemos por tal cualquier convenio cuyo objeto sea un bien o servicio informático o relativo a la informática, independientemente del medio por el cual se celebre.

En sentido estricto o formal, sólo entenderemos como contrato informático aquél que sea perfeccionado por medios informáticos, independientemente de cuál sea su objeto. En este caso, podríamos hablar también de contratos electrónicos.

La primera categoría puede ser desagregada adicionalmente, según que el objeto del convenio sea un bien o un servicio. En el primer caso, por bienes informáticos entenderíamos tanto los que comprenden el hardware como al software.

Tratándose de aquellos contratos relativos al hardware, la experiencia -y no una exigencia jurídica estricta- aconseja distinguir los convenios cuyo objeto es un equipo informático completo y funcional de aquellos que versan únicamente sobre equipos periféricos (impresoras, escáners, etc.). Y, más aún, entre los primeros interesa separar los equipos en dos grandes categorías:

Los equipos grandes y medianos incluyen a las supercomputadoras, los mainframes y las minicomputadoras. Se trata, desde luego, de los equipos de mayor tamaño físico, capacidad de procesamiento de datos y costo. Usualmente requieren de instalaciones especiales, permanecen fuera del acceso físico directo de los usuarios, operan durante

las 24 horas del día y son de tipo multiusuario. No se trata de artículos de consumo masivo; de hecho, algunos son construidos exclusivamente contra orden expresa.

Entre los equipos pequeños encontramos computadoras (de escritorio) (microcomputadoras o desktops) y a las portátiles (notebooks, laptops, palmtops y handheld). Tienen exigencias más o menos modestas en cuanto a su ambiente de operación y usualmente son equipos de usuario único. Actualmente han llegado a convertirse en verdaderos artículos de consumo masivo.

El fundamento de esta última categorización es que en la realidad económica y jurídica se observa una tendencia a que la complejidad y el régimen jurídico de los contratos de hardware estén dados en función de la clase de equipo de que se trate: en general, tratándose de equipos grandes y medianos, encontramos una prevalencia de los contratos escritos y negociados (o sea, de clausulado concertado), sometidos al derecho civil o comercial ordinario, según sea el caso. Respecto de los equipos pequeños (y la mayoría de los periféricos) observamos más bien una preeminencia de los contratos verbales y de adhesión, sujetos preeminentemente al régimen jurídico especial del derecho de protección del consumidor.

Pero las diferencias no acaban allí. Por ejemplo, en el caso específico de la compraventa de hardware, las condiciones bajo las cuales se entiende realizada la entrega varían de una clase de equipo a otra. En efecto, para los equipos grandes y medianos, debe considerarse que esta obligación no se cumple sino con la entrega del equipo instalado en el lugar físico en que va a funcionar. Hasta la instalación, el proveedor-vendedor debe asumir todos los riesgos y están a su cargo todos los seguros. Además, la transmisión del dominio no se da solamente en función de la entrega material, sino que se extiende hasta el momento de la puesta en funcionamiento del equipo, una vez satisfechas las pruebas de aceptación establecidas. Por el contrario, en los equipos pequeños, la entrega jurídica y la transmisión del dominio usualmente coincide con la entrega material, bien sea en el establecimiento del vendedor, o a domicilio, si así se concertó la venta.

Por estas razones, es importante que el (la) instructor(a) ponga estas distinciones de relieve al momento de profundizar en cada figura contractual específica (compraventa, arrendamiento, “leasing”, etc.), de modo que sus estudiantes puedan asimilar apropiadamente el cúmulo de derechos y obligaciones de las diversas partes.

3.2. Elementos

Para la formación del contrato informático se necesitan de los siguientes elementos:

a. Consistente de los siguientes elementos de pre-negociación:

- Datos generales;
- Preámbulo de interpretación del contrato;
- Naturaleza jurídica;
- Objeto del contrato;
- Precio;
- Duración;
- Localización;
- Fianza del fiel cumplimiento;
- Garantía del proveedor:
 - a) Entrega del bien
 - b) Defectos ocultos

b. Fase de ejecución:

- Transferencia de la propiedad: sin cláusulas con cláusulas;
- Bienes inmateriales: propiedad intelectual;
- Provisión de bienes y servicios;
- Obligación en cuanto a la implantación de una solución informática;

- Obligaciones del proveedor:
 - De entrega del bien;
 - De garantía;
- Obligaciones por parte del cliente:
 - De retiro;
 - De recepción;
 - De pago de precio;
- Confidencialidad:

c. Fase de circulación:

- Substitución de las partes (Excepto Intuitus personae).
- Subcontratación. Contrato derivado del principal

d. Fase de extinción:

- Causas naturales;
- Causas jurídicas –rescisión;

e. Fase de diferendos.

- Arbitraje;
- Amable composición;
- Litigio;

3.3. Clasificación:

- Contratos de hardware;
- Contratos de software:
 - a. Contratos de desarrollo;

- b. Contratos de adaptación;
- c. Contratos de licencia de uso;

- Contratos de datos:
 - a. Contrato de distribución de datos;
 - b. Contrato de suministro de datos;
 - c. Contrato de venta de datos;

- Contratos de servicios:
 - a. Consultaría informática;
 - b. Auditoría informática;
 - c. Auditoría jurídica;
 - d. Contrato de back up (respaldo con copias);
 - e. Contrato de instalación de hardware;
 - f. Contrato de instalación de software;
 - g. Contrato de comunicaciones;

Los *contratos de software* pueden contener la cláusula de uso de código fuente del programa que permitirá su modificación por parte del adquirente.

Los *contratos de servicio* pueden realizarse a través de un tercero (outsourcing) y particularmente los contratos de instalación de software pueden entregarse funcionando o no (turn key package).

3.4. Historia

A lo largo de la historia, el derecho ha ido adaptándose a los cambios que se originaron por la incorporación de la tecnología a la vida del hombre.

Hoy, el derecho también tendrá que adaptarse, en lo económico, al comercio electrónico; en lo jurídico, debe amparar este medio con la garantía de la libertad de expresión; en lo político, debe regular el uso del Internet.

El acelerado desarrollo de las tecnologías ha introducido cambios en costumbres y hábitos en el entorno privado y público del hombre de fines del siglo XX. La economía, las relaciones humanas, la cultura y la política se ven tocadas por las denominadas nuevas tecnologías de la información, es el gran motor de cambio de nuestra sociedad.

Esta circunstancia obliga al legislador a adaptar el ordenamiento jurídico a la nueva realidad social que origina la introducción de los avances tecnológicos en la vida cotidiana del ciudadano común.

Según la historia de la humanidad se puede entender como dividida en tres periodos a las que denomina "olas". La primera ola corresponde a la utilización de la agricultura, cuando las primitivas sociedades dejan de ser nómadas y se crea un orden social.

La segunda ola es la transición agrícola a la sociedad industrial, cuyo nacimiento puede ubicarse entre fines del siglo VIII y principios del XIX. (Conocida como la primera revolución industrial); y, la tercera ola, que corresponde al desarrollo de las tecnologías de la información. La sociedad actual está inmersa en esta tercera transición.

La sociedad de la información es una de las expresiones, más promisorias junto con todas sus contradicciones de la globalización contemporánea, que ha ganado presencia en Europa, en donde ha sido muy empleado como parte de la construcción del contexto para la Unión Europea.

Un estudio elaborado con el propósito de documentar los avances europeos al respecto señalaba, con cierto optimismo, que:

Las sociedades de la información se caracterizan por basarse en el conocimiento y en los esfuerzos por convertir la información en conocimiento. Cuanto mayor es la cantidad

de información generada por una sociedad, mayor es la necesidad de convertirla en conocimiento.

Otra dimensión de tales sociedades es la velocidad con que tal información se genera, transmite y procesa. En la actualidad, la información puede obtenerse de manera prácticamente instantánea y, muchas veces, a partir de la misma fuente que la produce, sin distinción de lugar.

Finalmente, “las actividades ligadas a la información no son tan dependientes del transporte y de la existencia de concentraciones humanas como las actividades industriales. Esto permite un reacondicionamiento espacial caracterizado por la descentralización y la dispersión de las poblaciones y servicios”⁴⁰.

Un concepto amplio de la sociedad de la información nos llevaría a definirla, de acuerdo con Javier Cremades “en un estadio de desarrollo social caracterizado por la capacidad de sus miembros para obtener y compartir cualquier información, instantáneamente, desde cualquier lugar y en la forma que se prefiera”⁴¹.

La incorporación de estos nuevos medios a la vida económica y social supone una serie de ventajas; como por ejemplo: mayor eficiencia empresarial, aumento de elección de usuarios así como nuevas fuentes de ingresos. Sin embargo también se crean incertidumbres en el mundo jurídico.

El derecho no puede permanecer ajeno al cambio tecnológico, éste debe ser capaz de crear mecanismos necesarios para regular adecuadamente las actuales relaciones surgidas del uso de las nuevas tecnologías de la información. Preocupa, como ha quedado planteado, ante la irrupción de la informática en la sociedad y su influencia

⁴⁰ Trejo Delarbre, Raúl. **La nueva alfombra mágica, usos y mitos de Internet, la red de redes**. Pág. 276.

⁴¹ Cremades, Javier. **La nueva ley de internet, la ley de actualidad**. Pág.78.

sobre las relaciones jurídicas, la necesaria elaboración de respuestas adecuadas desde el ámbito del derecho a tal impacto, el cual produce, sin duda, una importante transformación en el conjunto del orden jurídico tradicional, y que convoca a los estudiosos de derecho a la construcción de normas y principios teóricos que respondan a las necesidades reales dirigiéndose hacia la concentración en un mismo sistema de disposiciones y regulaciones dispersas que las necesidades de nuestro tiempo imponen. A una observación correcta de los inéditos fenómenos surgidos por este uso están obligados nuestros legisladores para que sean reconocidos mediante una legislación clara y útil.

Por ello en este trabajo se estudia un aspecto del problema informático, que es la contratación informática.

En 1949 se dio el primer intento para tratar de regular la nueva disciplina, el juez norteamericano Lee Loevinger publicó un artículo de 38 hojas en la revista Minnesota Law Review titulado "The Next Step Forward" en donde menciona que; "el próximo paso adelante en el largo camino del progreso del hombre, debe ser el de la transición de la Teoría General del Derecho hacia la Jurimetría, que es la investigación científica acerca de los problemas jurídicos". Pero no fue sino hasta las décadas siguientes, cuando hubo más máquinas computadoras y programas al alcance de la mayoría de las personas, sobre todo a partir de la década de los sesenta, que se empezó a estudiar con más profundidad el problema del plagio de tecnología y de programas.

El término informática fue creado en Francia, a mediados de la década de los sesenta ("Informatique", de Infor-mation-auto-matique), con el objeto de designar las ciencias y técnicas de la comunicación que intervienen en la recopilación y utilización de datos a fin de elaborar decisiones, extendiéndose de ahí y a partir de esa época, a todo el mundo.

En el glosario que incluye al final de su libro, Téllez Valdés define la informática de la siguiente manera: "Ciencia del tratamiento racional, particularmente por máquinas

automáticas, de la información considerada como el soporte de conocimientos humanos y de comunicaciones en los aspectos técnico, económico y social. Conjunto de disciplinas científicas y de técnicas específicamente aplicables al tratamiento de datos efectuado por medios automáticos”⁴².

Podemos decir, en pocas palabras, que la informática es el conjunto de técnicas que nos posibilitan la manipulación rápida (automática) de información; lisa y llanamente, por medio de ordenadores (computadoras) eso es la informática.

Es evidente el servicio que presta la informática al derecho, que en sus funciones particulares se denomina informática jurídica, la cual comprende los sistemas de archivo y documentación jurídica, de asistencia en las tareas administrativas de apoyo a las actividades jurídicas y la construcción de modelos para la comprensión del sistema jurídico.

Como mencionamos Tellez, la define como la técnica interdisciplinaria que tiene por objeto el estudio e investigación de los conocimientos de la información general, aplicables a la recuperación de información jurídica, así como a la elaboración y aprovechamiento de los instrumentos de análisis y tratamiento de información jurídica necesarios para lograr dicha recuperación destinadas al tratamiento lógico y automatizado de la información para una adecuada toma de decisiones.

En otras palabras, es ver el aspecto instrumental dado a raíz de la informática en el derecho.

⁴² Téllez Valdéz, Julio. **Derecho informático**. Pág. 440.

Para Altmark, el derecho informático es: “el conjunto de normas, principios e instituciones que regulan las relaciones jurídicas emergentes de la actividad informática”⁴³.

Así, se propone como derecho informático el conjunto de principios y normas que regulan los efectos jurídicos nacidos de la correspondencia entre el derecho y la informática. Es la rama del derecho especializado en la temática de la informática, sus usos y aplicaciones y sus implicaciones legales.

El derecho informático tiene dos facetas, un lado a la informática jurídica, y otro, el derecho informático; que constituye el conjunto de normas, aplicaciones, procesos, relaciones jurídicas que surgen como consecuencia de la aplicación y desarrollo de la informática. Es decir, que la informática en general desde este punto de vista es objeto regulado por el derecho, así se puede apreciar la siguiente dicotomía:

a) La informática como instrumento del derecho: Cuando la informática se convierte en herramienta del derecho, estamos en presencia de la informática jurídica y, entonces, nos encontramos ante un tema que se refiere a los distintos usos y servicios que la informática puede prestar.

b) El derecho informático: Conjunto de normas jurídicas relativas a lo que nosotros denominamos la materia informática, que es, precisamente, todo lo concerniente a la informática, sea de carácter material, como el hardware, sea de carácter inmaterial, como el software.

No cabe la menor duda de que el derecho informático es una materia inequívocamente jurídica, conformada por el sector normativo de los sistemas jurídicos contemporáneos integrados por el conjunto de disposiciones dirigido a la regulación de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación, es decir, la informática y la telemática.

⁴³ Altmark, Daniel Ricardo. **La etapa precontractual en los contratos informáticos, en informática y derecho: aportes de doctrina internacional**. Pág. 18.

Asimismo, integran el derecho informático las sentencias de los tribunales sobre materias informáticas y las proposiciones normativas, es decir, “los razonamientos de los teóricos del derecho que tienen por objeto analizar, interpretar, exponer, sistematizar o criticar el sector normativo que disciplina la informática y la telemática”⁴⁴ y, en este sentido, es claro que el derecho informático altera la concepción tradicional de la clasificación del orden jurídico, toda vez que, dentro de sus contenidos temáticos entran, sin lugar a duda, aspectos tanto de derecho privado como de derecho público. De cualquier manera, la estructura temática del llamado derecho informático, es aún tarea por hacerse.

No obstante lo expuesto en los párrafos anteriores, hay corrientes doctrinarias que alegan que la terminología utilizada en el derecho informático es impropia.

Andrea Viviana Sarra, comenta: "Luego de analizar los supuestos contenidos de la informática jurídica, consideramos que ella carece de sustrato jurídico en su esencia. Su temática es fundamentalmente tecnológica, lo que se traduce en ausencia absoluta de contenido jurídico. Además, el tratamiento de estos temas, en el nivel de análisis que se realiza en mucha de la bibliografía consultada, implica una evidente invasión de distintos campos disciplinarios totalmente ajenos al derecho"⁴⁵.

Y, respecto de los contratos informáticos nos dice: "es el caso de los contratos informáticos, que son denominados así en razón de que el objeto de la contratación lo constituyen bienes y servicios informáticos. Sostenemos que, pese a que poseen características particulares, éstas son tan importantes en éste como en cualquier otro tipo de contrato que se refiera a bienes o servicios con particularidades científicas o tecnológicas (fecundación in vitro, construcción de una central atómica, etcétera). De lo

⁴⁴ **Ibid.** Pág. 220

⁴⁵ Viviana Sarra, Andrea. **Comercio electrónico y derecho.** Pág.12.

contrario, puede llegarse al extremo de designar a los contratos con terminologías absurdas”.⁴⁶

El derecho informático alude únicamente a la informática, como tratamiento de la información por medios automatizados; y expresiones tales como nuevas tecnologías, por ello, la doctrina apunta a que el término descriptivo más afortunado es derecho tecnológico, ya que dentro de tecnológico se engloban tanto las nuevas como las no tan nuevas tecnologías y, por supuesto, la informática. “La irrupción de las nuevas tecnologías en el mundo empresarial e institucional ha propiciado cambios que signifiquen la adaptación de la estructura comercial a la introducción de los nuevos métodos de trabajo y de presentación de la empresa al exterior nos encontramos ante una revolución sin revolución”.⁴⁷ (sic.)

La aparición de nuevos objetos y nuevas formas de contrataciones ejemplo de ello. El derecho de obligaciones y contratos distingue entre contratación informática y contratación electrónica o por medios electrónicos. Distinción que poco ayuda para una definición del contrato informático al confundirlo o tratarlo como un contrato tradicional.

La contratación de bienes y la prestación de servicios informáticos no tienen una calificación uniforme que la puedan situar, en cada caso, en un modelo o tipo de contrato de los que figuran en nuestro código civil, y el desconocimiento por el usuario; en términos generales, de las posibilidades y límites de la informática, hace que no se pueda basar todo en el principio general de la autonomía de la voluntad de los contratantes.

Cabe recordar que en nuestro derecho positivo, contrato es el acuerdo de dos o más personas para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones, y los contratos que producen o transfieren las obligaciones y derecho toman el nombre de contratos típicos.

⁴⁶ **Ibid.** Pág. 45

⁴⁷ Davara Rodríguez, Miguel Ángel. **Manual del derecho informático.** Pág. 20

Para la existencia del contrato se requiere el consentimiento de las partes y que el objeto pueda ser lícito y existir en el comercio. Cuando el objeto de esos derechos y obligaciones incide en dar, hacer o no hacer algunas de las modalidades de los bienes o servicios informáticos, pueden hablarse de contratos o convenios informáticos.

Todos los contratos a los que hacemos referencia y que llamamos popularmente informáticos, los tenemos que encuadrar en la teoría general de los contratos, ya que los contratos informáticos, como tales, con una tipicidad única y propia no existen.

Se puede considerar a los contratos informáticos como el resultado de una moderna tipología contractual que respondiendo a la alta complejidad del objeto de aquellos, el alto nivel de concentración del mercado internacional de tecnología informática, y el evidente desequilibrio entre las partes con referencia al dominio de la tecnología ha estructurado normas, principios e instituciones que responden a dicha problemática como la etapa precontractual en la elaboración de este contrato y que la doctrina y legislaciones de otros países le otorgan una gran importancia.

Davara Rodríguez define el contrato informático como: “aquél cuyo objeto sea un bien o servicio informático -o ambos- o que una de las prestaciones de las partes tenga por objeto ese bien o servicio informático”⁴⁸.

De igual forma, Mantilla Sánchez nos señala; “sobre estos contratos que son aquellos que establecen las relaciones jurídicas respecto de las prestaciones consistentes en transferir la propiedad, el uso y/o goce de bienes informáticos, y prestar servicios informáticos”⁴⁹. En este sentido también concluye Téllez Valdés.

La palabra prestación se entiende aquí en un sentido muy amplio y puede significar la transferencia de un derecho sobre un objeto o la ejecución de una obra, o de uso o inclusive a veces de un servicio por parte del proveedor.

⁴⁸ Davara Rodríguez. **Contratos**. Pág. 56

⁴⁹ Mantilla, Catherine. **Ob. Cit.** Pág.2.

Se entiende por bien y por servicio informático:

Los bienes informáticos: son todos aquellos elementos que forman parte del sistema, en cuanto al hardware, ya sea la unidad central de proceso o sus periféricos. También se consideran como tales los bienes inmateriales que proporcionan los datos, instrucciones etc.

Los servicios informáticos: son aquellos servicios que sirven de apoyo y complemento de la actividad informática.

3.5. Generalidades

El desarrollo de las nuevas tecnologías ha propiciado el nacimiento de una nueva forma de contratación y de nuevas modalidades contractuales.

En cada uno de los contratos se ha de prestar especial atención a su redacción, formalización y negociación.

El rellenar un simple modelo de contrato no garantiza los efectos deseados, ya que una mala redacción de las mismas puede dar lugar a resultados y consecuencias jurídicas no deseadas. Se hace necesario conocer y respetar la legislación contractual al momento de redactarlos, por ello las empresas y los consumidores en general han de poner en manos de abogados y profesionales del derecho la redacción de sus contratos, dada la complejidad de la materia y del lenguaje jurídico y técnico empleado en su redacción.

Los contratos informáticos surgen ligados a la inminente comercialización de las computadoras, ya que éstas han sido incorporadas en el ámbito de los negocios, lo que originó su rápida comercialización así como la proliferación de contratos en materia informática cuya redacción significó una notoria diferencia respecto a lo que podría considerarse como contratos clásicos.

Al principio, esta clase de contratos se englobaba en uno solo, lo que provocaba ambigüedad en los mismos, favoreciendo la práctica comercial de los monopolios en detrimento de la libre concurrencia de los mercados, lo cual provocó el seguimiento de un juicio antimonopolio en contra de la compañía IBM, bajo el amparo de las leyes Sherman y Clayton.

Todo esto dio como resultado una diversificación contractual conocida bajo el anglicismo de unbundling y consiste en hacer una contratación por separado respecto de los bienes y servicios informáticos, lo cual trajo como consecuencia la creación de mercados muy diversos, surgiendo empresas especializadas en cada una de las vertientes informáticas, tanto en la construcción y venta de equipos como en la prestación como mantenimiento, programación, asistencia técnica, etcétera.

3.6. Definición de contratación informática

Antes de referirnos a los contratos informáticos, tendremos que definir y tener claro, que conceptos van a abarcar dichos contratos.

Bajo la definición de contratación informática, se encuentra la contratación de bienes o servicios informáticos. De esta manera entenderemos por contratación informática: aquella cuyo objeto sea un bien o unos servicios informáticos -o ambos- o que una de las prestaciones de las partes tenga por objeto ese bien o servicio informático.

Bienes informáticos son todos aquellos elementos que forman el sistema (ordenador) en cuanto al hardware, ya sea la unidad central de proceso o sus periféricos, así como todos los equipos que tienen una relación directa de uso con respecto a ellos y que, en conjunto, conforman el soporte físico del elemento informático. Asimismo, se consideran bienes informáticos los bienes inmateriales que proporcionan las ordenes, datos, procedimientos e instrucciones, en el tratamiento automático de la información y que, en su conjunto, conforman el soporte lógico del elemento informático.

Como servicios informáticos se entiende todos aquellos servicios que sirven de apoyo y complemento a la actividad informática en una relación de afinidad directa con ella.

Son aquellos que establecen: relaciones jurídicas, respecto de prestaciones consistentes en transferir la propiedad o el uso o goce de bienes, o prestar algún servicio, ambos informáticos.

Los contratos informáticos constituyen la unión de contratos, como la compra venta, alquiler –leasing- llave en mano, licencia de uso, entre otros, en donde para transferir los bienes informáticos se unen más de un contrato. Coincidimos como se refirió antes, con Davara Rodríguez al exponer que los contratos informáticos como tales, con una tipicidad única y propia no existen y que han de encuadrarse dentro de la teoría general de los contratos.

3.7. Objeto del contrato informático

Es la operación jurídica por la cual se crean, modifican, transmiten o extinguen relaciones u obligaciones sobre bienes y servicios informáticos.

Estos bienes y servicios: se integran por lo general en un sistema: que es el conjunto de elementos materiales o inmateriales vinculados por un objetivo común.

Este sistema se compone de:

- El hardware (duro): elemento material, herramientas o máquinas (como la consola o pantalla).
- El software (blando): Elemento inmaterial, aquello que no se ve pero hace al funcionamiento del sistema (como los programas).
- Elemento humano

Documentaciones (como manuales, certificados), Asistencia técnica

- Característica principal: Complejo: por la naturaleza de sus elementos y por la diversidad de objetos.
- Condiciones: Compatibilidad: que es la posibilidad de que aquello que se vaya a adquirir sea compatible con lo que ya existe en manos del cliente o usuario.
- Modularidad: que permite que lo que ahora se contrata, en un futuro sea posible de modificarse para ampliarlo o restringirlo, según las necesidades del cliente.

Obligaciones en los contratos informáticos:

Obligaciones del proveedor:

- Información y consejo a su cliente, informar y advertir al cliente calidad, prestaciones, rendimiento, riesgos, ventajas, etc., de lo que va a adquirir y debe aconsejar: en la correcta elección de los equipos, programas, accesorios (teniendo como principio a la buena fe).
- Cuanto mayor sean los conocimientos técnicos del cliente, menor será la responsabilidad del proveedor de bienes y servicios informáticos.

Obligaciones del usuario:

- Informarse e informar claramente al proveedor sus necesidades informáticas.
- Colaborar diligentemente para precisarlas.

- Concepto de entrega de la cosa: en éste contrato: la tradición es la entrega que una parte hace a otra, quien la recibe voluntariamente, ambos como consecuencia del cumplimiento de un contrato que puede ser compraventa o locación.

En estos contratos, la entrega va más allá de la simple tradición. Será necesario establecer plazo de entrega: o sea un lapso durante el cuál el sistema será probado y comprobado su funcionamiento (luego del cuál, se podrá decir que aquél ha sido entregado). Además, la entrega: incluirá la instalación, conexión y puesta en marcha.

Ejemplos de estos contratos son: la compraventa, leasing de equipos, mantenimiento de sistemas, consultoría de software, etc.

3.8. Partes en un contrato

En la contratación informática se ven involucrados varios elementos, a los que podemos denominar complementarios, que se interrelacionan entre sí. Así, distinguiremos entre: contratantes, parte expositiva, cláusulas o pactos y anexos, que se analizan a continuación.

3.8.1. Los contratantes

No es lo mismo la contratación informática realizada entre profesionales de la informática, que la contratación informática realizada entre un profesional de la informática y un tercero.

Por ello, la identificación y situación profesional de los intervinientes reviste gran importancia, debiendo fijar, no solamente quien adquiere cada responsabilidad proveniente de la contratación y a quien representa, sino también que conocimientos o formación profesional, o empresarial, relacionada con el tema objeto del contrato, tiene

cada uno debido a la obligación existente, desde la óptica de una buena fe contractual, de informar correctamente a la otra parte y de proporcionar claridad a las cláusulas y obligaciones del contrato.

3.8.2. Partes expositivas

En esta parte se expone, de forma clara y concreta, el por qué y el para qué del contrato. Es importante señalar que dentro de los contratos informáticos es imprescindible fijar de forma sencilla, por que se realiza el contrato y cuáles han sido los condicionantes o circunstancias que han movido a las partes a unirse mediante esta relación contractual.

Para ello, se fijarán los intereses de cada cual, especificando las necesidades de uno y la oferta del otro; dejando bien claro que es lo que ofrece una parte y qué es lo que acepta la otra y debiendo existir una coincidencia real sobre el objeto, o concepto que de él y de su utilidad respecto al fin perseguido, tienen cada una de las partes. Por otro lado, es de especial interés establecer claramente el negocio jurídico en el cual luego, de acuerdo con la teoría general para ese negocio en el ordenamiento, se pueda subsumir el caso e interpretar el contrato.

3.8.3. Cláusulas o pacto

Partiremos del principio de buena fe y, estableceremos una obligación de colaboración en ambos sentidos; el suministrador debe colaborar con el usuario y, lo que es igual de importante, el usuario debe colaborar con el suministrador.

Además, el usuario debe respetar y seguir las directrices que, respecto al bien contratado y su implementación en el circuito de información, le indique el suministrador y, consecuentemente, utilizar el equipo informático o los programas, siguiendo las instrucciones que, para su óptima utilización, le señale. El suministrador, por su parte, se exonera de responsabilidad en el caso en que exista una anomalía consecuencia del

incumplimiento por parte del usuario de estas instrucciones de funcionamiento o manejo.

Estas cláusulas o pactos han de cumplir los siguientes requisitos, aunque son orientativos:

- Obligaciones de las partes, claras y concisas.
- El deber de asesoramiento.
- El cumplimiento del plazo.
- La formación del usuario.
- Prohibición de subarrendar.
- Sustitución del equipo.
- Definición de términos o conceptos oscuros.
- El mantenimiento preventivo.
- Cláusulas de garantía.

Algunos de los elementos que resaltan de este tipo de contratos son los siguientes:

-Objeto: Es decir, las modalidades de los derechos y obligaciones respecto a los bienes o servicios informáticos.

-Duración y rescisión: Es el término de vigencia del contrato, el cual podrá verse interrumpido en caso de trasgresión de cláusulas por alguna de las partes.

-Precio: Caracterizado éste por ser justo, verdadero y en dinero.

-Facturación y pago: Los cuales tendrán lugar de acuerdo con las consignas particulares establecidas por mutuo acuerdo.

- Control, supervisión y acceso: Recaen en la responsabilidad de los usuarios, a fin de que las actividades informáticas se den en las condiciones más favorables sin injerencias internas o externas inadecuadas.
- Asistencia y formación: Todo esto a fin de que las mencionadas actividades informáticas se den en los términos más atinentes, evitando de esta manera probables actitudes negligentes o impropias por falta de un conocimiento técnico pertinente por parte del usuario.
- Propiedad de los programas: En virtud de la ausencia de un adecuado régimen regulador respecto a los programas de cómputo.
- Protección material de la información: Esto es el caso de aquella información propiedad del usuario que esté bajo resguardo del proveedor, a fin de desarrollar un programa.
- Secreto y confidencialidad: Esto es en cuanto a las informaciones que se provean por ambas partes con motivo de la celebración del contrato.
- Responsabilidad y garantías: Aquellas obligaciones inherentes a la firma de un contrato, en este caso informático.
- Disposiciones generales: Tales como la no credibilidad de las obligaciones, preeminencia del contrato sobre otros documentos, incumplimiento del contrato en caso de nulidad, necesidad de anexos, etc.
- Cláusulas diversas: Son aquellas que se refieren a un concepto en especial y que las partes convienen insertar para crear una mejor relación contractual.

3.8.4. Anexos (contratos informáticos)

Es fundamental que los contratos informáticos vayan acompañados de unos anexos que incorporados a ellos y con la misma fuerza de obligar, contengan diferentes desarrollos de elementos que forman parte sustancial del contrato.

Entre los anexos tipo, que ayudan a describir el objeto y que siempre deben figurar, en un contrato informático destacan:

- Especificaciones del sistema a contratar.
- Especificaciones de los programas a desarrollar.
- Pruebas de aceptación.
- Resultados a obtener y que, en algún caso, formarán el propio objeto del contrato.
- Análisis.

Otra práctica habitual en esta clase de contratación, como sabemos, ha sido la utilización de los denominados contratos de adhesión, es decir, contratos cuyas cláusulas han sido previamente redactadas, la mayoría de las veces, por no decir todas, por la parte más poderosa y que, en principio, ante los mismos no cabe otra postura que aceptarlos o rechazarlos en su conjunto, sin que suela haber opción a una modificación parcial.

Carlos Tortras y Bosch señala que no es raro que nos encontremos con cláusulas abusivas, lo que podría dar lugar a la anulabilidad de dichas cláusulas e incluso de los contratos que las contienen.

El usuario, que por regla general, es profano en materias informáticas se encuentra en algunas ocasiones imposibilitado de discutir las estipulaciones del contrato. Esta

imposibilidad se fundamenta principalmente en el desequilibrio económico que se presenta entre las partes.

Creemos que los contratos en que las condiciones están predispuestas son absolutamente necesarios y ello es consecuencia del tráfico mercantil de hoy en día. Sin embargo, el hecho de reconocer la necesidad de este tipo de cláusulas predispuestas (en nuestro caso cláusulas relativas a materias informáticas), no significa que las aceptemos sin ninguna reserva, ya que en la mayoría de los casos implican la creación de situaciones abusivas.

La situación de desequilibrio se agrava debido al desconocimiento que el usuario, una de las partes, tiene de las técnicas y equipos informáticos en general y de los detalles de funcionamiento e implementación de los programas, aunado a ello, el potencial económico del fabricante de equipos informáticos o del productor de software, que puede presionar y condicionar la voluntad del usuario, la parte débil en la contratación, con políticas comerciales que alteran el beneficio del producto en aras de los intereses de la venta misma.

3.9. Elementos de los contratos informáticos

3.9.1. Personales

Este se refiere a los sujetos o las personas que intervienen en el contrato (en la doctrina son conocidos como sujeto pasivo y sujeto activo). La ley determina la capacidad necesaria para poder celebrar los contratos

3.9.2. Reales

Este se refiere al objeto del contrato (dar, hacer, no dar, no hacer), también se refiere al bien, servicio u otro tipo de obligación de la cual se debe de realizar.

3.9.3. Formales

Este es un complejo ya que podemos mencionar que la forma que deben de tener los contratos, según el Artículo 1574 del Código Civil, señala las formas en que una persona puede contratar y obligarse, ante esta situación surge una forma típica para realizar este tipo de contrato en el Decreto número 47-2008, Ley para el reconocimiento de las comunicaciones y firmas electrónicas.

3.10. Importancia del Internet

Además de ser un medio de comunicación masivo, el hombre lo utiliza indirectamente, por ejemplo cuando utiliza los cajeros automáticos, que están conectados a través de la red.

Por ese uso directo e indirecto el abogado debe conocer las herramientas con que cuenta para asesorar a una empresa.

3.11. Tipos de Contrato:

3.11.1. Objeto

- Hardware:
 - Compraventa de hardware;
 - Arrendamiento de hardware;
 - Leasing de hardware;
 - Mantenimiento de hardware.

- Contratos de software:
 - Licencia de uso de software;
 - Licencia de uso de código de fuente;

Desarrollo de software;
Mantenimiento de software;
Escrow.

3.11.2. Negocio jurídico

- Contrato de venta:
 - De equipamiento informático;
 - De programas.
- Contrato de leasing.
- Contrato de locación:
 - De equipos;
 - De programas.
 - Contrato de horas máquina
 - Contrato de mantenimiento
 - Contrato de prestaciones intelectuales que comprende:

Estudios previos:

Pliego de condiciones;
Formación del personal;
Contrato llave en mano;

3.11.3. Clasificación general

Contratos informáticos:

I.- En sentido amplio u objetivo

A. De bienes:

1) Hardware:

a.- Equipos completos:

(i) Equipos grandes y medianos;

(ii) Equipos pequeños;

b.- Periféricos y accesorios:

2) Software:

B. De servicios:

II.- En sentido estricto o formal: contratos electrónicos

3.11.4. Clasificación del Contrato informático según su naturaleza de servicio

- Ayuda hot line;
- Formación y capacitación de usuarios;
- Acceso a Internet;
- Albergue de páginas web (hosting);
- Diseño de páginas web;
- Publicidad en Internet;
- Consultoría;
- Auditoría informática;
- Transferencia de tecnología o know-how;
- Auditoría de seguridad;
- Auditoría de calidad;
- Instalación y actualización periódica de antivirus;
- Certificación de transacciones electrónicas;
- Teletrabajo;

3.11.5. Clasificación por materia

- Equipamiento;
- Software;
- Servicios;

3.11.6. Clasificación de juristas guatemaltecos

- Sistemas de información:
 - Elementos de los sistemas de información
 - Hardware;
 - Software;
 - Usuarios;
 - Información;
 - Documentación;
 - Servicios complementarios
- Servicios accesorios
- Servicios propios de la Tecnologías de la Información Tic's.⁵⁰

3.11.7. Clasificación de Oliver Hance

- Proveedor de acceso a Internet;
- Operador de sistema de Internet;
- Suministro de información;
- Edición en Internet;
- Renta de espacio en línea y servicios relacionados;
- Publicidad en línea;
- Correduría en línea;
- Renta en línea de espacio publicitario;
- Desarrollo de productos multimedia en línea;
- Estudio de mercado en línea;
- Distribución en línea;
- Desarrollo y mantenimiento de una página *web*;
- Investigación en línea;

⁵⁰ Barrios Osorio, Omar Ricardo. **Derecho e informática**. Pág. 88.

- Cabildeo y mercadotecnia en línea;
- Participantes de un foro en línea;
- Acceso a bases de datos en línea;
- Contrato maestro de ventas al menudeo;
- Comercio electrónico entre profesionales;
- Certificación de autoridad;
- Política de uso aceptable.

3.12. Condiciones a tomar en cuenta en los contratos informáticos

Los riesgos pueden manifestarse respecto a los equipos informáticos, programas, centro de cómputo, archivos, información., etc. y aún en relación con la responsabilidad civil que éstos ocasionen frente a terceros con motivo de la prestación de un servicio informático.

Algunos de los principales riesgos de este tipo, son aquellos referidos a los proyectos informáticos, instalación de equipos, archivos y programas, pérdidas económicas con motivo de desperfectos en el equipo, responsabilidad respecto a terceros, etcétera.

Ante esta situación es conveniente apoyarse en información estadística a fin de evaluar este tipo de riesgos en cuanto a su probable verificación, previsión o disminución de efectos. Estos riesgos es conveniente que sean objeto de aseguramiento a fin de protegerse contra los acentuados perjuicios financieros que éstos puedan traer aparejados, por lo que es urgente la elaboración de pólizas ex profeso que contemplen este tipo de riesgos.

CAPÍTULO IV

4. La contratación informática en Guatemala

4.1. Generalidades

Las anteriores situaciones se han tratado jurídicamente al implementar a nivel mundial la ley modelo sobre comercio electrónico para la implementación de los contratos informáticos; preparados por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL) aprobada mediante la resolución 51/162 por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1996. Posteriormente, en 1998, fue agregado el Artículo. 5° bis relativo a la incorporación por remisión de los mensajes de datos.

El objetivo esencial de la ley modelo fue elaborar un marco jurídico seguro que pudiera ser adoptado por los distintos Estados al momento de la adecuación de sus legislaciones sobre la materia, al tiempo que constituyera un instrumento internacional que sirviera para la interpretación de convenios o tratados entre naciones. Otro de sus objetivos fue el de conceder un trato equivalente a la información contenida en soporte papel y la digital.

La ley modelo (UNCINTRAL), ha tenido en los foros internacionales, y sobre nuestros legisladores una guía para ajustar el tema de los contratos informáticos, tal y como se aprecia en los siguientes Artículos propuestos:

“Artículo 80.- Los convenios y contratos mercantiles que se celebren por correspondencia, telégrafo, o mediante el uso de medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología, quedarán perfeccionados desde que se reciba la aceptación de la propuesta o las condiciones con que ésta fuere modificada”.

Artículo 89 bis.- No se negarán efectos jurídicos, validez o fuerza obligatoria a cualquier tipo de información por la sola razón de que esté contenida en un mensaje de datos.

“Artículo 94.-Salvo pacto en contrario entre el Emisor y el Destinatario, el Mensaje de Datos se tendrá por expedido en el lugar donde el Emisor tenga su establecimiento y por recibido en el lugar donde el Destinatario tenga el suyo. Para los fines del presente Artículo.”

El ámbito de aplicación de la ley modelo está delimitado en el Artículo 1, que establece que se aplicará a toda información en forma de mensaje de datos utilizada en el contexto de actividades comerciales. En el Artículo que le sigue brindan una serie de definiciones entre las que se encuentra la del concepto mensaje de datos.

Así, especifica que se trata de cualquier información generada, enviada, recibida, archivada o comunicada por medios electrónicos, ópticos o similares, e incluye dentro de la noción a las redes cerradas y abiertas y otros medios de comunicación electrónica.

En la fundamentación del cuerpo legal se expresa que se decidió denominarla ley sobre comercio electrónico en virtud de que ésta es una noción lo suficientemente amplia que abarca desde las más modernas técnicas de comunicación hasta las más tradicionales.

De hecho, la incorporación de un concepto tan genérico obedeció a que, de otro modo, podrían suscitarse inconvenientes en la futura interpretación de la norma, ya que un mensaje puede originarse como una comunicación verbal y recibirse en forma de fax o puede originarse como fax y ser recibido directamente en la computadora del usuario en formato digital.

Una de las recomendaciones básicas a los Estados que adopten esta ley modelo es la de dictar reglamentos que regulen detalladamente el empleo de las distintas tecnologías utilizadas, tratando de mantener la flexibilidad del régimen de la ley.

Además, se puntualiza que se ha adoptado el criterio de equivalencia funcional entre los conceptos tradicionales de firma, escritura y original y el moderno alcance de estos términos. La equivalencia se determina en cuanto a la función básica de cada uno de los requisitos de forma de la instrumentación de los actos jurídicos.

En lo relativo a la formación de los contratos, la ley modelo prevé en forma genérica que las partes pueden realizar y aceptar la oferta por medio de un mensaje de datos, a menos que ellas dispongan lo contrario. En el mismo artículo se establece, además, que no puede negarse fuerza obligatoria a un contrato por el solo hecho de que en su formación se hayan utilizado mensajes de datos.

Paralelamente, la Comisión Europea se ha pronunciado sobre este punto en la propuesta de la Directiva 2000/31/ CE sobre comercio electrónico, al establecer en su Artículo 9 la obligación de los Estados de hacer posible los contratos por vía electrónica, a tal efecto, los Estados miembros tienen la obligación de garantizar que el régimen jurídico aplicable al proceso contractual no entorpezca la utilización de los contratos por vía electrónica ni se priven de efecto y validez en razón de la forma de celebración.

En los contratos por vía electrónica no existe una norma que señale expresamente cuándo se perfecciona el Contrato, algún autor, se inclina por pensar que en el apartado 1 del Artículo 11 de la ley modelo (UNCITRAL), se recoge un principio que se mueve en la órbita de la teoría de la recepción, cuando en relación con la realización de un pedido se señala: "...el prestador de servicios debe acusar recibo del pedido del destinatario sin demora indebida y por vía electrónica..."

Con respecto a la validez del documento electrónico y su equiparación al documento en soporte de papel, la ley modelo sobre comercio electrónico enuncia el principio de la equivalencia funcional (Artículo. 5 ya citado). La equivalencia funcional, se refiere a que el contenido de un documento electrónico surta los mismos efectos que el contenido en un documento en soporte papel, en otras palabras, que la función jurídica que cumple la instrumentación mediante soportes documentales en papel y firma autógrafa respecto

de todo acto jurídico, la cumpla igualmente la instrumentación electrónica a través de un mensaje de datos. La equivalencia funcional implica aplicar a los mensajes de datos un principio de no discriminación respecto de las declaraciones de voluntad, independientemente de la forma en que hayan sido expresadas, en este sentido, los efectos jurídicos deseados por el emisor de la declaración deben producirse con independencia del soporte en papel o electrónico donde conste la declaración.

La ley modelo sobre comercio electrónico aborda cinco problemas de equivalencia funcional: el documento escrito, la firma electrónica, originales y copias, el problema de la prueba y la conservación de los mensajes de datos.

La dificultad de determinar con certeza el momento y el lugar en donde debe considerarse realizada y aceptada la oferta constituye uno de los principales inconvenientes que presenta la contratación en el comercio electrónico, puesto que, tratándose de un medio sin fronteras, los contratantes podrían estar sujetos a las legislaciones con previsiones muy diversas e incluso contradictorias.

En el comercio electrónico las partes contratan sin tener en consideración el sitio en donde están ubicados físicamente los sistemas de información que permiten la comunicación; es más, la ubicación de los servidores podría modificarse sin que ellas advirtieran esa circunstancia.

Por ello, el Artículo 15 de ese proyecto dispone que el mensaje de datos se tendrá por expedido cuando entre en un sistema de información que no esté bajo el control de quien lo ha enviado, salvo disposición expresa de las partes. Asimismo, considera recibido el mensaje de datos cuando éste ingresa en el sistema de información designado por el receptor o cuando éste último lo recupera.

El tiempo y lugar de envío del mensaje de datos define el tiempo y lugar de celebración del contrato. Estas circunstancias de hecho constituyen los elementos fácticos sobre los cuales las legislaciones nacionales e internacionales se basan para establecer no solo

el momento de nacimiento de las obligaciones contractuales, transmisión de riesgos, etcétera, sino también para fijar la legislación aplicable y los tribunales competentes.

En suma puede decirse que es esencial la identificación del emisor del mensaje, la integridad de los datos y su no repudio. Pero las dificultades no sólo provienen de las características del medio, sino que surgen, además de la necesidad de balancear la coacción de la ley y los derechos individuales de los particulares.

Al respecto, rige el principio de la autonomía privada, siendo el régimen establecido supletorio de la voluntad de las partes. Si bien la Ley Modelo no se pronuncia por ninguna de las doctrinas al respecto de cuál es el momento de celebración del contrato, fija los criterios por los cuales determinar con mayor exactitud posible el hecho generador del mismo, es decir, tanto el momento en que se considera realizada la oferta como el de la aceptación; de acuerdo a las diferentes teorías que rijan según las distintas normas, como ya se vio, el momento de celebración del contrato será el de la emisión, la recepción, la aceptación o el efectivo conocimiento.

El momento en que debe considerarse que la oferta fue recibida por el aceptante es aquél en que el mensaje de datos que la contiene entra en el sistema de información designado por el aceptante; el mismo criterio se establece para la aceptación, que se entiende recibida cuando entra en el sistema de información del oferente; no se regula sobre el contenido del mensaje de datos sino sobre la forma de expresión de los contenidos contractuales, ya se trate de la oferta, de la aceptación o de cualquier otro tipo de comunicación entre ellas o entre personas que no otorgan un contrato sino que solamente establecen una comunicación por medio de este tipo de mensajes.

Se prevé además la situación de que el mensaje fuera enviado a otro sistema, caso en el cual se considera recibido en el momento en que el destinatario lo recupere. Si el oferente no designó un sistema de información la aceptación se considerará recibida cuando entra en el sistema de información del oferente; es decir, el que es conocido por tal, al igual que sucede con el mensaje del aceptante, respecto a la oferta.

El momento del nacimiento del contrato, es decir, de su perfección, permite conocer a partir de qué momento el contrato existe, así como determinar cuál es la ley aplicable a la capacidad de las partes contratantes, cuál es la norma aplicable en el supuesto de modificaciones legislativas ocurridas durante la formación del determinar los plazos de prescripción, el límite de la retroactividad en el caso de contratos sometidos a condición, la transferencia de los riesgos de la cosa objeto del contrato, los precios del mercado o la rescisión de los contratos hechos en fraude de los acreedores, etc.

También debemos recordar que los “contratos, son junto con los títulos de crédito, los instrumentos de tráfico mercantil. Dicho tráfico procura la circulación de valores patrimoniales, circulación que asume diversas formas: el goce de un bien se traspa definitivamente de una persona a otra (cambio), la cesión del goce es solamente por cierto tiempo (crédito) o se pasa a gozar de un bien conjuntamente por dos o más personas (asociación). Se dan así las tres manifestaciones del fenómeno circulatorio: cambio, crédito y asociación”⁵¹.

4.2. Obligación.

“Derecho y obligación, términos a la vez antitéticos y complementarios, resumen en sí todas las relaciones y aspectos jurídicos; de ahí la complejidad de su concepto y la dificultad de una exposición adecuada, y más aún en espacio reducido. La etimología orienta bastante en la noción de esta voz, de origen latino: de ob, delante o por causa de, y ligare, atar, sujetar, de donde proviene el sentido material de ligadura; y el metafórico, y ya jurídico, de nexu o vínculo moral.

La obligación es un precepto de inexcusable cumplimiento; como el servicio militar, por ejemplo, allí donde es imperativo al alcanzar determinada edad, en las condiciones establecidas, deber, como la obediencia al superior, más estrictamente, en lo jurídico, el vínculo legal, voluntario o de hecho que impone una acción o una omisión, con mayor

⁵¹ Vásquez Martínez, Edmundo. **Instituciones de derecho mercantil**. Pág. 515.

sujeción a la clasificación legal: el vínculo de derecho por la cual una persona constreñida hacia otra a dar, a hacer o a no hacer alguna cosa”⁵².

Es en este aspecto donde tienen especial relevancia las teorías que tratan de explicar, cuál es el momento en que el contrato debe considerarse perfecto entre personas no presentes.

- Teoría de la emisión, declaración o manifestación: Según esta teoría el contrato se considera perfecto desde el instante en que el aceptante emite su declaración de voluntad.
- Teoría de la expedición, comunicación, remisión o desapropiación (mailbox rule o posting rule): El contrato nace desde el momento en que el aceptante expide su aceptación, pues se considera que al dejar de situarse tal declaración en la esfera de acción del aceptante e ir a la esfera propia del oferente, el aceptante ya ha hecho todo lo que estaba en sus manos para dar nacimiento al contrato.
- Teoría de la recepción: El nacimiento del contrato se produce cuando la aceptación llega al ámbito o esfera de acción (círculo de intereses del oferente) sin que sea necesario su conocimiento.
- Teoría de la cognición, conocimiento o información: En este sistema el contrato nace cuando el oferente tiene efectivo conocimiento de la aceptación. Se fundamenta en el principio de que toda declaración de voluntad es eficaz desde el momento que llega a su destinatario.

⁵² Cabanellas , Guillermo. **Diccionario jurídico elemental**. Pág. 268.

4.3. Características de la contratación informática en Guatemala

Como hemos visto la contratación de bienes y la prestación de servicios informáticos no tiene una calificación uniforme que la pueda situar, en cada caso, en un modelo o tipo de contrato de los que figuran en nuestro ordenamiento.

Los contratos informáticos están formados por elementos dispares que exigen la mezcla o, unión de dos o más tipo de contratos para poder configurar sus características, siendo su objeto múltiple y diversificado, pudiendo darse multitud de figuras que desequilibrarían cualquier relación tipo que se pueda pensar. Todo ello, debido a la pluralidad de las partes que intervienen y la dispersión de intereses entre ellas, así como a la particularidad de determinadas cláusulas que forman parte de este tipo de contratos.

Asimismo, el desconocimiento por el usuario, en términos generales, de las posibilidades y límites de la informática, hace que no todo en el contrato pueda estar basado en el ya mencionado principio de la autonomía de la voluntad de los contratantes.

En muchas ocasiones, son contratos de adhesión, en los que una de las partes fija las cláusulas del contrato y, la otra se adhiere a las mismas, sin tener posibilidad de modificar ninguna de ellas. Estos contratos de adhesión son producto de la contratación en masa que, frecuentemente, violan los derechos de los consumidores de bienes y servicios informáticos por el gran desequilibrio que se produce al faltar la emisión libre de voluntad por una de las partes en la fijación de las cláusulas del contrato.

En algunos casos, como el de las conocidas contrataciones llave en mano, sería adecuada la aplicación de la teoría del resultado en le contratación informática, en un claro arrendamiento de obra. Ahora bien, ello implica que los resultados se especifiquen en el contrato definiendo cuales son, dentro de unos límites razonables, o dicho de otra forma, cuando la función básica de tratamiento de la información sea cumplida aunque

se puedan dar algunos comportamientos de la misma que, sin tener gran carga sobre la aplicación, no sean los adecuados o adolezcan de algunos errores o fallos.

En definitiva la contratación informática, en general, adolece de determinadas características que la hacen extremadamente complicada en la redacción de los contratos, en la fijación de los derechos y obligaciones de las partes. A ello hay que añadir a inexistencia de una normativa adecuada a los mismo y la dificultad en la fijación del objeto cuando son contratos complejos. Es por eso, que se deben redactar teniendo en cuenta un equilibrio de prestaciones y evitar en lo posible la existencia de cláusulas oscuras.

Se menciona que las características generales de los contratos informáticos según la autora Mejía Doradea explica lo siguiente:

Complejo: Son complejos porque surgen de una serie de vínculos jurídicos, la complejidad consiste en la diversidad de obligaciones que mediante ellos se contrae, de hacer, de dar, hacer, o no hacer, ocasionalmente se conviene alguna de ellas en forma aislada.

Innominado: Cuando carecen de tipificación propia, es decir que no están regulados legalmente cuando el negocio es por la compraventa de una computadora encuadra perfectamente en la compraventa de nuestro Código Civil y se regula por lo dispuesto en el Artículo 1790 indica que, por el contrato de compra venta el vendedor transfiere la propiedad de una cosa y se compromete a entregarla y el comprador se obliga a pagar el precio en dinero.

- Principal. Porque no depende de otro contrato para su existencia.
- Onerosos: Porque tiene por objeto que ambos contratantes obtengan beneficios gravándose cada uno a beneficio del otro.
- Consensual: Se obligan por el consentimiento de las partes.

4.4. Representación para contratar

“En el derecho mercantil funciona la representación aparente; o sea, que una persona se manifiesta como representante de otra, sin necesidad de ostentar un mandato, como sería necesario en el tráfico civil. Esta singularidad del campo mercantil ya la expusimos al estudiar los títulos de crédito, de manera que no resulta difícil entender esta característica de la contratación mercantil: un agente vendedor llega a una tienda y realiza un negocio de suministro de mercadería en nombre de su principal; éste envía la primera remesa o realiza otro acto que denota el conocimiento que tiene de lo que en su nombre realiza el agente viajero. Si el principal comerciante quisiera incumplir sus obligaciones de suministro, alegando que el agente viajero no tenía mandato para representarlo, su argumento carecería de fundamento porque en ese caso se dio la representación aparente, o sea, representar a otros sin mayores formalidades, siempre y cuando, expresa o tácitamente, se de la confirmación por parte del representado. Esta particularidad en el surgimiento del contrato mercantil se encuentra en el artículo 670 del Código de comercio”⁵³.(sic)

4.5. Forma para contratar

“En el campo civil (Artículo 1574), las personas pueden contratar y obligarse por modelo de escritura pública, documento privado, acta levantada ante el alcalde del lugar, por correspondencia y verbalmente. En el campo mercantil (Artículo 671), la forma se encuentra más simplificada: los contratos de comercio no están sujetos, para su validez, a formalidades especiales. Cualquiera que sea la forma y el idioma en que se celebren, las partes quedan vinculadas en los términos que quisieron obligarse. Cuando el contrato se celebre en Guatemala y sus efectos surtan efectos aquí, debe usarse el idioma español, en concordancia con las leyes fundamentales de la República. Esta libertad en el uso de la forma tiene sus excepciones, pues hay contratos en que si se exige una solemnidad determinada, tal es el caso del contrato de fideicomiso y el de

⁵³ Villegas Lara, **Derecho mercantil guatemalteco**. Pág. 32.

sociedad, para citar dos ejemplos, los que deben celebrarse en escritura pública”⁵⁴.
(sic)

Este tipo de contratos deben de constar en escrito que su formalidad esencial pero como en la ley hay excepciones se debe de analizar el Artículo 7 de la ley para el reconocimiento de las comunicaciones y firmas electrónicas en la que indica: “Escrito. Cuando cualquier norma jurídica requiera que una información, comunicación o un contrato consten por escrito, en papel o en cualquier medio físico, o prevea consecuencias en el caso que eso no se cumpla, una comunicación electrónica cumplirá ese requisito si la información consignada en su texto es accesible para su ulterior consulta”.

Este Artículo merece especial atención, ya que lo escrito es la forma general para la validación de los contratos si una norma jurídica lo indica; pero por tratarse de un contrato atípico, pero nominado en general es en forma de comunicación electrónica y excepción sería el formato papel o escrito.

4.6. Principios de contratación

4.6.1. Verdad sabida

Éste se refiere a las transacciones realizadas, por un lado, una persona que contrata los servicios de otra debe de tener el entendido de los derechos y obligaciones que deviene de la contratación, es la verdad que debe de contemplarse para realizar relaciones jurídicas contractuales.

⁵⁴ **Ibíd.** Pág. 33.

4.6.2. Buena fe guardada

“Se entiende por buena fe: El convencimiento de quien realiza un acto o hecho jurídico, de que éste es verdadero, lícito y justo, la buena fe es principio esencial en la negociación y que cobra fundamentalmente importancia en este momento previo a la formación del contrato, en el Código Civil a partir del Artículo 1251, se encuentra regulado lo relativo a la validez del negocio jurídico y cuando se dan vicios en la declaración de voluntad (error, dolo, simulación y violencia) el negocio es anulable. El ordenamiento civil no contiene disposiciones exclusivas dirigidas a regular específicamente la etapa previa a la formación y perfeccionamiento del contrato informático, aunque sí contiene diversos preceptos legales que regulan de modo universal a los contratos en términos generales.

Del principio de buena fe se desglosan ciertos deberes que deben cumplir u observar las partes y que constituyen deberes generales de conducta, como el deber de informar y el deber de informarse. El deber de informar consiste en comunicar a la contraparte los detalles que tengan importancia o influencia en la futura contratación. A su vez, el deber de informarse es la contrapartida del deber de información, e implica actuar con la debida diligencia recogiendo los antecedentes necesarios para celebrar el futuro contrato en las mejores condiciones.

Cuando se perfecciona un contrato exige a los contratantes al cumplimiento de lo negociado, siempre que estuviere dentro de las disposiciones legales concernientes al negocio celebrado y debe ejecutarse de buena fe. Cuando se ha cerrado la negociación el notario tiene la facultad y el deber de documentar fehacientemente la contratación informática, otorgándole seguridad jurídica, es importante que al momento de redactar el documento tenga presente las particularidades del objeto contractual en conjunto ya que todas las partes del sistema son consideradas funcionales y ninguna de ellas por sí sola puede ser considerada por separado para los efectos de determinar el cumplimiento de la prestación, lo que obliga a que el documento que se otorgue se describa en forma detallada y pormenorizada cada una de las piezas que componen el

sistema contrato; porque si hay defectos o posibles fallas en el funcionamiento de alguno de los bienes y no se han identificado, se producen consecuencias jurídicas que podrán perjudicar especialmente al usuario o consumidor, ya que los defectos afectarán la funcionalidad del objeto y por tanto la consideración sobre el cumplimiento o incumplimiento de las obligaciones”.⁵⁵ (sic)

4.6.3. Advertencia

“Este principio está fundado en ubicar a la informática como producto de los considerados peligrosos, debiendo advertir al usuario lo relativo a las consecuencias jurídicas sobre el incumplimiento del contrato, aconsejar con relación a los bienes informáticos más apropiados a sus necesidades o mediante los cuales obtenga mayores beneficios por la inversión económica que en su momento realizara, aconsejar, referente a los esfuerzos personales, como sería asistir a las negociaciones, afectación de recursos y en la priorización de las necesidades que se deben de resolver a través de la incorporación del instrumental informático”⁵⁶.

4.6.4. Asesoría

En este aspecto tenemos al jurista que asume dos roles diferentes según el papel que desempeñe o la asesoría por la cual le contraten y son:

Asesor del proveedor: El notario deberá informarle al proveedor sobre las obligaciones al efectuar la oferta de acuerdo a las necesidades del usuario, prestar información y consejo, evaluar la utilidad del producto para la empresa, la compatibilidad y modularidad respecto a equipos existentes o de posible adquisición a futuro; escuchar al usuario, analizar su requerimiento y ofrecerle el sistema acorde a sus necesidades,

⁵⁵ Mejía, Andrea. **Ob. Cit.** Pág. 36-38.

⁵⁶ *Ibíd.* Pág. 38 - 39

entregar la documentación y manuales de uso cumplir con su obligación de asistencia, vigilar el proceso de instalación hasta establecer que el bien esté en uso definitivo.

“Asesor del comprador: Previo a la contratación del bien informático, recomendarle que analice su empresa y establezca la utilidad del mismo, seleccione el producto adecuado de conformidad con la etapa en que se encuentra el desarrollo de la empresa, evalúe económicamente la utilidad de la contratación del bien informático, comunicarle sobre el procedimiento conveniente si se acepta la oferta que le presente el proveedor, controlar, revisar y supervisar que el proveedor cumpla con sus obligaciones a la vez informarle sobre los efectos en que incurre el incumplimiento o la no aceptación de las fases contractuales”⁵⁷.

4.7. Incumplimiento

El incumplimiento es, a contrario sensu del cumplimiento, la no entrega de una cosa debida o la no prestación del hecho prometido. Es una infracción o no realización de la prestación.

“Cabén dos posibilidades de incumplimiento: a) que la prestación debida no se haya realizado en su totalidad; o b) que solamente se haya en forma parcial, es decir, que se haya cumplido pero no exactamente”⁵⁸.

El Código Civil indica que: El incumplimiento de la obligación por el deudor se presume por culpa suya mientras no se pruebe lo contrario” en su Artículo 1423; y mientras tanto también el Artículo 124 menciona que: “la culpa consiste en una acción u omisión perjudicial a otro, en que se incurre por ignorancia, impericia o negligencia, pero sin propósito de dañar.

⁵⁷ Mejía, Andrea. **Ob. Cit.** Pág. 45-47

⁵⁸ Vásquez Martínez. **Instituciones de derecho mercantil.** Pág. 525.

4.8. Libertad de contratación

La autonomía privada o libertad de contratación es el derecho que tienen las personas para decidir celebrar contratos y con quién hacerlo, así como la libertad para determinar el contenido de los mismos. Por consiguiente, las personas son libres para negociar la celebración de sus contratos (libertad de contratar) y las condiciones, limitaciones, modalidades, formalidades, plazos, y demás particularidades que regirán la relación jurídica creada por el contrato (libertad contractual). Esta libertad de contratación es un derecho fundamental de la persona reconocido por la Constitución Política de la República de Guatemala.

No obstante, la autonomía privada no es irrestricta o ilimitada; ella actúa dentro del marco legal que el Estado, en aras del bien común, ha establecido, a efecto de que los particulares se relacionen jurídicamente. La propia Constitución Política señala que es lícito celebrar toda clase de contratos siempre que no se contravengan leyes de orden público. Por su parte, el Código Civil también impone como límites de la libertad de contratación de las personas las normas que interesan al orden público, a las buenas.

El principio de la autonomía de la voluntad es la aplicación en materia contractual de las doctrinas liberales e individualistas de la Revolución Francesa, y que alcanzaron su mayor auge durante el siglo pasado. Si los derechos son meras facultades que la ley reconoce existir en el individuo y la libertad es la base de toda actividad humana, es lógico que ella pueda obrar como mejor le plazca, no siendo naturalmente contra el orden público o las buenas costumbres.

Alessandri define la autonomía de la voluntad como la libertad de 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.

Por su parte, Santa María, cuyo libro sobre Los Contratos es el más completo en la doctrina chilena en aspectos teóricos, señala que El principio de la autonomía de la voluntad es una doctrina de filosofía jurídica según la cual toda obligación reposa esencialmente sobre la voluntad de las partes. Esta es, a la vez, la fuente y la medida de los derechos y de las obligaciones que el contrato produce.

Es así como la autonomía de la voluntad se funda en los principios propios de la Ilustración de la libertad y la igualdad llevados al plano jurídico, que se traduce en la igualdad y libertad jurídica de las partes. A su vez, en la libertad jurídica puede distinguirse la libertad para contratar de la libertad contractual, surgiendo de éstas la fuerza obligatoria del contrato.

La libertad jurídica, por su parte, se divide en la libertad para contratar, que es la libertad para celebrar o no el contrato y con quien, y la libertad contractual, que es la libertad para fijar los términos o contenido del contrato. De esta manera, la libertad jurídica comprende las siguientes facultades: celebrar o no celebrar el contrato, elegir la persona del sub-contratante, determinar el objeto en todos sus aspectos elegir la forma de instrumentación excepto los casos de los actos solemnes, modificar el contrato, transmitir la posición contractual, extinguir el contrato. Asimismo, comprende pactar cláusulas diferentes u opuestas a la ley, crear contratos tipo diferentes de los de la ley, crear contratos atípicos, en síntesis establecer contratos únicos.

4.9. Fines

A continuación, se hace un breve esbozo de las formas más comunes de intercambio de bienes y servicios en la web y el fin que persiguen. La imaginación de las personas y la evolución de las tecnologías, así como los resultados en el mercado constituyen un continuo aliciente a los cambios en esta materia.

No nos referiremos a los aspectos territoriales de este tipo de contratación, que dadas sus características, puede ser nacional o transfronteriza (como se suele denominar), en

cuyo caso, los aspectos de determinación de la legislación aplicable se complican. Sin embargo, se mantienen las formas o tipo de negociaciones.

4.9.1. Negociaciones uno a uno

La contratación electrónica puede revestir diversas modalidades, a través de contactos directos por correo electrónico, persona a persona, en cuyo caso estamos frente a una contratación directa en que la voluntad se expresará en momentos diferidos y luego constará en uno o más documentos (e-mail de ida y de vuelta), entendiéndose que se trata de un contrato consensual que no debe revestir otra formalidad que el acuerdo de las partes sobre los términos del contrato.

En esta categoría también pueden incluirse los denominados C2C, (consumers to consumers), una forma de hacer negocios a través de sitios web o sitios punto com que ponen a disposición del público la posibilidad de publicar bienes que desean vender o comprar, y las reglas o normas bajo las cuales se opera, que usualmente se realiza a través de remates. El sitio web es un lugar de intercambio, pero la relación de las personas es uno a uno.

4.9.2. Sitios punto com

Las tiendas virtuales, que hemos llamado genéricamente "sitios punto com", son el lugar o la forma más común en que los consumidores, personas naturales, realizan transacciones electrónicas para la adquisición de bienes de consumo o servicios. Es la modalidad llamada B2C business to consumer.

La particularidad de este medio es que constituyen catálogos de productos que si se desea adquirir deben seguir una serie de pasos hasta solicitar la adquisición y envío, normalmente pasando primero por un registro de datos del cliente y autorizando la forma de pago. Algunos de estos procesos son totalmente automatizados por la parte del vendedor o prestador de servicios, por lo que surgen dudas respecto de la voluntad

de las partes. A juicio del sustentante, tal voluntad por parte del vendedor existe desde el momento en que montó en negocio y puso a disposición del público los bienes y servicios. El tema que sí cobra importancia en este punto es si dicha puesta a disposición del público constituye una oferta en los términos del Artículo 105 del Código de Comercio o es el adquirente quien hace la oferta de adquirir, consideración determinante para el momento de la formación del consentimiento y de la legislación y jurisdicción aplicable.

El comercio electrónico de bienes y servicios se diferencia del comercio material, entre otras cosas, en que el proveedor puede tener una existencia exclusivamente virtual, sin una contraparte física. Es más, un sitio web no requiere tener personalidad jurídica. Basta con inscribir un nombre de dominio cosa que puede hacer cualquiera para que luego un tercero cree y de contenido al sitio. Es por ello que han surgido iniciativas que dan seguridad y certeza tecnológicas a los consumidores, como los certificados electrónicos de sitio seguro.

Estos sitios punto com pueden ser la cara virtual del comercio establecido o bien el único canal de comercialización de bienes y servicios de una persona o empresa. Este aspecto cobra importancia para efectos de las responsabilidades que surgen de las transacciones, y en este sentido, se puede señalar en materia de información que los proveedores se deben dar a los consumidores, especialmente en el comercio virtual.

4.9.3. E-market places

Una tercera manera de hacer negocios en la web son los llamados e-market places o B2B, business to business, que son sitios de intercambio de bienes y servicios entre empresas, normalmente con reglas preestablecidas. Puede tratarse de sitios en que se hacen licitaciones para la adquisición de bienes o servicios, o que derechamente transitan transacciones. Incluso se dan situaciones en que no media participación alguna de personas solicitando y aceptando, sino que el sistema solicita bienes

automáticamente si otro sistema acusa el término de determinado stock de productos.
¿En qué momento participó la voluntad de las partes?

4.10. Elementos.

Estos elementos son la contractualidad, predisposición, imposición y generalidad.

Según el Dr. Aguilar Guerra expone lo siguiente:

- “Contractualidad: Las condiciones generales deben haber sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos.
- Predisposición: Esto implica que las condiciones se han elaborado de manera unilateral por el predisponente. Parece evidente que la formulación por escrito de las condiciones generales pone de manifiesto la predisposición de las mismas, máxime si están impresas.
- Imposición: Esta característica deviene por la incorporación al contrato de las condiciones generales impuestas por una sola de las partes: Hay pues imposición cuando las condiciones no han sido negociadas entre los contratantes de forma que el adherente no ha podido influir en su contenido.
- Generalidad: Existe tal cuando las condiciones generales han sido redactadas para ser incorporadas a una pluralidad de contratos”⁵⁹.

⁵⁹ Aguilar Guerra, **El negocio jurídico**. Pág. 139-140.

4.11. Naturaleza

Para determinar su naturaleza jurídica, los contratos informáticos como tales, con una tipicidad única y propia no existen y han de encuadrarse dentro de la teoría general de los contratos y aplicar la naturaleza de los mismos.

La naturaleza de la contratación informática pueden ser tanto los bienes como los servicios informáticos, entendiendo por bienes informáticos todos aquellos elementos que forman el sistema (ordenador) en cuanto al hardware y todos los equipos que tienen una relación directa de uso con respecto a ellos y que, en su conjunto, conforman el soporte físico del elemento informático, así como los bienes inmateriales que proporcionan las órdenes, datos, procedimientos e instrucciones, en el tratamiento automático de la información y que, en su conjunto, conforman el soporte lógico del elemento informático.

Los servicios informáticos son todos aquellos que sirven de apoyo y complemento a la actividad informática en una relación de afinidad directa con ella, debiendo limitarse el mismo, por su amplitud, a aquellos servicios propios o auxiliares de la informática que tengan, por su propia naturaleza, una identidad particular unida al tratamiento automático de la información.

Es la naturaleza de la contratación informática, los bienes y servicios, el que determina la especialidad de la misma, y que en ocasiones debido a la naturaleza de la misma, exige que deba tenerse en consideración unas características especiales en el momento de la formación de la voluntad de las partes.

Además de lo anterior, es necesario señalar que, habitualmente, se produce una indefensión por una de las partes de la contratación, el usuario, debido al desconocimiento, en general, de la informática, y la posición dominante de algunas entidades en el sector.

CAPITULO V

5. Regulación legal aplicable a los contratos informáticos en Guatemala

5.1. Comentarios previos para la aplicación de los contratos informáticos.

- Un importante requisito previo para el éxito de la transferencia o adquisición comercial de tecnología en general y de la tecnología informática en particular, es un marco jurídico adecuado dentro del cual las partes en la transacción puedan fijar sus respectivos derechos y obligaciones (En Guatemala se cuenta con la ley de para el reconocimiento de las comunicaciones y firmas electrónicas, Decreto 47-2008, publicado el 23 de septiembre de 2008.).
- En la sociedad moderna cualquier empresa, por pequeña que sea, decide apoyarse en terceros y comprar conocimientos, pero para la formalización de las relaciones se requiere de la mediatización de documentos con validez legal, que ofrezcan el debido reconocimiento y protección de las leyes. Tal documento no es otro que el "contrato".
- La transacción de transferencia de la tecnología informática en los países subdesarrollados no puede considerarse sólo desde el punto de vista de si se logra un justo equilibrio entre los intereses del cedente y del adquirente, sino también de si sus aspectos técnicos, financieros, comerciales y jurídicos son compatibles con los objetivos que se proponen alcanzar los gobiernos y, finalmente de si se acarreará un ingreso de tecnología que promueva adecuadamente el desarrollo científico, tecnológico y económico del país.
- Los contratos informáticos surgieron dada la inminente comercialización de las computadoras; y el auge comercial de la informática como nueva tecnología

- El contrato informático ha evolucionado paralelamente con el avance tecnológico, más no así a la par del derecho como orden jurídico, y ello ha significado serias implicaciones, entre las más comunes se tiene el notorio desequilibrio entre las partes provocado por el mayor y mejor conocimiento de los elementos fundamentales técnicos por parte del proveedor, aparejado esto, a la situación desfavorable de los receptores de la tecnología en cuestión, quienes se ven obligados, en la mayoría de los casos, a aceptar las condiciones contractuales (cláusulas) abusivas en su mayoría, impuestas por el proveedor, en razón de sus necesidades de informatización, esto atenta con los derechos del consumidor que en Guatemala se protegen.
- El contrato informático puede definírsele como un complejo de contratos de transferencia de tecnologías, particularmente en lo que concierne a los bienes y/o servicios informáticos, conjuntamente con las obligaciones relativas al suministro de soluciones técnicas para ciertos problemas concretos. Puede suponer un acuerdo previo que implique un mayor grado de desarrollo de la tecnología informática a fin de satisfacer los requisitos específicos del adquiriente de bienes y/o servicios informáticos.
- El contrato informático es un contrato atípico, producto de las cambiantes necesidades económicas que evolucionan con mayor rapidez que el contenido de nuestras leyes, y así cuando las nuevas necesidades no pueden ser solventadas por los contratos típicos, aparecen al amparo de la libertad contractual, nuevas formas de regulación.
- Los contratos informáticos poseen un carácter leonino o de adhesión, cuya modalidad asumen con frecuencia. En este contrato una de las partes fija todas las cláusulas y la otra puede o no adherirse, sin tener a su vez la posibilidad de formular una contra-oferta y, en ocasiones, de rechazarla.

- En cuanto a las partes, el proveedor (como término genérico) de bienes o servicios informáticos, no solamente se encuentra, por regla general, en una posición económicamente más fuerte que la del usuario (también utilizado en forma genérica), sino que además, sus conocimientos técnicos suelen estar muy distanciados.
- Por su naturaleza, se ha observado que este tipo contractual se presenta como un modelo de abusos, por acciones u omisiones, que pueden llegar a viciar el contrato.
- Existe diversidad de prestaciones que se complica en el momento en que la contratación deja de centrarse en un bien o servicio, para incluir una pluralidad de prestaciones.
- Para que el contrato sea válido, es necesario que los contratantes tengan capacidad, sea de una causa lícita y un consentimiento fruto de la voluntad nítida y libre.
- El contrato informático es por escrito, por medio electrónico principalmente por las razones técnicas, la diversidad de conocimientos, y la rápida evolución de la materia.
- Estos contratos pasan por diferentes etapas, entre las cuales destacan aquellas de carácter previo a la firma del contrato, así como las de recepción, verificación y conformidad respecto a la prestación recibida.
- Las llamadas relaciones precontractuales pueden dar la pauta para que el establecimiento de las relaciones contractuales propiamente dichas se dé en los términos más adecuados.

- Los riesgos pueden manifestarse respecto a los equipos informáticos, programas, centro de cómputo, archivos, información, etc. Y aun en relación con la responsabilidad civil que estos ocasionen frente a terceros con motivo de la prestación de un servicio informático.
- Algunos de los principales riesgos de este tipo son aquellos referidos a los proyectos informáticos, instalación de equipos, archivos y programas, pérdidas económicas con motivo de desperfectos en el equipo, responsabilidad respecto a terceros, etc.

5.2. La firma electrónica como aceptación de la voluntad en los contratos informáticos.

5.2.1 Firma electrónica.

Es la forma en que se plasma, es decir utiliza medios electrónicos y adopta la intención de vinculación o de cumplimiento de las funciones de la firma autógrafa o manuscrita. Es un bloque de caracteres que acompaña a un documento (o fichero), acreditando quien es su autor (autenticación) y que no ha existido ninguna manipulación posterior de los datos (integridad). Para firmar un documento digital, su autor utiliza su propia clave secreta (sistema criptógrafo asimétrico), a la que sólo él tiene acceso, lo que impide que pueda después negar su autoría (no revocación o no repudio). De esta forma el autor queda vinculado a documentos de la firma. Por último la validez de dicha firma podrá ser comprobada por cualquier persona que disponga de la clave pública del autor.

Es un conjunto de datos asociados a un mensaje que permite asegurar la identidad de un firmante y la integridad del mensaje. No es una firma escrita, sino un software, se basan en algoritmos que trabajan con números de hasta 2048 bits. La parte visible de la rúbrica es el nombre del firmante, pero también puede incluir el nombre de una compañía y el cargo.

La ley establece un conjunto de reglas generales aceptables en el ámbito internacional, que permitirán el desarrollo seguro de las vías del comercio electrónico; La entrada en vigor de la firma electrónica, permite, tanto a grandes o pequeñas empresas, así como a usuarios individuales, comunicarse en red con la seguridad de que sus comunicaciones no serán interceptadas. Los notarios de la firma autentican la identidad, el interesado firma un contrato y la entidad certificadora E - Cert Chile proporciona, por un año, la llave mencionada.

De acuerdo con la SAT, la ley no solo fortalece la certeza jurídica de comunicaciones y firma electrónica, sino que también representa una oportunidad para ampliar la aplicación de tecnologías de información y comunicación para mejorar la eficiencia en procesos en todo ámbito, tanto a nivel público (gobierno electrónico) como privado (comercio electrónico).

- Firma digital: Es un bloque de caracteres que acompaña a un documento (o fichero), acreditando quien es su autor (autenticación) y que no ha existido ninguna manipulación posterior de los datos (integridad). Fernando ramos.
- Domicilio virtual: Está conformado por la dirección electrónica de una persona, que constituye la residencia habitual en la red de Internet.
- Firma: Es el trazado gráfico, conteniendo habitualmente es nombre, apellido y rúbrica de una persona, con el cual se suscriben los documentos para darle autoría y obligarse con lo que en ellos se dice.

5.2.2. Sujetos

- Emisor o suscriptor.
- Receptor o destinatario.
- Autoridad de Certificación (CA "Certification Authority) o proveedor de servicios de certificación (PSC).

- Organismo licenciante.

5.2.3. Clases de firma electrónica

- Firma electrónica sin cifrar el mensaje de datos y solo identifica al emisor (firma electrónica simple)
- Firma electrónica relacionada con el mensaje de datos (denominada firma digital o firma electrónica avanzada)
- Firma electrónica relacionada con el mensaje de datos (firma digital o firma electrónica avanzada), cifrado el mensaje de datos.

5.2.4 Criptografía

Es la técnica basada en un algoritmo matemático que transforma un mensaje legible a su equivalente en un formato ilegible para cualquier usuario que no cuente con la clave secreta para descifrarlo. La encriptación está basada en dos elementos: un algoritmo y una clave.

El algoritmo es el conjunto de caracteres en que viaja la información y la clave es la combinación para resolver el algoritmo y poder interpretarlo. Si alguien intercepta el mensaje, el cual irá en forma de algoritmo (conjunto de caracteres sin sentido), no podrá descifrarlo sin la clave.

a. Tipos

- Encriptación simétrica (clave o llave privada)

Esta funciona en base a una clave privada que conocen los interlocutores (emisor y receptor), utilizando la misma clave para encriptar y desencriptar el mensaje electrónico. Su uso representa que un usuario que tenga comunicación distinta con otros 10 usuarios, debe de tener una clave para cada uno. Un ejemplo es el Data Encryption Estándar (DES), desarrollado por IBM.

- Encriptación asimétrica (Clave o llave pública)

La criptografía de clave o llave pública está basada en el uso de dos claves (llaves), una privada y una pública; el usuario emisor encripta un mensaje mediante la utilización de la clave privada y el receptor tiene la clave pública, la cual es única para desencriptar el mensaje original del usuario. Además, el emisor puede transmitir a varios receptores la clave pública, para esta servirá solamente para descifrar la clave privada, la cual es única y queda bajo la responsabilidad del emisor o bien para enviar mensajes que solo podrá desencriptar la clave privada. El más utilizado actualmente es el Pretty Good Privacy (PGP)

5.2.5. Certificación

Es la actividad que consiste en que una persona competente legitime o acredite que un acto o hecho se ajusta a determinados requisitos o especificaciones de carácter jurídico o técnico en su caso; esta expedición de aprobación en algunos casos va revestida de fe pública (administrativa, notarial, judicial, registral) en el cumplimiento de todos los requisitos exigidos.

Un sistema de certificación es el conjunto de etapas que administrado por sus propias reglas de procedimiento y de administración, tiene por objeto emitir una certificación; el sistema ha de eficiencia, eficacia, debe ser aceptado por los interesados y funcional, así como dar certeza de lo actuado.

5.2.6. Fase previa para usar la firma electrónica

Ésta se realiza a través de una serie de etapas o procedimientos que deben de cumplir una fase previa, la cual varía según la clase de firma electrónica y si existirá participación de una entidad certificadora independiente. Consiste en la asistencia del emisor con un ente de certificación para adquirir un par de claves (privada y pública contenida en un soporte electrónico) y un certificado digital; esta acción la puede realizar el emisor de forma personal o bien la puede adquirir por la Internet. En todo caso el ente certificador procederá a identificar al usuario por medio de los documentos correspondientes (cedula de vecindad, etc.), lo cual se puede realizar de forma directa ante el certificador o por medio de entidades colaborando denominadas autoridades locales de registro.

El certificador le entrega al emisor el software de clave privada el cual está bajo su responsabilidad; con la clave pública pueden darse dos situaciones:

1. El certificador entrega al emisor la clave pública, con el objeto que el emisor al enviar un mensaje de datos al receptor le envíe además la clave pública como un archivo adjunto (attachment)
2. Que la clave pública se encuentra ubicada o publicada en directorios públicos, deposito (en la Internet).

5.3. Análisis de la legislación civil - mercantil aplicable, por analogía a los contratos informáticos.

Antes de indicar qué normas resultan aplicables a los contratos informáticos, es necesario señalar que los contratos informáticos, como tales, con una tipicidad única y propia, no existen en el ordenamiento jurídico español. Ello, determina la necesidad de acudir a las normas previstas en el ordenamiento jurídico y que resultan de aplicación también a los contratos informáticos, y en particular, al Código Civil por ser la norma que regula con carácter general los contratos, sin perjuicio de la necesidad de atender a

lo dispuesto en el Código de Comercio, cuando la contratación en cuestión constituya un acto de comercio.

Al continuar con nuestro análisis es importante mencionar el negocio jurídico que da origen a la relación jurídica contractual, en el Artículo 1251 (Código Civil guatemalteco), establece el negocio jurídico requiere para su validez: *capacidad legal del sujeto que declara su voluntad*, consentimiento que no adolezca de vicio y objeto lícito, es decir que para que exista un contrato deben las partes encontrarse en el libre ejercicio de sus derechos sin limitaciones de ningún tipo, físicas, mentales, o legales que puedan hacer que el contrato no solo no sea válido sino que no nazca a la vida jurídica como tal, y no pueda cumplirse con lo establecido.

El Artículo 1254 del Decreto 106 (Código Civil guatemalteco), es muy claro en tipificar que toda persona es legalmente capaz para hacer declaración de voluntad en un negocio jurídico, salvo aquéllas a quienes la ley declare específicamente incapaces y los incapaces que puedan ejercercitar sus derechos y contraer obligaciones por medio de sus representantes legales Art. 14 Decreto 106.

Tomemos en cuenta que el mismo Código Civil (Decreto 106) en su Artículo 1256, nos indica que “cuando la ley no declare una *forma específica* para un negocio jurídico, los interesados pueden usar la que juzguen conveniente”. Esto nos permite utilizar de alguna forma, las nuevas tecnologías de la electrónica y la comunicación para hacer más eficiente y rápido nuestro trabajo a la hora de dar por hecha una relación contractual y hacerla apegada a derecho sin vicisitudes de ningún tipo y así obligar al cumplimiento de la misma sin caer en ilegalidades de ningún tipo.

Nuestra legislación civil aplicable establece que hay contrato, cuando dos o más personas convienen en crear, modificar o extinguir una obligación; también podemos mencionar que la forma de perfeccionarlos es el simple consentimiento de las partes, excepto cuando la ley establece determinada formalidad; pero en nuestro caso la ley no

lo tipifica como tal de allí que nos encontramos con hacer una adaptación es decir aplicar una analogía.

Aún nuestra legislación se queda muy corta al decir que las partes que celebren un contrato están obligadas a concluirlo y resarcir los daños y perjuicios resultantes de la inejecución o contravención por culpa o dolo. Por ejemplo: si tal fuera el caso en el que un proveedor extranjero no cumple con lo establecido en el contrato a cabalidad y resultan daños y perjuicios, a qué legislación aplicable debe acudir para el saneamiento es decir los daños y perjuicios que dicha acción ocasionó: los gastos no sólo de tiempo y dinero, sino también, de recursos humanos e informáticos.

De allí que deviene que se cree una norma jurídica aplicable y establecida en nuestra legislación para evitar el fraude y el incumplimiento de la relación jurídica contractual por no estar tipificado.

Según el Código Civil guatemalteco Decreto 106 en su Artículo 1574 establece que la Formas por las que una persona puede contratar y obligarse son:

Por escritura pública;

Por documento privado o por acta levantada ante el alcalde del lugar:

Por correspondencia; y

Verbalmente

Pero ninguna de las formas establece que puede hacerse por medios electrónicos o informáticos por lo que nuestra legislación es muy pobre en materia civil por lo que tenemos que recurrir por analogía a nuestro Código Comercio.

En materia mercantil podemos encontrar principios filosóficos los cuales quedaron establecidos en el Artículo 669 del Decreto 2-70 (Código de comercio), las obligaciones y contratos mercantiles se interpretarán, ejecutarán y cumplirán de conformidad con los principios de verdad sabida y buena fe guardada, a manera de conservar y proteger las

rectas y honorables intenciones y deseos de los contratantes, sin limitar con interpretación arbitraria sus efectos naturales; principios rectores de toda contratación mercantil, que nos permite hacer transacciones comerciales de acuerdo a lo estipulado y establecido en el negocio jurídico, y así, poder plasmarlo y adecuarlo a la ley aplicable vigente, sin que se pueda alegar ignorancia de la misma al momento de obligarse.

Otro Artículo muy importante es el 671 del Decreto 2-70 (Código de Comercio), el cual tipifica lo siguiente: “Los contratos de comercio *no están sujetos, para su validez, a formalidades especiales*. Cualesquiera que sean la forma y el idioma en que se celebren, las partes quedarán obligadas de la manera y en los términos que parezca que quisieron obligarse. Los contratos celebrados en territorio guatemalteco y que hayan de surtir efectos en el mismo, se extenderán en el idioma español.”

Es importante mencionarlo que la contratación informática nos da la pauta para poder hacer un negocio jurídico de la mejor forma y con las nuevas tecnologías de la comunicación y la informática jurídica como una rama muy nueva del derecho que aun está evolucionando, es imprescindible hacer caso omiso a la tecnología que día a día evoluciona, por lo que el legislador se dio cuenta y que en el ámbito comercial los negocios son aun más exigentes en cuanto a tiempo y recursos por lo que estableció que no existe una forma y así poder crear nuevas tendencia para contratar y obligarse de modo que los contratantes puedan obligarse.

Hay que hacer notar que en Guatemala, los contratos informáticos son una forma de contratación atípica pero nominada, ya que se conocen pero es muy difícil de encontrar o realizar alguno. Al respecto tenemos la ley para el reconocimiento de las comunicaciones y firmas electrónicas la cual indica el reconocimiento jurídico de las comunicaciones electrónicas y; la formación y validez de los contratos. En la formación de un contrato por particulares o entidades públicas, salvo acuerdo expreso de las partes, la oferta y su aceptación podrá ser expresada por medio de una comunicación electrónica.

Es importante resaltar que la firma electrónica es parte fundamental en los contratos informáticos ya que forman parte del mismo soporte digital codificado, lo cual es una forma de aceptación de la voluntad de las partes, al obligarse en el cumplimiento del mismo.

CONCLUSIONES

- 1) La contratación de bienes y la prestación de servicios informáticos no tiene una calificación uniforme que la pueda situar, en cada caso, en un modelo o tipo de contrato de los que figuran en nuestro ordenamiento.
- 2) La contratación informática, en general, adolece de determinadas características que la hacen extremadamente complicada en la redacción de los contratos y en la fijación de los derechos y obligaciones de las partes. a ello hay que añadir a inexistencia de una normativa adecuada a los mismo y la dificultad en la fijación del objeto cuando son contratos complejos.
- 3) En muchas ocasiones y por lo regular, un contrato de adhesión, es: en el cual una de las partes fija las cláusulas del contrato y lo otra se adhiere a las mismas, sin tener posibilidad de modificar ninguna de ellas. Estos contratos de adhesión son producto de la contratación en masa que, frecuentemente, violan los derechos de los consumidores de bienes y servicios informáticos por el gran desequilibrio que se produce al faltar la emisión libre de voluntad por una de las partes en la fijación de las cláusulas del contrato.
- 4) Los contratos informáticos representan una nueva modalidad constitutiva de obligaciones, pero no nos referimos a ellos como una fuente de obligación, sino como una nueva forma de expresión de la voluntad, derivada de los avances de la tecnología que actualmente facilitan la transmisión electrónica, fundamentalmente de las transacciones comerciales y el consentimiento se manifiesta por la concurrencia de la oferta y la aceptación electrónicas.
- 5) El derecho debe evolucionar en la misma medida que las nuevas tecnologías, es por ello que se hace necesario que este tipo de contrataciones se desarrollen en un ámbito no solo rápido sino que también con garantías de seguridad, mediante

la creación y aplicación uniforme de un marco legal, para que se garantice la protección de los derechos y valores fundamentales de cada individuo que decida utilizar la red con este fin, creando los mecanismos que puedan cumplir con los requisitos esenciales de cualquier soporte en papel, que se adecuen a la realidad tecnológica actual.

RECOMENDACIONES

- 1) Se advierte la necesidad de regular los contratos informáticos mediante la adopción de la legislación que nos permita integrar los mecanismos jurídicos y técnicos necesarios para que en su aplicación otorgue certeza a la contratación efectuada por medios electrónicos.
- 2) El desconocimiento por el usuario, en términos generales, de las posibilidades y límites de la informática, hace que no todo en el contrato pueda estar basado en el principio de la autonomía de la voluntad de los contratantes. Es por ello, que se deben redactar teniendo en cuenta un equilibrio de prestaciones y evitar la existencia de cláusulas oscuras.
- 3) Debe hacerse conciencia en el profesional del derecho que la estabilidad jurídica es un elemento vital en el intercambio comercial económico, siendo en nuestra sociedad guatemalteca todo un reto el proveer dicha estabilidad a la contratación realizada por medios electrónicos para que se genere la confianza y seguridad que permitan establecer las bases de la contratación informática.
- 4) Es necesario tomar en cuenta la aplicación legal y doctrinaria de los contratos ya existentes y así poder hacer una adecuación legal de los mismos. Es importante mencionar que en los contratos mercantiles no se establece una forma por lo que no consta de requisitos esenciales para su elaboración, más que la voluntad de las partes y la forma en la que quisieron contratarse.
- 5) Es necesario el reconocimiento legal de los contratos celebrados por medios electrónicos, de manera que sea posible utilizar dichos documentos como medio probatorio perfectamente válido en cualquier procedimiento judicial.

BIBLIOGRAFÍA

AGUILAR GUERRA, Vladimir Osman. **El negocio jurídico**. Editorial Fénix, Guatemala. 2006.

ALTMARK, Daniel Ricardo. **La etapa precontractual en los contratos informáticos, en informática y derecho: aportes de doctrina internacional**. Editorial Juris, Buenos Aires, Argentina. 2000.

ALVARADO SANDOVAL, Ricardo y José Antonio Gracias González. **El notario ante la contratación civil y mercantil**. Segunda edición, Editorial Estudiantil Fénix, Guatemala, 2007.

BARRIOS OSORIO, Omar Ricardo. **Derecho e informática**. Segunda edición, Editorial Mayte, Guatemala. 2006.

BRAÑAS, Alfonso. **Manual de derecho civil**. Cuarta edición, Editorial Estudiantil Fénix, Guatemala, 2007.

CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. **Contratos de licencia y de transferencia tecnológica en el derecho privado**, Editorial Heliasta S.R.L., Buenos Aires, Argentina. 1980.

CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. **Diccionario jurídico elemental**. Catorceava edición, Editorial Heliasta, Buenos Aires Argentina, 2000.

CARRASCOSA LÓPEZ, Valentín. **Introducción a la contratación informática**. Editorial comares, México, 2002.

CASTILLO GONZÁLES, Jorge Mario. **Constitución política de la república de Guatemala, comentarios, explicaciones, interpretación jurídica, documentos**

de apoyo, opiniones y sentencias de la corte de constitucionalidad. Quinta edición, Editorial impresiones graficas de Guatemala, Guatemala. 2003.

CORREA, Carlos. **Derecho informático.** Editorial Lexis Nexis, Buenos Aires, Argentina, 1994.

CREMADES, Javier. **La nueva ley de internet, la ley de actualidad.** Editorial la ley-actualidad, Madrid, España. 1996.

DAVARA RODRIGUEZ, Miguel Angel. **Contratos.** Editorial Arazandi, segunda edición, México. 2007.

DAVARA RODRIGUEZ, Miguel Angel. **Derecho informático.** Editorial Arazandi, decima edición, México. 2008.

ESPASA CALPE, S.A. **Diccionario jurídico espasa.** Edición electrónica; Madrid, España. 2001.

ESPIN CANOVAS, Diego. **Instituciones de derecho civil español.** Tercera edición, Editorial Sedes, Madrid, España. 1959.

GARCIA LAGUARDIA, Jorge Mario. **Constitución política de la república de Guatemala, con índice temático y jurídico.** Tercera edición, Editorial piedra santa, Guatemala, Guatemala. 2000.

GONZALEZ AGUILAR, Audilio. **Los contratos en la sociedad de la información.** Editorial Comares, Granada, España. 2004.

GRACIAS GONZÁLEZ, José Antonio. **Código de notariado concordado, comentado y anotado con referencias legales y doctrinarias.** Editorial Estudiantil Fénix, Guatemala, 2007.

GRACIAS GONZÁLEZ, José Antonio. **El instrumento público en la legislación guatemalteca**. Editorial Estudiantil Fénix, Guatemala. 2008.

HERNANDO, Isabel. **Contratos Informáticos. "Consideraciones generales, en II jornadas abogacía e informática"**. Ilustre colegio de abogados de Barcelona. Barcelona. 1994

LÓPEZ FRIAS, Ana. **Los contratos conexos**. Editorial José María Bosch, S.A., Barcelona, España. 1994.

LUZ CLARA, Bibiana. **Manual de derecho informático**. Editorial Jurídica Nova Tesis, Argentina. 2001.

MANTILLA SANCHEZ, Catherine Ivette. **Contratos informáticos, VIII congreso iberoamericano de derecho e informática**, Lima, Perú, 2000.

MARCEL PILANOEL, Rupert Georges. **Tratado elemental de derecho civil francés**. Tomo II.

MEJÍA DORADEA, Iris Andrea. **La intervención notarial en la contratación informática**. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de San Carlos de Guatemala, Ediciones Mayte, Guatemala. 2005.

MORALES CHEW, Marisol. **Guía conceptual No. 1**. Manual de preparación para el examen privado. Facultad de ciencias jurídicas y sociales. Universidad de san carlos de Guatemala, Guatemala. 2009.

MUÑOZ, Nery Roberto. **El Instrumento público y el documento notarial**. Séptima edición, Infoconsult Editores, Guatemala. 2001.

MUÑOZ, Roberto Nery. **Introducción al estudio del derecho notarial**. Decima edición, Infoconsult Editores, Guatemala. 2004.

OMPI, **Guía de licencias para los países en desarrollo**. Sin editorial, Ginebra, Suiza. 1977.

ORELLANA DONIS, Eddy Giovanni. **Derecho civil sustantivo I, II y III**. Editorial. Orellana, Alonso & Asociados, Guatemala. 2004.

ORELLANA DONIS, Eddy Giovanni. **Derecho Civil IV, V, VI**. Editorial. Orellana, Alonso & Asociados, Guatemala. 2005.

OSSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**. Edición electrónica. Editorial Datascan, Guatemala. 1999.

PÉREZ FÉRNANDEZ DELCASTILLO, Bernardo. **Contratos civiles**, decima edición aumentada y corregida, editorial Porrúa, México. 2004.

PÉREZ LUÑO, Enrique. **Manual de informática y derecho**. Editorial Ariel, S.A., Barcelona, España. 1998.

PLANIOL, Marcel y Ripert. **Derecho civil**, Editorial Alfaomega Grupo, Buenos Aires, Argentina. 2001.

PUIG PEÑA, Federico. **Compendio de derecho civil español**, Editorial Nauta. Tercera edición, Barcelona, España. 1976.

ROJINA VILLEGAS. **Derecho civil mexicano**. Onceava edición, Editorial Porrúa, México. 2006.

SALVAT, Raymundo M. Derecho Civil , **Derechos reales Argentina**, TEA Editores, Argentina. 1950.

SOLANO BÁRCENAS, Orlando. **Manual de informática jurídica**. Ediciones jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, Colombia, 1997.

SPOTA, Alberto. **Instituciones del derecho civil, Contratos**. Editorial Depalma, Buenos Aires, Argentina.1984.

TELLÉZ VALDÉZ, Julio. **Derecho informático**. Instituto de investigaciones jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México.1991.

TREJO DELARBRE, Raúl. **La nueva alfombra mágica, usos y mitos de internet, la red de redes**. Editorial Fundesco-Diana, México. 1996.

VÁSQUEZ MARTINEZ, Edmundo. **Instituciones de derecho mercantil**. Editorial Serviprensa, Guatemala, Guatemala. 1978.

VERGEL, Salvador. "**Las cláusulas limitativas de la responsabilidad en los contratos informáticos**" En Revista de Derecho Industrial. No. 21 septiembre-diciembre. Editorial Depalma. Buenos Aires. 1985

VILLEGAS LARA, René Arturo. **Derecho mercantil guatemalteco–obligaciones y contratos-**. Sexta edición, editorial universitaria, Guatemala, 2006.

VIVIANA SARRA, Andrea. **Comercio electrónico y derecho**. Editorial Astrela, segunda edición, Buenos Aires, Argentina. 2001.

Legislación

Constitución Política de la República de Guatemala. Promulgada el 31 de mayo de 1985 y en vigencia a partir del 14 de enero de 1986.

Decreto Ley Número 106, Código Civil, y sus reformas Guatemala, 1963.

Decreto Número 2-70, Código de Comercio, Guatemala 2008

Decreto Ley Número 107, Código Procesal Civil, y sus reformas Guatemala, 1963.

Decreto Número 2-89, Ley del Organismo Judicial, y sus Reformas Guatemala, 1989.

Decreto Número 47-2008, Ley para el Reconocimiento de las Comunicaciones y Firmas Electronicas, Guatemala 2008.

Decreto Número 59-2005, Reformas a Ley del Organismo Judicial, Decreto Número 2-89. Guatemala 2005.